

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

PATRÍCIA MAINO

**FACES DA VISIBILIDADE: a tensão entre publicidade e
privacidade**

São Leopoldo (RS)

2010

PATRÍCIA MAINO

**FACES DA VISIBILIDADE: a tensão entre publicidade e
privacidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, Linha de Pesquisa Hermenêutica, constituição e concretização de direitos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Têmis
Limberger

São Leopoldo (RS)

2010

CIP – Catalogação na Publicação
Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária
Eunice Pigozzo - CRB 10/824

M225f Maino, Patrícia.

Faces da visibilidade : a tensão entre a publicidade e a privacidade / Patrícia Maino. – São Leopoldo : Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2010.

122 p.

Orientadora: Prof. Dr^a. Têmis Limberger.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, Linha de Pesquisa Hermenêutica, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

CDU: 340.132:342.7

1. Hermenêutica. 2. Constituição. 3. Publicidade.
4. Privacidade. I. Limberger, Têmis (orient.) II. t.

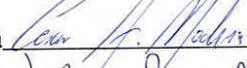
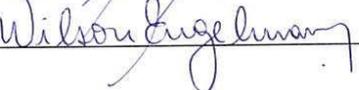
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**FACES DA VISIBILIDADE: a tensão entre publicidade e privacidade**”, elaborada pela mestrand **Patrícia Maino**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 17 de agosto de 2010.

Prof. Dr. André Luis Callegari
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger 
Membro: Dr. Cesar Augusto Modena 
Membro: Dr. Wilson ENgelmann 

Dedico esta dissertação a Deus e a tudo o que ele representa, e a meus pais, Lóris e Terezinha, que sempre foram meus verdadeiros mestres, modelos reais de perseverança, parceria, dedicação e ética. Em testemunho de meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ao final deste árduo e proveitoso Mestrado, torna-se imprescindível, mesmo que de forma breve, demonstrar todo o meu apreço e gratidão por todos aqueles que me acompanharam nessa difícil trajetória, agradeço a todos que de uma forma ou outra contribuíram para a transformação de angústia em superação;

Agradeço a minha família pelo suporte emocional e pela logística, em razão da distância, que viabilizou a conclusão deste trabalho;

Em especial agradeço a meus pais, minha fonte de inspiração, meu alicerce, a vocês dedico toda e qualquer conquista de minha vida;

Agradeço, ainda, e de forma especial, minha professora orientadora prof^a Dra. Têmis Limberger, pelas contribuições a esta dissertação;

A todos os professores, colegas e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale do Rio dos Sinos, agradeço, como um todo para não cometer injustiças, pela oportunidade de crescimento pessoal além do desenvolvimento intelectual, pelo apoio e auxílio;

Aos colegas e amigos, Graciele Mafalda, Maiquel Wermuth, Alexandre Martini, Noeli Fernandes, Virginia Icle e Ana Paula Lopes, por todos os momentos que dividimos, pela troca de inseguranças e principalmente pelos risos. O Mestrado se encerra aqui, mas esses momentos e a amizade construída serão eternizados;

Ao Tabelaão, Daicir José Kunzler, que além de tolerar minhas ausências profissionais compartilhou comigo seus sábios conhecimentos, e principalmente pela confiança e carinho que jamais serão esquecidos;

A toda equipe do CESF, especialmente ao Diretor Luiz Fernando Felicetti e à vice-diretora Marijane Damin Filippi, pela oportunidade e pela confiança a mim atribuída, e ainda às colegas Juceli Pergher Uberti e Alexandra Thomas Rosanelli pelo inestimável apoio e amizade;

A todos os funcionários da Unisinos, em especial à Heloiza Rodrigues, Vera Regina Loebens, Daiane Costa e Simone Blume, pela atenção, prestatividade e principalmente pelo carinho;

Às minhas inseparáveis companheiras, minhas melhores amigas, minhas irmãs Daiane e Tarciana, a vocês minha eterna gratidão;

Por fim, mas nunca menos importante, agradeço a meu marido Philipe, meu cúmplice e companheiro, simplesmente por me fazer sentir amada em todos os instantes de minha vida.

“A lei é o espírito desembaraçado de qualquer paixão”.

Aristóteles¹

¹ A Política, Livro III, Cap. XII.

RESUMO

Este trabalho propõe-se a analisar a tensão entre publicidade e privacidade, em busca de estabelecer critérios constitucionalmente adequados para que a publicidade atue como promotora de uma Administração Pública transparente, sobretudo sem ferir outros princípios ou direitos fundamentais com amparo constitucional como a privacidade. Contemplando o proposto, são abordadas temáticas como as concepções de público e privado e as tensões que os norteiam, o pressuposto de verdade ou veracidade para a publicização da informação, o papel da mídia como instrumentalizadora do direito à informação ou como banalizadora da privacidade, além do aporte a princípios constitucionais em vista de se alcançar uma resposta constitucionalmente adequada. Nesse contexto é trazida a discussão pautada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 144 do Supremo Tribunal Federal, que trata da possibilidade ou não da avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos políticos que pudesse resultar em sua inelegibilidade, em que aparentemente se verifica o conflito entre direitos e princípios constitucionalmente amparados, como a privacidade e a publicidade, o direito de informar e ser informado e os princípios de presunção de inocência, contraditório e devido processo legal.

Palavras-chave: Publicidade. Privacidade. Hermenêutica. Constituição.

ABSTRACT

This study proposes to examine the tension between publicity and privacy, seeking constitutionally adequate to establish criteria that advertising acts as a promoter of public administration transparent, especially without hurting other fundamental principles or rights with constitutional protection as privacy. Contemplating the proposed themes are addressed as conceptions of public and private tensions that guide them, the assumption of truth or veracity of information for publicity, the media's role as provider of the right to information privacy or as banal as well contribution to the constitutional principles in order to achieve a constitutionally adequate response. In this context is brought discussion ruled by the complaint of breach of fundamental precept Paragraph 144 of the Federal Supreme Court, which deals with whether or not the evaluation of the previous life of candidates for political office that could result in your ineligibility, where apparently there is conflict between constitutionally supported rights and principles, such as privacy and publicity, the right to inform and be informed and the principles of presumption of innocence, due process and adversarial.

Keywords: Advertising. Privacy. Hermeneutics. Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PÚBLICO E PRIVADO, PUBLICIDADE E PRIVACIDADE, EM BUSCA DE UMA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA E DE VISIBILIDADE, ESSENCIAIS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
1.1. Tensão entre público e privado: dicotomia, confusão ou complementaridade	16
1.2. Visibilidade, regra ou exceção: a possibilidade de se estabelecer critérios de convívio entre publicidade e privacidade	27
1.3. Verdade como pressuposto de visibilidade.....	48
2 FACES DA (IN)VISIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	57
2.1. ADPF 144 do STF: presunção de inocência ou ocultamento?.....	60
2.2. O papel da mídia como instrumentalizador de visibilidade e do direito à informação ou como banalizador do direito à privacidade.....	69
2.3. Em busca da resposta constitucionalmente adequada.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

O tema proposto para a investigação científica delimita-se na busca pela transparência da Administração Pública, de forma a cumprir com um dos propósitos do Estado Democrático de Direito, qual seja, transmitir visibilidade aos cidadãos. Nesse viés, enfrenta-se como problema central de que forma essa máxima visibilidade, que se instrumentaliza por meio da publicidade, pode se concretizar sem invadir a privacidade.

Nesse anseio, fazendo uso do método de abordagem fenomenológico hermenêutico, o presente estudo se propõe a elencar critérios constitucionalmente adequados para a viabilização da transparência da Administração Pública de modo a realmente disponibilizar ao cidadão o que é de interesse público, sem desconsiderar direitos e/ou princípios com amparo constitucional. Para tanto propõe a impessoalidade e a verdade como critérios condicionantes à publicização.

Essa análise torna-se imprescindível na medida em que se preconiza o princípio da publicidade como instrumentalizador da transparência. Todavia, em se publicizando quaisquer informações pode-se estar transmitindo não somente visibilidade, como também opacidade, além de restringir dispositivos constitucionais como o direito à privacidade.

Assim, objetivando a transparência na e da Administração Pública, tem-se a publicidade como condição de possibilidade para a visibilidade, todavia, quando se confere notoriedade a fato privado se invade o direito à privacidade. Dessa forma, se faz necessário estabelecer diretrizes de convivência entre a atuação pública e a intervenção na vida privada, bem como de condicionar a publicização a critérios constitucionalmente adequados.

Para tanto, estruturou-se o trabalho dispondo-o em duas partes: a primeira analisando as concepções de público e privado essenciais para a compreensão de publicidade e privacidade como complementares e não como dicotômicas, e da necessidade de visibilidade essencial ao Estado Democrático de Direito, trazendo para tanto critérios de convívio entre publicidade e privacidade, quais sejam a verdade e a impessoalidade; e a segunda tratando das faces da (in)visibilidade da Administração Pública e sua imprescindibilidade em ser transparente, nessa abordagem torna-se necessária a análise ao caso concreto para que se viabilize as proposições feitas no primeiro capítulo consolidando-as à realidade, a ADPF 144 que traz a discussão a respeito da possibilidade ou não da avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos políticos que pudesse resultar em sua inelegibilidade engloba as

discussões referentes à visibilidade ou não de informações referentes à Administração Pública, essas constatações induzem ao estudo das relações midiáticas, uma vez que, a instrumentalização da publicidade das informações da Administração Pública deve-se dar de forma a realmente conferir transparência e não justamente o oposto, ocultamento e invisibilidades ou o simples desrespeito à privacidade, à medida em que se permita aos meios de comunicação manipularem a informação, e a partir dessas reflexões é possível então se partir em busca de uma resposta adequada, que somente é possível se fidelizar o constitucionalmente disposto.

Enfatiza-se que embora estejam dispostos em capítulos distintos, o Estado Democrático de Direito e a Administração Pública, ambos, inevitavelmente, interagem ao longo do texto.

Em referência às concepções de público e privado, na expectativa de resgatar os reais conceitos desses componentes elementares do Estado Democrático de Direito, serão examinadas as transformações de sua dicotômica e complementar relação, enfatizando desde então a publicidade e a privacidade incutidas nas essências do público e privado. Para tanto, far-se-á o aporte às concepções arenidianas a esse respeito já que revelam de forma peculiar a relação de distinção, dicotomia e complementaridade entre as esferas pública e privada, enfatizando a necessidade de que se complementem quando da superação da relação dicotômica e da ascendência da esfera do social, fazendo alusão à publicidade e à privacidade que seguem a mesma relação.

Ao se constatar que o público, diretamente relacionado à noção de visibilidade, preconiza a publicidade, e o privado a privacidade, em se tratando de ambos (público e privado, publicidade e privacidade) como complementares em vista do social, que emerge à dicotomia público *versus* privado, e do interesse público, que sobrepõe-se à tensão publicidade *versus* privacidade, vislumbra-se a necessidade de se estabelecer critérios de coexistência entre os mesmos.

Em busca dessa obtenção de critérios de convívio entre visibilidade e ocultamento, entre publicidade e privacidade, serão expostas algumas considerações quanto à verdade e veracidade das informações, e principalmente quanto à imprescindibilidade da realidade desvencilhada de qualquer pessoalidade e/ou parcialidade para a eficiência do princípio da publicidade.

Na seqüência, já no segundo capítulo, em análise ao caso concreto pautado pela ADPF 144 do STF, far-se-ão sucintos aportes aos direitos fundamentais e princípios constitucionais instigados no caso, como o direito à informação, o princípio do contraditório, presunção de

inocência e devido processo legal, intensificando, dessa forma, na faticidade a tensão entre visibilidade e ocultamento.

Permeia nessa discussão o confronto entre interesse público e intervenção na vida privada, entre publicidade e privacidade, surgindo a partir de então, a necessidade do encontro de critérios de convívio para que possam mais que coexistir, se complementar, às vistas de garantir transparência ao ordenamento e o resguardo à privacidade, concomitantemente.

Com efeito, faz-se incontestável o enfoque às complexidades advindas das distintas realidades e pluralidade de culturas vigorantes no contexto brasileiro, as quais resultam conflituosas, o que intensifica ainda mais a necessidade de transparência no Estado Democrático a que estão dispostas.

Nesse cenário trava-se o embate chave do presente estudo: liberdade à informação (direito de informar e ser informado) e publicidade, em vista de um Estado e Administração Pública transparentes, *versus* direito à privacidade e princípios do devido processo legal, contraditório e presunção de inocência, considerados fundamentais consoante previsão constitucional.

Possibilitando a visualização a esse tensionamento supra disposto, proceder-se-á a análise do papel da mídia, que se revela indubitável uma vez que, no aporte às faces da visibilidade, tanto pode instrumentalizar o princípio da publicidade e conseqüentemente o direito de informar e ser informado, quando disponibiliza informação verdadeira e impessoal ao cidadão, quanto banalizar o direito à privacidade e demais preceitos constitucionais à medida que divulga notícias de caráter privado, falacioso ou interesseiro.

E finalmente para que se possa ainda crer no Estado Democrático de Direito, prescindindo, para tanto, de transparência na Administração Pública sem, contudo, ferir demais princípios e direitos com previsão constitucional, faz-se necessária a busca por respostas constitucionalmente adequadas alicerçada na crítica hermenêutica do Direito (ou nova crítica do Direito) trabalhada por Lenio Luiz Streck a partir da fenomenologia hermenêutica, que abarca a hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer.

A partir dessa nova crítica do Direito, balizada na fenomenologia hermenêutica, vislumbra-se a possibilidade do encontro de respostas que promovam a efetividade do constitucionalmente previsto à medida que resgata o caso concreto onde o modo prático de ser no mundo define a compreensão, especialmente em se tratando da realidade brasileira, objeto das análises de Streck.

Assim, procura-se, além de contribuir para ampliação do debate a cerca da temática proposta, embora não esgotada diante de sua amplitude, trabalhar a máxima eficácia do princípio da publicidade, para que realmente resulte em transparência, sobretudo respeitando os demais preceitos constitucionais, inclusive e principalmente, o direito à privacidade e à presunção de inocência. O que consiste em propor a observação de diretrizes constitucionalmente amparadas como a impessoalidade e verdade da informação para a sua publicização, o que deveras viabilizaria a visibilidade na e para Administração Pública.

1 PÚBLICO E PRIVADO, PUBLICIDADE E PRIVACIDADE, EM BUSCA DE UMA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA E DE VISIBILIDADE, ESSENCIAIS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O advento do Estado Democrático de Direito² ampliou horizontes para a compreensão de novos institutos que romperam com antigos paradigmas e desvelaram limitações sociais e hermenêuticas diante da atual complexidade social.

Junto dessa nova conjuntura estatal surge a necessidade de se resgatar a essência das esferas pública e privada que contemplem as propostas desse Estado que possui a qualificação de Democrático de Direito pretendendo, por isso, satisfazer todos os direitos fundamentais, quer sejam eles princípios ou direitos constitucionalmente previstos, e de forma visível e disponível ao cidadão.

(Re)construindo os significados de público e privado, se (re)constrói a relação entre publicidade e privacidade, pontos-chave do presente estudo.

Os conceitos de público e privado sofreram inúmeras transformações ao longo do tempo e das realidades sócio-econômico-culturais pertinentes a cada momento histórico.³ No período liberal eram tidos como antagônicos, o público fazendo alusão ao coletivo e o privado ao individual, todavia, à medida que se concretizam os ideais propostos pelo Estado Democrático de Direito se constata o surgimento do social preconizando a união entre individual e coletivo, à medida que se orienta pelo interesse público⁴.

² Ao se tratar de Estado Democrático de Direito, faz-se imprescindível mencionar Canotilho, que muitas contribuições traz a essa abordagem, como se observa a seguir. O Estado Democrático de Direito é uma evolução humana e uma garantia de sobrevivência do homem, o qual garante a cada integrante da sociedade uma vasta gama de Princípios e Direitos constitucionais protegidos, principalmente os de fundação no Estado Social de Direito, no Brasil recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Estado Democrático de Direito e as Garantias Fundamentais. Canotilho trata do Estado Democrático de Direito: “o Estado Democrático é ‘mais’ do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimação do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação do sistema jurídico; (2) outra é a da legitimação de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático”. In: CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2003.

³ Gilberto Dupas, diferenciando modernidade de pós-modernidade, demonstra a transformação na dicotomia público versus privado: na modernidade, a “separação da sociedade civil e Estado (Direito Civil e Direito Público)” e na pós-modernidade, a “interpenetração e tendência à confusão”. DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 43.

⁴ Interesse Público, nas palavras de Juarez Freitas, significa a vontade geral legítima, o bem de todos sobre a vontade egoistamente articulada, não se confundindo com a vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo

A partir dessa nova percepção do social vislumbra-se um novo e único destinatário da concretude democrática⁵ do Estado e de todo o aparato administrativo: o cidadão, superando o Estado Liberal que preconizava unicamente o indivíduo, trazendo a coletividade como junção entre individual e coletivo, público e privado, como se queira referir.

É exatamente esse cidadão que o Estado deve proteger e satisfazer e que exige a coexistência das esferas pública e privada de forma a se complementarem em vista do social, do interesse propriamente público.

Nesse âmbito, a superação das clássicas dicotomias entre público e privado transforma-se em viável alternativa para o alcance de um Estado que se identifique como democrático.⁶

1.1 TENSÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO: dicotomia, confusão ou complementaridade

Em se tratando de público e privado, instintivamente se procura definí-los de forma distinta, todavia, a mesma dificuldade que se encontra em atualmente delimitar isoladamente as concepções de público e privado se apresenta em precisar o momento em que a relação isolada, e especialmente a dicotômica, entre essas esferas teve início.

Para alguns estudiosos as concepções de público e privado se revelaram dicotômicas desde o período Liberal, para outros desde a antiguidade,⁷ sendo possível constatar o

da maioria. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.54.

⁵ Nesse sentido Miguel Reale refere que: “(...) o adjetivo ‘democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um estado de direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. (...)” In: REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 02.

⁶ Juarez Freitas refere que em verdade o que se quer é um “Estado-Administração que assuma, processual e substancialmente, o qualificativo ‘Democrático’ [...]”. In: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 476.

⁷ Daniel Sarmento refere que a prevalência do Privado sobre o Público ocorre ainda antes do período Liberal, pois já no Feudalismo, o sistema econômico feudal dava-se conforme o arbítrio dos grandes latifundiários nos fundamentos de cada feudo, em relações propriamente particulares. Discorre ainda que no feudalismo havia uma pluralidade de pretensos governos onde a soberania era disputada entre a Igreja, os senhores feudais. In: SARMENTO, Daniel. Org. *Interesses Públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 34-35. Hannah Arendt nas páginas seguintes faz alusão a dicotomia público e privado desde a antiguidade, partindo da experiência política grega para analisar essa inicial relação antagônica e a moderna tensão entre os dois planos. Divergindo, Giovanni Sartori, assevera que para os povos antigos a distinção entre público e privado era desconhecida e ininteligível. Afirma que os homens da Antiguidade não eram livres consoante o nosso entendimento de liberdade individual advinda da idéia de Democracia no Estado Liberal. A liberdade, na Grécia e em Roma, era unicamente um conceito político, o que inviabilizava a distinção público e privado. In: SARTORI, Giovanni. *Teoria de La*

desaparecimento desse abismo entre elas como fenômeno essencialmente moderno. Todavia, verificar-se-á adiante que a distinção e a dicotomia se deram em momentos diversos.

A presente Dissertação preconiza os estudos arendtianos a esse respeito já que revelam de forma peculiar a tensão entre as esferas pública e privada enfatizando a necessidade de que se complementem ao invés de confrontarem, fazendo alusão à publicidade e privacidade que seguem a mesma relação.

Hannah Arendt parte da experiência política grega para analisar a inicial relação antagonista existente entre as esferas do público e do privado e a moderna tensão entre os dois planos.⁸

As primeiras divergências remontam ao plano familiar e da *polis* grega. O privado e o público distinguiam-se do mesmo modo que a esfera familiar diferenciava-se da *polis*. O privado remetia à atividade humana do *labor*⁹, ou seja, às necessidades básicas essenciais, diferentemente do que ocorria na esfera do público, da *polis*, local onde os homens tinham a possibilidade de perpetuar suas ações mesmo após a sua morte, uma vez que se tornassem públicas. Uma das diferenças essenciais era a liberdade existente somente no plano público, já que nele era possível se desvencilhar das necessidades, que eram atributo exclusivo da vida privada.¹⁰

Democracia. Vol. 2. Madrid: Alianza, 1997. p. 362-362. Apud LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática*. A necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53. Bobbio refere que no período liberal as relações sociais traziam a dicotomia entre Estado e sociedade, público e privado, indivíduo e grupo, entre outras. In: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 33-49.

⁸ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. Nesse sentido, José Carlos Moreira da Silva Filho: “Na medida em que os interesses humanos, no capitalismo moderno, passaram a se voltar muito mais para a riqueza e para a economia, bem como, o individualismo foi se firmando, o plano público passou a enfatizar uma preocupação privada, criando a idéia do social. O Estado nação é como se fosse uma grande família, a igualdade entre os membros da sociedade não é a igualdade entre os pares da *polis* grega, mas uma igualdade mais próxima aos membros de uma família sujeita à autoridade despótica do seu chefe (responsável pela administração). O chefe de família é substituído pelo monarca, e, depois pela burocracia. As ações são padronizadas e a diferença é expelida para o plano privado”. FILHO SILVA, José Carlos Moreira da. *Multiculturalismo e movimentos sociais: o privado preocupado com o público*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32331/public/32331-38803-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 set. 2009. p. 01-13.

⁹ Com o surgimento da sociedade de massas a esfera do social atingiu, finalmente, o ponto que abrange e controla, igualmente e com igual força, todos os membros de determinada comunidade. Observa-se aqui o trabalho (*labor*) como vital: “A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades que dizem respeito à mera sobrevivência são admitidas em praça pública”. A promoção do *labor* à estatura de coisa pública transformou-o em rápida evolução, cujos resultados alteraram inteiramente todo o mundo habitado. A esfera social, na qual o processo da vida estabeleceu o seu próprio domínio público, desencadeou um crescimento artificial do natural. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 50 e 56.

¹⁰ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 39-40. No mesmo sentido, Benjamin Constant sustenta que nos povos antigos o indivíduo era soberano no que se referia a assuntos públicos e escravo no que dizia respeito a assuntos privados, sendo na modernidade o inverso: na esfera privada o indivíduo é independente e na esfera pública a sua soberania é apenas aparente, superficial. In: CONSTANT, Benjamin. *Escritos Políticos*. Madrid: CEC, 1989. Da liberdade dos antigos comparada com a dos

Com o passar dos tempos houve a ascensão da esfera familiar e a emergência da esfera social¹¹, o que deveras pode ser considerado como causa da relativização da dicotomia público-privado, especialmente observando-se a *submersão de ambos (público e privado) nessa esfera do social*.¹²

René David apresenta a distinção público-privado como uma tendência consagrada no decorrer da história do pensamento jurídico que se deu exclusivamente nos países integrantes da família romano-germânica, uma vez que “em todos os países da família romano-germânica a ciência jurídica agrupa as regras do direito nas mesmas grandes categorias. Por toda a parte se encontra a mesma grande divisão básica de direito público e de direito privado”. Discorre que os interesses particulares classificavam-se como de direito privado e interesses gerais de direito público, sob a justificativa de que interesses gerais e particulares “não podem ser pesados na mesma balança”.¹³

Também é possível observar a relação dicotômica entre as esferas público e privada desde a sistematização do Código Civil, herança liberal, momento em que essa peculiar classificação era bastante compreensível visto que o Código Civil tinha significação de “Constituição Privada”, contrapondo-se ao direito público que se destinava aos interesses tidos por gerais. Fato plenamente justificável haja vista a influência do Estado Liberal¹⁴ onde

modernos, conferência pronunciada no Ateneu de Paris, fevereiro de 1819, p. 257-285. *Apud* LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 52.

¹¹ Na seqüência, o governo de um só homem transforma-se na sociedade e, consecutivamente, em uma espécie de “governo de ninguém”, o qual não significa a ausência de governo; mas, pela burocracia, que em conformidade com Arendt, pode se revelar como uma das mais cruéis e tirânicas versões. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 50.

¹² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 74 e 79.

¹³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 85. Bobbio explica a clássica dicotomia publico-privado, afirmando que se tratam de opostos absolutos, “à medida que ocorre frequentemente de *privado* ser definido como *não-público* (*privatus qui in magistratu non est*, Forcellini), raramente o contrário”. BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público\privado, in *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 14.

¹⁴ Após a Revolução Francesa surgiu o Estado moderno em sua primeira versão Absolutista. O Liberalismo representa a segunda versão do Estado moderno, surgido com a passagem do feudalismo e o ingresso ao capitalismo. Com a vinda do capitalismo, a burguesia desejava mais do que nunca, gozar de plena liberdade para gerir seus interesses, e mais, almejava algo além de poder econômico: o poder político, que ainda não lhe competia. O Liberalismo tem como sua marca, o crescimento do indivíduo, objetivando a garantia dos direitos individuais, civis e políticos, e a limitação da autoridade, lutando, por conseguinte, pela não interferência do Estado. Esse individualismo aparece inclusive na economia: propriedade privada livre de controles estatais (os ricos ficam mais ricos). Nesse período o papel do Estado era *quase* negativo, no sentido de que sua atuação se restringia à proteção do indivíduo. Por isso o Liberalismo se apresentava como uma teoria antiestado. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61. Araújo Pinto assevera que houve, nesse período, a inversão da relação entre público e privado: ao superdimensionamento do espaço privado sobrepor-se-á a hipertrofia do público que tende a se esgotar no Estado. In: ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

o ordenamento jurídico centralizava-se no Código Civil e à Constituição atribuía-se planos inferiores, momento em que também se preconizava a separação entre Estado e sociedade.

Consecutivamente ao Estado Liberal, cuja influência ainda não foi totalmente eliminada¹⁵ ao menos no Brasil¹⁶, sobreveio o Estado Social¹⁷, devedor de prestações que visassem compensar os desníveis sociais, e o atual Estado Democrático de Direito.

p. 40. Dworkin destaca uma característica marcante preconizada pelo Liberalismo: “A concepção liberal de igualdade é o nervo do liberalismo”. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Martins Fontes: São Paulo, 2001. p. 269 e 272.

¹⁵ O isolamento preconizado pelo individualismo, ao menos no Brasil, não se extinguiu com a suposta vinda do Welfare State, que a nação Brasileira nem chegou a conhecer, embora há quem diga que o “New Deal” exerceu grande influência na política econômica e social adotada no Brasil pelo Presidente Getúlio Vargas, que admirava Franklin D. Roosevelt. O que verdadeiramente ocorreu foi o Estado deixando o cidadão desamparado, e não havendo outra alternativa ao indivíduo a não ser cuidar solitário de sua condição, intensificou-se o caráter individualista. Em suma, essa suposta igualdade, pregada pela Revolução Francesa, marco do liberalismo jurídico, transforma-se em fonte de iniquidades, onde o mais fraco era explorado pelo mais forte economicamente. Com isso, no início do século XX, especialmente em razão da revolução industrial e da eclosão da 1ª Guerra, tornou-se necessário a mudança de paradigma de produção do direito. Começa, assim, o Estado a intervir na matéria econômica-jurídica a fim de estabelecer um equilíbrio entre os particulares. Então, no período pós 2ª Guerra, na Europa, surge o Welfare State, e, no Brasil, o Estado Interventor, passando a vida privada a ser subordinada pelos princípios constitucionais, deixando de ter unicamente no Código Civil seu *locus* normativo. No Brasil, isso ocorre, muito especialmente, a partir da Constituição de 1988, quando se dá a repersonalização do direito privado, com a sua despatrimonialização, determinando ao direito a sua função social. O novo Código Civil pátrio demonstra claramente essa mudança de paradigma ao positivar a proteção dos principais princípios constitucionais, em diversos instrumentos que passam a afetar os principais institutos do direito privado, como a propriedade e o contrato. Ver STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 81-82 e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado contemporâneo*. VENTURA, Deisy (org). *América Latina: cidadania, desenvolvimento e estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996. p. 88.

¹⁶ Verifica-se que no contexto brasileiro os fatos ocorreram de forma diversa ao ocorrido no cenário ocidental em virtude da tradição patrimonialista, de origem colonial, que condiciona as ações do Estado desde sempre, o que dificultou visceralmente ao brasileiro a separação de público e privado naquele período, como salienta Finger. In: FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 16 e 89. Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro referem constantemente em suas obras o patrimonialismo e a pessoalidade inculcados na cultura brasileira que viciam as relações e a sociedade como um todo. Holanda explica que “Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira(...)”. “A ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós(...)” “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios(...)”. Nossa independência, as conquistas liberais, vieram quase de surpresa, ou seja, não houve um momento preparatório para que as mudanças fossem gradativamente ocorrendo. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119, 145-146. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Editora Globo, 1998. p. 45-51.

¹⁷ No final do século XIX o Liberalismo clássico começou a declinar lentamente. Com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, e a subsequente Grande Depressão, a queda foi vertiginosa. A partir daí, o Liberalismo passou ao descrédito frente a uma sociedade desgastada pela obsessão ao indivíduo (propriedade privada acima de tudo). Com esse declínio liberal iniciou-se uma transformação Liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, já que as teorias de intervenção do Estado na economia passaram a ganhar força. Passaram a ser adotadas as idéias de Keynes, aplicadas, quase simultaneamente, pelo plano do New Deal (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Martins Fontes: São Paulo. 2001. p. 269-271) do presidente norte-americano Franklin Roosevelt, trazendo um Estado Assistencialista, denominado *Welfare State*. Conforme disciplinado por José Luiz Bolzan de Moraes. in: MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado contemporâneo*. VENTURA, Deisy (org). *América Latina: cidadania, desenvolvimento e estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996. p. 88. O *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social “adjudica a idéia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos

Observe-se que, ao passo que as relações foram sofrendo alterações, os conceitos foram perdendo seus originários significados passando a ser substituídos por outros mais adequados à conjuntura momentânea, as esferas pública e privada também acompanharam as mutações.

O Estado Democrático de Direito enfrenta o grande desafio de viabilizar a convivência harmônica entre as esferas público e privada, e não no sentido de individualizá-las, mas sim de compatibilizá-las, de complementarem-se mutuamente às vistas de um mesmo objetivo: o interesse público.¹⁸

Desse modo, a relação entre o direito público e o privado, que se definia por dicotômica, se mostra confusa. Nesse sentido, Gilberto Dupas anuncia que na pós-modernidade a relação entre as esferas pública e privada tendem à “interpenetração e tendência à confusão”¹⁹.

Ludwig a esse respeito esclarece que: “Pode parecer surpreendente, mas a visão dicotômica do direito público e do direito privado, [...] é um fenômeno historicamente recente. A *distinção* é antiga; não a dicotomia”²⁰.

benefícios da sociedade contemporânea” vindo em contraponto ao modelo de Estado Liberal, onde o Estado representa apenas o papel de garantidor da paz social, onde a sociedade é composta de “indivíduos livres e iguais”. O Estado passou a intervir na organização da vida econômica a fim de estabelecer um equilíbrio entre os particulares, buscando diminuir as desigualdades materiais existentes. Na Europa chegou-se a estabelecer o *Welfare State* ou Estado Providência, para os franceses, ou, ainda, Estado do Bem Estar Social, onde o Estado deixou sua condição passiva de “não fazer” e passou a ter uma atuação ativa na efetivação de uma justiça social. Todavia nos países da América Latina, em decorrência do processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica, não se permitiu o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, como explicam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 81.

¹⁸ O interesse público se refere à satisfação do “todo” garantido pelo Estado Democrático de Direito, preconizando, portanto, o público e o privado de forma conjunta e não isolada. Nesse sentido Juan-Cruz Alli Aranguren profere que: “El Estado y la sociedad se armonizan en el Estado social y difuminan la dicotomía entre lo público y lo privado por la interacción mutua en aras a la consecución del interés general.” In: ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Derecho Administrativo y globalización*. 1. ed. Madrid (España): Civitas Ediciones, 2004. p. 182.

¹⁹ Ver nota 3. DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 43. Nesse liame Araújo Pinto profere que: “Com a premissa de materialização de direitos – reação ao exacerbado formalismo do paradigma liberal – e a conseqüente transferência para o Estado de novas funções de inclusão e compensação, a delimitação entre Direito Público e Privado deixa de ser ontológica para assumir uma mera feição didático-pedagógica. A rigor, todo direito é público no Estado Social. Mantendo-se a dicotomia para fins didáticos, convém mencionar o advento de novas formas de juridicidade e a revisão dos fundamentos das disciplinas tradicionais. Verifica-se a tendência, em ambas as hipóteses, de confundir os domínios – anteriormente bem delimitados – do Direito Público e do Direito Privado. In: ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 41.

²⁰ “À Roma antiga, por óbvio, era estranha a pretensão tipicamente liberal e cientificista de enclausurar os dois conceitos de modo dicotômico, até porque [...] a divisão romana entre *ius publicum* e *ius privatum* se referia a algo substancialmente diverso do que hoje entendemos por essas expressões”. LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução*

Assim, revela-se como objeto primordial de análise e desmistificação, a relação dicotômica entre as esferas pública e privada, advinda do período liberal²¹, a partir Revolução Francesa, que hoje se revela insuficiente, uma vez que cunha-se em uma lógica positivista, em um sistema fechado, o que não tem sentido atualmente. José de Oliveira Ascensão, nesse âmbito, assevera que:

O Direito privado não pode ser considerado o direito dos egoísmos individuais, como o Direito público não pode ser considerado o direito das relações de dominação. São ambos indispensáveis e entre si complementares. O progresso não está na absorção de um pelo outro, mas na sua coordenação em fórmulas sucessivamente mais perfeitas.²²

Aprofundando a investigação quanto à origem desse processo de relativização²³ do pólo antagônico em que figuravam as esferas público-privada na medida em que as relações foram evoluindo e os conceitos foram mutuamente se interpenetrando, encontra-se Arendt, e para tanto, resgata o passado, trazendo conceitos como inicialmente concebidos. Nesse liame, percebe-se o público no sentido de comum, de acessível a todos, e o privado, tido por reservado e pessoal.

Além de designar o termo “público”²⁴ como tudo aquilo que vem a público, que pode ser visto e ouvido por todos, há ainda outra designação para o termo, significando o próprio mundo, na medida em que os objetos que o compõem são coletivos e, por isso, públicos, ao passo que existem independentemente dos indivíduos, mas são por eles percebidos conjuntamente.²⁵ Nesse viés, o “aparecer em público” torna-se condição de possibilidade para

do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 94. Também nesse sentido observa-se a afirmação de René David: “o direito romano formulava a distinção do direito público e do direito privado”. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65.

²¹ À respeito da afirmação da dicotomia surgir no período liberal, a partir da Revolução Francesa e corresponder a uma das características do positivismo ver LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; já citados nas notas 13 e 20. E ver também Giovanni Sartori mencionado na nota 7.

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 327.

²³ Enfatiza Carvalho: “A separação doutrinária e ideológica entre o público e o privado, que permeou toda a evolução do Direito, não mais se justifica, na medida em que aqueles interesses ganham a companhia de outros como o coletivo e o difuso, impregnados de características públicas e privadas, matizadas, confundidas e emaranhadas, embora nestes não se resumam”. In: CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 197.

²⁴ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 59.

²⁵ “(...) na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele”. Este mundo, como apresentado por Arendt, tem a ver com o artefato humano, com o produto das mãos humanas, com os

a permanência e perpetuação do mundo ao fluxo das gerações,²⁶ na medida em que a publicidade do ato pode transformá-lo em memória.

Por conseguinte, relaciona-se o público à noção de visibilidade, ou seja, a exigência de um “público” que veja o que vemos e ouça o que ouvimos, garantindo, dessa forma, a realidade do mundo e de seus habitantes.²⁷ E não obstante, que as relações, enquanto públicas, enquanto mundo comum, reunia uns aos outros, evitando que colidissem.²⁸

Percebe-se, assim, a necessidade desse resgate ao público, como inicialmente concebido, que pregue a existência de um espaço público não-estatal que proporcione visibilidade e participação como condição necessária da democracia contemporânea, haja vista que um Estado Democrático só se torna efetivo quando as relações de poder estiverem estendidas a todos os cidadãos.²⁹

Quanto à esfera privada,³⁰ obviamente verifica-se o caráter privativo implícito na própria palavra, o que sintetiza a sua essência. Para os antigos significava a privação de algo, viver uma vida destituída de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: privar-se da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido pelos outros; do fato de ligar-se e separar-se deles em virtude de um mundo comum de coisas; e também privar-se da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação incutida no privado reside na ausência de outros. O que quer que o homem privado faça permanece sem importância para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os demais.³¹

negócios realizados entre os que, juntos, habitam o mundo feito pelo homem. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 62.

²⁶ Nesse sentido enfatiza Höffe “(...) a política global precisa, em primeiro lugar, poder acontecer publicamente a ser percebida por todos os cidadãos”. In: HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 376.

²⁷ “Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade”. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 59.

²⁸ Assevera Hannah Arendt que o que torna tão difícil de suportar a sociedade de massas não é o número de pessoas que ela abrange, (...) mas “o fato de que o mundo entre elas perdeu a força de mantê-las juntas, de relacioná-las umas às outras e de separá-las”. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 62.

²⁹ Nesse sentido Leal profere que: “(...) ser democrático, pois, deve-se contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, o atendimento às demandas públicas da maior parte possível da população”. In: LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37. Ver também LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 27.

³⁰ O papel da liberdade privada não é desconhecido de Hannah, contudo, sua maior contribuição está em enfatizar que a liberdade exige um espaço público da palavra e da ação, onde o debate público atua de forma a lidar com assuntos de interesse coletivo. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 350.

³¹ É importante frizar que hoje, através do moderno individualismo, a esfera privada se opõe não à esfera política, mas à esfera social. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 48.

A partir das conceituações arendtianas de público privado revela-se ainda a inexatidão quanto à própria delimitação entre as esferas pública e privada à medida que demonstram a perda da essência de suas próprias definições ao longo dos tempos.

Consoante essa síntese a respeito da complexidade³² em se delimitar exatamente as esferas pública e privada, vislumbra-se que:

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional.³³

Assim, é possível constatar como ponto primordial a superação da dicotomia público-privado a partir da ascendência da esfera social, o que é determinante para o progresso ou regresso dependendo da significação adotada pelo vocábulo *social*: representando essa esfera social a junção do individual ao coletivo, construindo objetivos comuns e adotando condutas participativas para a concretização de um Estado necessário a toda a coletividade, atinge-se o pretendido concretizando o Estado Democrático de Direito. Todavia, se o social que emerge representar um meio de dominação então estar-se-á diante do retrocesso.³⁴

De todo modo, em se superando o viés dicotômico que permeava o público e o privado e construindo-se o *social*, mesmo assim acredita-se que não seja possível uma nítida divisão entre público e privado, determinando de forma precisa e inerte o que pertence à esfera pública e à privada.

Ludwig assevera que “a perspectiva dicotômica da distinção entre direito público e direito privado encontra-se, enfim, superada”, mas entende a distinção entre os dois campos como relativa.³⁵

³² “(...) a linha divisória é inteiramente difusa”. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 37.

³³ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 37.

³⁴ Atente-se que, quando da superação do público e do privado pelo social não significou a preocupação com o interesse público, que em tese seria a destinação de “social” propriamente dito, pelo contrário, a dissolução da esfera privada e a conseqüente ascensão da esfera social pode ser observada na crescente transformação da propriedade imóvel em propriedade móvel, a ponto que a distinção entre propriedade e riqueza perderam toda a sua importância, todo e qualquer bem “fungível” passou a ser objeto de “consumo” perdendo seu valor de uso privado, antes determinado pela localização que, então, passa a ser por sua permutabilidade constantemente mutável. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 79-80.

³⁵ ”. LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 112-113.

Ser e estar visível é atributo da esfera pública ao contrário do velamento que rege as relações privadas. Revelando tais discordâncias isso não significa um pressuposto de tensão e dicotomia à existência dos direitos tidos como públicos e privados, essas características apenas apresentam condições distintas a casos práticos diversos, reclamantes de providências momentaneamente peculiares.

Apesar de reconhecer que o significado mais elementar das esferas pública e privada é que existem coisas que devem ser ocultadas e outras que devem ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência, já que cada atividade humana converge para a sua localização adequada no mundo, não é possível formular uma classificação prévia e precisa do que deve aparecer em público e do que deve se manter na escuridão do sigilo. Todavia, uma vez observado o interesse público³⁶, certamente é possível ter a manutenção e perpetuação das esferas pública, privada e social.

Constata-se, portanto, que embora jamais se possa pormenorizar a esfera privada, a percepção da realidade necessita da aparência e, portanto, da existência de uma esfera pública, onde as coisas possam emergir da treva da existência resguardada.³⁷

Assim, o critério de separação baseado em que o Direito Público tem por finalidade a tutela do interesse coletivo e o Direito Privado objetiva interesses particulares, carece de consistência haja vista que o Estado Democrático de Direito visa proteger simultaneamente todos os direitos.³⁸

Ainda, é deveras imprescindível mencionar, embora não seja objeto do presente estudo merecendo inclusive uma análise exclusiva e esse respeito, a ocorrência de fenômenos atuais que vem tendo acentuada ocorrência: a privatização do direito público³⁹ e a

³⁶ Ver nota 4.

³⁷ Assim entende Hannah Arendt, asseverando que, embora existam assuntos muito relevantes que só podem sobreviver na esfera privada, pelo fato de não suportarem a implacável e crua constante presença dos outros no mundo público. O amor, por exemplo, morre assim que é trazido a público. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 61.

³⁸ Nessa ceara, e em vista do exposto, ocorrem os conflitos de ordem social e individual, já que por óbvio ao se discutir privacidade e publicidade, propriedade e liberdade, são trazidos à tona conflitos de ordem individual e coletiva, sendo natural o confronto entre direitos em dadas situações, na própria preservação da vida humana são identificadas restrições à liberdade, no momento em que é vedada a auto-moléstica. Nesse sentido, a pergunta sugerida por Dorf e Tribe é “como a Constituição pode canalizar as escolhas dos valores?”. Os mesmos autores entendem que a distinção entre público e privado é muito “artificial”. In: TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 85-86.

³⁹ A respeito da publicização do privado e da privatização do público, consoante Ludwig, somente são admissíveis tais fenômenos se “quando se aceita e aplica a perspectiva dicotômica” de público e privado. Discorre ainda que “De qualquer maneira, ocorreria a chamada ‘publicização do privado’ quando fosse valorativamente verificada a supremacia do público sobre o privado” e a “[...] ‘privatização do público’ quando fosse valorativamente verificada a supremacia do privado sobre o público”. Explica que, na publicização do privado, não há uma invasão do público, apenas “uma nova perspectiva a incidir sobre os institutos tradicionais do direito privado”. O direito privado também deve contemplar, e contempla, normas de ordem pública, contém

constitucionalização do direito privado, que também demonstram a dificuldade na distinção entre o público e o privado à medida que representam a mútua invasão entre ambos.⁴⁰

Ao passo que o Direito Privado vem se “socializando”,⁴¹ o Público tem se valido de mecanismos peculiares a esse ramo para exercer algumas de suas incumbências, ou seja, observa-se o poder público agindo na esfera privada e o privado exercendo função tipicamente pública.

Sendo assim, o que deveras importa é a concretização de direitos e não a exata delimitação das esferas público e privada, uma vez que proteger o interesse público⁴² não significa desconhecer o interesse privado, devendo as esferas do público e do privado serem tidas como complementares. O próprio conceito supremo de Constituição e de sua perpetuação em todas as ramificações do ordenamento jurídico contribui para a dificuldade na contraposição entre Direito Público e Privado.

Uma perspectiva para a viabilização do resgate dos significados de público e privado, promovendo um elo e não confusão entre ambos, seria a busca pela satisfação do interesse

preceitos de interesse geral e função social, adverte Ludwig. LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 98, 99 e 102.

⁴⁰ Têmis Limberger refere que apesar da contraposição do público com relação ao privado ser típica do Liberalismo se observa cada vez mais a ocorrência do fenômeno a que se denomina de publicização do privado. “[...] A antiga distinção público e privado cede diante da tendência atual de privatização.” In: LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 38 e 40. Nesse sentido de constitucionalização do direito privado, Bilbao Ubillos reflete: “Y esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de ‘poder público’, que se dilata hasta cubrir un gran número de actividades en apariencia privadas, que se someten entonces a ciertas limitaciones constitucionales”. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 320. Ver também LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. SANTOS, André Leonardo Copetti (org.) et al *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS Mestrado e Doutorado*. Anuário 2006. n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 210-211. No sentido de que o plano público passou a enfatizar uma preocupação privada observa-se José Carlos Moreira Silva Filho: “Na medida em que os interesses humanos, no capitalismo moderno, passaram a se voltar muito mais para a riqueza e para a economia, bem como, o individualismo foi se firmando, o plano público passou a enfatizar uma preocupação privada, criando a idéia do social”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Multiculturalismo e movimentos sociais: o privado preocupado com o público*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32331/public/32331-38803-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 set. 2009. p. 04.

⁴¹ Daniel Sarmento afirma que: “Com surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia privada dos sujeitos de direito em prol dos interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhadores.” SARMENTO, Daniel. *Org. Interesses Públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 49.

⁴² Ver nota 4.

público⁴³. Todavia essa não é uma missão singela, uma vez que há de se superar muitos paradigmas para que realmente o vocábulo tenha além de significado, legitimidade no Estado Democrático de Direito, que pressupõe o indivíduo enquanto coletividade, a sociedade e não aglomerado de grupos, enfim o povo em seu *caráter social*, já que o interesse público, em sua essência, expressa a vontade geral, ou seja, o bem de todos sobre a vontade egoicamente articulada⁴⁴, não tendo o indivíduo como sujeito das relações de forma desvinculada da sociedade e do meio em que está inserido.

Neste rumo, tem-se discutido acerca do papel do Estado e seus elementos integrantes a fim de que seja redefinida a sua função no que concerne à reconstrução do processo democrático,⁴⁵ resgatando valores que tornam possível a participação democrática do cidadão no espaço público que a ele é inerente, simultaneamente preservando o privado e os direitos a ele pertinentes. Esse resultado seria alcançado quando o interesse público sintetizar a preocupação dos modernos conceitos de público e privado, com a consolidação do social.

Não obstante, da mesma forma a publicidade e a privacidade, se respeitando o interesse público, concomitantemente estariam se complementando ao invés de colidir.

Vislumbrar o social, que contemple o interesse público, onde esferas pública e privada não conflitem mas se complementem, importa um Estado visível, que viabilize plano e ação⁴⁶ às vistas da coletividade, abdicando de individualismos e conformismos. No entanto, persuadido ao ideal de visibilidade surge questionamentos quanto a sua abrangência, haja

⁴³ Ver nota 4.

⁴⁴ Juarez Freitas se refere a interesse público como vontade geral legítima, o bem de todos sobre a vontade egoicamente articulada, não se confundindo com a vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo da maioria. In: FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.54.

⁴⁵ Ao se tratar do viés democrático cabe examinar a dimensão da república, *res publica*, no contexto do público, Bobbio, nesse sentido, discorre que: “[...] o critério fundamental permanece sendo aquele dos diversos sujeitos a que se pode referir a noção geral de *utilitas*: ao lado da *singulorum utilitas* da definição citada, não se deve esquecer a célebre definição ciceroniana de *res publica*, segundo a qual essa é uma ‘coisa do povo’, desde que por povo se entenda [...] uma sociedade mantida junta, mais que por um vínculo jurídico, pela *utilitatis comunione* (*De res publica*, I, 41, 48)”. BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público\privado, in *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 15.

⁴⁶ Ao invés da ação, a sociedade espera de cada um dos seus membros um certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a “normalizar” os seus membros, a fazê-los “comportarem-se”, a abolir a ação espontânea ou a reação inusitada. Desta monta, visualiza-se, na modernidade, que o conformismo substituiu a ação, esquecendo, dessa forma, a virtude do agir. “O fenômeno do conformismo é característico do último estágio dessa evolução moderna”. A fim de medirmos a extensão da vitória da sociedade na era moderna, sua inicial substituição da ação pelo comportamento e sua posterior substituição do governo pessoal pela burocracia, que é o governo de ninguém, convém lembrar que a ciência econômica foi seguida pela pretensão global das ciências sociais que visam reduzir o homem como um todo ao nível de um animal que se comporta de maneira condicionada. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 50-55.

vista que, se for pensada a visibilidade como absoluta estar-se-á restringindo o direito à privacidade e resgatando a dicotomia público-privado.

1.2 VISIBILIDADE, REGRA OU EXCEÇÃO: A POSSIBILIDADE DE SE ESTABELECEM CRITÉRIOS DE CONVÍVIO ENTRE PUBLICIDADE E PRIVACIDADE

Em se promovendo o social, que se concretize a partir da complementaridade das esferas pública e privada e da superação da antiga relação dicotômica, é possível se restabelecer alicerces ao Estado Democrático de Direito, todavia não é só, para que devesse se concretize, o Estado deve ser e estar visível ao cidadão.

Nesta reflexão, indubitavelmente faz-se necessário tratar da Administração Pública⁴⁷, haja vista que um Estado que se designa Democrático de Direito requer uma Administração Pública transparente, que efetivamente se dê às vistas do público, como anteriormente referido, exigindo, por conseguinte, o princípio da publicidade como forma de viabilizar a informação de relevância pública⁴⁸ ao cidadão.

Desse mesmo Estado se espera que preserve os direitos fundamentais⁴⁹, assegurando simultaneamente, o resguardo à privacidade, direito constitucionalmente previsto.

Assim, em se tratando de uma Administração Pública transparente, pressuposto de Estado Democrático de Direito, é possível se verificar a tensão entre publicidade e privacidade.

A partir do instante em que, preocupado com a transparência da e na Administração Pública se prevê a publicidade como viável alternativa para que se alcance esse objetivo, pode

⁴⁷ Juarez Freitas em sua obra “*O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*” trata do Estado disposto no art. 3º da CF da seguinte forma: “O Estado do direito fundamental à boa administração pública e, nessa medida, promotor do ‘bem de todos’”. Isto é, aglutinando o Estado e a “boa administração pública” para a concretização do interesse público, priorizando o viés social que aproxima Estado e Administração quando se destinam a cumpri-lo. In: FREITAS, Juarez, *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 144.

⁴⁸ Limberger afirma que “O critério para determinar a legitimidade ou ilegitimidade das intromissões na intimidade das pessoas não é o da veracidade, mas exclusivamente o da relevância pública do fato divulgado, isto é, de que sua comunicação à opinião pública, mesmo não sendo verdadeira, torne-se necessária em função do interesse público do assunto sobre o que se informa”. In: LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 135.

⁴⁹ Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são os previstos constitucionalmente, nascendo e se desenvolvendo com a Constituição, por isso se caracterizam por fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 31-37.

haver restrições ao direito à privacidade quando se está enraizado sob uma ótica ainda dicotômica entre público e privado, haja vista que em se considerando o social como uma concepção de público e privado, o público passa a ser tudo o que está visível, não pertencendo, portanto, à privacidade. Assim, em análise aos conflitos que se formam entre publicidade e privacidade, se estará promovendo a convivência entre ambos, haja vista a polarização entre os mesmos ser decorrente ainda de uma concepção dicotômica entre público e privado, que sobrepõe a individualidade⁵⁰ ao coletivo e vice e versa, e não pela junção de ambos quando se preconiza o social.

De todo modo, partindo do pressuposto de que essa concretização do social, onde público e privado não confrontem, carece por evoluir a fim de superar especialmente o viés individualista que rege as relações como um todo, e que será melhor analisado no ponto 2.3 Em busca da resposta constitucionalmente adequada, desse estudo, por aqui e agora pretende-se estabelecer critérios de convívio entre publicidade e privacidade, para que ao invés de colidirem se completem na busca pela satisfação do social, preconizando o interesse público.

Percebe-se então que é complexa a tarefa do Estado em concretizar todos os direitos cumprindo com o disposto em sua Constituição Federal haja vista, como já asseverado, as relações estarem cunhadas no individualismo, e por esse motivo manifestar colisão de interesses a todo o instante.⁵¹

Posto isso, vislumbra-se que as tensões tornam-se casuais quando se pretende concretizar a vasta gama de princípios e direitos constitucionalmente dispostos, e sob essas circunstâncias o conflito não é negativo, uma vez que em virtude do mesmo são obtidas soluções que não teriam sido alcançadas sem a sua existência. Todavia, embora não se pretenda evitar o confronto deve-se pretender lançar critérios de convívio entre as cearas confrontantes para que possam coexistir.

⁵⁰ A respeito de individualismo ver nota 233.

⁵¹ Canotilho já asseverava a colisão entre direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. O primeiro dos instrumentos para a solução do conflito reside em verificar a existência de restrições ao exercício dos direitos fundamentais emanadas da própria Constituição. Outra alternativa seria a tentativa de harmonizar as esferas conflitantes, de modo talvez a prevalência, supremacia, de um sobre o outro, diante da análise do caso concreto específico, não havendo, de toda forma, para Canotilho “padrão ou critério de solução de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstractos”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1137-1141. Ingo Sarlet, por sua vez, trata do conflito entre titulares de direitos fundamentais e não entre direitos: “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. Devendo, nessas condições, se estabelecer restrições recíprocas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 107-164.

Da mesma forma que público e privado devem se complementar, todos os direitos fundamentais, bem como os princípios constitucionais, devem ser respeitados embora nenhum deles, em sua individualidade, seja absoluto. Para determinar qual deve ser o vigente primeiramente deve-se compreender o real sentido constitucional que cada um possui para então se proceder a análise ao caso concreto, e a partir daí determinar a aplicação do direito ou princípio mais adequado, ou de ambos sob a égide de determinados critérios.

Considerando que, desde a Grécia, a democracia⁵² é tida como governo do poder público exercido em público, reafirmando a idéia de que a visibilidade é a regra, e o segredo, a exceção⁵³, e que, o princípio da publicidade como forma de transparência advindo do Iluminismo onde o soberano não tinha qualquer interesse ou obrigatoriedade em revelar aos súditos as suas decisões, sentindo-se um Deus observando a todos sem por eles ser visto julgando-se onividente e invisível⁵⁴, tem-se a visibilidade como o ideal (in)atingível do Estado Democrático de Direito, tendo como pressuposto a (im)possibilidade de transparência da e na Administração Pública.

Ao se defender uma Administração Pública visível, concomitantemente se enfatiza o princípio da publicidade como instrumento viabilizador dessa transparência.

O sentimento de ser observado torna os indivíduos melhores, torna suas ações mais claras e indiscutíveis, nesse âmbito, poder-se-ia relacionar a publicidade ao *Panóptico de Bentham*.⁵⁵

⁵² Otfried Hoffe assevera que Democracia, como poder do povo que é, traz uma expressão ambígua: poder e povo. In: HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.120.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 89-93.

⁵⁴ “A importância dada ao caráter público do poder é um aspecto da polêmica iluminista contra o estado absoluto” Bobbio ainda refere que Kant foi, como nenhum outro, “quem contribuiu para esclarecer o nexos entre opinião pública e caráter público do poder”, podendo, portanto, “ser considerado como o ponto de partida de todo discurso sobre a necessidade da visibilidade do poder”. In: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 89 e 92-93. Essa obra trata, em capítulo próprio, da Democracia e o Poder Invisível, assunto pouco tratado e de inquestionável relevância.

⁵⁵ Panóptico de Bentham: Figura arquitetural, uma construção em anel, onde no centro há uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha. Citado em: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 22. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 165-166.

Consoante esse aparelho arquitetural de Bentham, o *Panóptico*, que prega como lógica essencial um sentimento consciente, constante e incessante de visibilidade, ou seja, o sentimento de ser vigiado a qualquer instante observa-se a visibilidade como forma de poder, de controle. Da mesma forma poderia agir a publicidade, de maneira a vigiar o Estado e a Administração Pública, “forçando”, embora sem o uso da força, esses representantes do poder a agirem de forma responsável e íntegra, face o sentimento de estarem sendo vistos permanentemente.

No momento em que o poder⁵⁶ se torna visível e a população tem acesso às informações e decisões da Administração Pública, concomitantemente passa a existir o controle social e a preocupação dos administradores em não serem punidos por eventuais ilícitos que possam vir a praticar.

Contudo, diante dessa inegável necessidade de um Estado e de um poder visível,⁵⁷ há de se ter cuidado com o caráter utilitarista,⁵⁸ e até autoritário, que essa certeza envolve, para que a visibilidade não resulte em injustiças.

⁵⁶ Poder, como se era de esperar possui diversas definições. Michel Foucault elucida que poder não é um objeto e sim uma prática social. Relaciona poder à verdade. FOCAUL, Michel. *Microfísica do Poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001. p. X. Norbert Elias, por sua vez, afirma que “E aquilo a que chamamos ‘poder’ não passa, na verdade, de uma expressão um tanto rígida e indiferenciada para designar a extensão especial da margem individual de ação associada a certas posições sociais, expressão designativa de uma oportunidade social particularmente ampla de influenciar a auto-regulação e o destino de outras pessoas”. In: ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 50.

⁵⁷ Várias são as obras em que Foucault trata da visibilidade como solução, como fonte de poder. Intitulando “O Olho do Poder”, (FOCAUL, Michel. “*O Olho do Poder*” in *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 209 a 226) Foucault se refere a um conjunto de idéias a respeito da visibilidade a partir do estudo sobre a arquitetura hospitalar e demais instituições citando o trabalho de Jeremy Bentham – o Panóptico. (O Panóptico foi desenvolvido por Jeremy Bentham como um sistema cuja tecnologia arquitetônica permitia que os centros de poder e controle de vigilância de locais como hospitais, penitenciárias, escolas, etc, pudesse ser exercido por meio do jogo de luzes que incidiam sobre determinados compartimentos). Foucault faz uma análise do mecanismo propiciador da visibilidade sob a vertente de um poder centrado na vigilância. Exala da obra de Foucault o princípio da visibilidade, inicialmente trabalhado sob a óptica do poder exercido pela vigilância, como possibilidade de alcançar dimensões paradoxais em relação ao atributo do “olho que tudo vê”: Um medo assombrou a segunda metade do século XVIII: o do espaço escuro, o anteparo de escuridão que impede a total visibilidade das coisas, das pessoas, das verdades. Dissolver os fragmentos de noite que se opõem à luz, fazer com que não haja mais espaço escuro na sociedade, demolir estas câmaras escuras onde se fomentam o arbitrário político, os caprichos da monarquia, as superstições religiosas, os complôs dos tiranos e dos padres, as ilusões da ignorância, as epidemias. Os castelos, os hospitais, os cemitérios, as prisões, os conventos, muito antes da Revolução, suscitaram uma desconfiança ou um ódio que implicaram sua supervalorização; a nova ordem política e moral não pode se instaurar sem sua eliminação. [...] Ora esses espaços imaginários são como a “contra-figura” das transparências e das visibilidades que se quer estabelecer. Esse reino da “opinião” invocado com tanta freqüência nesta época, é um tipo de funcionamento em que o poder poderá se exercer pelo simples fato de que as coisas serão sabidas e de que as pessoas serão vistas por um tipo de olhar imediato, coletivo e anônimo. Um poder cuja instância principal fosse a opinião não poderia tolerar regiões de escuridão. Se o projeto de Bentham despertou interesse, foi porque este forneceu a fórmula, aplicável a muitos domínios diferentes, de um “poder exercido por transparências” de uma dominação por “iluminação” In: FOCAUL, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 216.

⁵⁸ Nesse sentido, Otfried Höffe discorre: “O utilitarismo é a ética do bem-estar coletivo de efeito mais vigoroso”. No utilitarismo é calculado o maior bem-estar coletivo, admitindo-se, portanto, o sofrimento de uns contrabalançados pelo bem-estar de outros, sem, no entanto, oferecer compensação concreta aos afetados.

Nesse sentido, sob influência kantiana, Bobbio, doutrina que a democracia é, ou ao menos deveria ser, a expressão do “poder visível,”⁵⁹ ou ainda, como a própria nomenclatura sugere, “Poder Público”⁶⁰ deve expressar publicidade. Do contrário ter-se-á o estado autocrático onde imperam o segredo e o ocultamento como regra.⁶¹

A publicidade, nesse aspecto, ainda pode ser auferida como meio de justiça, sob o ponto de vista kantiano: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas.”⁶² Sob essa perspectiva compreende-se que a transparência seria a regra para qualquer ato executado haja vista que se ele não é passível de expor-se ao público, de aparecer, então talvez seja ilícito, embora se saiba que há, e realmente devem haver, exceções.

Ainda em se tratando de publicidade direcionada ao Poder Público, também é relevante apontar a concepção de Carl Schmitt, que trata como essencial a livre discussão pública entre cidadãos, onde o ser público no processo de decisão política não pode ser substituído por negociações em comissões fechadas.⁶³ Relaciona o caráter público do poder com a sua devida representação “entendendo a representação como uma forma de representar,

“Supondo-se que o bem-estar coletivo seja maximizado, então o utilitarismo permite que se punam inocentes ou que se instaure a escravidão, dando razão à crítica de Marx e Engels quanto à exploração do homem pelo homem”. “Conseqüentemente, o utilitarismo não conhece direitos humanos genuínos”. In: HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 42-43.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 83 e 84. Para Norberto Bobbio, a democracia é o regime do poder visível.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 84.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 94. No mesmo sentido reflete Têmis Limberger: “Assim, o que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre crítica, pode desenvolver em si mesmo os anticorpos e permitir formas de desocultamento. A democracia como poder visível, que permite ao cidadão o controle por parte de quem detém o poder. A informação possui uma nota distinta no Estado Democrático de Direito se comparado ao modelo liberal. Para este último, é uma consequência política do exercício de certas liberdades individuais. Nos Estados democráticos, a livre discussão é um componente jurídico prévio à tomada de decisão que afeta a coletividade e é imprescindível para sua legitimação. (...) O ordenamento jurídico no Estado democrático se assenta no princípio geral da publicidade, devendo o sigilo ser excepcional e justificado. Esse preceito é extraído com base no princípio da publicidade e do direito a ser informado do cidadão.” In: LIMBERGER, Têmis. *Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático*. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul n.º 60 – agosto/2007 a abril/2008*. Porto Alegre: AMP/RS e FMP/RS, 2008. p.73.

⁶² “Age de maneira tal que a máxima de tua ação sempre possa valer como princípio de uma lei universal”. Assim o filósofo Immanuel Kant formulou o “imperativo categórico”. Ao buscar fundamentar na razão os princípios gerais da ação humana, Kant elaborou as bases de toda a ética moderna. In: GUILLÉN, Germán Vargas. *Filosofia, Pedagogia, Tecnologia*. 3. ed. Bogotá – Colômbia: San Pablo, 2006. p. 31-32. Ainda, se faz importante mencionar a máxima Kantiana que assim profere: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 59.

⁶³ Assevera ainda que “o desenvolvimento da moderna democracia de massas ter feito da discussão público-racional uma mera formalidade”. In: SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis/RJ: Editora Vozes Ltda., 1992. p. 12.

isto é, como uma forma de apresentar, de fazer presente, de tornar visível o que de outra maneira restaria oculto.”⁶⁴ Salienta que “A representação apenas pode ocorrer na esfera do público. Não existe nenhuma representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas”.⁶⁵

Nesse segmento, em agindo de forma representativa, o Estado e todo o aparato que o compõem, deve fidelidade aos titulares de todo o poder que lhe é conferido, o povo, sendo, portanto, inerente ao ato de representação proposto pela Democracia Representativa, que o outorgante e concomitantemente destinatário⁶⁶ do poder visualize as ações em seu nome executadas.⁶⁷

Inserido nessa perspectiva principal de visibilidade inerente à Administração Pública, além de indispensável ainda a todo o conjunto Estatal, alerta-se que sob o véu do desconhecido, do oculto e, principalmente, do invisível, podem ocorrer irregularidades. Para tanto, na expectativa de evitar quaisquer ilícitos, privilégios, favores e desvios de recursos públicos, a publicidade apresenta-se como instrumento hábil ao desvelamento da esfera pública.⁶⁸

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 87.

⁶⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 208.

⁶⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu’est-ce que Le Tiers État?* Rio de Janeiro: Editora Líber Júris Ltda. 1986. E no mesmo sentido, BERCOVICI, GILBERTO. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo. 2008. Do mesmo entendimento partilha Julio Cesar Finger na medida em que trata o o governante como empregado, sob a ótica Rousseauiana, e, procurador, segundo Sieyès. In: FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 23.

⁶⁷ E isso nada mais representa, do que o cumprimento ao disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, Parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente(...)”.

⁶⁸ Sempre é interessante ressaltar a existência de justificáveis exceções, nesse vértice destaque-se o disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal: “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; (Regulamento)”. A Lei Nº 11.111 de 05 de Maio de 2005 que regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências, disciplina que: “Art. 2º O acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do disposto na parte final do inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal. Art. 3º Os documentos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado poderão ser classificados no mais alto grau de sigilo, conforme regulamento”. [...] “Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991”.

A transparência, como já observado, está intrinsecamente ligada ao público, à medida que pressupõe algo comum e visível⁶⁹. A aparência, nesse aporte, revela-se condição de possibilidade para a existência da própria esfera pública. Não obstante, a visibilidade tanto é primordial ao indivíduo quanto à sociedade, e, ao contrário do que muitos julgam, a aparência também se faz imprescindível à esfera privada.

Conceitos arendtianos⁷⁰ a esse respeito revelam que a percepção do mundo pressupõe a existência de uma esfera pública onde as coisas possam emergir das trevas e aparecer, portanto, a aparência, a visibilidade, tornam-se pressupostos à realidade.⁷¹

Contudo, é sabido que a democracia por mais que pregue a desocultação da Administração Pública,⁷² que pregue a visibilidade, também possui intrinsecamente como toda forma de governo, a invisibilidade, os seus sigilos. E a forma de transparência mais eficaz e viável, logicamente, é a publicidade dos atos do poder viabilizando o controle social⁷³, embora se respeitem exceções⁷⁴ desde que previamente e constitucionalmente previstas.

⁶⁹ A noção de visibilidade relaciona-se diretamente com o significado de “público, como já afirmava Arendt, ou seja, a exigência de um “público” que veja o que vemos e ouça o que ouvimos. “Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade”. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 59.

⁷⁰ “O poder preserva a esfera pública e o espaço da aparência e, como tal, é também princípio essencial ao artifício humano, que perderia sua suprema *raison d’ être* se deixasse de ser o palco da ação e do discurso, da teia dos negócios e relações humanos e das histórias por eles engendradas”. In: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 215-216.

⁷¹ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 61.

⁷² No que se refere à Administração Pública, visibilidade, incorporando termos tipos por essenciais, como racionalidade e burocracia, Max Weber, inaugurando o termo “burocracia” no início do século XX, como, de certa forma, inevitável à Administração Pública na medida em que visa a dotar o Estado-Administração Pública de racionalidade. Nesta perspectiva, não há como dispensar de seguir alguns princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública. In: WEBER, Marx. *Economia y Sociedad. – Esbozo de sociologia comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo Garcia Maynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁷³ Um exemplo da publicidade diretamente relacionada à participação popular é o Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 518/09 denominado “Ficha Limpa” que impede a candidatura de políticos condenados por crimes eleitorais e de improbidade, que tornam o candidato inapto ao mandato eletivo, chegando ao Legislativo com o aval de mais de 1,5 milhões de eleitores brasileiros - o que permitiu, de acordo com o que prevê a Constituição - a apresentação de um projeto de iniciativa popular ao Congresso Nacional para que ele seja discutido. *ZERO-HORA. Política. Freio Ético: Avança Projeto que exige ficha limpa*. Porto Alegre, 22 de Março de 2010. Recife (PE), 25/03/2010 - O artigo "Salve o Ficha Limpa" é de autoria do presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Pernambuco, Henrique Neves Mariano, e foi publicado na edição de hoje (25) do jornal Folha de Pernambuco: "O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), uma rede formada por 43 organizações sociais, dentre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, está atenta e vai cobrar do Congresso Nacional a missão de colocar em votação e aprovar o Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 518/09 denominado Ficha Limpa - que muda a Lei das Inelegibilidades e veta a candidatura de políticos que tenham sido condenados em alguns tipos penais. Esse, sem dúvida, será um dos pontos de inflexão mais importantes da nossa tão fundamental democracia. [...] O projeto que hoje tramita no Congresso, sem dúvida alguma, sai na frente em relação a qualquer outra iniciativa que tenha o mesmo objetivo. Isso porque o PLP 518 chegou ao Legislativo com o respaldo de mais de 1,5 milhões de eleitores brasileiros - o que permitiu, de acordo

Ao passo que existam questões de natureza essencialmente privada, íntima e que possuam suas características resguardadas constitucionalmente, insere-se o questionamento se essas podem prevalecer à própria essência da Administração Pública, que pressupõe a publicidade de seus atos.

A complexidade dessa reflexão está em decidir quanto à preservação da privacidade em detrimento da publicidade, tida como valor “público”, e quanto à diminuição de um direito fundamental do indivíduo em benefício da coletividade.

Volta-se a frisar que a partir do instante em que se prega o social, percebe-se que essa discussão passa a inexistir à medida em que o tido por privado não é de interesse público, viabilizando a convivência complementar entre publicidade e privacidade.

De todo modo, buscando respostas ao caso concreto e em se admitindo que a esfera social ainda há de se concretizar, pontualmente verifica-se a nítida colisão entre publicidade e privacidade, e um dos critérios a se observar na tentativa de dirimir esse conflito seria a observância do princípio da soberania popular⁷⁵ condicionando a publicização unicamente aos

com o que prevê a Constituição - a apresentação de um projeto de iniciativa popular ao Congresso Nacional para que ele seja discutido. [...] O projeto prevê a inelegibilidade para os seguintes crimes: ocorrências graves segundo o Código Penal (homicídios, tráfico de drogas, estupro, racismo, etc); corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral); captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/97); conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral (arts. 73 a 77 da Lei 9.504/97); captação ou gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei 9.504/97); políticos que renunciarem a mandatos após a apresentação de representação ou notícia formal para fugir de processo disciplinar por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município.” Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=19368>> acesso em 26.03.2010 às 09:41. “Brasília, 05/05/2010 - Os deputados federais aprovaram na madrugada de hoje (05) o texto base do projeto de lei de iniciativa popular (PLP) 518/09, mais conhecido como ‘Ficha Limpa’, que restringe a candidatura de políticos já condenados pela Justiça. Apesar da tentativa de quatro partidos de adiar a votação, a Câmara dos Deputados conseguiu colocar a matéria em votação. Por 388 votos a favor e apenas 1 contra, a proposta, agora, depende da análise de 12 destaques, que pode acontecer na próxima sessão da Casa. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=19636>> Acesso em 06.05.2010 às 08:33. Agora é a vez do Senado que também aprova o “Ficha Limpa” que proíbe por oito anos a candidatura de políticos condenados por crimes dolosos por mais de um juiz – de forma unânime. Todavia, “Emenda de última hora provoca dúvidas ao sugerir que apenas condenações posteriores à sanção da lei serão consideradas”. Assim noticia o Jornal Zero Hora de quinta-feira, 20 de Maio de 2010. Por fim, em 04 de Junho de 2010, sanciona o presidente Luiz Inácio Lula da Silva o projeto Ficha Limpa. O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante fez questão de destacar que o “Ficha Limpa” significa “mais um passo para o aperfeiçoamento das instituições porque impede a eleição de políticos com condenações judiciais”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=19885>> Acesso em 05.06.2010 às 09:49. Em 10 de junho de 2010 decide o Tribunal Superior Eleitoral de que a Lei do Ficha Limpa - Lei complementar nº 135 - já vale para as eleições deste ano, impedindo candidaturas de pessoas com condenações por colegiados da Justiça.

⁷⁴ Ver nota 63.

⁷⁵ A soberania popular é um ponto bastante controverso e polêmico haja vista a impossibilidade da existência de direitos absolutos, todavia, uma função tão indissociável de democracia como a pública não deve jamais ser exercida de forma dissociada do interesse público. Eros Grau, em julgamento na ADPF 144 do Supremo Tribunal Federal, ressalta que por mais que não se fale em supremacia do público em relação ao privado, deve-se fielmente observar o princípio da soberania popular e da democracia representativa. Todavia, inegável é afirmar que o poder do Estado e o Direito se tornam legítimos à medida que derivam de uma autoridade comum, sendo tal autoridade a supremacia popular, legitimamente representada, a qual, por sua vez, deve objetivar o bem da

atos e fatos que possuam interesse público⁷⁶. Pois bem, afirmar que o interesse público seria a condição para publicização seria além de correto, elementar, todavia o que de fato se torna complexo é classificar atos e fatos como de interesse público ou não.

Em vista de que o interesse pela notícia é público e os direitos da personalidade interessam unicamente ao seu titular, não restariam maiores complexidades e confrontos, já que em tese, os dados correspondentes a cada titular não interessariam a outro. Assim seria possível fazer uso do critério da impessoalidade para a extração do caráter público ou não da notícia.

Ainda torna-se indubitável refletir a respeito da verdade e da integridade da informação, uma vez que, em sendo a notícia falsa ou distorcida não cabe a discussão a respeito de interesse público, pois a falácia envenena não apenas o indivíduo como toda a sociedade.

A partir dessa reflexão entende-se que seria plausível o condicionamento da publicidade e da privacidade, e quem sabe até da classificação de interesse público ou exclusivamente individual, aos critérios da impessoalidade e verdade. Finger reflete que em sendo impessoal a notícia, representa aquilo que não se refere a uma pessoa em particular, e sim às pessoas em geral,⁷⁷ portanto deve ser publicizada haja vista a imparcialidade⁷⁸ e a ausência de subjetividade inculcadas, demonstrando a relevância coletiva que deve ser atendida, ou seja, resgatando o viés social. Por outro lado, em sendo pessoal o fato, dotado de pessoalidade, viciado em subjetividade e individualidade, deve abster-se de conferir

coletividade, descartando objetivos individuais, formando uma consciência coletiva, o que viabilizaria a convergência entre interesses públicos e privados, particulares e coletivos.

⁷⁶ A respeito do interesse público Ferraz assim discorre: “Interesse público é uma realidade conceitual própria, autônoma, inconfundível, e não, simples oposição a interesse individual.” In: FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 1, p. 203-204, jan./fev./mar. 2003. Por sua vez, Grau trata que o interesse público é confundido com individualismo: “juristas que se recusam a praticar o pensamento crítico” e “nutrem uma concepção do princípio da supremacia do interesse público que resulta por privilegiar não o que se poderia supor ser o *interesse do Estado* [=sociedade], mas os *interesses, privados, daqueles que detém o controle do Estado*, usando o vocábulo ‘controle’, aqui, sob o sentido de *dominação*. Em seus tratados e cursos, bem assim em ensaios sibilinos, o Estado é descrito como *deve ser*, jamais como *é*.” In: GRAU, Eros Roberto. O Estado, a liberdade e o direito administrativo. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 21, p. 165, jul./ 2002.

⁷⁷ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 19.

⁷⁸ Juarez Freitas a respeito do princípio da imparcialidade assim doutrina: “O princípio da imparcialidade (que o constituinte preferiu denominar princípio da impessoalidade) deriva do princípio geral da igualdade. Mister traduzi-lo como vedação constitucional de toda e qualquer discriminação antijurídica, negativa e atentatória contra os direitos fundamentais e, noutra faceta, como obrigação de reduzir as desigualdades iníquas, nos termos do art. 3º da CF. Em outra dicção, quer-se ‘objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades’”. In: FREITAS, Juarez, *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 82.

publicidade em função de desinteresse público face aos vícios intrinsecamente impregnados em dados essencialmente particulares.

Assim, ao se fazer uso do critério da impessoalidade para a publicização de informações torna-se possível transmitir transparência à Administração Pública, bem como a todo o Estado Democrático,⁷⁹ haja vista que, em sendo noticiado dado desvinculado de pessoalidade e subjetividade, tem-se uma notícia voltada ao interesse coletivo e não a particulares em sua individualidade ou voltado ao interesse exclusivo do administrador público. Frise-se que não apenas a impessoalidade deve ser respeitada, o critério de verdade não é menos importante, uma vez que, nada que reste falacioso ou duvidoso deve ser divulgado, uma vez que ao se conferir publicidade à informação inverídica estar-se-á gerando invisibilidade e ocultamento.

Ou seja, para que a publicidade efetivamente exerça a função a que se destina, conferir transparência, deve evitar certos vícios, como a superficialidade⁸⁰, a subjetividade e as falácias.

Para tanto é preciso implementar a publicidade impessoal, como proposta por Finger, “sem reducionismos unilaterais, no bojo de um sistema carente de efetividade”.⁸¹ E não obstante, há de se rigorosamente observar se a informação, antes de publicizada, tem correspondência com a realidade, evitando-se assim de divulgar notícia inverídica.

A impessoalidade e a verdade⁸², portanto, são imperativos à publicização, a fim de preservar a fidelidade e a integridade da informação transmitida, tendo em vista que o velamento da verdade sendo publicizado não resulta em transparência, tanto quanto o inverídico noticiado a público.⁸³

⁷⁹ Ver nota 47 a respeito do “Estado do direito fundamental à boa administração pública e, nessa medida, promotor do ‘bem de todos’” tratado por FREITAS, Juarez, *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 144.

⁸⁰ Ovídio Araújo salienta que pressupor exposição, aparência, pode sugerir, e realmente sugere, superficialidade, uma vez que, em muitas situações, o que é visualizado não corresponde à realidade. “Não se deve imaginar que o poder, tornado invisível, não seja exercido com eficiência”. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 313.

⁸¹ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 07.

⁸² Ver item 1.3. Verdade como pressuposto de visibilidade, que trata especificamente da necessidade de verdade para se alcançar a transparência na e da Administração Pública e conseqüentemente de todo o Estado Democrático de Direito.

⁸³ Nesse sentido, é bastante pertinente destacar o posicionamento de Hannah Arendt em reportagem do jornal Zero-Hora onde são resgatas palavras proferidas por Hannah Arendt em seu ataque às explicações oficiais de Washington sobre a Guerra do Vietnã, intitulado “A Mentira na Política”, com base nos documentos conhecidos como *Papéis do Pentágono*, de Daniel Ellsberg, que, na época, trabalhava no Departamento de Defesa dos Estados Unidos. Tais documentos provavam que o governo vinha preparando a guerra sistematicamente havia tempo, enquanto, em público, afirmava o contrário: “Aqui, a mentira se apresenta sob o manto da publicidade, que, não obstante, encontra seu limite no fato de não poder comprar as opiniões e os pontos de vista políticos” discorre Arendt. In: ARENDT, Hannah. *Hannah Arendt: Ícone do pensamento independente*. In: ZERO-HORA.

Afirma Espíndola⁸⁴ que o princípio da publicidade é “instrumental à realização de outros princípios constitucionais”, todavia é possível constatar que a publicidade também necessita de outros princípios para de fato exercer a função para qual foi concebida, qual seja, emanar transparência. Dessa forma, para que publicidade e privacidade pudessem conviver, o princípio da publicidade deveria observar os critérios de impessoalidade e verdade.

Assim considerando, a impessoalidade aliada à verdade, torna-se condição de eficiência ao princípio da publicidade, haja vista que, eivada de pessoalidade a informação já nasce viciada por subjetividade, discricionariedade, parcialidade.⁸⁵

Embora se defenda a visibilidade como regra, especialmente no que diz respeito à Administração Pública, uma vez que, ela se expressa, se faz conhecer quando torna suas ações transparentes, disponíveis à coletividade, há de se ter cautela quanto a artimanhas utilizadas para ludibriar a visibilidade. Deve-se abster de conferir notoriedade somente aos atos convenientes ao administrador, evitando simulações, máscaras e outras estratégias lesivas à transparência.

Desta monta, a publicidade quando descumpridora das funções constitucionais que lhe são atribuídas “conspira contra o jogo democrático.”⁸⁶ Sob esse aporte, devem ser banidos vícios, ineficiências, discricionariedades em busca de interesses alheios aos almejados pelo Estado Democrático.

Afirmar, portanto, que a publicidade é definitivamente irrenunciável e inseparável do Estado Democrático de Direito é indiscutível, sobretudo, que sob o seu manto podem haver muitos interesses ocultos nada democráticos também é indubitável.

Informações que por vezes são tornadas públicas as são intencionalmente para promover alguém ou alguma coisa, ou ainda, para esconder outros fatos que não devem se tornar notórios. Ou seja, no que se refere à publicização de atos celebrados pela Administração Pública, deve-se ter o cuidado para realmente cumprir com sua função

Cultura. Filosofia. Edição: Eduardo Vergas. Diagramação: Carolina Porto Ruwer. Porto Alegre, 4 de Novembro de 2006.

⁸⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: BONAVIDES, Paulo (Diretor). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, nº 2, jul-dez 2003. p. 421.

⁸⁵ É plausível, nessa discussão, a análise de algumas aparentes causas do ocultamento que invadem o Estado, a Administração Pública, e inclusive a sociedade, de modo a renegar o social, o coletivo. Sob uma perspectiva é possível atribuir a obscuridade do poder a manobras políticas, interesseiras que à espreita e em detrimento da sociedade satisfazem seus particulares anseios. E sob outra perspectiva é cabível apontar a concepção individualista que assombra a sociedade moderna, em vista de que os indivíduos visam seus únicos e exclusivos interesses, optando pelo isolamento, alienando-se do mundo que os envolve. Seguramente essas não representam as únicas causas da invisibilidade do Estado, dito Democrático de Direito, mas resta indiscutível que são grandes contribuintes e todas elas se remetem a não observância do princípio da impessoalidade.

⁸⁶ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 08.

constitucionalmente prevista, não desvirtuando a sua finalidade, de forma a trazer benefícios particulares, como promoção pessoal de autoridades ou servidores, ou ainda servindo como propaganda eleitoreira.

A partir do constatado, é possível dizer que publicidade é uma via de duplo sentido, haja vista a obrigatoriedade dos detentores do poder de publicizarem os atos que em nome do poder público praticam, emanando transparência quando o dado ou fato noticiado são dotados de verdade e impessoalidade, no entanto, quando publicizam informação pessoal ou inverídica, transmitem invisibilidade e ocultamento.⁸⁷

Surgindo de maneira a desvelar a Administração Pública, a publicidade também possui eficácia preventiva,⁸⁸ no instante em que evita a prática de deslealdades, assim denominando as irregularidades causadas pelos administradores públicos, viabilizando à sociedade as informações do Estado e da Administração Pública, e mais do que isso, oportunizando a participação e a fiscalização que lhe são inerentes.

Do contrário, em não se fazendo cumprir o princípio da publicidade, ou ainda, em conferindo publicidade a atos inverídicos, ou interesseiramente selecionando o que deve ou não ser publicizado, jamais se alcançará a máxima transparência da Administração Pública.

Sob a ótica de Juarez Freitas, “o princípio da publicidade ou da máxima transparência determina que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar”,⁸⁹ devendo tudo vir a público condizendo com sua essência franca e democrática somente se admitindo que a publicidade não se dê em caráter estritamente excepcional, e ainda, por expressa exigência do interesse público, em conformidade ao artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal⁹⁰, em respeito à dignidade humana e por questões de segurança.

Portanto, sabe-se que, embora tudo o que não vem a público aparenta suspeito, pois a regra é a publicidade, há de se ter cuidado com essa generalização, pois a visibilidade do

⁸⁷ Ainda, sob a perspectiva de Sérgio Buarque de Holanda poder-se-ia subtrair que, embora o poder seja visível, se o cidadão não o quiser ver ou ainda, não buscar enxergá-lo, inútil será a publicidade, ou enfim, a transparência, diante de um brasileiro cordial, pacífico e acomodado. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 21. ed. Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1989. p. 101-112.

⁸⁸ A respeito do caráter preventivo atribuído à publicidade, à medida que propõe a notoriedade de todas as decisões proferidas e atos praticados pela Administração Pública, Norberto Bobbio relaciona escândalo e ilicitude com o princípio da publicidade, mais exatamente com a falta de publicidade, atribuindo o nascimento do escândalo ao momento em que se tornam públicos atos ilícitos até então ocultados: “O momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos até então mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que não podiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, aquele ato ou aquela série de atos não poderiam ser concretizados”. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 91.

⁸⁹ FREITAS, Juarez, *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 90-91.

⁹⁰ Ver nota 63 que menciona a Lei Nº 11.111 de 05 de Maio de 2005 que prevê exceções ao acesso a documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral.

poder apresenta faces, haja vista que em se publicizando dado público e verdadeiro estar-se-á emanando transparência, todavia em se conferindo publicidade a fatos falaciosos estar-se-á transmitindo ocultamento.

Diante dessas faces da visibilidade, surge a problemática quanto ao que se destina esse primoroso princípio denominado de publicidade, e em benefício de quem, uma vez que em sendo destinatário o cidadão, deve-se evitar a publicização de notícia falsa e pessoal já que não condiz com o interesse público.

Talvez essa represente a maior ironia da transparência, tão almejada e em voga na atualidade: transparente para quem?

O fato é que, ao atribuir publicidade a determinados atos e decisões que são convenientes ao administrador, são camuflados fatos que talvez deveriam ser notórios. Ao que se constata que a publicidade para atingir seu grande ideal de transparência, deve abranger o todo, sendo impessoal, não publicizando somente o que convém a alguns, e mais do que isso, deve abster-se de conferir notoriedade a fatos questionáveis, duvidosos e principalmente falaciosos, para não cometer injustiças e tornar-se mero meio de transmissão de informações, utilizando-se da coletividade como massa de manobra.

Nesse viés também se faz indubitável tratar da privacidade, que, via de regra, não é de interesse público, no entanto, quando alguma informação considerada privada se fizer necessária ao alcance de um bem considerado maior, ou seja, necessário à coletividade, ao interesse geral, questiona-se se os direitos individuais podem ser explorados?⁹¹

Ressalte-se que a discussão aqui paira em torno do que realmente pode ser definido como privado, uma vez que as relações privadas também foram evoluindo de forma a superar aquele viés unicamente patrimonialista passando também a ter função social, conforme assevera Gustavo Tepedino que refere a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada que se revela no sentido de que novos interesses existenciais (como os relativos à personalidade⁹²) se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos

⁹¹ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática. A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 134. Aqui novamente é pertinente enfatizar o social, como superação das dicotomias do público-privado, à medida em que se satisfazendo o social não há essa polarização, haja vista que o público passa a ser tudo aquilo que está a mostra e não integra a vida privada.

⁹² Os direitos de personalidade, assim envolvendo o direito à privacidade, devem ser preservados e respeitados, tanto pelo poder público como pelos membros da sociedade, em se tratando de direitos indisponíveis que são. José Carlos Moreira da Silva Filho classifica os direitos de personalidade, previstos pelo Código Civil de 2002, como "extrapatrimoniais, indisponíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, vitalícios, intransmissíveis, absolutos, inatos, impenhoráveis, imprescritíveis, necessários", afirmando serem tais conceitos quase que unânimes entre os juristas que tratam do assunto. SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. A repersonalização do Direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor*. STRECK, Lenio

no passado. O que urge por mudança qualitativa da autonomia privada e da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas na dogmática do direito civil para solucionar os novos conflitos de interesse.⁹³

Saliente-se que, além das transformações ocorridas na concepção do privado, por vezes, atribuí-se caráter exclusivamente particular, íntimo, a informações que em verdade não tenham esse conteúdo, referindo-se, inclusive, ao interesse público.

De todo modo, aleatoriamente às novas concepções do privado, consistindo o direito à privacidade na possibilidade de exclusão do conhecimento alheio quanto à própria pessoa,⁹⁴ paira ainda em nosso ordenamento o seguinte questionamento: por mais que a privacidade seja primordial ao indivíduo, será que em se tratando de relevância coletiva prevalece a denominação “privacidade”? Jabur afirma que, relevante interesse público ou social representam “termômetro idôneo para legitimar a invasão irrestrita da esfera privada de quem quer que seja”⁹⁵.

Ao passo que os direitos de personalidade pressupõem resguardo, essa proteção pode resultar em ocultamento à medida que diminui a visibilidade do administrado quanto a uma Administração Pública que tem por finalidade representá-lo⁹⁶.

Luiz, MORAIS, José Luiz Bolzan. (org.). Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2008 n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 268.

⁹³ Aqui é imprescindível mencionar Gustavo Tepedino quando doutrina que o cenário característico da codificação do Século XIX que delineava uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, este destinado à sublimação da autonomia privada, mudara, e embora o Código Civil de 2002 tenha se desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando um mundo privado que devesse se resguardar de ingerências estatais, o que se vivencia hoje é bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Torna-se, pois, insuficiente a visão que estremava, no passado, direito público e direito privado. Tal advertência ganha importância especial no momento em que, com o Código Civil de 2002, propaga-se a chamada unificação do direito privado. À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. p. 167-175.

⁹⁴ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 20. Gilberto caracteriza a privacidade como sendo “o refúgio impenetrável pela coletividade, devendo, portanto ser respeitada”. p. 21.

⁹⁵ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

⁹⁶ Ver BERCOVICI, GILBERTO. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2008.

Sob esse vértice insiste-se que, em se construindo o social, como junção de concepções de público e privado, o direito à privacidade não esbarraria no interesse público, já que em tendo tal caráter o adequado é a publicização de informação socialmente útil, até mesmo porque, o direito à privacidade se destina a preservar a esfera pessoal de intromissões ilegítimas e não legítimas como a de interesse público⁹⁷.

Nesse âmbito, por mais que se reconheçam direitos como indisponíveis, como fundamentais, sabe-se que nenhum direito é considerado absoluto, assim como nenhum princípio recebe tal atributo, desta monta, é possível e necessário a existência de critérios para harmonizar tensões entre interesses constitucionalmente protegidos. Para tanto, primeiramente há de se abandonar visões individualistas, haja vista que o social deve predominar, satisfazendo concomitantemente anseios individuais e coletivos, que, ao menos em tese, deveriam ser os mesmos.⁹⁸

Contudo a cautela deve permear esse tipo de análise, haja vista que ao se preservar a essência privada do indivíduo pode-se se estar conferindo efetividade a um direito fundamental, no entanto, se esse resguardo é eivado de um caráter subjetivo e interesseiro, simplesmente quando resulta em individualismo, coloca-se em oposição ao próprio Estado Democrático de Direito que preconiza o cidadão enquanto sociedade e não enquanto unidade. Dotti, nessa ótica, se reporta ao individualismo como o retrocesso em todas as dimensões, e afirma que “excessos de um individualismo egoísta” podem vir a ser substituídos pela “atrofia de uma socialização de massa”.⁹⁹

Note-se que o social pode ser extraído quando se faz uso do critério da impessoalidade, à medida em que se filtra somente o que é de interesse público, e nesse caso a publicização pode se dar, ao contrário do que é particular e desinteressa a coletividade, que deve portanto ser resguardado.

Posto isso, convém salientar que não se está propondo desconsiderar direitos fundamentais que preservem o indivíduo e sua privacidade, ou interesses individuais¹⁰⁰, como

⁹⁷ “As intromissões ilegítimas são aquelas em que não está presente o interesse público, com tal entendido aquele relacionado com a formação de opinião ou atividade coletiva. As restrições impostas pela lei estão autorizadas”. In: LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 129-130.

⁹⁸ Dessa forma reflete Limberger ao afirmar que “[...] os direitos fundamentais vão além dos interesses individuais. São garantias de manutenção e do desenvolvimento da sociedade democrática”. In: LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 133.

⁹⁹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidade e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 182.

¹⁰⁰ Ainda há de se verificar outras conceituações, que aqui caberia tratar, no que se refere aos conceitos de coletividade, público, estado, nação, titular do poder, que por vezes expressam o mesmo sentido, no entanto não

se queira denominar, muito pelo contrário, o que se propõe é a coexistência de todo o rol de direitos constitucionalmente previstos, para tanto estabelece a observância dos critérios de impessoalidade e verdade à eficácia do princípio da publicidade, fazendo uso da privacidade, para tanto, em benefício do cidadão e não como diminuidora do interesse público que também é um direito fundamental.¹⁰¹

Nesse sentido e como já constatado, percebe-se que toda e qualquer pessoa tem direito de receber informação transparente a respeito do Estado e da Administração Pública, já que a visibilidade do poder é essencial em um contexto democrático.¹⁰²

Assim, a publicização é inerente ao que possua caráter “público”, servindo, o princípio da publicidade, de legitimador do Poder Público. Do contrário, em se resguardando na ceara do oculto todas informações referentes aos entes públicos, perdem-se as essências e os significados como da própria função da Administração Pública¹⁰³ que é a de representante de seus administrados.

De todo modo, o direito à privacidade deve ter resguardo quando se tratar de notícia pessoal condizente unicamente ao indivíduo, contudo, há de se alertar que sob a máscara da privacidade podem ser encobertas várias ilicitudes prejudiciais a toda a sociedade, como manobras eleitoreiras resguardadas sob o pretexto do privado, tendo em vista que justamente se caracteriza pela isenção de publicidade. Por suposto, ainda poder-se-ia criar um Estado autoritário, totalitário e/ou ilimitado, restringindo-se direitos individuais, que no Estado Democrático de Direito denominam-se direitos fundamentais. E mais do que isso, fazer uso de

possuem o mesmo significado. Hugo Nigro Mazzilli trata da divergência dos conceitos de interesse público, de que é titular o Estado, e o interesse privado, de que é titular o indivíduo, e distingue ainda os interesses individuais em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Mazzilli doutrina que “o interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo”, “enquanto o interesse privado contrapõe os indivíduos em seu interrelacionamento”. Para o autor a expressão *interesse público* está superada no que abrange também os interesses individuais, difusos e coletivos. “Entre o *interesse público* e o *interesse privado*, há, pois *interesses transindividuais ou coletivos*” já que excedem o individual mas não chegam a constituir interesse público, assevera. No entanto, observa que o próprio legislador ainda faz uso da expressão *interesse público*, provando, portanto, não ser um entendimento pacífico quanto à superação do termo. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 41-43. v.g., art. 82, III do Código de Processo Civil.

¹⁰¹ “A intimidade pode ter sua esfera de proteção individual restrita em virtude do interesse da coletividade, quanto encontra sua expressão na lei”. In: LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática. A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35 e 130.

¹⁰² Lafer doutrina que, por se referir à coletividade, o interesse público ultrapassa o horizonte temporal limitado da vida dos indivíduos, considerados na sua singularidade. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988. p. 236.

¹⁰³ A publicidade do interesse perseguido pela Administração deriva da idéia de República, no sentido enunciado por Kant, como “coisa pública” e que hoje significa “comunidade” ou “coletividade política”. Todavia, mostra-se como um dever do jurista buscar novos instrumentos de efetivação deste ideal que, embora antigo, incita ao abandono das trilhas batidas e rotineiras por onde tendem a enveredar, guiadas pelo pesado e rígido braço do hábito, todas as formas de atividade humana, sem exclusão da investigação intelectual e científica. In: DEWEY, John. *A filosofia em reconstrução*. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958. p. 10-11.

informações privadas como meros dados numéricos e informativos de controle do povo poderia tornar a nação totalmente submissa, a mercê de um poder público dominador que constantemente as estivesse monitorando. Para tanto a observância aos critérios de impessoalidade e verdade fazem-se imperativos.

O respeito a critérios norteadores de convivência entre publicidade e privacidade faz-se imprescindível já que o temor à invasão da privacidade¹⁰⁴ não descarta o perigo causado pelo velamento de informações na medida em que se dá margem à arbitrariedade, insegurança ou, minimamente, surpresa. Sobretudo, é reconhecida a existência de exceções ao cenário da visibilidade, não sendo possível, sob essa perspectiva, considerar que a publicidade seja um meio de distinção entre justo e injusto¹⁰⁵ e a privacidade comprova isso à proporção que nem sempre o que é mantido velado possui caráter ilícito, correspondendo, por vezes, apenas a fato essencialmente pessoal, íntimo, ou à própria segurança nacional e para a manutenção da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

O que se torna deveras combatível nesse liame é o instrumento dominador incutido tanto na visibilidade quanto na invisibilidade, tendo em vista que, assim como a visibilidade “intencional”, a ocultação também pode ser, e de fato é, um instrumento de poder, contudo, como já contemplado, existem justificáveis exceções.¹⁰⁷

¹⁰⁴ A cerca da esfera privada e da preservação à privacidade observam-se os conceitos arendtianos que consideram a existência de dados que não são de interesse público, que a esfera pública considera irrelevante, embora possuam um encanto extraordinário e contagiante. Em contrapartida, também reconhecem que até mesmo os dados da vida íntima vivem uma espécie de “vivência incerta e obscura”, até o exato momento em que sejam “transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas”, de modo a tornarem-se aptas e adequadas para a “aparência pública”. Trata ainda do que significaria aparição, aparência: “Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade”. Hannah Arendt trata também de uma exceção nesse sentido referindo a experiência de grande dor física como mais privado e menos comunicável de todos os sentimentos, pelo fato de que talvez seja a única experiência à qual somos incapazes de dar forma adequada à exposição pública. Em outras palavras, a dor é tão subjetiva e alheia ao mundo das coisas e dos homens que não pode assumir qualquer tipo de aparência. “Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade”. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 59-62.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 92.

¹⁰⁶ Art. 5º XXXIII da Constituição Federal e Lei 11.111/2005 – ver nota 68.

¹⁰⁷ A preocupação com a vulnerabilidade dos direitos fundamentais é presente também na obra de Höffe ao disciplinar que “Cada indivíduo vale como uma pessoa individualmente”, como detentor de direitos, “ninguém é um simples meio para os outros”, como propõe o utilitarismo. “Não se trata de um ‘egoísmo particular’, como a proteção da propriedade, mas de não sacrificar ninguém em favor dos interesses dos outros, por maior que seja o número dos outros”. Muito embora o próprio estudioso reconheça que: “Indubitavelmente, o ser humano não é um átomo isolado que possa existir independentemente de seus pares”. Nota-se, portanto, que direitos fundamentais se contrapõem a interesses puramente individuais. A respeito de individualismo legitimador: HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 45 e 48.

Nesse aporte, em meio ao quadro geral de opacidade que permeia o Estado e especialmente a Administração Pública, encontram-se casos especiais¹⁰⁸ que justificam o velamento, contrariando a plenitude do princípio da publicidade.

Realmente existem práticas que se forem publicizadas perdem sua finalidade, como as investigações, garantia de segurança pública,¹⁰⁹ planos estratégicos, segredos de justiça,¹¹⁰ justamente por possuírem caráter secreto, além dos casos em que o sigilo se faz necessário em benefício da coletividade. No entanto são exceções à regra que é a do “poder público em público”.

Diante de situações que suscitem dúvidas, como no caso de processos averiguatórios, investigatórios, ou seja, tudo o que seja discutível, que dependa de provas, que permeie maiores esclarecimentos para que se confirme, enfim tudo o que diga respeito a suspeitas, jamais devem ser noticiados, sob o pressuposto de que somente deve ser publicizada a verdade, além do respeito à presunção de inocência que é primordial ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante, se faz interessante abordar a decisão de Moraes Leitão na Câmara Corporativa de Portugal: o “direito à intimidade da vida privada” não é ilimitado, devendo, portanto, limitar-se a outros interesses superiores ou de igual valor. Por mais que o direito à privacidade seja indispensável ao indivíduo, ele não deve “ser permanente e nem hostil aos interesses sociais”. O homem depende e vive da (em) coletividade, dessa forma, seus

¹⁰⁸ Estão previstos constitucionalmente, no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal de 1988, as *exceções* à obrigação de publicidade: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. O direito à privacidade e à intimidade tem previsão na Declaração dos Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 19: “Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito a não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.”), no Pacto da ONU sobre direitos civis e políticos, na Convenção Européia de 1950, na Convenção Americana de 1969 e na legislação brasileira tem respaldo na Constituição da República de 1988, art. 5º, inciso X.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 86. Cita o *Catecismo republicano* de Michele Natale (o bispo de Vico, justificado em Nápoles a 20 de agosto de 1799): “Não existe nada de secreto no Governo Democrático? Todas as operações dos governantes devem ser conhecidas pelo Povo Soberano, exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo”. In: M. Natale, *Catechismo repubblicano per l’istruzione Del popolo e la rovina de’ tiranni*, na recente edição organizada por G. Acocella e apresentada por F. Tessiore, Vico Equense, 1978, p. 71. *Apud* BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 86.

¹¹⁰ Os considerados “segredos de justiça” são atos legalmente previstos, no artigo 155 do Código de Processo Civil, que devem guardar sigilo, limitando o princípio da publicidade, todavia essa limitação refere-se exclusivamente aos processos sob sigilo de justiça. In: LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 que Institui o Código de Processo Civil, Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em sigilo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977). Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

interesses (vontades) isolados não podem ser absolutos, por isso se verifica que em prevalecendo o social, são evitadas tais tensões.¹¹¹

Tudo seria menos complexo se dessa forma fossem definidas as relações em sociedade, todavia como discorre Dotti, a simples fórmula “a vida privada acaba onde começa a vida pública” não é suficiente.¹¹²

Ainda é importante fazer um aporte quanto à pessoa que se caracteriza como pública e usufrui de tal característica para alcançar vantagens, significando que concedeu ao público o direito de conhecer a sua vida, não que isso signifique ausência de privacidade.¹¹³

Aqueles que espontaneamente adotam a vida pública aceitam o estilo de vida pertinente a esse atributo, qual seja, a curiosidade alheia,¹¹⁴ para tanto têm sua esfera privada naturalmente diminuída, contudo, há de se ressaltar que para que haja essa interferência na privacidade é imprescindível que haja relevância pública, no sentido de interesse coletivo, ou manutenção de ordem pública.¹¹⁵

Com efeito, da mesma forma em que se inadmite noticiar informações privadas irrelevantes ao coletivo, também se inadmite transformar o exercício do poder em um palco em que personalidades públicas figurem como atores.¹¹⁶

É indubitável, em sede de reflexão, remeter-se ao que deveras interessa à sociedade, na tentativa de concomitantemente preservar a privacidade e a sua não banalização, e nesse viés seria cabível afirmar que sendo privado, pessoal, não seria fundamental à coletividade, portanto poderia se restringir ao anonimato, salientando que satisfazer o interesse público não significa saciar a curiosidade alheia.

Desta monta, torna-se indiscutível que o pressuposto da necessidade ou não do desvelamento da privacidade seja o interesse público,¹¹⁷ no entanto, esse deve ser legítimo e

¹¹¹ “São *absolutos* os direitos que podem ser opostos contra todas as pessoas, as quais, frente ao titular, devem obrigar-se respeitá-los, impondo-se a obrigação negativa de não embaraçar o seu exercício”. In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 102.

¹¹² DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 73 e 77.

¹¹³ Nesse sentido, Dotti em menção à decisão do Tribunal Americano em ação movida pela viúva de George Carlisse. DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 45 e 58.

¹¹⁴ Dotti, a esse respeito, afirma que “As pessoas que desempenham um papel na vida pública, têm direito à proteção de sua vida privada, salvo no caso em que esta puder ter incidências na vida pública”. In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 77.

¹¹⁵ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.287, 288 e 291.

¹¹⁶ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 87.

autêntico, fielmente obedecendo à finalidade social. Destarte, ao menos em princípio, o que é preservado pela privacidade não é de interesse público, já que a ninguém interessa, ou ao menos deveria interessar, o que ocorre na individualidade de cada pessoa. De todo modo, é notável que a ânsia pela curiosidade esbarra no direito à privacidade¹¹⁸, por isso a necessidade de se observar o critério de impessoalidade para a publicização.

Como visto, é possível admitir exceções ao poder visível, sobretudo devem estar previstas e regulamentadas como exceções propriamente ditas¹¹⁹ para que não ampliem sua extensão e para que se restrinjam a casos especiais, onde de fato haja necessidade.

Para tanto, é preciso refletir, em se tratando de uma realidade composta, por vezes, mais de exceções do que a própria regra, se não se estaria atribuindo caráter geral ao ocultamento?

Ao passo que o privado resguarda a intimidade, o sigilo pode revelar o temor à notoriedade do ato, bem como representar censura na medida em que passa a tornar secreto dado de interesse público.

A distinção entre a regra (visibilidade) e a exceção (ocultamento) seria possível através da observância ao critério da impessoalidade. Consoante as lições de Finger, “A

¹¹⁷ Gilberto Haddad Jabur afirma que a definição do interesse público é expressão muito usada e pouco refletida, que o verdadeiro interesse público deve ser inequivocamente público, e sugere uma fórmula que deve ser satisfeita: necessidade mais utilidade mais adequação além da verdade da informação. Relembre-se que o interesse público difere do interesse do público. Ainda profere Jabur: “O interesse público inequívoco deve ser o termômetro da imprensa. Só há interesse público genuíno quando a informação, pressupondo a verdade de seu conteúdo, é *necessária*, ou relevante à sociedade, *útil*, qualidade que indica o efetivo proveito profissional, político, cultural, artístico, científico, desportivo, ou para o lazer sadio da informação. Deve, além disso, ser veiculada de maneira *adequada*, sinônimo de harmonização entre a natureza e o conteúdo da informação e o local, espaço, amplitude e destaque que a ela se pretende destinar”. In: JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.340-341e 367.

¹¹⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.191.

¹¹⁹ Em se tratando de exceção e estado de exceção no sentido de que a exceção se torna a regra, Gilberto Bercovici apresenta uma realidade inegável: Ou escolhemos a verdade do estado de exceção permanente a que estamos submetidos, e que muitos fingem que não enxergam, ignorando a realidade. Ou escolhemos a outra verdade, a do outro estado de exceção, a da exceção à exceção, a do estado exceção a ser ainda instaurado, a do poder constituinte do povo em busca de sua efetiva e plena emancipação. In: BERCOVICI, GILBERTO. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo. 2008. p. 344. Norberto Bobbio elenca como princípio fundamental do Estado Constitucional o caráter público, no sentido de visível não desconsiderando suas exceções: O caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção (aquelas, para nos entendermos, que podiam ser tomadas pelo ditador romano). In: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 86. Nesse sentido, Têmis Limberger refere que: “O ordenamento jurídico no Estado democrático se assenta no princípio geral da publicidade, devendo o sigilo ser excepcional e justificado”. In: LIMBERGER, Têmis. *As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos*. SANTOS, André Leonardo Copetti. et al (org.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário 2006. Nº 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 215 e 217.

*impessoalidade significa fim público(...)*¹²⁰, ou seja, possuindo caráter pessoal deve-se abster de conferir publicidade, por outro lado, sendo impessoal enquadra-se na regra da máxima transparência.¹²¹

Embora a possibilidade de se proteger, de se preservar de olhares alheios e ouvidos indiscretos possa representar obstáculo ao ideal de visibilidade almejado pelo Estado Democrático de Direito, observa-se que da mesma forma que o público e o privado se complementam à medida que cedem à ascensão do social, a publicidade e a privacidade, se fielmente observarem seus preceitos constitucionais e os critérios de impessoalidade e verdade, se somarão ao invés de colidirem, através da premissa básica de que em não sendo de interesse coletivo,¹²² privado é, e, portanto, irrelevante a sua publicização.

O simples fato de distinguir o que é de interesse público¹²³ do que não é significa determinar parâmetros de convívio entre a atuação pública e a intervenção na vida privada. Para tanto é imprescindível a observância dos critérios de impessoalidade e verdade, pois viabilizam o resgate da essência do interesse público e a partir dele torna-se possível estabelecer uma convivência harmônica entre publicidade e privacidade à medida em que se admite a coexistência de coisas que devem ser ocultadas e de outras que necessitam ser

¹²⁰ “(...) O princípio da impessoalidade é uma concretização dos princípios do Estado Democrático de Direito, da igualdade e da legalidade. Significa a ausência de subjetividade do administrador, que deve evitar a prática intencional de favorecimentos e de prejuízos ao cidadão (dimensão negativa), bem como velar para que todos os interesses, públicos ou privados, atingidos pela decisão, sejam considerados e valorizados em seu agir (dimensão positiva). Nosso país não tem um culto pronunciado da impessoalidade, face às vicissitudes oriundas do período colonial, ainda presente entre nós”. In: FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 107 e 147.

¹²¹ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 81. Nesse mesmo sentido, retratando a falta de impessoalidade à realidade brasileira encontra-se HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119, 145-146. Vide também nota 7.

¹²² Nesse sentido, é importante frizar que hoje, através do moderno individualismo, a esfera privada se opõe não à esfera política, mas à esfera social. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 48.

¹²³ O interesse público, amplamente analisado nessa Dissertação, remonta imediatamente à soberania popular. Andrea discorre que diante do princípio democrático e o da soberania popular, não existe mais uma estrutura e um interesse do Estado separados da comunidade, ou interesses do Estado ou dos seus órgãos que não sejam instrumentais em relação à comunidade nem, enfim, decisões despidas de elementos de democraticidade. Assim, “*il funzionario ‘non serve il governo e comanda sui cittadini’, ma ‘serve esclusivamente i cittadini’*”. A Administração não deve cuidar de interesses do Estado, mas dos cidadãos. In: PUBUSA, Andrea. *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 48-49 *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira*. Seminário internacional sobre la Profesionalización de la Función Pública em Iberoamérica. (2002, Santa Cruz de La Sierra, Bolívia). *La profesionalización de la Función Pública em Iberoamérica*. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002. p. 92.

expostas em público,¹²⁴ alcançando, assim, a máxima visibilidade do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública, sem ofensa a direitos fundamentais.

1.3 VERDADE COMO PRESSUPOSTO DE VISIBILIDADE

Imensamente equivocada é a proposição de um Estado Democrático de Direito, e de uma Administração Pública transparente, se o que se torna visível são fatos e informações falsas ou inverídicas.¹²⁵

Ao se falar de um Estado visível, que tem como pressuposto uma Administração Pública transparente, não se quer dizer apenas que todas as pautas sejam noticiadas, o que se almeja de fato é que informações úteis e “verdadeiras” alcancem a quem realmente interessa, ou seja, encontrem seus legítimos destinatários. Isso não se refere apenas à Administração Pública como a toda a sociedade, haja vista que não apenas as pessoas públicas têm o dever de verdade e impessoalidade, os indivíduos que compõem a coletividade também devem preservar e exercitar tais atributos.

Nesse viés, a verdade¹²⁶ como pressuposto de visibilidade não deveria representar uma expectativa e sim uma obrigatoriedade, haja vista representar condição de possibilidade à publicização de informação socialmente útil.

Gadamer profere que “verdade é desocultação” revelando que o sentido do discurso “é deixar e fazer com que o desocultado se apresente, se revele”.¹²⁷ Observa-se, pois, que para a

¹²⁴ Cabe aqui reportar a percepção da realidade arendtiana como dependente da aparência, da existência de uma esfera pública, embora não desconheça que muitas coisas não se permitam “suportar a luz implacável e crua da constante presença de outros no mundo público” tolerando-se apenas o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, desta monta, o tido por irrelevante automaticamente tornar-se-ia assunto privado. Contudo, isso não representa que questões privadas sejam essencialmente insignificantes, são apenas irrelevantes ao público, observando inclusive, que muitos assuntos interessantíssimos somente possuem existência na esfera privada. In: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 61 e 83-88.

¹²⁵ Para que a informação se considere um direito fundamental, Castanho de Carvalho aponta como um dos pressupostos a verdade. In: CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 142.

¹²⁶ Nesse liame, Pontes de Miranda discorre que “o que se há de pôr em primeiro lugar é o *direito à verdade*”. In: MIRANDA, Pontes de. *Liberdade de Imprensa e Censura*. In: BONAVIDES, Paulo. ET AL. *As tendências atuais do Direito Público: Estudos em homenagem ao professor Alfonso Arinos de Melo Franco*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 185.

¹²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. tradução de Ênio Paulo Giachini. p. 60. Gadamer entrelaçando verdade e desocultamento refere que “Ao recuperar o sentido da palavra grega que designa a verdade, Heidegger possibilitou em nossa geração um conhecimento promissor. Não foi Heidegger o primeiro a descobrir que Aletheia, significa propriamente

obtenção de um Estado Democrático de Direito visível é imprescindível a desocultação, o desvelamento, especialmente no cenário brasileiro que se mostra opaco e que nos raros instantes em que disponibilizam informações à população, o faz de forma interessada, manipulando a notícia em benefício particular. Isso fere o princípio da transparência e desvirtua o princípio da publicidade que deveria resultar em Estado e Administração visíveis se preservasse a impessoalidade e abarcasse somente a verdade.

Surge nesse âmbito a discussão a cerca da verdade¹²⁸, ou será veracidade. Reafirmando a dicotomia existente entre verdade e veracidade encontra-se Têmis Limberger que reflete sobre o tema afirmando que “Informação veraz não é sinônimo de informação verdadeira”, justificando tal assertiva na medida em que aponta construção jurisprudencial no sentido de que “a informação veraz é aquela que contou com a diligência do comunicador”.¹²⁹

A verdade é desprovida de quaisquer acréscimos do informador, o relato deve fidelizar unicamente à realidade. Diferentemente, a veracidade traz consigo aditivos subjetivos peculiares a cada um dos transmitentes da informação, o que não quer de forma alguma dizer que a veracidade corresponda à mentira.

Ao passo que a mentira é uma intencional distorção dos fatos, a veracidade consiste em uma narrativa pessoal dos acontecimentos, de modo a viciar a realidade de subjetivismo embora preserve a essência do ocorrido.¹³⁰

desocultação (Unverborgenheit). Heidegger nos ensinou o que significa para o pensamento de ser o fato de a verdade precisar ser arrebatada da ocultação (Verborgenheit) e do velamento (Verhohlenheit) das coisas como um roubo. A ocultação e o velamento pertencem ao mesmo fenômeno. As coisas mantêm-se por si próprias em estado de ocultação; ‘a natureza ama esconder-se’, teria dito Heráclito. Mas também o velamento pertence à ação e ao falar próprios dos seres humanos, pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação. Há um nexos originário, portanto, entre ser verdadeiro e discurso verdadeiro. A desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. tradução de Ênio Paulo Giachini. p. 59-60. Frize-se ainda que para Gadamer a verdade do discurso é determinada pela adequação do discurso à coisa p. 61.

¹²⁸ Torna-se bastante delicado tratar sobre verdade, já que embora se trate a verdade como algo próximo e presente, talvez nunca será descoberta a sua essência originária. Assim reflete Nietzsche em Verdade e Mentira no sentido extra-moral: “No momento em que aprende a questionar a si mesma, a verdade talvez termine por revelar alguma não-verdade à sua base, prestando um testemunho inteiramente inesperado sobre si própria”. (p. 9-10). Ao se imaginar saber algo a respeito das coisas, o que se tem são simplesmente metáforas dessas coisas, o que não corresponde a sua essência. (p.15 e 33-34). Para Nietzsche o que se tem são ilusões e não verdades. (p. 37). “(...) a compreensão essencialista da linguagem, revela-se, desde logo, uma fonte inesgotável de auto-enganos. (...) condicionando o homem ao hábito gramatical de interpretar a realidade (...)”. (p. 16-17). Nietzsche combate a idéia de que seja possível a obtenção, através das palavras, “ao núcleo indivisível e inquestionável do existir. A seu ver, a verdade que as palavras nos colocariam em mãos seria de ordem tautológica. Através delas, o homem apenas reencontraria aquilo que ele próprio teria introduzido nas designações.”. (p. 17 e 40). In: NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Fernando de Moraes Barros (Org. e Trad.) São Paulo: Hedra, 2007.

¹²⁹ LIMBERGER, Têmis. *O Direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133.

¹³⁰ Divergindo quanto à veracidade, Nietzsche refere que é uma condição de existir da sociedade, a qual consiste na “obrigação de mentir conforme uma convenção consolidada, mentir em rebanho num estilo a todos

Acentuando a necessidade de verdade, Peter Häberle discorre que a verdade é um valor cultural irrenunciável do Estado Constitucional, um objeto de domínio público. Sob essa perspectiva um Estado jamais poderia se fundar em verdades absolutas, pré-estabelecidas, parciais, e, portanto, verazes, uma vez que a verdade necessita ser buscada para ser revelada, e que essa “eterna busca pela verdade” é possível partindo-se das três verdades fundamentais do Estado Constitucional: liberdade do culto religioso, da arte e da ciência.¹³¹

Para tanto, prevê que todo Estado Constitucional deve defender um direito à verdade e para isso devem ser evitadas e punidas as não verdades, além de preservar-se a transparência e a imparcialidade, uma vez que as classifica como condições para a busca da verdade.

O que se verifica é que a veracidade tem acolhida na sociedade atual, mas o que se torna realmente preocupante é a falta de diligência dessas informações consideradas verazes, o que acarreta em admissão de inveracidades. Nesse sentido, é observada a banalização da verdade à proporção que a mentira ao invés de ser repelida é tida como corriqueira.

Em não se investigando, ou minimamente averiguando a notícia, se está legitimando a falácia, dessa forma, a inquietude se torna uma das formas de busca pela verdade.

A cautela é indubitável no que diz respeito à verdade da informação já que múltiplos são os comunicadores e diversos são os receptores, sendo que a notícia mentirosa, ao se alastrar pode desestruturar toda a sociedade, uma vez que elimina a própria realidade.

A esse respeito Menéndez afirma que “(...) la veracidad de la información a la que alude el precepto constitucional no quiere decir que solo pueda recibirse información que sea veraz”. Estabelecendo proteção aos que recebem informação falsa, na medida em que não há como impedir que isso ocorra. “La veracidad no es un límite del ámbito del derecho a recibir información, ofreciendo garantía constitucional sólo a la recepción de aquello que sea veraz, sino una cualidad que delimita el concepto da información(...)”.¹³² Propõe, para tanto, a articulação legal à proteção do receptor de falsa notícia, passando assim a ser exigida a verdade da informação ao seu emissor.

Observe-se que, mesmo estando Menéndez se referindo à realidade espanhola, tais dados perfeitamente se encaixam ao perfil brasileiro.

obrigatório.” In: NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Fernando de Moraes Barros (Org. e Trad.) São Paulo: Hedra, 2007. p. 37.

¹³¹ Peter, HÄBERLE. Verdad y Estado Constitucional. 1. ed. México. D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. p. 119-120, 124 e 139. Peter Haberle trata ainda a verdade como conceito vinculante para a liberdade, justiça e bem estar do Estado Constitucional, e que a Justiça é a verdade do Direito. p. 142 e 151.

¹³² MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *Los Derechos Del Público: El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995. p. 78.

Desta monta, considera-se perturbadora do processo de comunicação pública não apenas a transmissão de informação falsa, bem como qualquer tipo de deformação à mesma que pretenda enganar o receptor.

O estudioso também concorda que verdade e veracidade não são sinônimos.¹³³ À verdade atribui-se o significado de realidade, ao passo que a veracidade é uma espécie de correspondência do que se diz com quem o diz. Em consequência, enquanto o contrário da verdade ou dos diversos tipos de verdade, é o erro, o contrário da veracidade é a mentira ou o engano. Nesse viés, a veracidade poderia se equivaler à sinceridade.¹³⁴

Diante do exposto, e frente à impossibilidade de se lançar definições conclusivas e absolutas, o que se torna possível constatar é que a veracidade é eivada de moralidade, de pessoalidade, enquanto a verdade permanece inerte ao passo que simplesmente se reporta à realidade.

É conveniente ainda fazer um breve aporte a cerca de verdade real e formal¹³⁵ mesmo que tal classificação ou distinção pareça superada.

Utilizada processualmente, essa distinção entre verdade real e formal, era tida como premissa básica. A expressão *quod non est in actis non est in mundo* que significa “o que não

¹³³ MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *Los Derechos Del Público: El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995. p. 79.

¹³⁴ A respeito de verdade e veracidade tem-se considerado muitas vezes que a veracidade equivale à sinceridade, o que parece indicar que é possível ser veraz e não dizer a verdade, todavia, não parece possível ser veraz sem vontade de dizer a verdade. Por isso não se pode ser veraz mentindo, como também se não pode sê-lo mantendo uma atitude de indiferença, ou de despreocupação, pela verdade. Assim, é possível entender que a veracidade é uma verdade para consigo mesmo já que a essência da “veracidade” se encontra na relação pessoal.

¹³⁵ Antigamente a distinção entre verdade real e formal, ou formal e substancial, era atribuída ao processo penal e ao civil, sob a justificativa de que o processo penal lidava com a liberdade do indivíduo pressupondo por isso de uma verdade real. Todavia, questiona-se, mas os pleitos de processo civil não lidam também com indivíduos e seus direitos? Desta monta, estudiosos como Marinoni, afirmam que atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a este método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais – pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas. [...] Também Carnelutti ofereceu semelhante crítica à figura, qualificando-a como verdadeira metáfora. Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não-verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial) mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita e, portanto, não condizente com a verdade. A idéia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por esta mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna não propõe qualquer referência mais a este conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição cômoda do juiz de inércia na reconstrução dos fatos e a freqüente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática. In: Marinoni, L. G.; Arenhart, S. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 v. tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37.

está nos autos não está no mundo” define a verdade formal, distinguindo-se da verdade real que é a que pertence ao mundo, não ao processo exclusivamente.

Sob essa ótica de distinção entre verdades formais e reais, o processo era tido como uma realidade a parte, fora ou separada da realidade mundana, o que deverás é inaceitável, haja vista o propósito da existência do Judiciário ser exatamente a resolução de casos concretos. Desta monta, aceitar tal distinção é renegar a verdade tanto no processo quanto no mundo.

Destarte, é inegável a complexidade em não apenas definir a verdade, como principalmente em obtê-la, frente à pessoalidade das relações, todavia, um fato é indiscutível, a verdade existe, por mais difícil que seja encontrá-la.¹³⁶

Apesar da contemporaneidade não mais admitir mitos de verdades absolutas,¹³⁷ isto porque não é possível atribuir o significado de verdade a premissas pré-concebidas, haja vista a necessidade de se considerar o caso concreto, além do conhecimento integral dos argumentos das partes, abrindo, desta monta, espaço para a aprendizagem, para o aprimoramento, para a adequação. O fato de não haver verdades prontas, no plano abstrato, não justifica a busca de soluções nas preferências éticas e políticas do julgador ou intérprete, ou seja, na discricionariedade, haja vista que todo o ordenamento carece de verdade, de realidade, devendo inadmitir-se qualquer distorção ou falsidade do fato concreto.

Frente à extrema dificuldade de conceituar verdade, o que parece mais sensato é tê-la como realidade¹³⁸ isenta de acréscimos ou diminuições.

¹³⁶ Embora possa parecer até utópico a pressuposição de verdade, a realidade sabe-se é concreta, e a verdade não seria justamente o relato de realidade isento de quaisquer acréscimos? E não suficiente, sendo a veracidade uma versão da verdade, em se buscando versões de uma mesma realidade não se poderia alcançar a verdade? Sob essas reflexões revela-se plausível a busca pela verdade, pois a legitimidade da veracidade pode trazer superficialidade não apenas à Administração Pública, mas a todo o Estado Democrático de Direito. Em todas as contendas judiciais colidem a todo o instante as veracidades proferidas pelos litigantes, ocasião em que o juiz procura desvendar única e exclusivamente a verdade do caso para então proferir sua decisão. Streck, a respeito da busca pela verdade refere que: “- ou desistimos da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada), - ou então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008. p. 418.

¹³⁷ A repugnância a conceitos universalizantes é constatada por Laurence Tribe e Michael Dorf, referindo que grande parte das pessoas perderam a fé em verdades universais e inquestionáveis: “Grande parte das pessoas já perdeu a fé nas idéias de eterno, universal e verdade inquestionável. Mas de alguma forma, na sua maneira comum de viver, ainda conseguem distinguir entre o que parece um argumento bom e o que parece sofisma”. Todavia, enfatizam que “é importante apresentar argumentos significativos em um mundo bombardeado com verdades de última hora”. In: TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 18-19.

¹³⁸ Nesse sentido, Arend afirma que: “Conceitualmente, podemos chamar de verdade aquilo que não podemos modificar; metaforicamente, ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé, e o céu que se estende acima de nós”. In: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 325.

E na medida em que a verdade emana credibilidade, segurança e legitimidade, e sua ausência reflete em medo, denota-se o poder intrínseco à verdade. Nesse aporte, Foucault propõe a existência de um vínculo ativo entre poder e verdade.¹³⁹

Tanto é real esse vínculo entre verdade e poder que a própria mentira pode gerar poder, quando transpareça ser verdadeira.

Sob a ótica de Arendt a verdade distingue-se em factual e filosófica,¹⁴⁰ problematizando, a esse respeito, a tentativa de transformar a imagem publicitária em sucedâneo da veracidade nos contemporâneos processos de manipulação das massas. Salienta que o mentiroso, como homem de ação, deseja transformar o mundo não a partir da realidade compartilhada por todos, mas à custa da veracidade e da destruição do solo sobre o qual se firma qualquer opinião e ação. Assevera, desta monta que a verdade factual, ou seja, a informação, não deve ser monopólio de quem age ou decide, mas de toda comunidade. Por isso, constata-se na obra arendtiana a idéia de que a esfera pública alimenta-se da veracidade das informações.

Ainda é interessante esclarecer o ponto de vista arendtiano a cerca da diferença entre segredo de Estado e mentira. No segredo, o Estado apenas classifica as informações que poderão vir a público, em contrapartida, na mentira o objetivo é a manipulação da população. Para a estudiosa, “A verdade possui uma força que lhe é própria e os homens de poder até

¹³⁹ Foucault explica que a verdade não existe fora do poder ou sem poder. Cada sociedade tem seu regime, sua política de verdade, definindo os tipos de discursos que ela faz funcionar como verdadeiros. A isso se associam mecanismos para distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, técnicas e procedimentos valorizados para se obter a verdade, e um estatuto aos que têm o encargo de dizer o verdadeiro: “*Em nossas sociedades, a “economia política” da verdade tem cinco características historicamente importantes: a “verdade” é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas “ideológicas”).*” In: FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 4. ed., Rio de Janeiro: Graal, 1984b. p. 12-13

¹⁴⁰ Hannah Arendt acredita que a verdade possa ser dividida em verdade factual e verdade filosófica. A factual tem o sujeito como contador da verdade e que tenta transformar o fato em opinião, ou seja, é imanentemente política, à medida que tenta transmitir fatos a uma platéia, “(...) relaciona-se sempre com outras pessoas; ela diz respeito a eventos e circunstâncias nas quais muito são envolvidos; é estabelecida por testemunhas e depende de comprovação; existe apenas na medida em que se fala sobre ela, mesmo quando ocorre no domínio da intimidade. É política por natureza”. Contrapondo-se à verdade filosófica que é aquela em que “ao penetrar na praça pública, altera sua natureza e se torna opinião (...) uma modificação que não é meramente de uma espécie de raciocínio para outra, mas de um modo de existência humano para outro” In: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 294-295. LAFER, Celso. *A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política*. In: NOVAES, Adauto. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 225-237.

agora foram incapazes de descobrir um substituto viável para substituí-la”. Reforçando ainda que: “(...) a persuasão e a violência podem destruir a verdade, não substituí-la.”¹⁴¹

A condescendência com a mentira envenena a sociedade com hipocrisia, e por isso deve ser condenada socialmente, não se admitindo de forma alguma cumplicidade meramente omissa ou em troca de benefícios oportunistas. De todo modo não se vislumbra preocupação ou exigência em busca pela discriminação entre verdade e mentira, estando a verdade fadada a desaparecer do cenário da vida em sociedade, de modo que hoje a falsidade sequer representa constrangimento.¹⁴²

O engano deliberado também é considerado uma mentira, que pode ser usada para manipular a sociedade, como ocorre em governos autoritários que almejem perpetuar como fonte única de poder, usando da mentira como seu instrumento de política.¹⁴³ O preocupante é que não apenas os Estados denominados autoritários estão fazendo uso dessa prática, artimanhas e estratégias de persuasão representam hoje, instrumentos absolutamente corriqueiros na condução da opinião pública.

Tendo a visibilidade se tornado o sintoma da conjuntura atual principalmente a partir da reproduzibilidade instantânea de informações desprovidas de qualquer averiguação e daquelas totalmente moldadas a interesses, transformou-se em nosso ambiente cognitivo.

Passando tudo a existir no exato instante de sua exposição, sem pressupor qualquer análise de conteúdo¹⁴⁴ esquece-se da própria existência da verdade.

Observe-se os instrumentos midiáticos e sua tarefa de tornar visível tudo e todos, ultrapassando as barreiras do espaço e do tempo e da fidelidade dos próprios fatos reais noticiados. Frente a essa realidade desprovida de verdade, questiona-se, afinal a mídia

¹⁴¹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 320.

¹⁴² Nesse sentido Adorno reflete que: "A idéia de que o mundo quer ser enganado tornou-se mais verdadeira do que, sem dúvida, jamais pretendeu ser. Não somente os homens caem no logro, como se diz, desde que isso lhes dê uma satisfação por mais fugaz que seja, como também desejam essa impostura que eles próprios entrevêm; esforçam-se por fecharem os olhos e aprovam, numa espécie de autodesprezo, aquilo que lhes ocorre e do qual sabem por que é fabricado. Sem o confessar, pressentem que suas vidas se lhes tornam intoleráveis tão logo não mais se agarrem a satisfações que na realidade, não o são." In: ADORNO, T. W. *A indústria cultural*. FERNANDES, F. (Coord.) *Sociologia. Grandes Cientistas Sociais, 54*. São Paulo: Ática, 1986. p. 96.

¹⁴³ Arendt observa a esse respeito que: "O mentiroso tem a grande vantagem de saber de antemão o que a platéia deseja ou espera ouvir". In: ARENDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973. p. 16.

¹⁴⁴ É possível crer em uma verdade única sob uma ótica kantiana, não conhecemos o limite que separa nossas estruturas cognitivas das propriedades do próprio objeto conhecido, o que significa que jamais conhecemos as coisas como elas realmente são, mas apenas como elas se apresentam, enquanto fenômenos, diante de nossas capacidades de apreensão. Questão que Platão já havia colocado em sua Teoria das Idéias, ao considerar que o mundo visível é composto de imagens que não nos oferece a essência das coisas, enquanto o mundo inteligível se encontra unicamente nas idéias, ou conceitos, das coisas, imperceptível aos nossos sentidos. In: PLATÃO. *A República*. Trad. de Eduardo Menezes. São Paulo: Hemus, 1970. p. 197.

reproduz ou produz informações? Ao que se entende que, a mídia deveria relatar acontecimentos e não criá-los e para tanto deveria pressupor verdade, realidade.

Nesse aporte, sempre tendo presente a necessidade de transparência nas relações, a discussão sobre mentira e segredo¹⁴⁵ na vida pública se faz primordial, ao demonstrar que a falácia pode ser mais maléfica do que o próprio secreto, tão debatido anteriormente.

A imagem nem sempre corresponde à realidade, diante do conhecimento de que, nem sempre o que é tornado visível é verdadeiro. Baseado nesse cenário surge a preocupação de que a Constituição não deve atribuir legalidade ao poder arbitrário,¹⁴⁶ para tanto a verdade é primordial.

Na medida em que se publiciza uma notícia a toda a coletividade, essa é tida como verdadeira, portanto legítima, assumindo concretude, desta monta, em sendo tal informação dotada de vícios, especialmente o da falsidade, estar-se-ia corrompendo toda a estrutura que legitimou tal mentira, que atribuiu força a um ato falacioso e arbitrário.

Embora se saiba que nem tudo que é verdadeiro é publicizado, a recíproca de que tudo que é publicizado seja verdadeiro deveria ser a regra, uma vez que é intolerável a notoriedade do falacioso, sendo a verdade um requisito indispensável à publicização para que então se faça uso da visibilidade do poder em favor do indivíduo e não contra ele,¹⁴⁷ não ficando a mercê das intenções que a publicidade, por vezes, oculta, para que realmente se possa falar em informação visível, impessoal, transparente e, portanto verdadeira.

E indo além, não apenas se deve preferir a visibilidade ao ocultamento em casos, fatos e informações verídicas, como também se torna imperativa, haja vista que, a verdade não pode ser negada, a verdade é memória, história. Não sendo possível a projeção de futuro ou sequer presente sem passado, como se irá aprender com os erros se eles permanecem no vazio da treva?¹⁴⁸

¹⁴⁵ Para Hannah Arendt a mentira funciona como segredo, exemplificando sua posição, com o uso da mentira como artimanha para que os países poderosos continuem impondo sua hegemonia, utilizando-a para escamotear o arbítrio. In: ARENDT, Hannah. *A Mentira Política: Considerações sobre os Documentos do Pentágono*. In: *Crises da República*, (Crisis of the Republic). Coleção Debates. Trad. José Volkmasnn., Editora Perspectiva: São Paulo, 1973. p. 9-48.

¹⁴⁶ DALLARI, Dalmo De Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹⁴⁷ Nesse sentido DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidade e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 191.

¹⁴⁸ A esse respeito ver o livro-relatório intitulado “Direito à verdade e à memória”, que resgata um período fundamental da história do Brasil que trata dos casos de desaparecimentos e mortes de opositores políticos por autoridades do Estado durante o período 1961-1988, preconizando exatamente esse resgate à memória e à verdade que revela-se crucial tanto para o conhecimento de nossa história quanto para a projeção de um futuro melhor: “Redemocratizado, o Estado brasileiro cumpriu também um certo papel de juiz histórico ao fazer o resgate da memória e da verdade”. In: BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 18.

Indubitavelmente o aporte ao direito de memória merece um estudo a parte em vista de sua inquestionável grandeza e extensão, não sendo pretensão do presente estudo. Aqui cabe asseverar a cerca da necessidade de verdade, que demanda objetividade, impessoalidade e imparcialidade, ou seja, pressupõe um relato e não uma criação¹⁴⁹ ou manipulação de dados e fatos.

Assim, de forma alguma se pretende desconsiderar a veracidade, apenas deve-se admiti-la como tal, ou seja, com um dos relatos de uma mesma realidade e, portanto, deve-se oportunizar à coletividade o conhecimento do conteúdo narrado por seus diversos transmitentes, sendo inadmissível, portanto, a publicização da veracidade como retrato único de uma realidade, ou seja, como versão indiscutível.¹⁵⁰

Desse modo, há de se ter em mente que não há produção de verdade, se isso ocorrer, com certeza não há verdade. E diante da ausência de verdade, do falacioso, do mentiroso, do duvidoso não há como falar em Administração Pública transparente e menos ainda em um Estado Democrático de Direito visível a todo o cidadão.

¹⁴⁹ A esse respeito de criação, manipulação da informação, ou seja, das mentiras habitualmente utilizadas na sociedade contemporânea Hannah Arendt conclui de forma trágica a inconsciência e a persistência destrutiva da mentira: " (...) a, longo prazo, o resultado mais certo da lavagem cerebral é uma curiosa espécie de cinismo - uma absoluta recusa a acreditar na verdade de qualquer coisa, por mais bem estabelecida que ela possa ser. Em outras palavras, o resultado de uma substituição coerente e total da verdade dos fatos por mentiras não é passarem estas a ser aceitas como verdade, e a verdade ser difamada como mentira, porém um processo de destruição do sentido diante o qual nos orientamos no mundo real- - incluindo-se entre os meio mentais para esse fim a categoria de oposição entre verdade e mentira. [...] Esse é o motivo por que a mentira coerente, em termos metafóricos, arranca o chão de sob nossos pés, sem fornecer outra base em que nos postemos. In: ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 6. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2009. p. 317-318.

¹⁵⁰ Cfe. nota 136 - A busca pela verdade pode até nos parecer inatingível, todavia deve-se ter em mente que a realidade é concreta, e a verdade, portanto, não seria justamente o relato de realidade isento de quaisquer acréscimos? Além disso, sendo a veracidade uma versão da verdade, em se buscando versões de uma mesma realidade não se poderia alcançar a verdade? Assim, mostra-se possível a busca pela verdade, pois a legitimidade da veracidade pode trazer superficialidade não apenas à Administração Pública, mas a todo o Estado Democrático de Direito. O que se quer é que todas as veracidades possam vir a conhecimento do público para que então se viabilize a busca pela verdade.

2 FACES DA (IN)VISIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública transmite visibilidade quando torna visível suas ações, disponibilizando-as aos seus administrados. Embora pareça elementar esse enunciado ainda não é concretizado, como assevera Juarez Freitas, “o fim da opacidade é uma das promessas não cumpridas da democracia” e sem visibilidade não há “salvação para o Estado Democrático”¹⁵¹.

A sociedade exige, e mais do que isso, necessita, visualizar as ações que em seu nome são praticadas, revelando-se inconcebível a crença num poder invisível emanado pela Administração Pública, que resulta em ausência de credibilidade.

Exatamente por isso, a transparência está diretamente relacionada à Administração Pública, tornando-se, pois, um de seus pilares, haja vista que tudo o que a ela se refere deve ser visível, não que isso signifique dizer que toda e qualquer informação deva ser noticiada, mas sim o que é de interesse público¹⁵² deve se dar às vistas da população.

Fazendo uso do termo “Estado-Administração”¹⁵³, Juarez Freitas refere o Estado e a Administração Pública em suas múltiplas facetas, comprometido com a concretização do vasto rol de direitos constitucionalmente previstos em favor do direito fundamental à boa administração pública¹⁵⁴.

A par disso, a transparência¹⁵⁵ torna-se elemento essencial ao alcance de um Estado-Administração eficaz na concretização do constitucionalmente previsto.¹⁵⁶

¹⁵¹ Juarez Freitas prefaciando Julio Cesar Finger assevera que “Com efeito, sem visibilidade adequada, não há salvação para o Estado Democrático. O fim da opacidade é uma das promessas não-cumpridas – para evocar Bobbio – da democracia”. FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2006, p. 07.

¹⁵² Ver nota 4.

¹⁵³ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 463.

¹⁵⁴ Juarez refere que o Estado do direito fundamental à boa administração pública é o promotor do bem de todos. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 144, 463 e 479.

¹⁵⁵ Um exemplo da visibilidade do poder, que se concretiza por meio da publicidade, conferindo transparência a todo o Estado Democrático de Direito é a Lei Complementar n.º 101/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que caracteriza a transparência fiscal como aprofundamento evolutivo setorial do princípio da publicidade, que é própria do regime democrático. Também relevante nesse contexto é salientar o portal Transparência RS lançado oficialmente às 14 horas do dia 18 de Agosto de 2009, após um ano de elaboração do site www.transparencia.rs.gov.br, onde são disponibilizados gastos dos servidores, como despesas com diárias, sobretudo são omitidos salários de servidores e acesso a dados da administração indireta. Nesse cenário, coincidentemente como ocorre no caso das “listas sujas”, ADPF 144, cabe a discussão entre publicidade e privacidade frente à controvérsia quanto a se a divulgação de dados e remuneração de funcionários públicos trata

Assim, considerando-se a transparência como indispensável, a publicidade¹⁵⁷, assume fundamental importância viabilizando a clareza do Estado e da Administração Pública, Estado-Administração, englobando assim todas as faces do(s) poder(es), Legislativo, Executivo e Judiciário, aí postos simplesmente para representar e administrar o poder pertencente à população, e que, portanto, por ela deve ser amplamente vislumbrado e avaliado.

Atente-se ao disposto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988¹⁵⁸ que traz a publicidade como um dever da Administração Pública, devendo, portanto, imperativamente se dar às vistas do público, agindo de forma a nada esconder já que atua em nome dos administrados, e, portanto, por eles deve ser visualizada.

Sob essa perspectiva a ausência de publicidade dos atos praticados pelo poder público gera suspeita, dúvida e insegurança, uma vez que tudo o que beneficia a população é amplamente demonstrado e divulgado, característica da promoção política. Em síntese, não há como se falar em Administração Pública se essa não se der às vistas do público.

Com efeito, sabendo que todas as questões relacionadas ao Estado são públicas, a transparência, se torna condição quase que existencial ao Estado Democrático de Direito, na medida em que não se refere a uma simples faculdade e sim a uma obrigatoriedade.¹⁵⁹ É

de respeito ao princípio constitucional da publicidade ou de desrespeito à privacidade individual. In: ZERO-HORA de 19 de Agosto de 2009. Política. *Transparência: Especialistas avaliam site de despesas*. p. 12.

¹⁵⁶ Freitas, nesse viés, interioriza princípios constitucionais regentes das relações administrativas como o “princípio da publicidade ou da máxima transparência, com o direito à informação”. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 155.

¹⁵⁷ Nesse sentido Norberto Bobbio assevera que: O tema mais interessante, com o qual é possível realmente colocar à prova a capacidade do poder visível de debelar o poder invisível, é o da publicidade dos atos do poder, que, como vimos, representa o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do estado moderno que passa de estado absoluto a estado de direito. In: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 103.

¹⁵⁸ O Artigo 37 da Constituição Federal de 1988 assim disciplina: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”; “§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”; “§ 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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

¹⁵⁹ Cabe fazer aqui um breve aporte a atos que fogem à regra da publicidade, visibilidade e transparência da Administração Pública, os seiscentos e sessenta e três (663) atos secretos aprovados pelo Senado Federal Brasileiro, ou seja, não publicados, desconsiderando qualquer prerrogativa constitucional que prevê expressamente a obrigatoriedade da publicação. A mídia brasileira divulgou no mês de junho de 2009, que a Administração do Senado Federal editou, em um período de 15 anos, um total de 312 boletins administrativos, contendo 663 atos que não foram publicados, entre eles nomeações e favorecimentos pessoais. Os números constam do relatório final da comissão de sindicância criada para investigar a existência de atos irregulares nas últimas administrações da instituição. Esse lamentável acontecimento esboça claramente os efeitos maléficis da clandestinidade e do ocultamento, desrespeitando a Constituição e os princípios básicos do Regime Democrático

intrínseco ao ente público ser transparente, não representa uma característica, um adjetivo, mas sim a essência do Poder Público dar-se às vistas do povo. E é essa razão de sua existência, representar a coletividade e ser fiscalizado por ela. Nessa seara, o que é discutível é qual a abrangência da visibilidade.

Como se percebe, é prática comum conferir publicidade a atos que beneficiem o administrador e que por vezes não condizem total ou parcialmente com a verdade, com o exclusivo intuito de obter prestígio, bem como quaisquer outras vantagens, ou em vista de velar algum fato que não deva vir a conhecimento do público.

A publicização de informações tidas por privadas ou pendentes de comprovação, também se dá com certa frequência, o que resulta na tensão entre privacidade e publicidade, bem como entre outros dispositivos constitucionais, como ocorre na discussão pautada pela ADPF 144 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 144 do Supremo Tribunal Federal - STF), a seguir analisada, que traz a discussão a respeito da possibilidade ou não da avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos políticos que pudesse resultar em sua inelegibilidade.

Assim, na expectativa de conferir a transparência indubitável à Administração Pública sem, contudo, ferir demais princípios, bem como direitos constitucionalmente amparados, deve-se preconizar o princípio da publicidade como transmissor de visibilidade e não de ocultamento. Sendo assim é possível antever que, para que de fato a publicidade seja eficaz na transmissão de visibilidade deve pressupor impessoalidade e verdade abdicando de quaisquer vícios e intenções alheias às constitucionalmente previstas para que então se possa ter um Estado-Administração visível efetivamente.

de Direito. A população brasileira foi surpreendida pelo que a imprensa noticiou a respeito do Senado Federal: “Depois da revelação feita no mês passado por um estudo da Fundação Getúlio Vargas de que o Senado tinha mais 600 funções comissionadas e cargos com gratificação, descobre-se agora outra caixa-preta na Casa. Atos administrativos secretos foram usados para nomear parentes, amigos, criar cargos e aumentar salários. Levantamento feito por técnicos do Senado nos últimos 45 dias, a pedido da Primeira-Secretaria, detectou cerca de 300 decisões que não foram publicadas, muitas adotadas há mais de 10 anos. Essas medidas entraram em vigor, gerando gastos desnecessários e suspeitas da existência de funcionários fantasmas”. In: Estadão de Hoje/Nacional, publicado em 10 de Junho de 2009. **Senado acumula mais de 300 atos secretos para criar cargos e nomear** - Parentes de políticos ganharam cargos sem que seus nomes fossem divulgados em publicações oficiais. Rosa Costa e Leandro Colon, BRASÍLIA. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090610/not_imp385153,0.php; Acesso em 21.07.2009 às 21:54. Notícia disponível em: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/6/24/relatorio-diz-que-senado-teve-663-atos-secretos-nao-publicados-em-15-anos>; Acesso em 21.07.2009 às 21:58.

2.1 ADPF 144 DO STF: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU OCULTAMENTO?

Diante das tensões que possam se formar quando se preconiza a transparência na e da Administração Pública, bem como em outros conflitos que venham a existir, faz-se indubitável a análise ao caso concreto, haja vista ser insuficiente teorizar a cerca do futuro e retratar, na medida do possível, o passado, deixando de avaliar o presente, a realidade, necessitando, pois, de soluções adequadas especificamente a cada caso.

Preconizar o elo entre legislação e caso concreto, reacendendo o debate público é o que almeja o Estado-Administração.

Resgatando a teorização e a realidade, têm-se dispostas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 144 do Supremo Tribunal Federal (STF) as tensões e complexidades abordadas na presente Dissertação, que permeiam, além da tensão entre publicidade e privacidade, as faces da (in) visibilidade.¹⁶⁰

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a forma de controle concentrado de constitucionalidade existente no ordenamento jurídico brasileiro, que foi mais recentemente regulamentada através da Lei nº 9.882/99.¹⁶¹

A ADPF 144 do STF traz a discussão a respeito da possibilidade ou não da avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos políticos que pudesse resultar em sua inelegibilidade, ou seja, o questionamento central se dá em torno da publicização ou não dessas informações, divulgando a lista se estaria trazendo visibilidade ou ocultamento?¹⁶²

¹⁶⁰ Semelhante ao caso pautado pela ADPF 144 do STF tem-se o, recentemente sancionado pelo Presidente da República, Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 518/09 denominado “Ficha Limpa”. Ver Nota 73.

¹⁶¹ Lei nº 9.882/99 – “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

¹⁶² *MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 144* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO ARGÜENTE(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB ADVOGADO(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S) ARGÜIDO(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Despacho: A Associação dos Magistrados Brasileiros questiona, na presente sede processual, a validade constitucional das interpretações emanadas do E. Tribunal Superior Eleitoral em tema de inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos (fls. 14/22 e 24/26), ao mesmo tempo em que sustenta, por incompatibilidade com o § 9º do art. 14 da Constituição, na redação que lhe deu a ECR nº 4/94, a não-recepção de certos textos normativos inscritos na Lei Complementar nº 64/90. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/inelegibilidade.pdfhttp://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idCnteudo=92815&caixaBusca=N>. Por nove votos a dois, os ministros negaram o pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros feito na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 144 para que a justiça eleitoral pudesse negar registro a políticos que respondem a processos. O julgamento ocorreu em agosto de 2008. “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em que questionava a validade constitucional das interpretações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – TSE em tema de inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos, bem como

Amplamente divulgado, o “caso das listas sujas”, como notoriamente conhecido, inicialmente foi aplaudido pela população, acreditando que iriam definitivamente conhecer seus candidatos a representante a partir da avaliação da vida pregressa de todos aqueles que pleiteassem o cargo, e ao se deferir a inelegibilidade do candidato, acreditavam estarem sendo protegidos daqueles então considerados inaptos à função.

Esqueciam que essa análise à vida pregressa também poderia advir de manobras políticas, uma vez que o divulgado poderia não corresponder à realidade, sendo apenas uma forma de ludibriar os eleitores à medida que se enfatizava algo inverídico e concomitantemente ocultava-se o fato real.

Evidenciam-se, a partir do estudo a esse caso concreto, dois pontos tensionantes: de um lado tem-se o direito de informar e ser informado do cidadão, e os princípios de publicidade e transparência atinentes ao Poder Público, cuja função é representar a

sustentava, por incompatibilidade com o § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR n. 4/94 (...), a não-recepção de certos textos normativos inscritos na Lei Complementar n. 64/90, nos pontos em que exige o trânsito em julgado para efeito de reconhecimento de inelegibilidade e em que acolhe ressalva descaracterizadora de hipótese de inelegibilidade (...). No mérito, entendeu-se que a pretensão deduzida pela AMB não poderia ser acolhida, haja vista que desautorizada (...) pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (...). Afastou-se, também, a alegação de que a ressalva contida na alínea g do aludido inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 estaria em confronto com o que disposto na ECR n. 4/94 porque descaracterizaria a hipótese de inelegibilidade referida no preceito legal em questão. (...). Além disso, reputou-se insustentável a suposta transgressão a preceitos fundamentais pelo fato de determinada regra legal ressalvar, para efeito de superação da cláusula de inelegibilidade, o acesso ao Poder Judiciário, em ordem a neutralizar eventual deliberação arbitrária que haja rejeitado, de modo abusivo, as contas do administrador. Asseverou-se que estaria correto o entendimento do TSE no sentido de que a norma contida no § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR n. 4/94, não é auto-aplicável (Enunciado 13 da Súmula do TSE), e que o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência da lei complementar exigida por esse preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade. Concluiu-se, em suma, que o STF e os órgãos integrantes da justiça eleitoral não podem agir abusivamente, nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na CF, e que, em consequência dessas limitações, o Judiciário não dispõe de qualquer poder para aferir com a inelegibilidade quem inelegível não é. Reconheceu-se que, no Estado Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais. Afirmou-se ser indiscutível a alta importância da vida pregressa dos candidatos, tendo em conta que a probidade pessoal e a moralidade representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública, bem como traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais, cuja eficácia subordinante conforma e condiciona o exercício dos poderes estatais. Aduziu-se que a defesa desses valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo consubstancia medida de mais elevada importância e significação para a vida política do país, e que o respeito a tais valores, cuja integridade há de ser preservada, encontra-se presente na própria LC n. 64/90, haja vista que esse diploma legislativo, em prescrições harmônicas com a CF, e com tais preceitos fundamentais, afasta do processo eleitoral pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, entretanto, o reconhecimento da inelegibilidade ao trânsito em julgado das decisões, não podendo o valor constitucional da coisa julgada ser desprezado por esta Corte.” (ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-08, Plenário, Informativo 514). **No mesmo sentido:** Rcl 6.534-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-9-08, Plenário, DJE de 17-10-08”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em 27.10.2009 às 15:13.

coletividade; em contrapartida têm-se o direito fundamental à privacidade, e os princípios constitucionais do contraditório, presunção de inocência, e devido processo legal.

Considerando que é sabido que os eleitores têm de conhecer os candidatos para que possam eleger o mais apto e principalmente o que realmente objetivar o benefício público, se está defronte a uma dificuldade, qual seja, desvendar as reais intenções e atributos dos candidatos tendo em vista que todos mostram apenas o que lhes é conveniente, acobertando seus deméritos. Momento em que a publicidade e a transparência, princípios constitucionais, deveriam ser observados.

Desta monta, diante de princípios constitucionalmente previstos como o devido processo legal, contraditório e presunção de inocência, além da privacidade como direito fundamental, paira o questionamento: qual deve ter aplicabilidade nesse caso concreto, visibilidade ou ocultamento? Publicidade ou privacidade? Direito à informação ou Presunção de inocência?

A publicidade, concretizando o ideal de transparência tão desejável para que se tenha de fato uma Administração visível, em prol do coletivo, *pode* contrapor-se ao indivíduo em sua individualidade e privação quanto aos demais.

Nesse liame, ao passo que se viabiliza o direito/dever informar e ser informado e os princípios de publicidade e transparência, *pode*-se estar limitando o direito à privacidade, o devido processo legal, o princípio do contraditório e da presunção de inocência.

Se por um lado, a avaliação da vida pregressa dos candidatos seria plenamente justificável e benéfico visto que o eleitor teria conhecimento de fatos até então desconhecidos e que revelariam a identidade, e principalmente as intenções, de seus futuros representantes. E nesse viés, a verdade se revelaria como a melhor alternativa e o ocultamento causador de dúvida e receio.

Por outro, revendo os conceitos de presunção de inocência, devido processo legal e contraditório, observar-se-á que até o trânsito em julgado, o acusado pode provar sua inocência e o descabimento da ação que lhe foi movida. Nessas condições a avaliação da vida pregressa do candidato ocasionaria injustiças.

Vários são os pontos a se observar na discussão pautada pela ADPF 144 do STF, além da publicidade e privacidade, como o direito à informação, (in)elegibilidade, improbidade administrativa,¹⁶³ devido processo legal, contraditório, presunção de inocência. Todos eles de

¹⁶³ Art. 14 da Constituição Federal § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do

suma importância para a concretude do Estado Democrático de Direito e de uma Administração Pública transparente, impessoal e eficiente.

Procedendo em primeira análise quanto ao direito de informar e ser informado, são constatadas, de imediato, duas faces: positiva e negativa. Ao passo que a mídia pode expressar e informar o povo, combatendo a censura, promovendo liberdade e transparência, também pode representar um “veículo de perversão social”, nas palavras de Dotti,¹⁶⁴ quando utiliza a informação como notícia de cunho sensacionalista e irresponsável, o que faz com que em certos momentos a liberdade reivindique se libertar da liberdade de informação, ou no mínimo se libertar dos excessos atribuídos a essa liberdade, por mais que isso pareça contraditório.

Escritos irresponsáveis constroem e destroem facilmente a reputação e a dignidade das pessoas,¹⁶⁵ e aí se faz presente a dicotomia bem e mal relacionada aos meios de comunicação.

Se por um lado, a atividade do pensar não pode ser confinada, oculta,¹⁶⁶ por outro, noticiar informações inverídicas ou privadas podem infringir dispositivos constitucionais.

O direito de informar e ser informado parece colidir com o princípio da presunção de inocência, uma vez que as informações trocadas, por vezes, tratam de pessoas e crimes com processo em trâmite, sem o trânsito em julgado, como é o caso da divulgação da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos, caso abarcado pela ADPF 144.

Esse entrave gera inúmeras controvérsias à medida que ambos dispositivos tensionantes são imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito brasileiro, e, por vezes, conferindo efetividade a um deles, estar-se-ia restringindo o outro.

poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. * Nova redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7.6.1994. *Improbidade administrativa na legislação brasileira* - A Lei Federal nº 8429/92 trata dos atos de improbidade praticadas por qualquer agente público. São abrangidos ainda aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indiretamente. Os atos incrimináveis são aqueles que importam vantagem ilícita, ou que causam prejuízo ao erário, ou que atentam contra os princípios da administração pública. As disposições desta alcançam todas as pessoas qualificadas como agentes públicos, na administração direta, indireta e fundacional, ainda que transitoriamente, com ou sem remuneração. E também as empresas incorporadas ao patrimônio público e as entidades para criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. Os atos incrimináveis são aqueles que importam vantagem ilícita, ou que causam prejuízo ao erário, ou que atentam contra os princípios da administração pública. As penalidades envolvem ressarcimento do dano, multa, perda do que foi obtido ilicitamente, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos (de 3 a 10 anos, conforme a hipótese) e proibição de contratar com o poder público.

¹⁶⁴ Nesse sentido, DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 128.

¹⁶⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 129.

¹⁶⁶ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.154-155.

No que diz respeito ao princípio da publicidade e ao direito à privacidade, já tratados anteriormente, torna-se de uma dificuldade incomensurável optar por um em detrimento de outro já que ambos têm amparo constitucional e devem ser respeitados. Por esse motivo revela-se eficiente a observância de critérios constitucionalmente adequados, como a verdade e a impessoalidade, abdicando de vícios como a subjetividade e a inveracidade, para que se encontre uma solução constitucionalmente adequada ao caso concreto.

De todo modo, o primordial aqui é enfatizar que não apenas na discussão em pauta, mas em todo cenário em que se afirme vigorar o Estado Democrático deve-se preservar e fazer valer as garantias democráticas. E para tanto, o ponto chave consiste no princípio à presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 que assim disciplina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esse princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade garante que o indivíduo seja presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁶⁷ Nesse viés, como regra, o princípio do estado de inocência impede, ou ao menos deveria impedir, qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.¹⁶⁸

Conciliando a eficácia do princípio à discussão pautada pela ADPF 144, têm-se, consoante o julgamento de Eros Grau,¹⁶⁹ que em se divulgando a vida pregressa dos candidatos a cargos políticos, estar-se-ia transformando a presunção de inocência em presunção de culpabilidade, ferindo assim o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º LVII, já que a notícia sensacionalista de um processo em trâmite pode transformar o mero suspeito em criminoso.

A presunção de inocência pressupõe a observância do devido processo legal e do contraditório.¹⁷⁰ Na medida em que o princípio ao contraditório representa a bilateralidade dos

¹⁶⁷ Com relação à coisa julgada Nelson Nery Junior enfatiza que é instrumento de “pacificação social”, de segurança jurídica, que representam manifestações do Estado Democrático de Direito, e, portanto, em descumprindo a coisa julgada, negar-se-á o próprio Estado Democrático de Direito. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 501.

¹⁶⁸ No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, consagra esse princípio em seu artigo XI.1: **Art. XI.1:** Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

¹⁶⁹ Eros Grau, em seu julgamento na ADPF 144 do Supremo Tribunal Federal, ressalta que por mais que não se fale em supremacia do público em relação ao privado, deve-se fielmente observar o princípio da soberania popular e da democracia representativa, e nesse liame, somente o trânsito em julgado de uma sentença condenatória poderia impedir o acesso a cargos eletivos. p. 03 dos autos da ADPF 144 do STF.

¹⁷⁰ O princípio do *Devido Processo Legal* tem previsão Constitucional no artigo 5º, LIV, objetiva a garantia do cidadão, realizando a relação processo-democracia. Determina que a jurisdição penal, para ser válida, deve realizar-se através de um conjunto de atos que precisam ser executados conforme a ordem e a forma previamente estabelecidas na lei. Trata-se de uma garantia para o indivíduo, o qual não poderá ser privado de sua liberdade

atos processuais, ele garante a igualdade e a isonomia dentro do processo, colocando acusação e defesa num mesmo plano, sendo, portanto, inerente ao direito de defesa. Trata-se de questão de ordem pública sendo essencial a qualquer país que pretenda ser, minimamente, democrático.

Ao se garantir o princípio do contraditório, assegura-se que ninguém será condenado sem que lhe seja oportunizada a defesa. Nessas condições, é visível o tensionamento deste princípio com o direito à informação à medida que limita a manifestação a respeito de informações que se encontrem sob a égide da prova em contrário e de decisões que careçam de trânsito em julgado.

Em que pese a divulgação da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos ferir tanto direitos quanto princípios constitucionalmente assegurados, como o devido processo legal, o contraditório, a presunção de inocência e inclusive o direito à privacidade, a não divulgação poderia ocasionar restrição a outros dispositivos, também com previsão constitucional, qual sejam o direito à informação, à liberdade de expressão e o princípio da transparência.

Ainda, poder-se-ia afirmar que a divulgação da “lista suja”¹⁷¹, ou seja, dos processos em trâmite dos candidatos a cargos políticos, seria justificada quando da observância do significado de probidade atinente à administração pública, que, nas palavras de Juarez Freitas, refere-se a direito fundamental: “*o direito fundamental à administração pública proba, que veda condutas eticamente não-universalisáveis, omissivas ou comissivas, inequivocamente desonestas*”, que, somada ao “*direito fundamental à administração pública transparente, que implica coibir a opacidade (negadora da idéia de democracia por definição)*”¹⁷², bem motivaria a divulgação da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos.

ou de seus bens sem a observância de um processo justo e legalmente codificado nas leis penais e processuais. Quanto ao princípio do *contraditório*, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LV, pressupõe sempre a oitiva da outra parte, a fim de assegurar um processo e conseqüentemente uma decisão imparcial e, ao menos em tese, justa. Representa um corolário do princípio do devido processo legal, viabilizando resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos. Aqui é pertinente ainda enfatizar o Devido Processo Legal administrativo disposto na Lei Nº 9.784 de 1.999 em seu artigo 3º.

¹⁷¹ Nesse sentido é imprescindível destacar a Lei complementar nº 135/2010 que contempla o amplamente divulgado Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 518/09 denominado “Ficha Limpa”, que impedirá candidaturas de pessoas com condenações por colegiados da Justiça. Ver nota 73.

¹⁷² Acrescentando ainda: “[...]já incluída a complacência reprovável com os deslizes associados à arbitrariedade do ‘coronelismo’ – cumpre ter presente que a ‘corrupção’ se tornou transnacional, tecnologicamente sofisticada e, em certa medida, faz vulnerável o próprio Estado, mediante a captura de gestores ímprobos, todavia se nutre, no fundo, de uma cultura social propícia a fraudes e desmandos, cultura que debilita letalmente as instituições democráticas, de modo que reclama tratamento enérgico, para além das impotentes couraças antigas;” In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 36-37.

Nesta vertente, em possibilitando ao eleitor o conhecimento da vida pregressa dos candidatos, este poderia votar de forma consciente tendo em vista que lhe seria oportunizado conhecer realmente os candidatos a partir dos dados divulgados. No entanto, ao avaliar a vida pregressa, que engloba processos que ainda não transitaram em julgado, também se oportunizaria ao eleitor ser ludibriado, uma vez que, alguns candidatos poderiam registrar falsas acusações para prejudicar a candidatura de seus concorrentes ao cargo, beneficiando-se dessa forma.

Nesse sentido, a publicização da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos também poderia servir de ocultamento a manobras políticas, como supra salientado, processos poderiam ser instaurados baseados em falsas acusações para prejudicar a candidatura de alguns candidatos, ou ainda, como forma de desviar a atenção a ilícitos realmente praticados. O que acarretaria enormes prejuízos para a vítima de descabidas acusações, visto que, provavelmente teria sua inocência provada após a eleição, resultando, tal medida, em enorme injustiça já que não existia condenação transitado em julgado.

Atente-se que sob esse olhar, o princípio da publicidade que deveria resultar em transparência combatendo a invisibilidade, contribuiu justamente para o inverso, ocultamento da verdade em manobras políticas.

Frente às faces da (in)visibilidade, desvelam-se diversos aparentes entraves: publicidade ou privacidade, presunção de inocência ou direito à informação, sendo que a questão se torna ainda mais delicada diante de que todos os polos tensionantes representam conquistas democráticas.

Em se tratando de elegibilidade¹⁷³ e inelegibilidade,¹⁷⁴ uma vez que essa discussão torna imprescindível o resgate a esses preceitos constitucionais, claramente vislumbra-se a impossibilidade de se impor a inelegibilidade a candidatos que tenham acusações em processos *em trâmite*. O artigo 15, III da Constituição Federal de 1988, assim enuncia: “Art.

¹⁷³ Relevante ver o **RE 86297 / SP – SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO** Relator(a): Min. THOMPSON FLORES Julgamento: 17/11/1976 Órgão Julgador: Tribunal Pleno **Publicação:** DJ 26-11-1976 PP-10206 EMENT VOL-01044-03 PP-00579 RTJ VOL-00079-02 PP-00671. **Ementa** INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, I, N, DA LEI COMPLEMENTAR N. 5/1970. E VÁLIDO, POR NÃO SER INCONSTITUCIONAL, AINDA QUE EM PARTE, AQUELE PRECEITO. EXEGESE DOS ARTS. 151, II E IV, E 149, PAR. 2º, C, DA CONSTITUIÇÃO. II. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. VOTOS VENCIDOS. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%2086297.NUME.&base=baseAcordaos>

¹⁷⁴ Inelegibilidade prevista no *art. 1º letra n, da Lei Complementar nº 5, de 29.04.1970* – inelegível os que respondessem processo judicial instaurado por denúncia do MP – declarado inconstitucional pelo TSE no julgamento do recurso n. 4.462, Acórdão 5.864. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/inelegibilidade.pdf>

15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”¹⁷⁵

Também é pertinente nesse âmbito, abordar a questão da ética na política, bastante em voga na atualidade, o que não parece preocupar os políticos haja vista sua real e exclusiva preocupação ser a permanência no cargo.

E exatamente quanto a essa ausência de dever para com a ética¹⁷⁶ e para com outros princípios indispensáveis à eficiência almejada na Administração Pública, é que o princípio da transparência, concretizado por meio do princípio da publicidade, deve permear todos os atos que envolvem a gestão da coisa pública. Não devem haver segredos na administração dos bens públicos, os titulares de cargos nos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, uma vez que foram eleitos pelo voto ou ungidos ao posto por designação, precisam ter em mente que suas vidas e atitudes devem ser pautadas pela visibilidade de seus atos.

Sob essa perspectiva poder-se-ia entender que o princípio constitucional que determina ser obrigatória a publicidade dos atos na vida pública, artigo 37,¹⁷⁷ deveria reger os processos judiciais em que autoridades são demandadas.

Todavia, o direito à privacidade e os princípios de presunção de inocência, do contraditório e do devido processo legal, que também possuem previsão constitucional, combatem veementemente os considerados pré-julgamentos, na medida em que se noticiam fatos investigativos como sendo incontestáveis.

¹⁷⁵ Pressupondo sentença transitada em julgado para inelegibilidade devem ser observados: o capítulo IV referente aos direitos políticos da Constituição Federal em seu artigo 14 ao disciplinar que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994). E a Lei Complementar Nº 64, de 18 de Maio de 1990, estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;”. Cabe ainda enfatizar aqui a recém promulgada Lei Complementar nº 35/2010, que materializa o amplamente divulgado Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 518/09 denominado “Ficha Limpa”, que impedirá candidaturas de pessoas com condenações por colegiados da Justiça. Ver nota 73.

¹⁷⁶ Assim profere o eminente relator Ministro Celso de Mello, no julgamento à ADPF 144 do STF: os princípios de legalidade e moralidade devem funcionar consoante a ética da legalidade. Reportando-se à inquestionável importância quanto à observância aos princípios inerentes à Administração Pública, os quais não devem ser alvo de interpretações discricionárias, devendo fielmente reportar seus atos ao cumprimento à ética da legalidade, e nenhuma outra. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idCteudo=92815&caixaBusca=N>.

¹⁷⁷ Art. 37. Da Constituição Federal Caput: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

Para tanto, paira o questionamento: é possível afirmar que o melhor caminho para o amadurecimento das regras democráticas é a divulgação de todos os fatos, sejam quem forem seus protagonistas e seja qual for o teor?

Sob essa perspectiva, Eros Grau,¹⁷⁸ em seu voto na ADPF 144, salienta que a avaliação da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos causa incerteza e insegurança jurídica, enfatizando que a democracia reivindica o respeito ao devido processo legal e que em nosso ordenamento vigora a presunção de inocência e não de culpabilidade.

O que não pode cair ao esquecimento é que toda e qualquer generalização é insensata frente a tantas exceções que comporta o ordenamento brasileiro.

Contudo, diante do aparente entrave trazido pela ADPF 144 entre publicidade e privacidade, entre o direito à informar e ser informado e o devido processo legal, o contraditório e a presunção de inocência, reflete-se que, em virtude dos processos constantes na relação da vida pregressa de cada candidato estarem em trâmite, não é possível noticiá-los, uma vez que a acusação não restou comprovada, havendo a possibilidade de resultar em inocência.

Embora se saiba que a ocultação da realidade beneficie o ilícito e contradiga a transparência exigível em todos os degraus da administração pública, deve-se dar proteção a algumas e determinadas exceções, o que não significa tornar como secretos atos que deveriam ser de conhecimento público.

Questiona-se se esse raciocínio fora observado no julgamento da ADPF 144, que consoante o Relator, Ministro Celso de Mello, restou decidido pelo STF que: "a mera existência de inquéritos policiais em curso ou de processos judiciais em andamento ou de sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, além de não configurar, por si só, hipótese de inelegibilidade, também não impede o registro de candidatura de qualquer cidadão", conforme ocorre no caso em tela, onde há ações criminais e ação civil pública de improbidade administrativa ajuizadas contra o candidato a cargo eletivo julgadas procedentes, embora sem trânsito em julgado.¹⁷⁹

Não obstante, permanece a transparência, como pressuposto da Administração Pública, pleiteando que a visibilidade dos assuntos públicos seja transmitida não apenas em território administrativo como em âmbito nacional, viabilizando a todo cidadão um Estado-

¹⁷⁸ Eros Roberto Grau em julgamento na ADPF 144 do Supremo Tribunal Federal reflete que por mais que não se fale em supremacia do público em relação ao privado, deve-se fielmente observar o princípio da soberania popular e da democracia representativa.

¹⁷⁹ <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT6249824§ionServer=TSE>. Acesso em 26.10.2009 às 14:11

Administração a ele disponível. Para tanto necessita somar-se a todos os demais princípios constitucionalmente previstos, e não por eles ser violado.

Constata-se então ser pertinente a proposição de critérios com amparo constitucional que condicionem a publicização da vida pregressa dos candidatos a cargo político a sua aplicação, como a impessoalidade e a verdade¹⁸⁰, viabilizando a concretização da transparência sem o desrespeito a outros preceitos constitucionais.

Assim, em se aplicando ao caso pautado pela ADPF 144 os critérios de verdade e impessoalidade como condicionantes ao princípio da publicidade, ter-se-ia a presunção de inocência representando a “verdade” do processo em trâmite, ou seja, revelando a inocência de uma acusação que ainda não fora definitivamente comprovada, já que carecedora de trânsito em julgado.

Destarte, além de discutir a (in)efetividade de direitos e ainda de princípios constitucionalmente previstos, para que se aborde a problemática até então discutida, torna-se essencial analisar o papel da mídia na veiculação da informação, em busca da correspondência ou não dos direitos informar e ser informado e da instrumentalização da (in)visibilidade.

2.2. O PAPEL DA MÍDIA COMO INSTRUMENTALIZADOR DE VISIBILIDADE E DO DIREITO À INFORMAÇÃO OU COMO BANALIZADOR DO DIREITO À PRIVACIDADE

Ao se almejar transparência na (da) Administração Pública, imediatamente se espera que os meios de comunicação instrumentalizem o direito à informação à população.

O direito-dever da informação, ou melhor, a dicotomia informar e ser informado,¹⁸¹ pertence à sociedade como um todo,¹⁸² sendo, portanto, indubitável em qualquer âmbito,

¹⁸⁰ Ver ponto 1.2 Visibilidade, regra ou exceção: a possibilidade de se estabelecer critérios de convívio entre publicidade e privacidade, do primeiro capítulo do presente estudo.

¹⁸¹ Jabur destaca que o direito à informação possui duas vertentes: “é direito ativo e passivo”, referindo-se ao direito de informar e ao direito de receber informações. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 361.

¹⁸² Nesse aporte, cabe dizer que não há de se impedir o gozo dos demais titulares de direito em virtude do gozo individual de uma única pessoa, também titular desse mesmo direito, haja vista que não se trata da soma de interesses privados, nem de interesses particularizados, fracionados, é “um direito de todos e de cada um ao mesmo tempo”, afirma Carvalho. In: CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196.

principalmente no que se refere ao acesso do cidadão a dados transparentes sobre a Administração Pública, desvelando o viés democrático incutido no direito à informação.

A possibilidade de acesso à informação e a sua disponibilidade de transmissão sem restrições, bem como livremente se manifestar a respeito, acabam por caracterizar o direito à informação.¹⁸³ E em vista disso, há de se observar que dar acesso à notícia representa torná-la pública, transparente, ou melhor, atribuir visibilidade a algo antes obscuro, secreto ou simplesmente ignorado pela coletividade. Nesse sentido, o direito à informação é fundamental ao exercício das liberdades públicas e ao pleno desenvolvimento dos sistemas políticos democráticos.¹⁸⁴

Assim, e por se tratar de direito fundamental, o direito à informação possui resguardo constitucional,¹⁸⁵ mas de qualquer forma pode sofrer restrições quando viola ou pretende violar demais direitos fundamentais como a privacidade. Nesse aporte, seria possível verificar que a vida privada¹⁸⁶ torna-se parâmetro de limite à liberdade de imprensa.

Todavia, dificilmente uma informação, quando observa alguns requisitos essenciais de verdade e impessoalidade seria capaz de ferir a privacidade, pois sendo impessoal não se refere ao indivíduo em sua intimidade, mas diz respeito à coletividade, e sendo verdadeira emana visibilidade e não ocultamento.

Quando a informação é dotada de pessoalidade transcende o interesse público, já que resulta em dado de interesse unicamente particular, devendo, por isso, abster-se de qualquer notoriedade, haja vista que notícias dotadas de pessoalidade, assim consideradas privadas, não

¹⁸³ Dotti afirma que “O direito à informação se radica na liberdade de expressão do pensamento que compreende a liberdade de buscar ou colher, de receber e difundir informações de toda índole” In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 168. Restando sabida a importância do direito à informação e da liberdade de expressão faz-se indubitável enfatizar a diferença existente entre esses dois inestimáveis preceitos democráticos. Em alusão à análise procedida por Limberger, tem-se que a liberdade de expressão compreende emissão de juízo e opinião, admitindo, portanto, a subjetividade, todavia, quanto ao direito à informação, esse direito deve limitar-se ao fato, à realidade, sendo, portanto, imprescindível a verdade. In: LIBERGER, Têmis. *O Direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133.

¹⁸⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988. Nesse sentido, Juarez Freitas profere que: “(h) Há estreita relação entre o princípio da democracia (direta e representativa) e o princípio da transparência, devendo a gestão pública, em regra, ser vista como viciada se sonegar informação à sociedade sobre processo de tomada de decisões que afetem direitos e interesses legítimos”. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 472.

¹⁸⁵ “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”. Estabelece ainda que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (§1º, artigo 220), e que “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§2º, artigo 220).

¹⁸⁶ Gilberto caracteriza a privacidade como sendo “o refúgio impenetrável pela coletividade, devendo, portanto ser respeitada”. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

satisfariam mais do que a curiosidade alheia. Nesse caso, demonstra-se imprescindível o respeito ao direito à privacidade, direito fundamental constitucionalmente previsto que é.

Sob essa perspectiva, em publicizando informações meramente privadas, não se estaria de forma alguma instrumentalizando o direito à informação, muito pelo contrário, se estaria unicamente banalizando o direito à privacidade.

Ainda a respeito da dicotomia informar e ser informado, que traz à tona o questionamento aos meios de comunicação, e não apenas aos convencionais como a imprensa e a mídia, como também, e principalmente, às tecnologias e meios eletrônicos ultra modernos, são observados alguns estudiosos como Pierre Lévy¹⁸⁷ que trazem conceitos como democracia eletrônica e ciberespaço, compatíveis com a globalização super avançada presente na atualidade. Antonio-Enrique Pérez Luño igualmente faz menção a conceitos dessa natureza. Ambos doutrinadores apontam aspectos positivos e negativos desse processo tecnológico informatizado, reconhecendo a simplificação, a celeridade, e a implementação de novas estratégias e mecanismos para o desenvolvimento e progresso econômico, social e cultural, inclusive para viabilização da transparência da Administração Pública, na medida em que disponibiliza de forma prática e ágil as informações aos cidadãos. Contudo, os direitos individuais não podem ser invadidos ou restringidos às custas dessa desenfredda cibernética, e ainda, não podem ser usados como instrumento de manipulação da sociedade por parte dos administradores, tornando-os meros dados, números, estatísticas. Para tanto se torna crucial a devida regulação e “*análisis coste/beneficio*”¹⁸⁸ das relações entre tecnologia e direitos, bem como e principalmente, o estabelecimento de critérios e limites legais para os mecanismos informatizados e globalizados, para que sejam evitados os “*efectos perversos*”, assim denominado por Luño.¹⁸⁹

Incontestavelmente, à medida que surgem novas tecnologias e grandes descobertas que disponibilizam e agilizam a coleta de informações, vem se invadindo a privacidade,¹⁹⁰ o que sugere um reforço à proteção dos direitos fundamentais.

¹⁸⁷ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2006. p. 185.

¹⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2006. p. 84.

¹⁸⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2006. p. 85.

¹⁹⁰ Há de se observar que os termos intimidade e privacidade possuem diferentes significados, apesar de ambos basearem-se na “*liberdade de escolha*” (In: JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.), uma vez que possuem o direito de optar pela limitação à liberdade de exteriorizar dados íntimos ou privados. René Ariel Dotti, ao mencionar a conclusão do jurista Jean Carbonnier cita que, “a esfera secreta do indivíduo” caracteriza a intimidade, à medida que, confere poder ao indivíduo de evitar os demais. René, trata ainda que a intimidade e a privacidade são termos distintos, e por mais que em dados momentos o autor adote o termo “proteção da intimidade da vida privada”, o

Ainda, ao passo que a cibernética trouxe maiores informações da Administração Pública à população, o indivíduo também passou a ser conhecido por seus administradores, ou seja, o destinatário do poder passou a fazer parte de um banco de dados. Norberto Bobbio alerta:

Seria de todo modo uma tendência oposta à que deu vida ao ideal da democracia como ideal do poder visível: a tendência não mais rumo ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao contrário rumo ao máximo controle dos súditos por parte de quem detém o poder.¹⁹¹

Para tanto, é indispensável ter cautela, pois a globalização e suas avançadas ferramentas podem e estão trazendo muitas informações da Administração Pública e seus agentes à população como um todo, no entanto, os cidadãos também estão vulneráveis, já que a cibernética ampliou os horizontes da democracia, mas dos governantes talvez ainda mais.¹⁹²

Desta monta, o que é temido é uma era em que direitos fundamentais sejam simplesmente extintos em nome de uma hiper-modernidade informatizada e globalizada, tornando como regra o constante monitoramento em nome da transparência. Nesse âmbito, o direito à privacidade jamais deve se perder, devendo ser o seu resguardo indubitável, como prevê a Constituição brasileira.¹⁹³

mesmo autor ressalta que é preciso acentuar que os conceitos de “vida privada” e “intimidade” não são “coincidentes”, explicando que intimidade representa algo diverso e menos amplo, mais íntimo e interior que a vida privada. René Ariel Dotti ainda faz uma breve síntese de como é denominada e tratada a vida privada em diversos países: EUA, França Itália, Portugal, Espanha, Alemanha. O mais curioso é como o “ambiente da vida privada” é dividido na Alemanha: “o ambiente da vida privada, em sentido lato, é dividido em três partes: a esfera privada *strictu sensu (privatsphäre)*, a esfera confidencial ou do crédito (*vertrauenssphäre ou vertraulichkeitssphäre*) e a esfera do segredo (*geheimsphäre*)”. A França utiliza-se da construção do direito à intimidade “como círculo mais restrito do direito à vida privada”. Os autores italianos, ingleses e americanos utilizam a expressão “intimidade” como sentido lato para designar “vida privada”. In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p.45, 65- 69.

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986. p. 106.

¹⁹² No mesmo sentido, a professora Têmis também apresenta as vantagens e desvantagens desse processo digital ágil e perigoso: Pode-se dizer que isso apresenta dois lados: primeiramente, uma vantagem propiciada pela informática, no sentido de armazenar o conhecimento e transmiti-lo de uma maneira veloz. Por outro lado, há o risco de que as liberdades sejam violadas, e tal possibilidade exige a intervenção do poder público, como forma de proteção dos indivíduos. In: LIMBERGER, Têmis. *As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos*. In: SANTOS, André Leonardo Copetti. et al (org.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário 2006. Nº 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 205.

¹⁹³ Dotti expressa ainda grande preocupação com o fenômeno denominado “erosão de privacidade”, e relata que nos Estados Unidos da América (EUA) a vida privada encontra-se “praticamente impossível”, não havendo mais segredos, todos os dados estão arquivados e à disposição de todos. In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidade e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 175-177.

O direito à informação complementa-se com o princípio da publicidade, uma vez que, se a informação não for publicizada ela não estará acessível à coletividade. Nesse viés, a mídia e a imprensa em geral, representam um meio eficaz à publicização tão almejada à visibilidade do poder.

Aliados ao progresso tecnológico, os meios de comunicação, atualmente, proporcionam por meio eletrônico, ao cidadão ter acesso a informações sobre seus administradores, últimas notícias do país e do mundo, de forma ágil e simples. Contudo, em muitas situações são noticiadas informações não comprovadas, em processo de averiguação, o que gera injustiças, já que pré-julga o indivíduo ou entidade que está sendo alvo de informações inverídicas ou duvidosas.¹⁹⁴

Sob essa perspectiva, a mídia, que por vezes se encontra forçada pela sociedade moderna, extremamente capitalista, a agir de forma tão célere que deixa de averiguar a integridade das informações antes de publicizá-las, cria em geral, um caráter sensacionalista, que é o predominante nos meios de comunicação, transparecendo estarem despreocupados em resguardar a imagem dos suspeitos, ou em apresentar as suas versões, além de não esclarecerem para o grande público a real situação dos fatos, por exemplo, ressaltando casos investigativos onde a culpa não resta comprovada. Dessa maneira, acaba-se por criar uma falsa idéia de que o suspeito é sempre o culpado, incutindo nas pessoas uma necessidade de ver neles infligida alguma sanção, como se dessa forma a sociedade pudesse se sentir mais segura. Ou seja, instiga os julgamentos antecipados que acarretam o etiquetamento social, estereótipos e rotulação de toda natureza, revelando a possibilidade de manipulação pelos meios de comunicação.

Essa postura da imprensa acaba por colocar a sociedade contra o suspeito, sem que ao mesmo seja oportunizada a defesa. Trata-se de uma forma de desrespeito às garantias democráticas e aos direitos constitucionalmente previstos, que não contribui para diminuir os ilícitos, mas, pelo contrário, gera uma cultura de revolta, de fomento à violência e de agressão à dignidade humana.

Os avanços da tecnologia devem vir em proveito do indivíduo e não contra ele, sendo inadmissível o emprego do progresso a finalidades que desrespeitem ou invadam os direitos

¹⁹⁴ Embora seja de inquestionável relevância, o direito à informação deve obedecer a alguns requisitos para que realmente exerça seu papel. Têmis Limberger afirma que: “O direito fundamental a comunicar ou receber livremente informação possui como requisitos a veracidade, a relevância pública e social e o interesse público, e encontra um limite na intimidade” In: LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática. A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 136.

fundamentais. Desta monta, não há de se permitir que o sensacionalismo e o entretenimento, altamente rentáveis, como salienta Jabur¹⁹⁵, sobreponham-se à sociedade.

Carvalho reflete que a liberdade de imprensa carrega um conteúdo social, que pode ser considerado “serviço de utilidade pública”, ou seja, subordina-se ao interesse público, e para tanto “deixa de ser propriedade particular do dono do jornal” para “ser patrimônio da sociedade”.¹⁹⁶

Nesse sentido, o que deve ser veemente combatido é que interesses capitalistas comprometam o dever da imprensa, como assevera Gilberto Haddad Jabur¹⁹⁷:

“(.....) a obsessão pelo lucro, irrefreável em regimes capitalistas, compromete o dever da imprensa, influencia a ‘produção’ e insufla o emprego de insumos não muito ortodoxos. Os imperativos de venda ou de audiência impelem a imprensa à busca da superficialidade, da arrogância, de escândalos, de um autêntico sensacionalismo. Prestigia-se o entretenimento, sufoca-se a informação socialmente útil”.

Resta sabido quanto à existência de pessoas que, para satisfazerem seus interesses particulares e ilícitos, publicizam informações falsas ou distorcidas. Justamente por isso, a liberdade de informação deveria pressupor o acesso às diferentes versões dos fatos de forma desinteressada, primando pela impessoalidade, imparcialidade e principalmente pela verdade, ou seja, restringindo-se apenas ao fiel relato do caso. Todavia, como explica René Ariel Dotti, a celeridade das relações faz com que se colida com o tempo, proferindo que “o ser humano não tem mais tempo para viver a sua vida e morrer a sua morte,”¹⁹⁸ e completa o pensamento afirmando que “algumas invenções contemporâneas que se prestam, a um só tempo, para satisfazer necessidades e interesses e para gerar angústia e destruição do homem como ser da natureza e do espírito”¹⁹⁹, podendo-se referir aqui os meios de comunicação, haja vista que a mídia tem a necessidade da urgência da notícia, abdicando, por vezes em nome dessa pressa, de sua utilidade pública. Sob essa perspectiva a preocupação está em “compatibilizar os avanços da tecnologia com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais.”²⁰⁰

¹⁹⁵ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 362 e 367.

¹⁹⁶ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 05 e 110.

¹⁹⁷ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.368.

¹⁹⁸ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 30.

¹⁹⁹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 29.

²⁰⁰ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 34.

Nesse âmbito, é preciso salientar que nem sempre o veiculador da informação é responsável pela notícia, haja vista que, em sendo essa verdadeira, embora o fato delituoso cometido macule a imagem da pessoa, essa nada mais é que a natural consequência de seu ato desonroso. Pois se nada que for demérito a alguém possa ser noticiado então se restabelecerá a censura no Estado brasileiro.

Desta monta, a notícia jamais deve ser tendenciosa, deve ser íntegra, de forma a não deformar ou moldar os fatos, para que dessa forma cumpra com a sua função social de educar, desvendar, desocultar e esclarecer, e não banalizar a informação ao basear-se em narrativas infieis.²⁰¹

Visto de outro modo, o direito à informação, e desde que respeitada a integridade das informações transmitidas, possui grande relevância, contribui para a participação social no Estado-Administração no momento em que informa o cidadão quanto à pauta de questões e decisões que interessam a coletividade, podendo inclusive evitar catástrofes e injustiças, quando noticia medidas preventivas, como as que se referem à saúde e meio ambiente.

A mídia, como vislumbrado, tanto deve ser venerada como temida.²⁰² Veja-se a disputa pelo ibope entre os entes informativos, que tanto podem representar um aspecto positivo quanto negativo. Ao passo que existindo concorrência poder-se-ia evitar o monopolismo informativo, além de possibilitar a análise da notícia evitando dessa forma a manipulação²⁰³ dos prestadores da informação. Por outro lado, o sensacionalismo se faz cada vez mais presente em vista da competição. Sem mencionar a celeridade da divulgação das informações que carecem de averiguação.

O direito à informação poderia ser limitado à autenticidade dos fatos, ao interesse social, e aos direitos fundamentais, face os meios de comunicação, inconscientemente ou propositalmente, formarem opinião pública, claro que oportunizando ao cidadão informar-se e tirar suas próprias conclusões, garantindo o pluralismo de opiniões e tendências socialmente relevantes para a participação popular no que lhe diz respeito principalmente à Administração Pública.

²⁰¹ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.189.

²⁰² JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 165.

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 138.

Com referência a pessoas públicas, Rosane Heineck Schmitt,²⁰⁴ esclarece que o direito à informação naturalmente torna-se mais amplo, no entanto, isso não significa adentrar à intimidade, a não ser que autorizado pelo próprio envolvido. Além de ferir a privacidade do indivíduo, ainda há de se ater que não interessa à coletividade certas peculiaridades pertencentes à pessoa em sua individualidade, ainda que se refira a uma personalidade pública.

Frize-se que é importante diferenciar acesso a informações de intromissão ilegítima na intimidade ou privacidade alheia, o que significa que vasculhar, de forma a perturbar a vida alheia, indubitavelmente não pode encontrar justificativa na liberdade de informação, devendo-se, portanto, preconizar o interesse público da informação para transmití-la.

De todo modo, resta sabido que não há democracia sem informação, sobretudo, uma informação incorreta, falaciosa ou manipulada, produz muitos danos ao indivíduo e à coletividade, alguns deles irreparáveis.

A opinião pública é formada a partir de informações que são transmitidas entre as pessoas ou através de outros meios de comunicação, sendo que essas informações antes de serem divulgadas não costumam ser questionadas a fim de verificar a sua integridade, simplesmente as pessoas comentam entre si os fatos relatados como se os tivesse presenciado. Esse processo pode cometer injustiças tendo em vista que em todas as ocasiões o que mais tem enfoque são as tragédias, os crimes, as corrupções, enfim todos os aspectos negativos. Nesse liame, Jabur menciona que atualmente a informação representa mais espetáculo que verdade.²⁰⁵

Para tanto, a transmissão de informações carece de fidelidade à realidade, e mais do que isso, a notícia tem por função informar e não persuadir, convencer, ou isentar a reflexão do receptor.

É sabido que a sociedade distingue e julga comportamentos, e em face disso existem pessoas e grupos que manipulam as informações para que resultem na opinião desejada.

Nesse viés, o que é tido por temível é que o clamor público ou até a curiosidade alheia possam resultar na exploração distorcida dos fatos por um mal intencionado indivíduo ou pelo próprio meio de comunicação que busca direcionar o pensamento dos membros da sociedade numa direção pré-determinada.

²⁰⁴ SCHMITT, Rosane Heineck. *Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) et al. *“A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 222-223.

²⁰⁵ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 169.

Sob essa ótica, surge o questionamento, se o emissor da notícia tem o dever de verdade? Cabe a ele, antes de noticiar, averiguar, e se necessário for, investigar a notícia? Seria de fato concretizável esse ideal de somente a verdade ser divulgada, frente à celeridade que urge todo o cenário global?

Diante de tais incertezas, o que é tido por verdadeiro é que a mídia tanto é capaz de construir mentalidades por meio de instrumentos de manipulação social, como também de emanar a transparência tão necessária ao Estado-Administração.²⁰⁶

Estabelecendo o papel da mídia em consonância ao que lhe atribui a liberdade de imprensa,²⁰⁷ como parâmetro instrumentalizador do tensionamento entre visibilidade, no sentido de publicidade, e de resguardo, ocultamento, no sentido de privacidade, é proposta a avaliação do direito-dever inerente aos meios de comunicação informar e ser informado a partir da forma como recebe e transmite as informações.

Partindo do pressuposto que para transmitir, a mídia tem de receber a informação, é constatada aí a primeira questão: ao receber a informação tem a mídia o dever de investigá-la? Adiante, tendo a informação, deve abster-se de noticiá-la versando ela sobre direitos fundamentais? Terceiro questionamento: Não restando comprovado e indiscutível o fato, tendo esse apenas caráter preliminar, pode ser publicizado? Não tendo caráter de utilidade pública²⁰⁸ pode/deve ser noticiado?

Em resposta a esses questionamentos tanto é temível à invasão à privacidade e a restrição a outros direitos constitucionalmente previstos, quanto a instauração da censura²⁰⁹.

²⁰⁶ Sob essa perspectiva refere Castanho de Carvalho que “o século XX afigura-se como o século da Revolução da Informação”. E enfatiza ainda que a informação não é um bem de consumo, embora muitos querem que seja. In: CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 206-207.

²⁰⁷ Rosane Heineck doutrina que a liberdade de imprensa representa uma das modalidades do direito à informação e suscita dúvidas quanto à sua incondicionalidade, já que no que diz respeito à privacidade, se estabelece o confronto entre direitos fundamentais estatuídos no artigo 5º da Constituição Federal. A liberdade de manifestação de pensamento é tão ampla que no artigo 220 da Constituição Federal, ela impede qualquer restrição ao seu exercício, admitindo exceções tão somente na preservação dos direitos elencados no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Além do artigo 221, IV da CF que limita a liberdade de informação para a observância de valores éticos e sociais da pessoa e da família. Para tanto, tem-se não apenas um conflito entre direitos fundamentais e sim um confronto de normas constitucionais. Propõe que a imprensa deveria criar regras balizadoras de atuação, critérios constitucionalmente adequados. In: SCHMITT, Rosane Heineck. *Liberdade de imprensa x Direito à privacidade*. SARLET, Ingo Wolfgang. (org). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 211-212.

²⁰⁸ Julio Cesar Finger traz a esse respeito a denominação “interesses públicos fundamentais” In: FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 99.

²⁰⁹ Nesse sentido Pontes de Miranda alerta: se a invasão à privacidade é ato punível, censurar o que não é ilícito representa um ato criminoso. In: MIRANDA, Pontes de. *Liberdade de Imprensa e Censura*. In: BONAVIDES, Paulo. ET AL. *As tendências atuais do Direito Público: Estudos em homenagem ao professor Alfonso Arinos de Melo Franco*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 186.

O que parece ser mais adequado é a fixação de critérios norteadores para a publicização da informação, para que ela efetivamente comprove a função social que possui. A verdade e a impessoalidade mostram-se hábeis instrumentos de seleção do que deve ou não ser noticiado.

Antonio-Henrique Perez Luño faz alusão aos fenômenos contrários aos anseios do Estado Social como a manipulação da opinião pública, proferidos pelos meios de comunicação.²¹⁰

A liberdade de imprensa consiste na transmissão de dados e fatos, história presente e real, não se trata de nada imaginado, criado ou transformado, ou seja, propaganda ou opinião não são, ou ao menos não deveriam ser, considerados notícia. Realidade e verdade, nesta perspectiva, são pressupostos para o exercício democrático da liberdade de imprensa. Sendo assim, a perda de credibilidade na imprensa fere a Democracia e por conseguinte o Estado Democrático de Direito, além de inviabilizar a transparência da Administração Pública.

Neste rumo, há de se ater que, mesmo não criando notícia, como refere Glassner,²¹¹ se os meios de comunicação de massa apenas a direcionarem a determinado grupo social, a informação já estará contaminada.

Sob essa ótica é possível constatar que não apenas a inveracidade das informações transmitidas bem como a distorção e simulação estratégica de fatos, ocasionam drásticas conseqüências, e não somente ao indivíduo alvo das acusações, bem como à sociedade como um todo, já que se torna massa de manobra aos anseios ilícitos, discricionários e interesseiros de uma minoria. Álvaro Filipe Oxley da Rocha em acréscimo, destaca que a mídia, preocupada em atingir bons índices de audiência aliada à urgência que isso implica, despreocupa-se com a integridade e o interesse social no conteúdo das informações noticiadas.²¹²

Em contrapartida, a mídia deve ser apreciada no que diz respeito à veiculação de informações autênticas e relevantes à coletividade, já que em diversos casos, as informações de utilidade pública sendo noticiadas em meios de comunicação evitam catástrofes, previnem acidentes e alertam o cidadão a corrupções de seus representantes, bem como, por vezes,

²¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 229

²¹¹ GLASSNER, Barry. *A cultura do medo*. São Paulo: Francis, 2003.

²¹² ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Os campos sociais e as dinâmicas jurídica, política e midiática. STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luiz Bolzan. (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2008 n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 236.

conscientizam a população à prática de determinadas ações humanitárias, ambientais, e outras assistencialistas ou sociais.

Destarte, como já observado, a imprensa poderia trazer contribuições para a consolidação da democracia na medida em que atuasse com responsabilidade, observando fielmente princípios constitucionais e direitos fundamentais, divulgando informações impessoais e verdadeiras. Agindo sob esses critérios, os meios de comunicação em geral, auxiliariam na fiscalização dos setores público e privado, denunciando irregularidades e oferecendo oportunidade para defesa. Contudo, não é o que cotidianamente se constata.²¹³

Em uma sociedade democrática, nenhum segmento do poder estatal, muito menos a Administração Pública, pode crescer na escuridão, as decisões e execuções não podem ser secretas, têm de ser notórias resultando em um Estado e Administração visíveis que representam a essência do Estado Democrático de Direito. Em alcançado a máxima eficiência do direito à informação transmitida por meios dotados de responsabilidade social, esse desejo materializa-se.

Como visto, assim como a verdade, a informação também pode se transformar em instrumento de poder, face à credibilidade que lhe é inerente e a crença de verdade que emana.²¹⁴ Também é observado o poder inculcado na informação à medida que representa

²¹³ Nesse sentido, observe-se o seguinte julgado: EMENTA: Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral. Publicação de matéria jornalística com nome e fotografia do autor. Vinculação à quadrilha de assaltantes de bancos. Inocência. Abuso do direito de informação e liberdade de imprensa. Fixação de indenização por dano moral. O dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano. Apelo provido (Apelação Cível Nº 70035305937, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 13/05/2010). Segue fragmentos do voto do ilustre relator Des. Ney Wiedemann Neto do acórdão: “Sem sombra de dúvida, não desconheço que a Constituição Federal, em seus artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e 220, assegura a liberdade de expressão e de imprensa. Entretanto, tal liberdade não é absoluta, possuindo limites do próprio sistema constitucional no qual está inserida, de forma a resguardar-se o direito à integridade da honra e à imagem dos cidadãos. [...] A liberdade de imprensa é um valor de nossa sociedade, e deve ser respeitada e preservada, devendo essa liberdade ser exercida pelos órgãos de imprensa com a correlata responsabilidade, sem abusos ou excessos. Quando esses ocorreram, a resposta não é acabar com a liberdade de imprensa, mas impor ao infrator o pagamento de uma indenização para de forma pecuniária tentar recompor ao ofendido os prejuízos que a sua irresponsabilidade causou. [...] Aliás, a ré deveria mesmo, além de pagar indenização, publicar uma matéria de reparação, com relação ao autor, explicando à sociedade gaúcha que, apesar da reportagem do dia 11 de agosto de 2006, ele era inocente, etc.[...]”. Ainda, no mesmo sentido, podemos observar os seguintes julgados: (Apelação Cível Nº 70029572492, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 30/09/2009). (Apelação Cível Nº 70021416714, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 30/10/2008). BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70035305937. Apelante: Lidomar Risson. Apelado: Editora Século Novo Ltda. Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 08 de Junho de 2010. Disponível em < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> > Acesso em 18 de Agosto de 2010 às 10:59:01.

²¹⁴ “A verdade é fria, a crença na verdade é poderosa”. In: NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Fernando de Moraes Barros (Org. e Trad.) São Paulo: Hedra, 2007. p. 92.

abertura de conhecimento, dito isso, a liberdade de acesso à informação retrata a participação no poder.²¹⁵ Essa necessidade à informação é inata do indivíduo.

Os veículos de informação e seus avanços prodigiosos tanto podem ampliar a democracia expandindo a informação, como podem exterminá-la. Observe-se a metodologia de manipulação, de alienação das massas, prática por vezes utilizada no Brasil, que acarreta no direcionamento para uma corrente de pensamento que altera o conteúdo da informação, cunhado em interesses egoístas, que acabam colocando por terra um Estado que se denomina Democrático de Direito e uma Administração que se designa Pública.

Assim, ao se transmitir informações relevantes, impessoais e verdadeiras, preserva-se a consciência social e estimula-se a participação social, ocorrendo o inverso, inunda-se a vida dos indivíduos de informações incontroláveis, controversas e incoerentes, instaura-se o caos, o descrédito no Estado, a revolta e as injustiças.

Embora não se possa negar que a imprensa traga benefícios, há de se buscar novos modos de visibilidade do poder calcados na verdade. Ainda, deve-se preconizar o equilíbrio entre o progresso tecnológico que vem atingindo os meios de comunicação e o respeito aos direitos fundamentais.

Destarte, debatido a cerca da integridade e impessoalidade da informação, neste momento, coloca-se como primordial precisar o que pode e deve ser conhecido e o que deve ser ocultado. Nos dizeres de Dotti, “o que o público tem direito a conhecer e o que um homem tem direito a conservar para si mesmo.”²¹⁶

Ao passo que a informação deve ser relevante socialmente, deve ser inadmissível a miséria informativa, a notícia-mercadoria que somente satisfaz a curiosidade e a futilidade e que por vezes encobre o deveras essencial como a visibilidade democrática.²¹⁷ Torna-se ainda intolerável que o campo da comunicação controle a esfera da visibilidade pública, decidindo o que deve ou não ser publicizado, interferindo no conteúdo da notícia. Nesse aporte, Jabur enfatiza que: “A preocupação em conter os avanços ilegítimos dos órgãos da imprensa é tão importante quanto resguardar a própria liberdade de imprensa”²¹⁸.

Ainda, em vista do fiel cumprimento ao disposto constitucionalmente quanto ao direito/dever informar/ser informado, deve-se ter cautela quanto ao secreto, que também pode

²¹⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p.158-159.

²¹⁶ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 174.

²¹⁷ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 194.

²¹⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 188.

ser utilizado como instrumento de manipulação. Por isso, o sigilo, quando resguardado, deve representar necessidade e não estratégia.

Percebe-se que os critérios de verdade e impessoalidade satisfazem esses anseios por uma informação socialmente relevante, já que atuam como filtros da informação de interesse público, pois, em sendo a notícia verdadeira e impessoal não ferirá o direito à privacidade que se cunha em dados que digam respeito à personalidade do indivíduo, e desvinculada de vícios que distorcem a realidade, noticiando apenas o verdadeiro somente se irá instrumentalizar o direito/dever informar e ser informado.

Por todo o exposto vislumbra-se que, embora se preconize a liberdade de informar e ser informado, se inexistirem critérios limitadores à atividade midiática, o instrumento de transparência e verdade, como é tida, nada mais será do que mero instrumento banalizador do direito à privacidade e transmissão de inveracidades, obedecendo puramente a interesses de uma minoria ou do próprio administrador público em detrimento do povo.

2.3. EM BUSCA DA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Face às complexidades até então contempladas no presente estudo, evidencia-se a necessidade do encontro de uma resposta que tenha recepção constitucional para solucionar as aparentes tensões que na faticidade se formam entre os próprios direitos fundamentais e/ou entre princípios constitucionalmente previstos.

Viável alternativa é a fixação de critérios constitucionais para a aplicação de direitos e de princípios de forma a evitar a colisão promovendo inclusive a complementaridade entre os mesmos.

Posto isso, o estabelecimento de critérios norteadores à resolução de conflitos só se faz eficaz através de uma reflexão hermenêutica²¹⁹ que abre caminhos para se alcançar uma solução constitucionalmente adequada.

²¹⁹ Peter Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta devendo o processo constitucional tornar-se parte do direito de participação democrática. Consoante Häberle, “A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato”. Nesse viés “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”. In: HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 09-10, 40 e 48.

Essa resposta constitucionalmente adequada também é a que deve contemplar a tensão entre visibilidade e ocultamento, publicidade e privacidade, e inclusive o caso pautado pela ADPF 144.

Para tanto, o resgate ao caso concreto torna-se condição de possibilidade, sendo necessário, para tanto, recuperar, nas palavras de Stein, o “verdadeiro ambiente”,²²⁰ haja vista o mundo prático ter sido “seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemometodológicas”.²²¹

Resgatando o “verdadeiro ambiente”, consoante denominação de Stein, promove-se o encontro da verdade e da realidade. Nesse viés, Gadamer, como já mencionado, refere que “verdade é desocultação” à medida que o “discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação”, e exatamente por isso que a hermenêutica filosófica ao buscar a resposta correta, tem a pretensão de encontrar a verdade, a realidade.²²²

Para Konrad Hesse a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, sendo a interpretação adequada àquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.²²³

Na incessante busca por respostas constitucionalmente adequadas Lenio Luiz Streck propõe uma “nova crítica do Direito”, também por ele denominada de “crítica hermenêutica do Direito”, a partir da fenomenologia hermenêutica, que abarca a hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer.²²⁴

²²⁰ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p. 10.

²²¹ Lenio explica que “No fundo, com isso, busca-se “aprisionar” a realidade por intermédio de nossa rede de sentidos; e isso é filosofia da consciência”. (...) Discursos de justificação/fundamentação prévia procuram ultrapassar a decisão de origem, para atingir todas as “situações semelhantes futuras”. (...) É neste ponto que se dá o embate entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias discursivas”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, 2008. p. 5, 10-11.

²²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. tradução de Ênio Paulo Giachini. p. 59-60. Ver nota 127.

²²³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008. p. xix e 12. Streck justifica a necessidade da elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional já que ainda estão presas à dicotomia “sujeito-objeto”, tendo ainda a linguagem, no campo jurídico brasileiro, um caráter secundário: “Daí a necessidade da elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional – ainda (fortemente) assentada no *paradigma objetificante da filosofia da consciência* – através dos aportes aproximativos da semiótica (teoria geral da significação) e da hermenêutica filosófica, *com ênfase na segunda*, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim horizonte aberto e estruturado e a

A partir dessa nova crítica do Direito, balizada na fenomenologia hermenêutica, torna-se possível o encontro de respostas que promovam a efetividade do constitucionalmente previsto à medida que resgata o caso concreto onde o modo prático de ser no mundo define a compreensão,²²⁵ especialmente em se tratando da realidade brasileira, amplamente contextualizada por Streck.

Muito embora se pense que o próprio texto constitucional sugira o confronto entre direitos, deve-se ter em mente que a Constituição Federal preocupa-se com o social, com o indivíduo, ou seja, com o todo, contudo tensões e conflitos são elementares quando se está disposto a uma sociedade composta por indivíduos e seus distintos interesses.

Sobretudo, para que realmente seja possível a satisfação de todo o rol de direitos constitucionalmente previstos há de se abandonar a pessoalidade e a subjetividade das relações, principalmente no que diz respeito à Administração Pública,²²⁶ e a hermenêutica combate exatamente esse individualismo exacerbado que resulta em cegueira²²⁷, na medida em que se esquece a sociedade, o social, e se preconiza somente o indivíduo e sua individualidade cunhada em interesses privados e egoístas, o que resulta em interpretações subjetivas do próprio texto constitucional.²²⁸

Como é sabido, a vida em sociedade por vezes sacrifica a vida individual de seus integrantes, a participação da vida em comum exige o respeito a determinadas delimitações, essas exigências impostas devem, por vezes, ser toleradas também quando advém da Administração Pública, como ente representativo da coletividade, de modo a tornar a

interpretação faz surgir o sentido". Por tudo isso baliza sua doutrina na hermenêutica filosófica referenciando-a como herdeira da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008. p. 18-19 e 403. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o "problema da discricionariedade dos juízes"*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010. p. 23.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008. p. 12 e 413.

²²⁶ Arruda e Gonçalves asseveram que: "Hermenêutica e ética são termos recorrentes a interpelar os operadores do direito na tarefa de construção de alternativas jurídicas para a democracia". In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. E GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: Alternativas para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 321.

²²⁷ "cegueira ideológica" denominação adotada por Saramago para explicar os paradigmas que ainda perpetuam e devem ser superados através da opção pela lucidez. In: SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001; e SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²²⁸ Consoante Dumont, "A nação é precisamente o tipo de sociedade global correspondente ao reino do individualismo como valor". DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993. p. 21.

convivência harmônica onde os direitos não se destruam e o social se concretize superando as dicotomias que aparentemente existam.²²⁹

Desta monta, reitera-se que o aparelhamento estatal não pode ser reduzido a um mecanismo de garantia do indivíduo isoladamente.²³⁰

A tensão entre publicidade e privacidade traz esse embate entre o individual e o coletivo: ao passo que a publicidade exige a visibilidade, a privacidade preconiza o resguardo, o ocultamento de informações tidas por privadas.

Nesse diapasão, torna-se crucial o encontro do que verdadeiramente é de interesse público²³¹, já que, em havendo esse interesse a informação deveria ser publicizada, contudo em sendo desprovida de interesse público não deveria ser transmitida, preservando assim a privacidade do indivíduo e os fatos que unicamente a ele dizem respeito.

Posto isso, o que se torna deveras delicado é determinar quando a informação possui interesse público frente à subjetividade que permeia as relações e que paira sobre essa definição.

Nesse âmbito, um dos critérios, constitucionalmente adequados, a se estabelecer quando do confronto entre privacidade e publicidade, seria a impessoalidade²³² para a publicização, haja vista que isentando a subjetividade da notícia antes de sua divulgação, assegura-se que a informação deveras possui interesse público, do contrário, se dotada de pessoalidade, somente seria interessante ao indivíduo ou à satisfação da curiosidade alheia, por isso desnecessária e inviável a sua publicização.

Sob esse vértice é imprescindível também se elencar a verdade como condicionante à publicização da informação, visto que em se noticiando dado ou fato falacioso ou mentiroso além de ferir o indivíduo prejudica-se toda a coletividade.

²²⁹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidade e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 181. Por sua vez, Jabur prevê que a regra é o respeito à privacidade do indivíduo, “salvo quando esse direito constituir obstáculo à informação de interesse público”. In: JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 180.

²³⁰ A esse respeito: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Editora Globo, 1998. p. 734. Retratando, ainda, como a força da autoridade centralizadora dos governantes do Brasil contribuíram para a formação social do país. Essa maneira de governar aliada às grande distâncias, ao isolamento das propriedades rurais, aos recursos produzidos pela posse da terra e pelas plantações de açúcar levou ao fortalecimento de poder local e ao enfraquecimento da autonomia do país. Deste modo, a autoridade política passou a ser exercida em causa própria por um grupo social cuja intenção era exclusivamente dominar a máquina política e administrativa do país.

²³¹ A respeito de interesse público ver notas 4, 76, 97 e 117.

²³² Juarez Freitas traz o princípio da imparcialidade como sinônimo de impessoalidade, “derivado do princípio geral da igualdade, que veda discriminações negativas e determinação redução das desigualdades injustas”. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 155.

No tocante a essa discussão permeia o conceito de visibilidade e transparência em vista da coletividade, do interesse público, uma vez que a obscuridade do poder é inadmissível em qualquer povo civilizado, no entanto, ao se restringir ou limitar direitos ou princípios, como o caso da privacidade, se estaria retrocedendo a um Estado não-democrático. Percebe-se, então, que princípios ou direitos ilimitados, sejam eles quais forem, sugerem arbitrariedade.

A tensão proposta denota duas situações diversas: a tutela da privacidade e a coexistência com o interesse social à informação, ou seja, a imprescindibilidade da transparência advinda por meio da publicidade, de uma parte, e, de outra, o interesse individual à conservação de uma esfera a mais ampla possível de reserva sobre fatos da própria vida privada, pessoal.

O fato é que, nenhum direito tem o caráter de supremo, não existem direitos ilimitados.²³³ Sobretudo, assevera Ingo Wolfgang Sarlet, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera da disponibilidade dos poderes públicos,²³⁴ mas assegurá-los é seu dever.

Em verdade, o que se torna deveras indiscutível é que o significado de direitos fundamentais, nesse viés, não representa o direito de usar a vida privada de uma pessoa como matéria de domínio público, trata-se, pois, de coexistência entre publicidade e privacidade, conforme determinação constitucional que prevê proteção a ambos.

Sobretudo, por vezes a privacidade se confunde com individualismo,²³⁵ e se torna empecilho à transparência. Para tanto, imprescindível se faz a análise quanto ao que deveras representa direito à privacidade e o que se classifica por interesse coletivo.

²³³ Nesse sentido DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidade e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 175.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 327.

²³⁵ Nesse sentido, Eros Roberto Grau: “O *individualismo possessivo* que toma conta de nós permite visualizarmos exclusivamente o que pertence a cada um e os bens que são ditos *públicos* assim são chamados porque *arrebataados pelo Estado, este inimigo de cada um*, concebido como instituição rigorosamente separada da sociedade”. GRAU, Eros Roberto. O Estado, a liberdade e o direito administrativo. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 21, p. 164, jul./ 2002. A respeito do individualismo, convém citar alguns estudiosos e seus entendimentos nem sempre convergentes. A dicotomia sociedade *versus* indivíduo mostra-se uma realidade inegável embora se preconize a idéia, como o faz Lenio Luiz Streck, de que o “paradigma liberal-individualista-normativista” esteja esgotado. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 17. Bauman afirma que “a apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna”. Nesse viés, tem-se a modernidade como a era em que a vida social passa a ter como centro a idéia da existência do indivíduo e do individualismo, demarcados por uma crescente autonomia em relação à vida comunitária e social. In: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 39. Charles Taylor analisando historicamente a formação do self ocidental, mais precisamente do contexto europeu, explica que, na modernidade, a “individualidade e o bem”, ou a “identidade e a moralidade” são “entrelaçados”, isso porque o individualismo sugere que somente é moral o que ele julga como sendo moral, ou, somente é bom algo que ele próprio considera ser bom. Ainda, o mesmo autor, conceitua agente humano, no Ocidente moderno,

Quando no caso concreto se estabelecem aparentes tensões²³⁶ entre direitos fundamentais e/ou entre princípios constitucionais têm-se questões reclamantes de uma análise fática, onde as respostas²³⁷ a essas questões naturalmente devem advir do disposto constitucionalmente, que é o texto que instituiu e protege esses mesmos dispositivos.

priorizando os “sentidos de interioridade, liberdade, individualidade e de estar mergulhado na natureza”, traços que se encaixam perfeitamente com o individualismo presente na contemporaneidade. In: TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self. A construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 15. Thomas Hobbes retrata que originariamente os indivíduos viviam de forma isolada e em luta permanente, somente pactuando com a sociedade em busca de perpetuar em seu movimento, o que de fato comprova as raízes resistentes do individualismo, que por vezes mostra-se atomista. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Norbert Elias, por sua vez, discorda da caracterização do indivíduo enquanto unidade singular, distinto da sociedade, afirma que além de não se caracterizarem como opostos, nem a sociedade nem o indivíduo existem sem o outro. Um não pode existir sem o outro, nem um se pertence, coexistem ambos. Sem indivíduo não há sociedade, sem sociedade não há indivíduo. Assevera que “É incomum falar-se em uma sociedade dos indivíduos. Mas talvez isso seja muito útil para nos emanciparmos do uso mais antigo e familiar que, muitas vezes, leva os dois termos a parecerem simples opostos”. In: ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 7-8, 26-33 e 63.

²³⁶ Das lições de Dotti compreende-se que o confronto entre princípios e direitos, ou entre racionalidades e interesses de grande monta, é algo perfeitamente natural perante à luta pela existência, asseverando que “A importância de limitar as esferas de reação das liberdades resulta da necessidade de torná-las coexistentes a fim de que possam ser exercidas simultaneamente”. In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 184 e 189.

²³⁷ Numerosos são os estudiosos em busca de soluções e respostas que contemplem a complexidade da atualidade, muitas delas decorrentes da globalização. Cittadino idealiza a promulgação da Constituição Cidadã, pois em sua visão, é a expressão definitiva deste *movimento de retorno ao direito*. Trata-se de pretensão de *reencantar* o mundo. “Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos e do papel do judiciário” pretendendo se resgatar a *força do direito*. Os encarregados disto são os Constitucionalistas “comunitários”. A estudiosa propõe ainda que a realização dos valores constitucionais depende de uma comunidade de intérpretes e mecanismos processuais, de uma hermenêutica constitucional que ultrapasse o formalismo positivista. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. 14, 63-64. Para Peter Haberle deve-se formular o conceito de “constituição aberta”, defendendo o círculo de intérpretes, pela via do processo aberto e público (democracia). “*Dos cidadãos aos partidos políticos, passando por sindicatos e órgãos estatais, todos tomam parte do processo de interpretação da constituição. Sem a participação de todas as forças da comunidade política, não há como concretizar a constituição*”. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. 30-31. Na visão de Otfried Hoffe, as complexidades de hoje tem proporções globais, “novos atores ganham poder e influência no cenário mundial”, “regras coletivas e poderes públicos substituem a arbitrariedade e o poder provado”, sendo necessário que poderes públicos sejam instituídos e organizados democraticamente. Nessas condições, a opinião pública, que representaria o desapego ao individualismo em prol de um bem comum a toda a coletividade, é o cerne da discussão, já que ela representa muito mais do que um simples “canal de indignação, mas para que a opinião pública possa exercer a sua primordial função fiscalizadora e crítica, necessita de uma política visível, efetivamente pública, onde os cidadãos tenham direito à voz e voto. E ainda, afirma Hoffe, em uma Democracia Representativa, todos, administradores e Estado em geral, devem responder à opinião pública constantemente e não somente em épocas eleitorais. Otfried Höffe expressando preocupação global propõe uma República Mundial, ou um Estado mundial: Quem deve assumir as competências referentes ao direito de autodeterminação dos povos, a um eventual direito de secessão e às violações maciças de direitos humanos que exigem uma intervenção humanitária? Será que se trata de assuntos de alçada inteiramente interna de cada Estado, a ponto de a República Mundial não pode interferir, ou seriam apenas assuntos relativamente internos ou talvez até mesmo apenas supostamente internos, de forma que a República Mundial poderia assumir a Responsabilidade? In: HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XVIII-XIX , 6, 20, 376, 445.

Nesse sentido, com recurso à hermenêutica e à nova crítica do Direito, proposta por Streck, se vislumbra que a compreensão/interpretação não pode ser vista como um procedimento em que o intérprete escolhe qual a melhor resposta, assim como ele também não pode dizer qual caso é simples e qual caso é difícil, em vista do banimento à subjetividade inculcado nessa classificação.²³⁸

Com efeito, o relevante se torna, em casos onde há divergência, o combate à discricionariedade, visto que o intérprete não deve decidir conforme o seu entendimento, mas sim conforme o ordenamento constitucional. Assim assevera Freitas: “[...] quanto mais se estiver preocupado com os propósitos ativos da Constituição, menor será o risco de subjetivismo excessivo dos intérpretes [...]”.²³⁹

A respeito da discricionariedade Streck²⁴⁰ vai referi-la como ausência de “controle” na interpretação e nas decisões judiciais, resultante em decisionismos, onde os intérpretes e especialmente os julgadores determinam qual a solução adequada a cada caso, e incorrendo por vezes em individualismo e subjetivismo, ou seja, julgando conforme os *seus*

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008. p. 12. A cerca da eficácia da crítica hermenêutica do direito assevera Lenio: “Embora o avanço e a importância das teorias do discurso para o enfrentamento das demandas de um universo de direito pós-positivista, em que a jurisdição assume especial relevância, pela necessidade de controlar a indeterminabilidade das normas que não conseguem – por impossibilidade filosófica – abarcar as diversas hipóteses de aplicação, a hermenêutica filosófica, adaptada ao que venho denominando de Crítica Hermenêutica do Direito, pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade (e, portanto, da discricionariedade) do juiz. Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar os direitos fundamentais-sociais que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010. p. 11-12.

²³⁹ Nesse sentido acrescenta Juarez: “[...] o poder-dever administrativo só faz sentido se se revelar prestimoso à promoção concreta da gestão saudável e finalisticamente orientada pela Constituição[...]”. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 33-34. Ainda, o mesmo autor a respeito da discricionariedade que pode vir a se tornar arbitrariedade refere que: “De fato, o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão)”. In: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 62.

²⁴⁰ Streck elenca como conseqüências da discricionariedade interpretativa o decisionismo e a arbitrariedade. Ainda, a respeito da discricionariedade, vinculando-o ao sujeito solipsista, Lenio se manifesta da seguinte forma: “Ora, o modelo formal-burguês (liberal-individualista e tudo o que dele decorreu) foi concebido a partir e pelo sujeito solipsista. É por tais razões que a derrocada do modelo de direito e de Estado demanda um “novo” sujeito, mas um sujeito que já não possa “dominar” os sentidos, como se fossem “propriedade sua”, enfim, como se os sentidos fossem produtos de sua consciência individual. Dito de outro modo, é indispensável compreender que o novo paradigma neoconstitucionalista (pós-positivista) exige uma construção intersubjetiva de sentidos”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010, 17:48:02. p. 03, 08, 10 e 29.

entendimentos, transmitem decisões arbitrárias, haja vista que a decisão deve-se pautar unicamente na Constituição.²⁴¹

A discricionariedade se dá através da liberdade interpretativa, consoante Streck, “onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto)”.²⁴²

Nessa perspectiva, observam-se alguns doutrinadores que propõem diferentes formas²⁴³ de interpretação como teorias procedimentalistas,²⁴⁴ o uso de ponderação,²⁴⁵ dedução,²⁴⁶ proporcionalidade,²⁴⁷ enfim, que se utilizam de diversas técnicas e métodos para a

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010 17:48:02. p. 09-10.

²⁴² Streck explica que “Esse ‘ir-além-do-texto’, enfim, essa discricionariedade que se transforma em arbitrariedade, tem lugar a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico, tais como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, relegam os textos jurídicos a um plano secundário, sob o pretexto de que ‘cabe ao intérprete a descoberta dos valores escondidos embaixo do texto’”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010 17:48:02. p. 09-10.

²⁴³ Tribe e Dorf fazem alusão a outra forma de interpretação e/ou aplicação da Constituição, exemplificando a perspectiva adotada por Dworkin, que segundo os estudiosos consistiria em extrair o “melhor” do texto, devendo captar a visão mais ampla possível, no entanto essa perspectiva tão aberta traz complexidades, já que afirmam eles “a linha entre o que se pensa que a Constituição diz e aquilo que se gostaria que ela dissesse, torna-se tão tênue que é extraordinariamente difícil mantê-la”. E explicam que essa forma de compreensão incorre em erro visto que a ambigüidade do texto da Constituição, indeterminações históricas, e a própria linguagem que por vezes expressa uma leitura diversa da pretendida. In: TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 30. Trazendo a perspectiva de Dworkin, observa-se que em sua obra “O Império do Direito” que traz a idéia de que “somos súditos do império do direito”, sintetiza seu entendimento ao afirmar que “o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”. In: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XI.

²⁴⁴ Lenio se pronuncia a cerca da insuficiência das teorias procedimentalistas, do paradigma representacional-metodológico e das teorias argumentativo- discursiva: “Em outras palavras, é a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico”. (p. 14) [...] “Nesse sentido, a tese da resposta constitucionalmente adequada (ou a resposta correta para o caso concreto) pressupõe uma sustentação argumentativa. A diferença entre hermenêutica e a teoria argumentativo-discursiva é que àquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010. p. 26.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentacion jurídica*. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1989.

²⁴⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 267.

²⁴⁶ McCormick propõe em sua obra que os casos distinguem-se em fáceis e difíceis, easy e hard cases, para os casos fáceis julga-se conforme a dedução, subsunção, pura e simplesmente, sendo que, somente os difíceis pressupõem análise. Tese repleta de críticas, haja vista que, a pura e simples distinção entre easy e hard cases revela por si só a discricionariedade intrínseca nesse método interpretativo. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

resolução de litígios, todavia consistem em práticas que incorrem na atribuição de discricionariedade ao julgador, embora algumas delas pretendessem limitá-la.²⁴⁸

A respeito de teorias que fazem uso de métodos, é imprescindível referir Gadamer que vai se expressar exatamente contra o “método”²⁴⁹ em sua obra “Verdade e método”, haja vista que, o que deve ser trabalhado é o mundo prático de ser no mundo, a existência concreta, pois são esses que determinam a compreensão.²⁵⁰ Nesse sentido, Lenio afirma que não é contra teorias procedimentais, discursivas ou argumentativas, que possuem recepção no campo da operacionalidade do direito, todavia “o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento”, o que confere muitas objeções a essas teorias e procedimentos.²⁵¹

Lenio, a respeito dessas múltiplas formas e procedimentos de interpretação, vai dizer que acabam incorrendo no que exatamente criticam:

[...] a pretexto de superar as diversas formas assumidas pelo positivismo jurídico e buscando resolver os problemas da impossibilidade de antevisão de todas as hipóteses de aplicação próprias de um direito que assumia um caráter inexoravelmente hermenêutico, apostaram na construção de discursos (prévios) de justificação/fundamentação (*Begründungsdiskurs*), com o que acabaram por incorrer na própria problemática que pretendiam criticar no positivismo [...]²⁵²

²⁴⁷ SCHMITT, Rosane Heineck. SARLET, *Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) et al. *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 217-218.

²⁴⁸ Streck refere que a teoria da argumentação faz uso da subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), diferentemente da hermenêutica: “Eis aqui a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre hard cases e easy cases”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 182. Por outro lado, incorrendo em discricionariedade, observa-se a perspectiva de Ronald Dworkin ao definir o Direito: “O Direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito”. “Portanto, minha descrição abstrata do objetivo mais geral da interpretação pode muito bem reforçar, para muitos leitores, a tese cética de que é um erro filosófico supor que as interpretações podem ser certas ou erradas, verdadeiras ou falsas”. In: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 96 e 488.

²⁴⁹ Gadamer refere a filosofia hermenêutica como uma negação da racionalidade metodológica. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. tradução de Ênio Paulo Giachini. p. 564.

²⁵⁰ Gadamer explica a necessidade da “arte de compreender e de tornar compreensível”. Assevera ainda que “Quando comecei a elaborar uma hermenêutica filosófica, sua própria pré-história exigia que se tomasse as ciências ‘da compreensão’ como ponto de partida”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. tradução de Ênio Paulo Giachini. p. 563 e 564.

²⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008. p. 12 e 15.

²⁵² A respeito das inúmeras teorias e procedimentos existentes que tentam apresentar respostas corretas, profere Lenio: “É difícil caracterizar as teses decisionistas (discricionárias). Aqui parece adequada – e essa posição é aqui adotada – a noção “forte” de discricionariedade cunhada por Dworkin (*Taking Rights Seriously*).

Observe-se aqui, a reflexão de Canotilho²⁵³ a cerca da decisão adequada quando, em seu ver, ocorre colisão entre direitos fundamentais, avaliando, como critério mais indicado para a solução do conflito a “*prevalência aos direitos fundamentais menos limitados*”, estabelecendo ainda como uma das viáveis alternativas a ponderação²⁵⁴ de valores.

Todavia, sob o viés da ponderação, baseada na busca por equilíbrio na preservação de ambas cearas conflitantes, há de se combater a discricionariedade que se faz presente na medida em que o julgador “determina” o consenso entre as esferas colidentes, de modo, por vezes, a modificar a própria essência dos direitos em colisão.²⁵⁵

Massachusetts: Harvard University Press, 1978), para criticar as posturas positivistas. De qualquer modo, assim como é difícil fazer um quadro acerca de (todas) as modalidades de positivismo, também é complexo delinear as posturas decisionistas, que vão desde o normativismo kelseniano, que atribui ao juiz, nos casos difíceis, um poder absoluto, até as tese da escola de direito livre e do realismo norte-americano, passando por Herbert Hart (*The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997) alvo principal das críticas de Dworkin. A partir de tais autores e posturas, forjou-se um enorme contingente de concepções que têm no esquema sujeito-objeto o seu suporte epistemológico (embora isso não seja confessado por um considerável número de posturas que pretendem criticar o positivismo jurídico)”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010 17:48:02. p. 03 e 06.

²⁵³ Canotilho explica que as colisões entre direitos fundamentais ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular evita ou dificulta o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, considerando, portanto, existir um autêntico confronto entre direitos fundamentais quando o exercício de direitos fundamentais colide entre titulares. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed, Coimbra: Almedina, 2001. p. 12-27. Também sobre o assunto FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

²⁵⁴ Robert Alexy que doutrina a cerca da ponderação de princípios, classifica colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Em sentido estrito, a colisão entre direitos fundamentais atua quando o exercício de um direito fundamental de um titular projeta efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, coincidentes ou díspares. De outra monta, a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo estabelece-se quando estão em conflito direitos individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos. Ocorre então a colisão quando ocasionalmente algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, momento em que um dos princípios deve recuar. Em determinada circunstância, um princípio cede a outro, em outra situação, a questão da prevalência resolve-se de forma contrária. As circunstâncias de prevalência podem variar nos casos concretos. O autor alemão expõe a lei de colisão: “*La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.*” (ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*, RJ, 217, P. 86-92, Julho-Setembro, 1999. p. 86, 91-92). Determinando como adequada a utilização da ponderação, Alexy discorre que as melhores soluções surgem quando se põe opiniões divergentes em dialeticidade, tendo como ponto de partida um consenso acerca da possibilidade de se chegar a uma concordância. A concordância pressupõe a preservação do princípio confrontado, sem o detrimento de um em relação ao outro. A relação de coordenação estabelecida entre os valores dos princípios impedem o aniquilamento de um defronte a outro. Nesse viés, a ponderação dos princípios se dá sem a exclusão daquele que não prevaleceu. Os juízes e os tribunais são os encarregados de estabelecer em cada caso concreto o desejado equilíbrio entre privacidade e publicidade, como no caso em pauta. Constata-se então a presença da discricionariedade na medida em que atribui ao juiz a tarefa de estabelecer, ponderar, para o alcance do equilíbrio do ordenamento. In: ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. *Revista de Direito Administrativo*, RJ, 217, P. 67-69, Julho-Setembro, 1999. p. 67-69.

²⁵⁵ Streck discordando da ponderação profere que: “Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização

Diferentemente, a fenomenologia hermenêutica propõe a idéia de que “entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão”,²⁵⁶ contrariamente a outras teorias como as argumentativas, que possuem um cunho axiológico, já que deixam margem ao intérprete para decidir subjetivamente.

Além da discricionariedade, a repugnância a conceitos universalizantes também é constatada, Laurence Tribe e Michael Dorf afirmam que “Grande parte das pessoas já perdeu a fé nas idéias de eterno, universal e verdade inquestionável. Mas de alguma forma, na sua maneira comum de viver, ainda conseguem distinguir entre o que parece um argumento bom e o que parece sofisma”.²⁵⁷ E asseveram que “é importante apresentar argumentos significativos em um mundo bombardeado com verdades de última hora”.²⁵⁸

Já não são mais cabíveis mitos de verdade desprovidos de qualquer questionamento, premissas calcadas em subjetivismos que desencadeiam confrontos entre interesses, a pluralidade e a complexidade inerentes à sociedade contemporânea necessitam de objetividade, impessoalidade e verdade que predominem em todas as relações e principalmente na resolução de conflitos.

Para tanto, se torna imprescindível a existência de argumentos constitucionais, sendo inestimável a busca pelo desvelamento do que a Constituição realmente significa e determina ao caso concreto.²⁵⁹

Nesse sentido, de pretender desvendar o significado da Constituição, Carl Schmitt profere que “Mas onde não se pode mais diferenciar o que é guerra e o que é paz, aí fica mais difícil de dizer o que é neutralidade”.²⁶⁰ Ou seja, diante de um ordenamento em que se

‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ assujeitadora do interprete [...] Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva [...] No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade [...] De forma discordante, entendo que a ponderação vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão). [...] Assim, o ‘remédio’ contra a ponderação é um remédio contra um mecanismo de encobrimento de um raciocínio que se faz incompleto, porque é sobre o equívoco de duas situações que se decidem sobre a ponderação, que, assim, retorna ao método”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 181-182.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2008. p. 407.

²⁵⁷ TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 18.

²⁵⁸ TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 19. Nesse sentido Dotti afirma que “o Homem não consegue mais distinguir entre o divino e o profano, entre a realidade e a ficção, entre o verossímil e o absurdo” In: DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 30.

²⁵⁹ Buscar respostas constitucionalmente adequadas significa, nas palavras de Tribe e Dorf: “focar nossa energia interpretativa nos aspectos concretos da Constituição. Para começar a fazer a distinção entre as formas boas e as formas ruins de criar argumentos sobre o que a Constituição *significa*”. In: TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 19.

²⁶⁰ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis/RJ: Editora Vozes Ltda., 1992, p. 138.

perderam os conceitos básicos essenciais em meio a subjetividades e discricionariedades dos diversos intérpretes, como saber qual a resposta adequada para a resolução dos conflitos? Desta monta, se depreende a urgente necessidade de conhecer, ou resgatar, os significados para que efetivamente se encontre uma resposta constitucionalmente adequada.

A fenomenologia hermenêutica assume esse desafio, propondo a existência de uma resposta constitucionalmente adequada, para tanto, é imprescindível que o Direito, o Estado e a Administração Pública superem a crise de paradigma “liberal-individualista-normativista”²⁶¹ assim denominada por Lenio Luiz Streck, que entende ser possível encontrar respostas corretas²⁶² em direito por meio do caráter anti-relativista da hermenêutica filosófica, onde o texto procura não se desligar da existência concreta e por isso é dotado de fidelidade à realidade e ao texto constitucional.²⁶³

Na expectativa de se alcançar uma solução adequada, Tribe e Dorf proferem que “não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais”, para tanto ensinam que se deve sujeitar todas as decisões e argumentos constitucionais a análises constantes.²⁶⁴ Ou seja, o texto constitucional deve ser interpretado, discutido, analisado a todo o instante, não resultando em um modelo único e perfeito, frente às pluralidades e multiplicidades do momento atual.

O que se evidencia é que a fenomenologia hermenêutica resgata, além da realidade prática, a esperança no ordenamento jurídico e na Administração Pública, demonstrando que há uma resposta correta no sentido de uma resposta constitucionalmente adequada, ou ao

²⁶¹ Lenio afirma que essa crise de paradigma “liberal-individualista-normativista”, institui e é instituída por uma outra crise: crise do paradigma *epistemológico da filosofia da consciência*, que ainda se cunha na dicotomia sujeito-objeto. E não obstante, refere-se a outra mudança de paradigmas que ainda não se deu no sistema jurídico brasileiro: da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18 e 61.

²⁶² Em contrapartida, Dworkin, no que se refere à existência de uma única resposta constitucionalmente adequada, revela que: “Não afirmo que nunca há um caminho certo, apenas caminhos diferentes, para decidir-se um caso difícil”. In: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 491.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 17-19.

²⁶⁴ Aplicar a Constituição não tem um entendimento único nem preciso embora se produzam inúmeras teorias que visam uma consistente teoria constitucional, doutrinam Tribe e Dorf: “não é possível alcançar a definição da última palavra da essência da Constituição; quando isso se torna possível, a Constituição acaba de perder sua relevância perante uma sociedade em constante mudança”. “Finalmente, a experiência norte-americana ensina que a melhor forma de adquirir ‘expertise’ em interpretação constitucional é sujeitar todos os argumentos constitucionais e decisões à constante análise e à crítica contínua, tanto do âmbito dos termos quanto do âmbito das nossas tradições para construí-los”. TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 35-37. Nesse viés, Diogo Moreira afirma que: “A boa hermenêutica, contudo, deve ser doutrinariamente atualizada, para evitar que se interprete o novo com olhos no espelho retrovisor, para usar uma imagem intuitiva”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. São Paulo: Fórum, 2008. p. 25.

menos que, em se discutindo e analisando o caso concreto, desvencilhando-se de pré-conceitos fundados na subjetividade do intérprete/administrador, é possível decidir de forma a evitar decisionismos e abandonar a discricionariedade.

Lenio Luis Streck²⁶⁵ ao longo de sua obra “Verdade e Consenso” trata, entre outros pontos, da impossibilidade da distinção entre fundamentar, compreender e interpretar, ao passo que, ao se fundamentar e interpretar é porque já houve a compreensão, o que à primeira vista parece óbvio, no entanto, a maioria das teorias ainda trabalha a distinção entre os mesmos.

A hermenêutica filosófica ensina que o “texto” já traz em si mesmo um sentido, que é a pré-compreensão.²⁶⁶ E é por isso, pelo fato de não ser possível cindir interpretação e aplicação, que se tem uma garantia de que os sentidos não serão atribuídos de forma arbitrária.

A sociedade, dita pós-moderna, tem se caracterizado, cada vez mais, pela evolução na complexidade de suas relações sociais. Dessa forma, tenciona os processos de tomada de decisões, exigindo um novo paradigma epistemológico, capaz de possibilitar a reestruturação do direito inserido nesse novo contexto social.

O pensamento fundamentado no positivismo lógico já não é suficiente para explicar e fundamentar as relações jurídicas existentes na sociedade moderna. E menos ainda são suficientes teorias e métodos calcados em solipsismos²⁶⁷.

Nesta vertente, constata-se que nos primórdios da dogmática jurídica, embora contemplasse um processo arcaico e aparentemente vazio, os processos de interpretação seguiam uma lógica comum, legisladores e intérpretes possuíam as mesmas visões, conferindo legitimidade à hermenêutica jurídica.²⁶⁸ Realidade distante atualmente frente a tanta subjetividade.

Por certo que, no cenário jurídico atual, e principalmente na sociedade moderna capitalista, para que se encontre uma resposta constitucionalmente adequada, não se trata simplesmente de apresentar um discurso pré-existente desprovido de qualquer análise social,

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, 2008. p. xxi e 9.

²⁶⁶ Ver nota 275.

²⁶⁷ O termo solipsista é frequentemente utilizado por Lenio Luiz Streck para designar um sujeito que faz uso de seu próprio juízo para decidir, ou seja de forma subjetiva ou mais que subjetiva. Disponível em: <http://www.juridicobrasil.com.br/portal/index.php?tipo=7&cod=2&id_entrevista=11>. Acesso em 05.11.2009 às 15:30:10.

²⁶⁸ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 34.

cultural ou histórica, como costumeiramente vêm ocorrendo. Por essas razões é que as demandas judiciais estão cada vez maiores, haja vista que essa talvez seja a única maneira de conferir efetividade à Constituição, sendo que em algumas ocasiões nem dessa forma é concretizada.

Em não se admitindo ordenamentos absolutos e a discricionariedade do intérprete, reflete-se que a Administração Pública também deve evitar tais vícios, para tanto deveria emanar impessoalidade, verdade e transparência, abdicando de decisões e ações subjetivas, duvidosas e ocultas, pois do contrário nunca proferirá uma decisão constitucionalmente adequada.

Laurence Tribe e Michael Dorf trazem a idéia de que a Constituição não é simplesmente o que se quer que ela seja,²⁶⁹ embora reconheçam que as decisões são eivadas de subjetividade, para tanto propõem que “Temos que encontrar princípios de interpretação que possam ancorar a Constituição em uma realidade externa mais segura e determinada. E essa tarefa não é simples.”²⁷⁰

Diante dessa proposição de princípios de interpretação, na ótica de Tribe e Dorf, no que se refere ao tensionamento entre publicidade e privacidade, focado ao longo do texto, seriam constitucionalmente adequados os critérios de verdade e impessoalidade para a publicização, preconizando dessa forma a convivência complementar entre ambas esferas aparentemente colidentes à medida em que somente seria publicizada informação desvinculada de pessoalidade e portanto não invadiria o direito à privacidade. Assim denota-se que os conflitos que são sugeridos no ordenamento o são por conta do individualismo que ainda insiste em retomar as antigas dicotomias, já superadas com a emergência do social, enfim, o que se quer dizer é que a Constituição não prevê confronto entre os seus dispositivos, eles simplesmente decorrem do conflito entre interesses individuais, ainda distantes de se tornarem interesses sociais.

Em referência à discussão pautada pela ADPF 144 do STF, Eros Grau²⁷¹ retrata exatamente o tido por hermeneuticamente adequado, disciplinando que “ninguém está autorizado a ler na Constituição Federal o que lá não está escrito”, a Constituição não pode ser reescrita conforme a necessidade ocasional do intérprete. Grau coloca-se totalmente contra a

²⁶⁹ TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 12. Ainda, no mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Editora Ícone, 1995. p. 41.

²⁷⁰ TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey Ltda., 2007. p. 13.

²⁷¹ Eros Grau, em seu julgamento na ADPF 144 do Supremo Tribunal Federal, ressalta que por mais que não se fale em supremacia do público em relação ao privado, deve-se fielmente observar o princípio da soberania popular e da democracia representativa.

avaliação da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos, uma vez que as condenações que iriam ser veiculadas não estariam transitado em julgado, desrespeitando assim, segundo sua ótica, princípios constitucionais e garantias democráticas, haja vista ferirem o devido processo legal e a presunção de inocência, além de substituir a ética da legalidade por qualquer outra, ou seja, banalizando os princípios.

Posto isso, a fenomenologia hermenêutica torna-se essencial no resgate ao que o texto constitucional determina ao caso concreto, inadmitindo interpretar qualquer significado de qualquer conteúdo, já que pressupõe desvendar o conteúdo integral do texto, não se restringindo tão somente em descompor vocábulos.²⁷²

Nesse aporte, a fragilidade e a insegurança de uma interpretação alicerçada em oscilações entre arbítrio e incertezas é totalmente descabida, não que isso signifique a pressuposição de um Estado absoluto, uma vez que, o Estado moderno não possui tal adjetivo, e caracterizando-se como Estado Democrático de Direito jamais adotará essa denominação de absoluto.

Frente a todas essas questões, o que se revela decisivo, consoante Streck, é:

como transformar a Constituição – e a sua interpretação – em um direito fundamental do cidadão, no sentido de que o resultado dessa interpretação não seja fruto de um sujeito solipsista ou dependente de métodos igualmente elaborados a partir do (velho) paradigma representacional. Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois.²⁷³

Quando se almeja uma solução ou resposta, imediatamente e automaticamente o indivíduo avalia o que mais lhe trará benefícios, no entanto, em se tratando de resposta constitucionalmente adequada deve-se esquecer a pessoalidade e a subjetividade e basear-se tão somente em preceitos constitucionais.

Assim, constata-se que a inobservância ou incompreensão do real conteúdo constitucional torna qualquer direito ou princípio sem sentido. Concomitantemente, a interpretação baseada em determinações abstratas e discricionárias não condiz com a realidade, e muito menos com a verdade. Nesse sentido é inútil optar por um dos pólos ora

²⁷² Assim entende Jabur. In: JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 334. Gilberto ainda discorre que o método de interpretação lógico também carece de eficiência quando apenas empregado em benefício de um preceito de lei isolado, resultando em trabalho inconcluso do intérprete. A interpretação não pode desprezar o sistema. In: JABUR, Gilberto Haddad. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1997. p. 26.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010 17:48:02. p. 08.

tensionantes, publicidade ou privacidade, se nenhum deles for aplicado de forma adequada constitucionalmente.

Reflete-se, portanto, que diante da incompreensão do que venha a ser e constituir Estado Democrático de Direito, e de qual seja a verdadeira finalidade da Administração Pública, toda a discussão resulta vazia de sentido.

Nessas condições, e frente a tudo o que a Constituição Federal significa, a nova crítica do Direito balizada na hermenêutica filosófica revela-se a possibilidade, talvez e provavelmente única, de resgate do que o *texto maior* quer dizer. A resposta constitucionalmente adequada é a resposta que o ordenamento jurídico, o poder público e o Estado Democrático de Direito requer e necessita, abdicando de discricionariedades e decisionismos.²⁷⁴

Assim, em vista de combater conceitos paradigmáticos asseverados pela Administração Pública, que se restringem a efetivar somente os direitos que o administrador julga convenientes, faz-se necessário o recurso à fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica elaborada por Heidegger e Gadamer), que conseguiu superar os paradigmas até então dominantes.²⁷⁵

Partindo da premissa que é totalmente impossível desvencilhar-se de pré-juízos e pré-compreensões,²⁷⁶ a fenomenologia hermenêutica explica que esses devem ser utilizados como início de um processo e não como fim. Aqui se observa o círculo hermenêutico criado por Heidegger e aperfeiçoado por Gadamer, onde a pré-compreensão inicia o processo

²⁷⁴ Streck vai dizer que: “É possível – e necessário – dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta. Movemo-nos no mundo exatamente porque *podemos fazer afirmações dessa ordem*”. [...] “A resposta correta – que não é única e nem uma entre várias – à luz da hermenêutica (filosófica) – será a “resposta hermenêuticamente correta” para aquele caso” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 26.07.2010. p. 14 e 25.

²⁷⁵ Stein, nesse sentido, explana a cerca das proposições da hermenêutica: “Estamos tentando mostrar o ambiente hermenêutico e preparar uma atmosfera em que se apresentam novas exigências para o pensar. Assim, em lugar de olharmos a hermenêutica apenas como uma nova forma de método, ela já sinaliza no próprio método algo que rompe com o ideal metodológico e epistêmico da modernidade. A hermenêutica traz em si, desde o nascimento do paradigma hermenêutico, uma inclinação para a superação do dualismo da metafísica, da oposição entre sujeito e objeto, do conflito entre representação e sua presentabilidade”. In: STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p. 10.

²⁷⁶ A respeito da questão da compreensão ver STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p. 43-55. Quanto à pré-compreensão: “As pré-compreensões obscuras, não submetidas à negociação fundamentativa, são também *res extra commercium*. Colocar em circulação os pontos de vista pré-compreensivos significa disponibilizá-los à interpretação pela qual eles circulam na negociação do sentido. Mantê-los no silêncio dos preconceitos recobertos pelos métodos cientificistas é fugir à negociação.” In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. E GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: Alternativas para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 321.

interpretativo, passando pela compreensão do caso concreto, indo à interpretação e aplicação do real sentido.²⁷⁷

Assim torna-se possível o encontro de uma resposta adequada constitucionalmente, sem admissão de subjetividades e de modo ainda a não deixar margem à discricionariedade do julgador, cunhando-se estritamente ao caso concreto e ao conteúdo do texto constitucional.

Dito isso, resta, portanto, inadmissível que a Constituição seja interpretada de forma parcial, a mercê do arbítrio do intérprete, já que isso resultaria em descaracterização da realidade. Nesse sentido sintetiza Hannah: “O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite uma perspectiva.”²⁷⁸ Nessa busca pela interpretação adequada diversas são as tentativas de concretização da Constituição,²⁷⁹ embora nem sempre exitosas.

Trazendo essas complexidades hermenêuticas para a discussão visibilidade e ocultamento, publicidade e privacidade, potencializada pela ADPF 144, faz-se imprescindível reportar as razões ontológicas da identificação do público com o comum e o visível e suas raízes hermenêuticas na análise arendtiana,²⁸⁰ como já visto. Observa-se sob essa ótica que o secreto garante a opacidade do poder, ou a visão unilateral quando vigora o ideal de dominação: tudo ver sem ser visto,²⁸¹ presente em governos autoritários.

Nesse aporte constata-se que a convivência entre visibilidade e ocultamento torna-se essencial, pois em se optando por somente um deles tornar-se-ia o Estado totalmente extremista: ou autoritário ou totalitário. A resposta constitucionalmente adequada certamente prevê a (co)existência de princípios constitucionais e direitos fundamentais, complementando-

²⁷⁷ A matriz heideggeriana-gadameriana tem como uma das tarefas primordiais a de superar o equívoco das teorias da interpretação, as quais, apesar de reconhecerem que o Direito se caracteriza por um processo de aplicação, permanecem reféns do paradigma metafísico na medida em que propõem a subsunção. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2005. p. 354 et seq.

²⁷⁸ Nesse aporte, constata-se que o público e o privado se supõem e se intercomplementam mutuamente, sendo inerentes um ao outro, na medida em que se autodelimitam. E com essa quebra de fronteiras entre público e privado e sua conseqüente destruição, há espaço para outra característica da lógica totalitária: a desolação alienante, conseqüência da falta de espaço para um direito à intimidade na perspectiva *ex parte populi*. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 68.

²⁷⁹ Para Peter Habermas deve-se formular o conceito de “constituição aberta”, defendendo o círculo de intérpretes, pela via do processo aberto e público (democracia). “*Dos cidadãos aos partidos políticos, passando por sindicatos e órgãos estatais, todos tomam parte do processo de interpretação da constituição. Sem a participação de todas as forças da comunidade política, não há como concretizar a constituição.*” Consoante Gisele Cittadino a realização dos valores constitucionais vai depender de uma comunidade de intérpretes e mecanismos processuais, além de uma hermenêutica constitucional que ultrapasse o formalismo positivista. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 30-31, 63-64.

²⁸⁰ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 59.

²⁸¹ FOCAUL, Michel. “*O Olho do Poder*” in *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 209 a 226.

se ao invés de se destruírem. E para tanto simplesmente deve-se acolher o previsto constitucionalmente que remonta à concretização de todos os direitos, em vista do social, do todo.

O interesse público poderia ser considerado a resposta correta para o convívio entre visibilidade e ocultamento, entre publicidade e privacidade, à medida que em sendo de interesse coletivo, a visibilidade seria a solução constitucionalmente adequada para conferir transparência ao ordenamento, em contrapartida, em não sendo, privado seria, devendo, portanto, ser a informação submetida ao resguardo da privacidade.

Contudo, para que seja viabilizada essa distinção entre o que possui interesse coletivo do que não possui, faz-se imprescindível a adoção dos critérios de verdade e impessoalidade da informação.

Em sendo impessoal a notícia, certamente não se refere ao indivíduo e sua privacidade, conseqüentemente devendo ser de interesse do cidadão.

Quanto à verdade da informação como critério constitucionalmente adequado para a sua publicização, justifica-se simplesmente na preservação da realidade, pois carecendo de verdade e noticiando-se a mentira, macula-se o caso concreto, perdendo-se a própria essência do real. E atente-se que em sendo perdendo a própria realidade, ou ainda, em se viciando de subjetividades e incertezas a pré-compreensão, exclui-se a possibilidade de se obter uma resposta correta, ou adequada, já que a própria existência torna-se um equívoco.

No que diz respeito ao discutido na ADPF 144, como já asseverado, em se aplicando os critérios de verdade e impessoalidade à publicização da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos,²⁸² a presunção de inocência representaria a “verdade” do processo em trâmite, uma vez que revelaria a inocência de uma acusação que ainda não foi definitivamente comprovada, já que carecedora de trânsito em julgado.

E não suficiente, em sendo a presunção de inocência constitucionalmente preservada como valor indisponível e indissociável de qualquer Estado minimamente democrático, o respeito a esse princípio, conseqüentemente, torna-se a resposta correta.

Como visto, a fenomenologia hermenêutica atribui objetividade na resolução dos pleitos, à medida que propõe uma resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto, combatendo a discricionariedade habitualmente praticada no âmbito jurídico/político

²⁸² O amplamente divulgado caso das “listas sujas”, objeto da ADPF 144 do STF, tratado no início do segundo capítulo desse estudo dissertativo, traz a discussão a respeito da possibilidade ou não da avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos políticos que pudesse resultar em sua inelegibilidade, justamente diferenciando-se da Lei complementar nº 135/2010 que contempla o Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 518/09 denominado “Ficha Limpa”, pois esse último impede candidaturas de pessoas com condenações por colegiados da Justiça e não de candidatos que possuam *apenas* processos em trâmite. Ver notas 73 e 155.

nacional, devolvendo assim a esperança em um ordenamento impessoal e com correspondência e fidelidade à Constituição Federal, que é o texto maior, sem atrelamento a subjetivismos e devaneios do momentâneo intérprete.

Sua consistência revela-se indiscutível, já que a Constituição não pode ser interpretada ao bel prazer de seu intérprete, que no cenário brasileiro, como alerta Streck, cunha-se, em sua grande maioria, no modo metafísico-liberal de interpretação, baseando-se na possibilidade de se extrair a essência das coisas, acreditando que sentidos podem ser retirados do dispositivo legal de forma a desvincular totalmente o sujeito de seu objeto de investigação.²⁸³

Ainda, o que não pode ser fadado ao esquecimento é a transparência que deve nortear o Estado Democrático e a Administração Pública, Estado-Administração²⁸⁴, para que definitivamente a hermenêutica filosófica possa ser aplicada, já que diante do ocultamento impossível se torna uma resposta adequada.

Fica então a advertência, para se alcançar a clareza das relações deve a luz da verdade atingir a todos, pressupondo, além do discurso, a realidade prática, alicerçando-se na impessoalidade, abarcando o todo, sendo inaceitáveis providências pertinentes somente a um grupo seletivo em detrimento de outros tantos.

A visibilidade é pressuposto para a concretude não somente da Administração Pública como de todo o Estado Democrático de Direito, e, portanto, para a obtenção de qualquer resposta constitucionalmente adequada, uma vez que a falta de clareza e de verdade deslegitimam toda a realidade, bem como toda e qualquer autoridade, inclusive a Constituição.

²⁸³ Lenio Luiz Streck trata que os juristas brasileiros ainda fazem uso de um modo metafísico-liberal de interpretação que se baseia na possibilidade de se extrair a essência das coisas, ou seja, por achar que sentidos podem ser retirados do dispositivo legal, de forma a desvincular totalmente o sujeito de seu objeto de investigação e assim conhecê-lo como ele é (p. 17). Ou seja, há uma "crença de que existe uma natureza intrínseca da realidade" (p. 39), da qual são extraídas premissas universais que serão utilizadas como vetores de um processo interpretativo dedutivista. Tais premissas são tidas como "métodos" de conhecimento, onde seus aplicadores escondem a realidade (o ser do ente), aqui entendida como a complexidade social e, principalmente, a Constituição. (p. 80) Ou seja, continuam a olhar o novo com olhos do velho: "Não surpreende, pois, que institutos jurídicos importantes como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão e tantos outros dispositivos previstos na nova Constituição continuem ineficazes. Também não surpreende que o controle difuso de constitucionalidade não seja uma prática cotidiana dos juristas e dos tribunais. Há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se "adaptar" a Constituição às leis ordinárias... Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho..." In: Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17- 80.

²⁸⁴ Freitas refere o Estado Democrático de Direito como promotor dos direitos fundamentais e especialmente do *direito fundamental à boa administração pública*. In: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 144.

Nesse viés, o desvelar, consoante Lenio, significa “desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas”,²⁸⁵ ou seja, para que o Estado seja de veras visível, não basta que se publicize qualquer conteúdo, pressupõe-se a superação de inautênticos paradigmas, especialmente o individualista²⁸⁶, que oculta o viés social e o interesse público.

Assim, constata-se que o estabelecimento dos critérios de impessoalidade e verdade para a publicização traria visibilidade ao Estado e à Administração Pública e concomitantemente preservaria a privacidade do indivíduo, tendo em vista que se noticiaria unicamente informações de caráter impessoal e condizentes à realidade, o que ensejaria esse “desvelar” referenciado por Lenio, além de transmitir a resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto em discussão nesse texto dissertativo que foca-se especialmente na tensão entre publicidade e privacidade.

Percebe-se então que concretizar a Constituição não é o mesmo que satisfazer interesses, que julgar conforme a discricionariedade do intérprete, que ponderar ou deduzir, pressupõe realidade e análise ao caso concreto consoante preceitos constitucionais e seus verdadeiros significados, para que então se alcance a resposta constitucionalmente adequada.

E para que a realidade venha à tona, os verdadeiros atos da Administração Pública e do Estado devem ser visualizados por todos, para que diante das contendas que naturalmente ocorrem, seja possível determinar soluções constitucionalmente adequadas, resultando em convivência entre princípios e direitos fundamentais, entre publicidade e privacidade, já que todos eles têm amparo constitucional, e, portanto devem ser concretizados.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 304.

²⁸⁶ A respeito do individualismo ver nota 234.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente não se tem a pretensão de apresentar conclusões a respeito do tema proposto já que distante se está de analisar todas as faces e potencialidades do problema e principalmente frente à impossibilidade de seu esgotamento, para tanto, tecer-se-á, algumas considerações a título de fechamento da presente dissertação contribuindo para o elencamento de critérios constitucionalmente adequados para a resolução das tensões apresentadas ao longo desse texto dissertativo.

Fazendo uso do método de abordagem fenomenológico hermenêutico, a partir da “nova crítica do direito” proposta por Streck, se propôs uma análise quanto às faces da visibilidade do poder no intuito de estabelecer parâmetros constitucionalmente adequados para a promoção de um Estado Democrático de Direito e, principalmente, de uma Administração Pública transparentes.

Nesse cenário, enfrenta-se o conflito entre publicidade e privacidade à medida que preconizando a transparência na e da Administração Pública, tem-se a publicidade como instrumentalizadora da visibilidade, todavia, quando confere notoriedade a fato privado ou falacioso emana ocultamento e arbitrariedades. Para tanto, se faz necessário estabelecer diretrizes de convivência entre a atuação pública e a intervenção na vida privada, bem como de condicionar a publicização a critérios constitucionalmente adequados.

Ao se adentrar à problematização quanto às faces da visibilidade do poder, indubitável é o aporte às esferas pública e privada, como procedido inicialmente, de onde se pode compreender as essências do público e privado que urgem por ser resgatadas não como esferas colidentes e sim como complementares.

O público, na concepção arendtiana, denota um espaço comum a todos, e não no sentido de espaço físico, mas de universo público, urgindo, pois, por visibilidade, necessitando da aparência para a sua existência. Igualmente essa necessidade se faz imprescindível ao Estado Democrático de Direito e à Administração Pública, quando assumem a postura de “público”.

Destarte, a Administração Pública no âmbito nacional emana um velamento que resulta no distanciamento da população a qual fica a mercê do que o administrador quer que seja visível.

Ao se resgatar os significados de Estado Democrático de Direito e de Administração Pública visualiza-se o povo como titular e concomitantemente destinatário de todo poder, o

que deveras foi deixado ao esquecimento. E, nesse viés, quando se fala em representante o que se espera é que o exercício do poder delegado se dê as vistas do outorgante, e em se tratando de democracia representativa isso é elementar.

Consoante as reflexões de Carl Schmitt a esse respeito, torna-se inconcebível qualquer forma de representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas, pressupondo, portanto, de visibilidade.

Nesse âmbito sugere-se a proliferação de práticas sociais participativas que propiciem um substrato social que oportunize a reflexão sobre o processo democrático brasileiro, viabilizando a construção de uma esfera pública atuante, de modo a possibilitar a reconfiguração de uma compreensão de democracia que busca superar as clássicas dicotomias entre público e privado, mas não os seus significados tão primorosos e dos quais tanto carece o contexto brasileiro.

Em vista desse resgate de conceitos essenciais para a concretude do Estado Democrático o que se torna inaceitável é a credibilidade num poder invisível emanado pela Administração Pública, em vista de que a sociedade necessita visualizar as ações que em seu nome são praticadas, urgindo, pois, de transparência dos poderes públicos.

Diante dessa inadmissibilidade de crença em um poder invisível e ainda em mitos de verdades absolutas, o fato de não haver verdades prontas, no plano abstrato, não justifica a busca de soluções nas preferências éticas e políticas do administrador, ou seja, na discricionariedade. Todo o ordenamento carece de verdade, de realidade, devendo inadmitir-se qualquer indução ou distorção do caso concreto.

A verdade deve ser tida como a realidade isenta de acréscimos ou diminuições, baseando-se exclusivamente no caso concreto, que além de oportunizar o conhecimento integral dos argumentos das partes, abre espaço para a aprendizagem, para o aprimoramento, e para a adequação constitucional. E na medida em que a verdade emana credibilidade, segurança e legitimidade, e sua ausência reflete em medo, denota-se o poder intrínseco à ela. Nesse aporte, Foucault propõe a existência de um vínculo ativo entre poder e verdade. Tanto é real esse vínculo entre verdade e poder que a própria mentira pode gerar poder quando transpareça ser verdadeira.

Também frente à constatação de que a imagem nem sempre corresponde à realidade, haja vista que, o que é tornado visível por vezes não fideliza a verdade, surge a preocupação quanto à real face da visibilidade.

Assim sendo, ao se pressupor transparência não se quer dizer apenas que todas as pautas sejam noticiadas, o que se almeja de fato é que informações úteis e verdadeiras

alcancem quem interessa. Isso não se refere apenas à Administração Pública como a toda a sociedade, haja vista que não apenas as pessoas públicas têm o dever de verdade e impessoalidade, os indivíduos que compõem a coletividade também devem preservar e exercitar tais atributos.

Surgem então, nesse liame, os instrumentos midiáticos e sua tarefa de tornar visível tudo e todos, ultrapassando as barreiras do espaço e do tempo e da fidelidade dos próprios fatos reais noticiados. Diante dessa realidade desprovida de verdade, questiona-se, afinal a mídia reproduz ou produz informações? Ao que se entende que, a mídia deveria relatar acontecimentos e não criá-los e para tanto deveria pressupor verdade, realidade.

Assim, a verdade, como pressuposto de visibilidade, não deveria representar uma expectativa e sim uma obrigatoriedade, haja vista ser condição de possibilidade à visibilidade quando há a pretensão de ser transparente.

Todavia, o que deveras se torna visível no cenário brasileiro é um Estado opaco, que nos raros instantes em que disponibiliza informações à população, o faz de forma interessada, manipulando a notícia em benefício próprio. Isso fere o princípio da transparência e desvirtua o princípio da publicidade que deveria resultar em Estado e Administração visíveis se preservasse a impessoalidade e abarcasse somente a verdade.

Desta monta, a transparência da(na) Administração Pública torna-se requisito para a construção de um Estado Democrático de Direito.

A população tem de ter vistas ao que em seu nome está sendo executado para que exerça seu papel fiscalizador, o que conseqüentemente garante uma atuação preventiva, na medida em que evita que arbitrariedades sejam praticadas pelo receio de se tornarem notórias.

Para tanto, vislumbrar o social, onde esferas pública e privada não conflitem mas se complementem, também importa um Estado visível, que viabilize plano e ação às vistas da coletividade, abdicando de individualismos e conformismos.

Ao passo que se almeja um Estado que cumpra com os ideais propostos ao se designar Democrático de Direito, se espera dele que satisfaça as necessidades de seu povo, que o represente legitimamente, pressupondo transparência para que de fato se visualize que a tarefa está sendo fielmente desempenhada, e concomitantemente que zele pelos direitos fundamentais.

Percebe-se então que há um entrave quando ocorrem aparentes conflitos entre os próprios direitos assegurados pela Constituição, todavia o que se deve ter em mente é que não é a Constituição que promove tais confrontos e sim os distintos (subjetivos) interesses que são atribuídos equivocadamente a esses direitos. E essa modalidade de conflitos é bastante casual,

necessitando que sejam estabelecidos critérios de convívio entre as esferas colidentes para que possam coexistir, na expectativa de resgatar os seus significados constitucionais.

Posto isso, somado ao dinamismo da sociedade aliado aos avanços trazidos pela globalização, tem-se ainda o surgimento de novos confrontos, o que demanda novas formas de pensar, de agir, e de decidir. Nesse plano, a discussão a respeito de visibilidade e ocultamento, privacidade e publicidade, torna-se primordial.

Questões obscuras são difíceis de elucidar, já que a invisibilidade traz insegurança, incerteza e principalmente desconfiança, no entanto existem dados e fatos que possuem essência sigilosa e necessitam manter sua natureza intacta.

Ao passo que existam direitos garantidores de privacidade, bem como que preservam o indivíduo e sua intimidade, além daqueles em que o sigilo torna-se indispensável a sua essência e que possuem reconhecidamente valor inalienável, insere-se o questionamento se esses podem prevalecer ao ideal de transparência.

Essa análise conduz a uma discussão bastante intensa, uma vez que agrega valores tidos como essenciais e primordiais em ambas esferas confrontantes, privacidade e transparência. Torna-se bastante delicado decidir quanto à preservação da privacidade em detrimento da publicidade, tida como valor “público”, uma vez que preconiza o interesse público, por outro lado, também parece insensível o argumento que desconsidera uma garantia do indivíduo, que tanto pode se referir a sua privacidade quanto a sua dignidade, em decorrência da coletividade.

Embora seja inquestionável que o Estado Democrático de Direito carece de visibilidade, o Estado e principalmente a Administração Pública brasileira são vistos com muita opacidade. Pouco se conhece a respeito de atos e decisões de ordem pública. A publicidade, nesse liame, apresenta-se como viável alternativa na tarefa de trazer clareza ao Estado.

Conceitos arendtianos a esse respeito revelam que a percepção da realidade pressupõe a existência de uma esfera pública onde as coisas possam emergir das trevas e aparecer, portanto, a aparência, a visibilidade, tornam-se pressupostos à realidade.

Nesse segmento, atente-se que sob o véu do desconhecido, do oculto e, principalmente, do invisível, podem ocorrer improbidades. Para tanto, na tentativa de evitar quaisquer ilícitos, privilégios, favores e desvios de recursos públicos, a publicidade apresenta-se como instrumento hábil ao desvelamento da esfera pública.

Contudo, embora a publicidade represente condição de possibilidade para a transparência, haja vista se caracterizar como princípio instrumentalizador da visibilidade, pode incorrer em equívoco ao instrumentalizar a visibilidade de fato ou informação inverídica ou pessoal. Prática habitual na Administração Pública onde se constata a publicização do falacioso como estratégia política, manobra eleitoreira, ou visando benefícios particulares do administrador.

E em vista de que a Administração Pública se expressa, se faz conhecer quando torna suas ações transparentes, disponíveis à coletividade, há de se ter cautela quanto a manobras à visibilidade, abstendo-se de conferir notoriedade aos atos convenientes ao administrador, evitando simulações, máscaras e outras estratégias lesivas à transparência.

Desta monta, a publicidade quando descumpridora das funções constitucionais que lhe são atribuídas conspira contra a própria democracia, devendo, portanto, ser banido todo e qualquer vício, ineficiência ou discricionariedade em busca de interesses alheios aos almejados pelo Estado Democrático.

Afirmar, portanto, que a publicidade é definitivamente irrenunciável e inseparável do Estado Democrático de Direito é indiscutível, sobretudo, que sob o seu manto podem haver muitos interesses ocultos nada democráticos também é inquestionável.

Vislumbra-se, nesse contexto, a necessidade de se estabelecer critérios norteadores para a máxima eficácia do princípio da publicidade e para que esta se converta em transparência.

Pois bem, em estabelecendo diretrizes para o princípio da publicidade, seria plausível pressupor verdade e impessoalidade garantindo assim a fidelidade à realidade. Perfeitamente poder-se-ia, em vista da observância a esses critérios, alcançar a transparência tão almejada, todavia de que forma se garantiria que as informações, antes de publicizadas, estivessem isentas de falsidades, de subjetividades e de parcialidades?

E as complexidades não cessam por aí, além de se observar determinados critérios para que se alcance a máxima eficácia da publicidade, observa-se que a publicidade ainda poderia ferir a privacidade, direito fundamental constitucionalmente previsto, quando publiciza informação que se refira ao indivíduo e o seu privado.

Posto isso, convém salientar que não se está propondo desconsiderar direitos fundamentais que preservem o indivíduo e sua privacidade. Sabe-se que o direito à privacidade é direito constitucionalmente previsto, sendo o seu resguardo considerado imperativo, todavia por vezes na satisfação desse direito restringe-se a transparência da qual carece toda a coletividade.

Não incorrendo em utilitarismo e menos ainda em autoritarismo, percebe-se que embora não se possa privar a maioria de um atributo a ela essencial, qual seja a transparência pública, também é intolerável a restrição de um direito fundamental.

Nesse impasse há de se questionar o que é de fato privado constitucionalmente, e não apenas isso, existe notícia que não envolva nenhum indivíduo e seus atos e opiniões, e sendo a resposta negativa e em se priorizando a defesa ao direito à privacidade então se regressaria ao Estado das trevas?

Realmente, sob a máscara de privado podem ser encobertas várias ilicitudes prejudiciais a toda a sociedade, tendo em vista que justamente se caracteriza pela isenção de publicidade. Por outro lado, poder-se-ia criar um Estado autoritário, totalitário e/ou ilimitado restringindo-se direitos individuais, e mais do que isso, em fazendo uso de informações privadas como meros dados informativos de controle do povo.

O que se torna deveras combatível nesse liame é o instrumento dominador incutido tanto na visibilidade quanto na invisibilidade, tendo em vista que, assim como a visibilidade “intencional”, a ocultação também pode ser, e de fato é, um instrumento de poder, embora existam justificáveis exceções.

Relevante ainda nessa reflexão é o aporte quanto à pessoa que se caracteriza como pública e usufrui de tal característica para alcançar vantagens, significando, de certa forma, ter concedido acesso a seus dados profissionais, e talvez até a pessoais, não que isso signifique ausência de privacidade. Ocorre que, em espontaneamente adotando a vida pública concomitantemente aceita o estilo de vida pertinente a esse atributo, qual seja, a curiosidade alheia, para tanto tem sua esfera privada naturalmente diminuída, contudo, há de se ressaltar que para que haja interferência na privacidade é imprescindível que haja relevância pública, no sentido de interesse coletivo, ou manutenção de ordem pública.

Sabendo ser insuficiente teorizar a cerca do futuro e retratar, na medida do possível, o passado, deixando de avaliar o presente, faz-se indubitável a análise ao caso concreto, e nesse sentido encontra-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 144 do Supremo Tribunal Federal (STF) que abarca as tensões e complexidades abordadas na presente Dissertação, especialmente as faces da visibilidade, trazendo a discussão a respeito da possibilidade ou não da avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos políticos que pudesse resultar em sua inelegibilidade.

Amplamente divulgado, o “caso das listas sujas”, como notoriamente conhecido, inicialmente foi aplaudido pela população, acreditando que iriam definitivamente conhecer seus candidatos a representante a partir da avaliação da vida pregressa de todos aqueles que

pleiteassem o cargo, e ao se deferir a inelegibilidade do candidato, acreditavam estarem sendo protegidos daqueles então considerados inaptos à função.

Mal sabiam que essa análise à vida pregressa também poderia advir de manobras políticas, uma vez que o divulgado poderia não corresponder à realidade, sendo apenas uma forma de ludibriar os eleitores à medida que se enfatizava algo inverídico e concomitantemente ocultava-se o fato real.

Vislumbram-se, a partir do estudo a esse caso, duas esferas tensionantes: de um lado tem-se o direito de informar e ser informado, além dos princípios de publicidade e transparência atinentes ao Poder Público, cuja função é representar a coletividade, objetivando pura e simplesmente os interesses de seus representados; em contrapartida têm-se o direito fundamental à privacidade, e os princípios constitucionais do contraditório, presunção de inocência e devido processo legal.

Com a avaliação da vida pregressa do candidato a cargo político e a sua conseqüente publicização aos eleitores ter-se-ia, à primeira vista, a transparência em benefício da população em detrimento da violação da privacidade do candidato.

Sobretudo, os processos constantes nessa análise não restam transitado em julgado, havendo a possibilidade do acusado ser inocentado, e sob essa ótica, respeitando princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, e principalmente a presunção de inocência, esse tipo de análise não tem amparo constitucional, portanto, inconcebível. Fato que inclusive transcende a tensão entre publicidade e privacidade.

Além disso, em se tratando de processos em trâmite, acusações poderiam ser feitas com intuito exclusivo de prejudicar a eleição de algum candidato em benefício de outro, o que demonstra que a publicização, embora primordial, não deve ser atribuída a qualquer informação desprovida de quaisquer análises, para que não incorra exatamente no que combate: o ocultamento de ilícitos.

Nesse viés insere-se a mídia, ora como instrumentalizadora do princípio da publicidade e em cumprimento ao direito-dever informar/ser informado, ora como banalizadora do direito à privacidade, ou ainda, como utensílio de manipulação do povo, dependendo, desta monta, dos mesmos critérios que devem nortear o princípio da publicidade, quais sejam, verdade e impessoalidade.

Escritos irresponsáveis constroem e destroem facilmente a reputação e a dignidade das pessoas. Nesse aporte, se por um lado a atividade do pensar não pode ser confinada, oculta, por outro, noticiar informações inverídicas ou privadas podem e deveras infringem dispositivos constitucionais.

Nesse âmbito, é preciso salientar que nem sempre o veiculador da informação é responsável pela notícia, haja vista que, em sendo essa verdadeira, embora o fato delituoso cometido macule a imagem da pessoa, essa nada mais é que a natural consequência de seu ato desonroso. Se nada que for demérito a alguém possa ser noticiado então se restabelecerá a censura no Estado brasileiro.

De todo modo, a notícia jamais deve ser tendenciosa, deve ser íntegra, de forma a não deformar ou moldar os fatos, para que dessa forma cumpra com a sua função social de educar, desvendar e esclarecer, e não banalizar a informação ao basear-se em narrativas infieis.

Desde que respeitada a integridade das informações transmitidas, o direito à informação e o seu instrumento veiculador, a mídia, possuem grande relevância contribuindo para a concretização de um Estado Democrático, auxiliando a participação social na Administração Pública no momento em que informa o cidadão quanto a pauta de questões e decisões que interessam a coletividade, podendo inclusive evitar catástrofes e injustiças, quando noticia medidas preventivas.

Nesse viés, a mídia tanto deve ser venerada como temida, dependendo da (ir)realidade que transmita. Veja-se a disputa pelo ibope entre os entes informativos, que tanto podem representar um aspecto positivo quanto negativo, ao passo que existindo concorrência poder-se-ia evitar o monopolismo informativo, além de possibilitar a análise da notícia evitando dessa forma a manipulação dos prestadores da informação. Por outro lado, o sensacionalismo se faz cada vez mais presente em vista da competição. Sem mencionar a celeridade da divulgação das informações que carecem de averiguação.

De qualquer forma, resta sabido que não há democracia sem informação, sobretudo, uma informação incorreta, falaciosa ou manipulada, produz muitos danos ao indivíduo e à coletividade, e muitos deles irreparáveis.

Quanto à satisfação dos critérios de impessoalidade e verdade, partindo do pressuposto que para transmitir a mídia tem de receber a informação, surgem diversos questionamentos: ao receber a informação tem a mídia o dever de investigá-la? E não suficiente, tendo a informação, deve abster-se de noticiá-la versando ela sobre direitos fundamentais? Em não restando comprovado e indiscutível o fato, possuindo apenas caráter preliminar, pode ser publicizado? E por fim, não tendo caráter de utilidade pública pode/deve ser noticiado?

A resposta a esses questionamentos é imprescindível tanto para a concretização de um Estado Democrático quanto para um Estado autoritário com o regresso à censura. Destarte, o que é inegável é que diante de uma sociedade democrática, nenhum segmento do poder estatal, muito menos a Administração Pública, pode crescer na escuridão, as decisões e

execuções não podem ser secretas, têm de ser notórias resultando em um Estado e Administração visíveis que representam a essência do Estado Democrático de Direito. Em alcançando a máxima eficiência do direito à informação, transmitida por meios dotados de responsabilidade social, esse desejo materializa-se.

Ao passo que a informação deve ser relevante socialmente, deve ser inadmissível a miséria informativa, a notícia-mercadoria que somente satisfaz a curiosidade e a futilidade, e que por vezes encobre o deveras essencial como a visibilidade democrática. Torna-se ainda intolerável que o campo da comunicação controle a esfera da visibilidade pública, decidindo o que deve ou não ser publicizado, interferindo no conteúdo da notícia.

Observa-se aqui como determinante, o interesse público da notícia como condicionante a sua publicização, em fielmente observando à soberania popular preconizada pelo Estado Democrático de Direito. Assim, em vista de que o interesse pela notícia é público e os direitos da personalidade interessam unicamente ao seu titular, não restariam maiores complexidades e confrontos, já que em tese, os dados correspondentes a cada titular não interessariam a outro, sendo, portanto, perfeitamente viável o uso dos critérios de impessoalidade e verdade para a extração do caráter público ou não da informação.

Desse modo, ao se fazer uso do critério da impessoalidade para a publicização, realmente se confere transparência ao Estado Democrático de Direito e principalmente à Administração Pública, haja vista que, em sendo noticiado dado desvinculado de pessoalidade e subjetividade, tem-se uma notícia voltada ao interesse coletivo e não a particulares em sua individualidade ou voltado ao interesse exclusivo do administrador público.

Todavia, não somente a impessoalidade deve ser respeitada, o critério de verdade não é menos importante, uma vez que, nada que reste falacioso ou duvidoso deve ser divulgado. Ao conferir publicidade à informação inverídica estar-se-ia gerando invisibilidade e ocultamento.

Portanto, imensamente equivocada é a proposição de um Estado Democrático de Direito transparente se o que se torna visível são informações falsas ou inverídicas.

Eclode então a busca pela resposta constitucionalmente adequada que se torna possível quando alicerçada na crítica hermenêutica do Direito (ou nova crítica do Direito) trabalhada por Lenio Luiz Streck a partir da fenomenologia hermenêutica, que abarca a hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer.

Frente à constante evolução da complexidade das relações sociais e principalmente da sociedade moderna capitalista, que tencionam os processos de tomada de decisões exigindo um novo paradigma epistemológico capaz de possibilitar a reestruturação do direito inserido

nesse novo contexto social, para que se encontre uma resposta constitucionalmente adequada não se trata simplesmente de apresentar um discurso pré-existente desprovido de qualquer análise social, cultural ou histórica, como costumeiramente vêm ocorrendo.

Por isso, vislumbra-se, através dessa nova crítica do Direito, balizada na fenomenologia hermenêutica, a possibilidade do encontro de respostas que promovam a efetividade do constitucionalmente previsto à medida que resgata o caso concreto onde o modo prático de ser no mundo define a compreensão, especialmente em se tratando da realidade brasileira, objeto das análises de Streck.

Assim, pressupondo desvendar o conteúdo integral do texto (constitucional), para então aplicá-lo, a fenomenologia hermenêutica, não se limita a interpretar qualquer significado de qualquer conteúdo, muito menos se restringindo a simploriamente descompor vocábulos, haja vista que o texto não deve se desligar da existência concreta, e exatamente por isso é que essa nova crítica do direito possibilita o encontro de respostas dotadas de fidelidade à realidade à medida que propõe o desvencilhamento de pré-conceitos fundados na subjetividade do intérprete. Diferentemente do pensamento fundamentado no positivismo lógico que se revela insuficiente para explicar e fundamentar as relações jurídicas existentes na sociedade moderna.

Nesse âmbito, resta claro que a inobservância ou incompreensão do real conteúdo constitucional, bem como dos princípios que o norteiam, torna-os sem sentido. Assim, a interpretação baseada em determinações abstratas e discricionárias não condizem com a realidade, e muito menos com a verdade. Nesse sentido é inútil optar por uma das esferas conflitantes, publicidade ou privacidade, se nenhuma das mesmas for aplicada de forma adequada constitucionalmente.

Portanto, diante da incompreensão do que venha a ser e constituir Estado Democrático de Direito, e de qual seja a verdadeira finalidade da Administração Pública, toda a discussão resulta vazia de sentido.

Nessas condições, e frente a tudo o que a Constituição Federal representa, a hermenêutica revela-se a possibilidade, talvez e provavelmente única, de resgate do que o *texto maior* quer dizer. A resposta constitucionalmente adequada é a resposta que o ordenamento jurídico, o poder público e o Estado Democrático de Direito requer e necessita, abdicando de subjetividades e decisionismos.

Como se percebe, a Constituição não pode ser interpretada ao bel prazer de seu intérprete, que no cenário brasileiro cunha-se, em sua grande maioria, no paradigma “liberal-individualista-normativista”, como enfatizado por Streck, baseando-se na possibilidade de se

extrair a essência das coisas, acreditando que sentidos podem ser retirados do dispositivo legal de forma a desvincular totalmente o sujeito de seu objeto de investigação.

E nesse contexto, sendo a visibilidade pressuposto para a concretude não somente da Administração Pública como de todo o Estado Democrático de Direito, da mesma forma, faz-se necessária para a obtenção de qualquer resposta constitucionalmente adequada, uma vez que a falta de clareza e de verdade deslegitimam toda a realidade, bem como toda e qualquer autoridade, inclusive a Constituição.

Embora sabido que a ausência de publicidade e a conseqüente invisibilidade do poder possam resultar em descrédito não somente à autoridade pública como a todo o ordenamento, intensificando o grau de desconfiança no Estado e principalmente na Administração Pública, o que se pretende é que haja a coexistência entre o rol de direitos constitucionalmente previstos, sem que esses restrinjam outros dispositivos com a mesma previsão, e para tanto o desvencilhamento a interesses individuais torna-se indubitável.

A hermenêutica filosófica propõe justamente o combate a essa discricionariedade calcada em individualismo, buscando a resposta constitucionalmente adequada, desvencilhando-se de subjetividades e decisionismos, haja vista que a Constituição não é simplesmente o que se quer que ela seja, possuindo um significado próprio, e é justamente esse que deve ser buscado e cumprido.

Mesmo a esta altura da discussão, certamente não é possível proferir conclusões, já que nem de longe se tornou possível analisar todos os aspectos da problemática que envolve o tema, e menos ainda de forma exaustiva os pontos enfrentados, limitando-se, pois, a contribuir para a análise, questionamento e discussão, e por fim lançar algumas considerações a respeito de um estudo indubitavelmente relevante.

Na expectativa de contribuir para a estimulação do debate a esse respeito, transformando-se em objeto de investigação e desenvolvimento, o que realmente é trazido como definitivo é o fato de que a publicidade jamais deve ser banida do Estado Democrático de Direito, ou seja, embora se denote a necessidade da previsão de critérios condicionantes à publicização, isso não representa uma opção pelo ocultamento e sim pela não arbitrariedade de conferir notoriedade ao indevido.

Por fim, em sede de aportes finais, no concernente às faces da visibilidade do poder, resta compreendido, especialmente consoante ensinamentos arendtianos, que o significado mais elementar das esferas pública e privada é que existem coisas que devem ser ocultadas e outras que devem ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência.

Desse modo, parece bastante viável a proposição da impessoalidade como requisito à máxima eficiência da publicidade, tendo em vista que eivada de pessoalidade a informação denota o seu cunho particular, e, portanto, ao menos em tese, deveria não interessar à sociedade. Além da pessoalidade, a observância ao critério de verdade garante a preservação da integridade da realidade. Esses critérios de impessoalidade e verdade viabilizariam ocultar o que tivesse caráter estritamente privado ou falacioso, e publicizar o que possuísse interesse público.

Ao que se depreende que a publicidade para cumprir com sua função de emanar visibilidade e transparência, deve preconizar a fidelidade à realidade, ou seja, a verdade, criteriosamente observando preceitos constitucionais, especialmente a impessoalidade, abstendo-se, dessa forma, de publicizar informações falaciosas, ou ainda, de cunho exclusivamente privado, para não desrespeitar a privacidade do indivíduo, ou cometer injustiças em benefício de alguma minoria, utilizando-se dos meios de transmissão de informações e da coletividade como mera massa de manobra.

Como se denota, a análise proposta torna-se essencial ao cenário brasileiro, devendo, para tanto, compor o rol das grandes discussões da atualidade, o que infelizmente não vem ocorrendo em vista da perpetuação da insistente cegueira, assim denominada por Saramago, que permeia a Administração Pública e todo o Estado Democrático de Direito ao se caracterizarem por sua opacidade.

Assim, em se buscando o que o texto constitucional determina ao caso concreto, se estará proferindo a resposta adequada, e concomitantemente preservando os direitos fundamentais e os princípios por ele resguardados. Para tanto a existência e observância a critérios constitucionalmente admitidos para o alcance da máxima eficácia dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, auxiliam no encontro ao interesse público, que sem dúvida deveria ser o balizador de todas as contendas, especialmente no âmbito da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. A indústria cultural. FERNANDES, F. (Coord.) *Sociologia. Grandes Cientistas Sociais*, 54. São Paulo: Ática, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1989.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, RJ, 217, p. 86-92, Julho-Setembro, 1999.

ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Derecho Administrativo y globalización*. 1. ed. Madrid (España): Civitas Ediciones, 2004.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

_____. *Crises da república*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

_____. Hannah Arendt: Ícone do pensamento independente. In: *ZERO-HORA*. Cultura. Filosofia. Edição: Eduardo Vergas. Diagramação: Carolina Porto Ruwer. Porto Alegre, 4 de Novembro de 2006.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. E GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: Alternativas para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. In: Seminário internacional sobre la Profesionalización de la Funcion Pública em Iberoamérica. (2002, Santa Cruz de La Sierra, Bolívia). *La profesionalización de la Función Pública em Iberoamérica*. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BERCOVICI, GILBERTO. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2008.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público\privado. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

_____. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. In: *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70035305937. Apelante: Lidomar Risson. Apelado: Editora Século Novo Ltda. Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 08 de Junho de 2010. Disponível em < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> > Acesso em 18 de Agosto de 2010 às 10:59:01.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

CLIPPING – MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Relatório diz que Senado teve 663 atos secretos não publicados em 15 anos*. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/6/24/relatorio-diz-que-senado-teve-663-atos-secretos-nao-publicados-em-15-anos>>. Acesso em 21 jul.2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ: *Cadastro Nacional de Improbidade Administrativa poderá ser consultado por qualquer cidadão*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10048:cadastro-nacional-de-improbidade-administrativa-podera-ser-consultado-por-qualquer-cidadao&catid=1:notas&Itemid=675> Acesso em 15 de Março de 2.010.

DALLARI, Dalmo De Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEWEY, John. *A filosofia em reconstrução*. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

DOTTI, René Ariel. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 11, n. 42, São Paulo, p. 264-279, jan./mar. 2003.

_____. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidade e Limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípios*. Martins Fontes: São Paulo, 2001.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: BONAVIDES, Paulo (Diretor). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, nº 2, jul-dez 2003.

ESTADÃO DE HOJE. *Senado acumula mais de 300 atos secretos*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090610/not_imp385153,0.php>. Acesso em 21 jul.2009.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. vol. 2. 13. ed. São Paulo: Editora Globo, 1998.

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

FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 1, p. 203-204, jan./fev./mar. 2003.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

_____. *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FOCAUL, Michel. *Microfísica do Poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

_____. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 22. ed. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RS: Editora Vozes, 2005.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GLASSNER, Barry. *A cultura do medo*. São Paulo: Francis, 2003.

GRAU, Eros Roberto. O Estado, a liberdade e o direito administrativo. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 21, p. 165, jul./ 2002.

GUILLÉN, Germán Vargas. *Filosofia, Pedagogia, Tecnologia*. 3. ed. Bogotá – Colômbia: San Pablo, 2006.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Verdad y Estado Constitucional*. 1. ed. México. D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JABUR, Gilberto Haddad. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1997.

_____. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JURÍDICO BRASIL. *STF: Repercussão geral, impostos e súmulas vinculantes na pauta do Plenário para desta semana*. Disponível em: <http://www.juridicobrasil.com.br/portal/index.php?tipo=7&cod=2&id_entrevista=11>. Acesso em 05 nov. 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

LAFER, Celso. *A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política*. In: NOVAES, Adauto. (org.) *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2006.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática. A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos*. In: SANTOS, André Leonardo Copetti (org.) et al *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS Mestrado e Doutorado*. Anuário 2006. n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: AMP/RS e FMP/RS, n.º 60 – agosto/2007 a abril, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. WOLKMER, Antonio Carlos (org.) *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *Los Derechos Del Público: El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995.

MIRANDA, Pontes de. Liberdade de Imprensa e Censura. In: BONAVIDES, Paulo. et al. *As tendências atuais do Direito Público: Estudos em homenagem ao professor Alfonso Arinos de Melo Franco*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do estado contemporâneo. In: VENTURA, Deisy (org). *América Latina: cidadania, desenvolvimento e estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. São Paulo: Fórum, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Fernando de Moraes Barros (Org. e Trad.) São Paulo: Hedra, 2007.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. *Ficha Limpa*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=19885>> Acesso em 05.06.2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2006.

PLATÃO. *A República*. Trad. de Eduardo Menezes. São Paulo: Hemus, 1970.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Os campos sociais e as dinâmicas jurídica, política e midiática. In: STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luiz Bolzan. (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2008 n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *Ensaio sobre a lucidez*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Org. *Interesses Públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. *O Conceito do Político*. Petrópolis/RJ: Editora Vozes Ltda, 1992.

SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) et al. *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa : Qu'est-ce que Le Tiers État?* Rio de Janeiro: Editora Líber Júrís Ltda. 1986.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. A repersonalização do Direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor. In: STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luiz Bolzan. (org.) et al. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Anuário 2008, n. 5, 2009.

_____. *Multiculturalismo e movimentos sociais: o privado preocupado com o público*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32331/public/32331-38803-1-PB.pdf>. Acesso em 10 set. 2009.

STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís Editora, 2008.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf Acesso em 26.07.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inelegibilidade, Bibliografia, Legislação e Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/inelegibilidade.pdf>>. Acesso em 05 nov.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idCteudo=92815&caixaBusca=N>>. Acesso em 21 jul.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em 27 out. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência. RE 86297 São Paulo/SP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%2086297.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 nov.2009.

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self. A construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

TRIBE, Laurence e Michael Dorf. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT6249824§ionServer=TSE>>. Acesso em 26 out. 2009.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad: Esbozo de sociologia comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo Garcia Maynez e José Ferrater Mora. 2. ed. 13. reimpr. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.