



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ponderação de Interesses na Constituição: Liberdades Individuais vs. Segurança Nacional

Paula Linhares Karam

Rio de Janeiro
2011

Paula Linhares Karam

Ponderação de Interesses na Constituição: Liberdades Individuais vs. Segurança Nacional

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner
Prof^o Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2011

PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA CONSTITUIÇÃO: LIBERDADES INDIVIDUAIS VS. SEGURANÇA NACIONAL

Paula Linhares Karam

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – Rio). Advogada.

Resumo: A essência do presente trabalho é responder à seguinte indagação: em que casos o Poder Público, alegando a proteção da segurança nacional, pode intervir nas liberdades individuais da pessoa? Até que ponto o poder do estado pode se fazer valer em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa? Para responder a pergunta, cabe aqui analisarmos o direito às liberdades individuais, mais especificamente o direito à informação, bem como o Poder de Polícia do Estado, fazendo uma ponderação entre esses direitos, tendo em vista o princípio basilar pelo qual se pauta todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Ponderação. Interesses. Segurança. Nacional. Direito. Informação. Liberdades. Individuais. Dignidade. Pessoa. Humana

Sumário: Introdução; 1. Evolução Histórica; 2. Poder de Polícia. 3. Ponderação de Interesses. 4. Ponderação de Interesses e o Supremo Tribunal Federal. 5. Segurança Nacional e o direito à informação. 6. Direito Comparado: o caso norte americano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito nasce com a finalidade de estabelecer regras na sociedade, pois afinal, quando duas ou mais pessoas começam a conviver num mesmo ambiente torna-se imprescindível que se estabeleçam normas determinando o que se pode ou não fazer, para que, desta maneira, o convívio social possa ocorrer da maneira mais harmônica possível.

A clássica estória de Robson Crusó é um bom exemplo disso. Ela mostra que enquanto um homem mora sozinho e isolado em uma ilha deserta, ele pode fazer tudo que lhe convenha, visto que suas ações não irão interferir na vida de nenhuma outra pessoa, mas a partir do momento em que alguém passa a conviver no mesmo espaço é importante que se estipulem regras. Ao contrário do que dizia Locke, os indivíduos não são guiados por leis naturais ditadas por Deus, na verdade, cada um tem sua própria idéia do que é correto e justo e, por isso, faz-se necessária a criação de leis. Sem elas, segundo Hobbes, os homens vivem uma incessante guerra de todos contra todos, onde nada é injusto, porque onde não há poder comum, não há lei e onde não há lei, não há injustiça.

Desta necessidade de se criar leis que possibilitem o convívio social, permitindo o desenvolvimento de cada um como pessoa, forma-se o Direito, que vem se aprimorando e se desenvolvendo há milhares de anos.

A primeira divisão que se encontra na história da Ciência do Direito foi feita pelos romanos, entre Direito Público e Direito Privado, a qual se baseava no critério da *utilidade* pública ou particular da relação REALE (2000). Ainda hoje há autores que acreditam na existência dessa divisão, porém ela não é mais concebida da mesma maneira. O que se vê hoje é

que essa fronteira que divide o Direito Público e o Direito Privado não é tão impermeável, pelo contrário, nela existem brechas, as quais permitem uma certa comunicação entre eles. De fato, não poderia ser diferente, pois ao mesmo tempo em que existe o princípio da autonomia individual, as liberdades e os direitos fundamentais dos cidadãos, tem-se também o conceito jurídico da ordem pública (poder de polícia). Desta forma, os interesses pessoal e público entram em conflito, uma vez que ambos têm direitos assegurados para uma mesma causa ou questão. Nestes casos, denominados como *hard cases*, deve-se fazer a ponderação de interesses, isto é, pesar e comparar os direitos contrapostos.

O choque de interesses que ocorre nestes casos não pode ser resolvido com a mera aplicação daqueles critérios clássicos para a resolução dos conflitos normativos (cronológico, especialidade, hierárquico), porque estes conflitos não envolvem regras e sim princípios, os quais não se submetem a simples subsunção, sendo necessário uma ponderação de interesses para a resolução do caso concreto.

Tendo em vista tudo que foi exposto, este trabalho tem como objetivo refletir a respeito das seguintes perguntas: em que casos o Poder Público, alegando a proteção da segurança nacional, pode intervir nas liberdades individuais da pessoa? Até que ponto o poder do estado pode se fazer valer em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais?

Por tal razão, cabe aqui se analisar ambos os direitos às liberdades individuais, mais especificamente o direito à informação, e o poder de polícia estatal, fazendo uma ponderação entre esses direitos, tendo em vista o princípio basilar pelo qual se pauta todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Com a vitória da burguesia na Revolução Francesa inaugurou-se uma nova etapa histórica, a chamada Época contemporânea, marcada pela suplantação do antigo regime e a ascensão do poder político pela burguesia, que pôde concretizar suas propostas de caráter liberal criando um Estado mínimo.

A partir de então, em reação ao contexto pré-revolucionário, o Estado passou a atuar de maneira a interferir o menos possível tanto na economia, quanto nas relações entre os indivíduos. De acordo com essa lógica liberal burguesa, o mercado é que deveria regular a economia, a circulação de riquezas não podia sofrer nenhum tipo de restrição. A característica auto regulável do mercado, ilustrada tantas vezes na obra de Adam Smith como sendo uma mão invisível, demonstrava que não era necessária a interferência estatal.

Nesse sentido, o indivíduo, e não a coletividade, estava no cerne da sociedade, ele tinha os seus direitos, agora positivados, que não poderiam sofrer nenhum tipo de interferência pelo Estado. Assim, institutos hoje existentes no Direito Civil como a Lesão (desproporção entre as prestações do contrato; a pessoa deve ser “inexperiente ou estar em necessidade”), o Estado de Perigo (necessidade de se salvar de um dano) e a resolução do contrato por onerosidade excessiva (Teoria da Imprevisão) eram impensáveis até bem pouco tempo atrás. Os contratos eram vistos como o meio pelo qual era possível estabelecer a circulação de riquezas, assim, a autonomia da vontade, a obrigatoriedade e a relatividade dos contratos eram imprescindíveis para a livre atuação dos mercados, não se cogitando a interferência do poder público na vontade das partes.

Influenciado por essa ideologia liberal burguesa que o Código Civil de 1916 construiu suas bases, estabelecendo como princípios fundamentais a propriedade e o contrato, ambos

entendidos como instituições em que manifestam a plena autonomia do indivíduo, e os quais priorizavam o “ter” ao “ser” MORAIS (1999, p.14).

O Código Civil de 1916 consagrou, pois, ao abraçar os três princípios basilares do liberalismo, a supremacia da vontade das partes, que só encontrava limites na ordem pública, ou seja, em situações extremas como a de guerra e revolução.

Interessante notar, ainda, que o princípio do *pacta sunt servanda*, à luz do Código Civil de 1916, era tido como absoluto. Mesmo a noção de *rebus sic stantibus* (desde que as coisas permaneçam iguais), que já era utilizada no Direito Romano, foi totalmente esquecida, de modo que a obrigatoriedade dos contratos não podia ser relativizada.

Mas, já no início do século XX, o Código se mostrava incoerente com a nova realidade econômica e social estabelecidas.

A partir de 1930, o liberalismo começou a entrar em decadência, sendo suplantado pela teoria Keynesiana. Esta teoria pregava uma maior intervenção do estado na economia. A crise de 1929, marcada pelo *crash* da bolsa de valores de Nova York iniciou essa nova doutrina em solo americano através do *New Deal*, modelo pensado pelo então presidente Roosevelt, que conseguiu superar a crise com a atuação intensa do Estado. Ao mesmo tempo, na Europa cristaliza-se o Estado do bem-estar social, o *Welfare State*, em que o Estado tinha a responsabilidade de proporcionar a todos os cidadãos as condições mínimas para uma vida digna e saudável.

Mesmo o Código Civil começou a perder a sua centralidade. Para se adaptar às novas transformações, criou-se a necessidade de ampliar a produção de legislação especial. Nesse sentido, diversas leis extraordinárias extravagantes foram criadas a partir dos anos 40/50 e, já nas décadas de 70/80, se deu o início da “era dos estatutos”. Muitas leis, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a regular determinadas matérias de maneira oposta ao Código Civil. Segundo Orlando Gomes, a conjuntura já demandava uma

mudança nos próprios pilares do Código Civil, razão pela qual ele aos poucos foi deixando de condensar e exprimir os princípios gerais do ordenamento, para disciplinar matéria residual MORAIS (1999).

A partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, questões referentes às relações de direito privado foram deslocadas para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. A Constituição estabelece princípios que devem nortear a interpretação e a integração de todas as normas de nosso ordenamento jurídico, especialmente aquele que é considerado como o pedestal normativo, que deve estar acima de todos os outros, a Dignidade da Pessoa Humana. Houve assim a emigração dos princípios do Direito Civil para o Constitucional, o que foi chamado pela Professora Maria Celina Bodin de Moraes de a “despatrimonialização do Direito Civil” MORAIS (1991. p. 21).

Desta forma, a Constituição Federal brasileira veio aglutinar direitos imprescindíveis à pessoa, estabelecendo novos princípios e diminuindo a liberdade exagerada das partes. No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 mitigou os princípios basilares do Código revogado, instituindo, para tanto, o princípio da *boa-fé objetiva* (arts. 113 e 422 do novo Código), que veio a mitigar a autonomia das vontades, a *resolução do contrato por onerosidade excessiva* (arts. 317 e 478, ambos do CC 2002), que relativizou o princípio da obrigatoriedade dos contratos e a *função social dos contratos* (art. 421 do CC 2002) que empregou nova interpretação à relatividade dos contratos.

Com as novas exigências da vida moderna, o conceito de poder público evoluiu, ampliando as áreas de influência do Estado. Assim, em um primeiro momento tem-se o liberalismo, o qual assegurava o livre exercício dos direitos subjetivos dos indivíduos, dentre os quais a liberdade, tornando a interferência do Estado nesses direitos uma mera exceção. Ela só

era permitida para assegurar a ordem pública (polícia de segurança). Num segundo momento, o Estado Liberal começa a se transformar em intervencionista, priorizando o interesse público em detrimento do interesse do particular. A sua atuação é ampliada na medida em que ele também passa a assegurar a ordem econômica e social, mesmo que para isso tenha que atingir a relação entre particulares DI PIETRO (2003).

Nesse sentido, o poder público aumentou expressivamente o seu raio de atuação a partir do momento em que ele não mais se limita a assegurar a ordem pública, mas também a ordem econômica e social.

Em suma, essa síntese histórica mostra que, nas últimas décadas, cresceu a intervenção do Poder Público na esfera antes reservada aos particulares. No campo dos negócios jurídicos, sentimos uma ampliação da restrição e limitação da autonomia da vontade. Assim, com a crescente intervenção do Poder Público na autonomia individual, é natural que os conflitos envolvendo essas partes também aumente, uma vez que enquanto o Estado quer fazer valer seu “poder de polícia”, limitando direitos, os particulares querem fazer prevalecer suas liberdades, daí sendo necessário pensar em instrumentos para a resolução desses conflitos.

2. PODER DE POLÍCIA

Praticamente todo o Direito Administrativo cuida de temas que colocam em tensão a autoridade da Administração pública e a liberdade individual, isto é, de um lado os cidadãos querem exercer plenamente os seus direitos, de outro a administração, através de seu poder de polícia, deve condicionar o livre exercício desses direitos ao bem-estar da coletividade. Cabe

esclarecer que essa tensão não significa incompatibilidade, uma vez que os próprios limites impostos pela atuação estatal visam a garantir o direito individual e a liberdade de cada pessoa DI PIETRO (2003).

A idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo pois tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado. Themístocles Brandão Cavalcanti diz que o poder de polícia trata de limitação à liberdade individual, mas tem por finalidade assegurar justamente esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem DI PIETRO (2003).

Porém, cabe esclarecer que o Poder Público não atua somente nos casos em que há o exercício abusivo de um direito por parte dos indivíduos, ele também pode intervir em situações em que o próprio exercício regular do direito enseja a atuação estatal, uma vez que mesmo esse exercício limitado pode acarretar em um prejuízo para a sociedade. Como exemplo, podemos citar as hipóteses de intervenção do Estado na propriedade, em que o Poder Público limita o exercício da propriedade de uma pessoa, utilizando-se de seu poder de império. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “toda intervenção visa ao atendimento de uma situação de interesse público e, sendo assim, há de justificar-se a atuação estatal, mesmo contrária ao interesse do particular” CARVALHO FILHO (2008. p.689).

Como se pode perceber, a importância desse assunto é crucial, pois ela enseja inúmeros conflitos estabelecidos entre os indivíduos e o Estado, uma vez que muitas vezes ambos têm direitos assegurados sobre a mesma causa. A questão é saber até onde vai o direito de cada um e em que casos a alegação do interesse da coletividade deve superar o interesse individual.

Em suma, o fundamento do poder de polícia, segundo DI PIETRO (2003), é o princípio da predominância do interesse público sobre o do particular, que estabelece uma posição de superioridade da administração sobre os administrados.

Tendo isso em vista, pode-se extrair uma diferença entre o conceito clássico e o conceito moderno de poder de polícia. Enquanto o primeiro justificava a limitação dos direitos individuais por parte dos particulares em função do benefício da segurança, hoje o foco está no interesse público (e isso inclui segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade).

No direito brasileiro o conceito de poder de polícia está no Art 78 do Código tributário Nacional: “*considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público (...)*”.

3. PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Nas hipóteses dos chamados *hard cases*, em que existem duas respostas ótimas sem que se possa aplicar qualquer dos critérios clássicos para a resolução dos conflitos normativos (cronológico, especialidade, hierárquico), tendo em vista que esses conflitos não envolvem regras e sim princípios, os quais não se submetem a simples subsunção, abre-se a possibilidade de se usar uma técnica que visa a determinar qual a melhor medida a ser adotada, qual seja a da Ponderação de Interesses.

Daniel Sarmento, em seu livro “Ponderação de Interesses na Constituição Federal”, define e técnica da ponderação de interesses e estabelece duas tarefas que devem ser cumpridas a fim de se utilizar a referida técnica SARMENTO (2003).

A primeira tarefa é verificar se os princípios constitucionais efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmoniza-los. Portanto, deve o intérprete buscar a demarcação do campo normativo de cada princípio envolvido, para verificar se a hipótese está realmente compreendida no âmbito de tutela de mais de um deles.

Constatada a confrontação de dois princípios constitucionais, a segunda tarefa, segundo o referido autor, consiste no dever do intérprete, à luz das circunstâncias concretas, de impor “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável a sua convivência com o outro.

Mas, segundo SARMENTO (2003), o operador deve se pautar por parâmetros racionais e controláveis. Assim, primeiro o intérprete deve comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para isso, ele deve adotar como norte a taboa de valores subjacente à CF. É claro que não há uma escala rígida de interesses e valores, mas isso não quer dizer que ela empreste a mesma relevância a todos os interesses abrigados por ela.

Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico, que só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto. Assim, quanto maior o interesse específico, menor é o nível de restrição ao interesse protegido.

As restrições do interesse em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: adequação (a restrição de cada um dos interesses deve garantir a sobrevivência do outro); necessidade (tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto); proporcionalidade (o benefício deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico).

Além do objeto deste trabalho, pode-se citar outros exemplos, dados por SARMENTO (2003), em que princípios constitucionais estão em tensão e que a ponderação de interesses se mostra a técnica adequada à solução do conflito: a) atos de disposição do próprio corpo: o Estado proíbe o ato de dispor do próprio corpo, impedindo que os indivíduos atuem segundo a sua vontade (amputees by choice, wannabes; mudança de sexo); b) prova ilícita e proporcionalidade: verdade material e instrução penal vs. respeito aos direitos fundamentais das partes; c) exame de DNA e investigação de paternidade (direito à incolumidade física do suposto pai vs. direitos patrimoniais decorrentes da filiação, bem como o direito moral de a pessoa saber quem é o próprio pai).

4. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem utilizando com frequência o princípio da ponderação de interesses para solucionar litígios. Vejamos alguns casos interessantes em que os Ministros do STF se socorreram da técnica da ponderação de interesses para julgar o caso concreto.

Em um importante julgado, o Ministro Cezar Peluso (HC 89544/RN, julgado em 14.4.2009) salientou a tensão existente entre a soberania dos veredictos instituída pela Constituição Federal e o princípio da “*ne reformatio in pejus*” indireta. Segundo o Ministro, de um lado, a Constituição da República reconhece a instituição do júri e a soberania de seus veredictos (art. 5º, XXXVIII, da CRFB), mas de outro assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CRFB).

Assim, segundo ele, ambas as garantias, as quais constituem cláusulas elementares do princípio constitucional do devido processo, devem ser interpretadas sob a luz do critério da chamada concordância prática, que consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas, ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum.

Ressaltou que tal situação seria decorrência lógico-jurídica do princípio da unidade da Constituição, e cuja *ratio juris* estaria em garantir a coexistência harmônica dos bens nela tutelados, sem predomínio teórico de uns sobre outros, cuja igualdade de valores fundamenta o critério ou princípio da concordância. Acrescentou, nesse sentido, ser consolidada a jurisprudência da Corte, ao estabelecer que o juiz o qual venha a proferir nova decisão, em substituição à cassada no âmbito de recurso exclusivo da defesa, está limitado e adstrito ao máximo da pena imposta na sentença anterior, não podendo de modo algum piorar a situação jurídico-material do réu, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus* indireta.

Veja-se, pois, que o Ministro Cezar Peluso utilizou-se da técnica da ponderação de interesses, mas nomeou-a de princípio da concordância prática.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 79512/RJ (julgado em 16.12.1999 pelo Tribunal Pleno) chama a atenção para o fato de que, muitas vezes, não cabe ao interprete fazer a ponderação, uma vez que o próprio constituinte já o fez e elegeu um valor em detrimento de outro. Segundo o Ministro, nos casos da inviolabilidade de domicílio, foi a própria Constituição que ponderou os valores contrapostos e optou, em prejuízo da eficácia da persecução criminal, pelos valores fundamentais da dignidade humana. Veja-se a interessante constatação de a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não

compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

Por fim, para demonstrar um outro caso (HC 82424 / RS, julgado em 17/09/2003, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa) em que a ponderação de princípios constitucionais foi utilizado pelo STF, podemos citar o importante julgado em que se estabeleceu que a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, não podem ser protegidas pelo princípio da liberdade de expressão. Segundo o STF, essa garantia constitucional não é absoluta, de modo que o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Assim, as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CRFB, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Desta forma, na ponderação do caso concreto, o STF conferiu prevalência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Assim, pode-se concluir que a técnica da ponderação tem uma relevante utilização prática e vem sendo utilizada com propriedade pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais, analisando o caso concreto, definem qual dos interesses em jogo deve prevalecer.

5. SEGURANÇA NACIONAL E O DIREITO À INFORMAÇÃO

O presente trabalho trata da tensão existente entre o poder de polícia do Estado e as liberdades individuais da pessoa.

Nesse capítulo abordar-se-á esse conflito de uma forma mais específica, analisando como se dá a tensão entre a atuação estatal que, em nome da proteção da segurança nacional, restringe o direito à informação dos cidadãos. Assim, temos, de um lado, o direito dos indivíduos à informação e, de outro, o direito do Estado em reter as informações, alegando a proteção da segurança da coletividade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) tratou deste assunto, positivando em seu artigo 5º, XIV o direito à informação, já assegurados por diversas fontes, como a Declaração Universal dos direitos Humanos e o Convênio Europeu de Direitos Humanos.

Mas ao mesmo tempo em que a Constituição assegura a todos o acesso à informação, ela também resguarda o direito do Estado. Essa tensão é tratada de forma muito clara no Art. 5º, XXXIII, o qual preleciona que “todos têm direitos de 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”.

Assim, segundo este inciso, não haveria dúvidas de que o Estado tem sempre a prerrogativa de impedir a divulgação quando desta puder sobrevir uma ameaça à Segurança Nacional.

Porém, a questão não parece tão simples, uma vez que a aferição da gravidade que uma informação pode provocar é um tanto subjetiva, tornando a ponderação de interesses a melhor solução na hora de resolver esse tipo de conflito. Segundo SARMENTO (2003), o método da ponderação caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que se manifestou o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no caso afiguram-se determinantes para

a atribuição do 'peso' específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.

Caso o conteúdo do art. 5º, XXXIII da CRFB fosse sempre levado em consideração como argumento em prol do Estado, correríamos o risco de permitir o uso do poder arbitrário, como acontece tantas vezes em um estado de guerra. Nessas situações, pelo fato de a Segurança Nacional estar muito frágil e suscetível, o Estado acaba por restringir de forma massante o direito à informação, inerente a todos os cidadãos.

Os atos do governo devem ser públicos e devem estar disponíveis a qualquer pessoa, porque a influência no comportamento humano decorre da inegável ingerência do Estado na vida individual e coletiva e da consequente importância que os atos governamentais têm para a vida de todos os membros da comunidade. Direito da população de receber informação oficial é uma forma de concretização da participação popular e democrática nos assuntos do governo.

A Lei 8159/91 que dispõe sobre os arquivos públicos e privados, que veio a complementar o dispositivo constitucional que assegura o direito de receber informação oficial, repete as restrições contidas na CRFB: segurança do Estado e da sociedade e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Os documentos que versarem sobre essas matérias são considerados informação sigilosa.

O art. 24 da referida Lei determina que mesmo cuidando-se de documento sigiloso, o Poder Judiciário pode mandar sua exibição reservada se for indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação da parte. Tal limitação é inconstitucional, pois sempre caberá ao Judiciário determinar a exibição reservada de qualquer documento, pois a ele incumbe avaliar se realmente é caso de sigilo ou não, bem como ponderar se o sigilo deve preponderar ou não sobre o direito de informação (assim inclui-se também a defesa de interesse difuso ou coletivo).

A classificação de uma informação como sigilosa é ato discricionário da administração pública, ficando o ato sujeito ao controle jurisdicional.

Nesse sentido, pode-se perceber que as legislações que molduram o direito de informação mencionam, como limites, expressões como “Segurança do Estado” ou “ordem pública”, que são vagas o bastante para tornar extremamente instável o direito e dependente da boa vontade do Governo, a não ser que o Judiciário seja forte o suficiente para afirmá-lo.

Assim, esse art. 5º, XXXIII da CRFB não pode ser encarado como protetor de direito líquido e certo do Estado. Deve-se haver uma ponderação, a fim de sopesar os dois direitos no caso concreto para determinar qual deles deve prevalecer.

De acordo com SARMENTO (2003), o intérprete deve levar em consideração o peso genérico que a Constituição confere a cada interesse envolvido, pois apesar de não existir uma hierarquia das normas constitucionais, a Lei fundamental dá relevância diferente para cada uma. Da mesma forma que no direito norte-americano tanto a jurisprudência quanto a doutrina atribuem um maior peso às liberdades individuais - *preferred freedoms ou preferred rights* - o direito brasileiro também os prioriza em detrimento da segurança pública. Mas isso não quer dizer que não se pode haver ponderação entre eles, “pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança da coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses”, levando-se em conta, assim, o peso específico de cada um deles SARMENTO (2003).

Veja-se que as situações em que a Segurança Nacional é posta como fundamento da restrição às liberdades individuais, uma vez que estaria em jogo a segurança da coletividade em face das liberdades de indivíduos específicos, vem cada vez mais chamando a atenção tendo em vista a chamada “guerra contra o terror”.

Assim, interessante notar que países como os Estados Unidos da América criaram uma legislação específica para tratar dos casos que envolvam suspeitos de colaborar com o terrorismo. É o que veremos no capítulo seguinte.

Por fim, vale ressaltar que todos esses exemplos, como vimos na introdução, são *hard cases* e, por isso, de difícil resolução, uma vez que não existe um único direito sendo ameaçado, ao contrário, as duas partes envolvidas têm seus pedidos calcados em fundamentos constitucionais.

6. DIREITO COMPARADO E O CASO NORTE AMERICANO

No que diz respeito ao Direito Comparado, observa-se que tanto em Portugal, Argentina e Espanha há restrição constitucional do direito de acesso às informações públicas nos casos de segurança e defesa do Estado.

Nos Estados Unidos da América (EUA), a Suprema Corte vinha construindo uma doutrina que priorizava a liberdade de imprensa em detrimento do segredo das informações oficiais. As liberdades individuais eram postas como direitos invioláveis as quais deveriam ser respeitadas pelo Estado.

A importância das liberdades individuais é ressaltada de forma clara na primeira emenda à Constituição Americana, por meio da qual se garante a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

Essa realidade é reflexo da história dos Estados Unidos, que fundaram a sua república com base em mecanismos capazes de garantir as liberdades dos indivíduos, de modo que governo

algun pudesse oprimir, através da força, as liberdades individuais de seus cidadãos. Por isso, a lealdade teria que existir não em relação ao rei e sim à lei (governo das leis e não dos homens).

As dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, conhecidas como *Bill of Rights*, que começaram a vigorar em 1791, refletem essa ideologia. Afinal, era necessário estabelecer as liberdades dos cidadãos e determinar limites à atuação estatal, a fim de que existisse uma esfera sobre a qual não haveria interferência.

Conforme esclarece Burt Neuborne, professor de Liberdades Civis da Universidade de Nova York (NYU), desde que os eleitos democraticamente se mostraram capazes de violar os direitos individuais, tornou-se necessário inserir no texto original da Constituição uma série de direitos imutáveis os quais nenhum governo poderia ignorar. O Professor ainda chama atenção para o fato de que o *Bill of Rights* visa a proteger o indivíduo contra o Poder Público, mas não contra outros indivíduos nem a garantir direitos econômicos e sociais NEUBORNE (1997).

Nesse sentido, desde a sua criação como país livre e independente, os Estados Unidos afirmaram a sua repulsa à tirania e ao despotismo, deixando claro que não mais tolerariam qualquer ato de usurpação ou abuso de um governante contra seus cidadãos. Essa intenção ficou clara em diversos documentos, como a Declaração de Independência, de 1776, e o *Bill of Rights*, de 1791.

Contudo, com os atentados de 11 de setembro de 2001, o constitucionalismo norte americano sofreu um retrocesso, uma vez que a restrição às liberdades individuais passou a ser permitida em nome da guerra contra o terrorismo.

O sentimento de medo, que foi estimulado pelo governo, foi o propulsor e legitimador dos atos da administração. O poder executivo enviou ao Congresso um projeto de lei (*Patriot Act*), com mais de 350 páginas, no dia 19 de setembro, apenas oito dias depois dos atentados. A Lei foi batizada de *USA Patriot Act*, cuja denominação oficial é “Unindo e fortalecendo a

América, proporcionando ferramentas apropriadas e necessárias para interceptar e obstruir o Terrorismo” (*Uniting and Strengthening América by providing Appropriate Tools Required to intercept and a obstruct terrorism*).

O *Patriot Act* traz regras que contrariam os direitos conquistados e cristalizados no constitucionalismo norte-americano. Como exemplo, pode-se citar a Seção 213 do referido ato, segundo o qual os órgãos federais, notadamente o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), podem executar mandados judiciais de busca e apreensão de qualquer material que constitua evidência de uma ofensa criminal sem prévia notificação à pessoa investigada, quando houver uma causa razoável para acreditar que a notificação pode gerar resultado adverso ou houver necessidade para a apreensão. Ressalte-se que a comunicação da realização da busca ou apreensão pode ser atrasada por período razoável.

Assim, a referida disposição viola a quarta emenda na medida em que dispensa a comunicação, acabando com a garantia do indivíduo em poder fiscalizar o cumprimento dos estreitos limites do mandado, bem como com a faculdade de solicitar judicialmente a diminuição do alcance da determinação judicial.

Depois do *Patriot Act* o instrumento de poder dos órgãos executivos norte-americanos para obtenção de informações acerca dos indivíduos tornou-se discricionário. Veja-se, ainda, que a norma não está restrita à investigação de atos terroristas, sendo aplicáveis a todos os crimes federais.

Ressalte-se a seção 215, a qual permite ao FBI fazer um requerimento pedindo a produção de quaisquer dados pessoais (incluindo livros, registros, papéis, documentos), que sejam úteis para a proteção contra terrorismo internacional. Assim, o FBI pode ter acesso a toda base de dados das empresas administradoras de cartões de crédito; pode dirigir-se a uma biblioteca pública e requerer os registros de todos aqueles que já usaram, alguma vez, os serviços

da biblioteca; pode fazer o mesmo em relação a qualquer banco, companhia telefônica, hotel, motel, hospital ou universidade sob a mera justificativa de que informação é buscada para uma investigação voltada à proteção contra o terrorismo internacional ou atividades de inteligência clandestina.

Pode-se citar, ainda, a Seção 216 que estabelece que os tribunais são instados a conceder autorização para que agências governamentais encarregadas da investigação de possíveis práticas criminosas possam instalar dispositivos de interceptação de dados eletrônicos em qualquer computador ou provedor de acesso à internet, bastando, para tanto, uma declaração do advogado da união dizendo que a busca é relevante. Objetivo é refinar a busca por “padrões de comportamento suspeitos”.

Os dois remédios jurídicos existentes para coibir abusos em investigações criminais, a *exclusionary rule* (vedação da prova ilícita) e a ação civil por reparação de dano contra os agentes encarregados da investigação, ficaram ameaçados pelo *Patriot Act*, especialmente se considerarmos que sendo a atividade do governo preventiva, muitos dos investigados nunca chegarão à condição de réu na investigação judicial.

Ressalte-se que mesmo nove anos após os atentados de 11 de setembro, o *Patriot Act* continua em vigor.

Assim, os Estados Unidos, cujo constitucionalismo sempre foi conhecido pela prevalência das liberdades individuais, sofreu um grande retrocesso no que tange à proteção às garantias fundamentais de seus cidadãos.

Por fim, o *Patriot Act*, legitimado por acontecimentos específicos, mitigou direitos inseridos pelos *founding fathers* na Constituição Americana justamente para que nenhum governante pudesse ignorá-los. Desta forma a reafirmação dos direitos previstos no *Bill of Rights* deve ocorrer como forma de reforçar as garantias dos indivíduos contra o abuso do poder estatal,

devolvendo ao devido processo legal e à separação de poderes o seu papel de destaque no constitucionalismo americano.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pergunta-se: afinal, em que casos o Poder Público, ao alegar a proteção da segurança nacional, pode intervir nas liberdades individuais da pessoa? Até que ponto o poder do estado pode se fazer valer em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa?

Apesar das inúmeras críticas que se pode fazer a determinados atos estatais que restringem demasiadamente as liberdades individuais, não é razoável que se condene *a priori* qualquer intervenção estatal nos direitos do indivíduo.

Há de ser utilizado um caminho, que não seja nem o daqueles que, preocupados em reforçar e afirmar as liberdades, acabam fechando os olhos para as necessidades da segurança pública, nem tampouco o de outros que, em nome da segurança nacional, acreditam que as autoridades governamentais tenham o direito de restringir ilimitadamente as liberdades individuais, de modo a dar carta branca ao governo para simplesmente ignorar o *Bill of Rights*.

Um mecanismo capaz de alcançar um meio termo, no qual é possível manter todos os cidadãos, ao mesmo tempo, livres e seguros, é o da ponderação de interesses.

É importante que se confira, em uma situação que envolva um conflito de interesses, um peso específico relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida um cederá espaço ao outro.

Há uma ponderação entre princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro. Assim, deve-se saber se é possível harmonizá-los antes de suprimir um pelo outro.

Por fim, deve-se ressaltar que existe um conteúdo mínimo de direitos, o qual não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito. Seria o núcleo essencial, que traduziria o limite dos limites, protegido de qualquer espécie de restrição. Dentro deste núcleo, podemos colocar o devido processo legal. Ele é o princípio básico de uma sociedade democrática e, longe de permitir a instauração da insegurança, ele é mecanismo por meio do qual é possível coadunar restrições a certos direitos com a manutenção da liberdade.

Ressalte-se, por fim, que se hoje é possível lutar pela aplicabilidade dos princípios e pleitear por soluções que não dêem mais prioridade ao “ter” em detrimento do “ser” (MORAIS, 1999), ideologia que influenciou o Código Civil de 1916, e sim considerar a dignidade da pessoa humana, privilegiando as situações existenciais, devemos agradecer à Constituição Federal de 1988 e a atuação dos representantes do grupo “progressista” nos debates gerais da Comissão Arinos (CITTADINO, Gisele. 2000.p.35), os quais possibilitaram a construção de uma sociedade mais justa e mais humana.

Com o *Título 1 – Dos Princípios Constitucionais*, os princípios foram incorporados à Constituição, convertendo o sistema de direitos fundamentais no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, criando, assim, as chamadas normas- princípios CITTADINO (2000.p.12).

Nesse sentido, pode-se perceber que se hoje é possível estudar *hard cases* e utilizar princípios como forma de defender a justiça e a razoabilidade das decisões é em virtude da nossa Constituição cidadã (como ela foi chamada por Ulysses Guimarães).

No presente trabalho, objetiva-se mostrar um caso específico em que ocorre um choque de direitos, garantidos constitucionalmente e que a resolução do caso requer uma análise casuística para aferição da preponderância de determinado princípio em detrimento de outro. Direito às liberdades individuais ou poder de polícia estatal? Qual deve prevalecer? A resposta será sempre: depende.

Assim, é importante que todos os integrantes da comunidade de intérpretes tenham a noção de que têm uma importante arma nas mãos, a qual pode ser utilizada das maneiras mais diversas e que pode garantir-lhes a construção de um mundo mais justo e democrático.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.
_____. Lei nº 8159/91 de 08 de janeiro de 1991.
_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CITTADINO, Gisele. “*Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- MORAIS, Maria Celina Bodin de. *O Direito Civil Constitucional*. Arché, ano VIII, número 24, 1999.
- MORAIS, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil, vol. 65
- NEUBORNE, Burt. “*An Overview of the Bill of Rights*” in *Fundamentals of American Law* (William J. Brennan and Alan Morrison, ed., Oxford University Press, 1996)
- PIETRO, Maria Zanella Di. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- SPAETH, Harold J. SMITH Edward Conrad. *Constitution of the United States*. 13 th edition. HarperCollins college outline series. 1987.