

Jul./Dez. de 2013

DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E UM AMÁLGAMA QUIXOTESCO DE INTEGRIDADE, PONDERAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

RIGHT TO PRIVACY X RIGHT TO FREEDOM OF INFORMATION AND A “AMALGAM QUIXOTESCO” OF INTEGRITY, WEIGHTING AND DISCRETION

Nelson Juliano Cardoso Matos¹
Diego Antunes de Melo Falcão Teixeira²
Graco Araújo Guida de Miranda³

Recebimento em outubro de 2013.
Aprovação em novembro de 2013.

Resumo: O tema a ser debatido aqui é a problemática dos casos concretos em que dois princípios do ordenamento, direito à privacidade e liberdade de informação, fornecem respostas diferentes para o caso concreto. A argumentação terá como escopo mostrar que os tribunais apesar de utilizar retórica de ponderação (R. Alexy) e integridade (R. Dworkin) fazem uso da discricionariedade (H. Hart).

Palavras-Chave: Conflito de princípios. Direito à privacidade x direito à liberdade de informação. Integridade. Ponderação. Discricionariedade Judicial.

Abstract: The topic to be discussed here is the problem of concrete cases in what two principles of the legal system, the right to privacy and freedom of information, provide different answers to the case. The argument will aim to show that the courts, despite using rhetoric of ponderation (R. Alexy) and integrity (R. Dworkin), are using judicial discretion (H. Hart).

Keywords: Collision of Principles. Right to privacy x Right to freedom of information. Integrity. Ponderation. Judicial Discretion.

Introdução

O tema a ser debatido aqui é a problemática dos casos concretos em que dois princípios do ordenamento jurídico parecem não convergir para a mesma decisão. O texto será desenvolvido a partir de um caso em que há colisão entre o princípio do direito à privacidade e o do direito à liberdade de informação. Julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o caso refere-se ao julgamento, em segunda instância, onde o autor da ação, um vereador de Parnamirim/RN, recorre à Justiça buscando indenização por invasão à privacidade, alegando a existência de duas matérias no *Jornal de Hoje* (RN Gráfica e Editora Ltda.) que supostamente ligavam o apelante de forma irresponsável e dolosa a cargos

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Recife-PE, Brasil. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UnB e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí-UFPI, Teresina-PI, Brasil. Email: nelsonmatos@ig.com.br

² Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Teresina-PI, Brasil.

³ Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Teresina-PI, Brasil.

comissionados “fantasmas” de uma companhia de processamento de dados, ligada ao poder público, chamada Datanorte.

Em outras palavras, a notícia informava que o vereador recebia remuneração da empresa sem de fato prestar o serviço para o qual era pago. O periódico, por outro lado, defendia que apenas exerceu objetivamente seu direito à liberdade de imprensa e ao livre acesso à informação, interpretação esta que foi a preferida pelo tribunal.

Mas todas essas considerações são ulteriores e ligadas a uma pergunta subjacente que se faz mister responder: Por que as pessoas recorrem à justiça? A resposta mais simples é asseverar que as leis ou os tribunais consagraram tal direito no decorrer da história. Esse positivismo exacerbado é bastante útil para a técnica do direito, mas requer um maior aprofundamento no âmbito da ciência jurídica. A tese aqui desenvolvida é que as pessoas recorrem ao direito por dois motivos básicos: a) porque as pessoas têm expectativas generalizadas de comportamento e sobre o que as próprias normas significam e b) porque qualquer direito que tenha a pretensão de ser democrático parte necessariamente dos direitos que os indivíduos atribuem a si mesmos.⁴

Sob o primeiro aspecto, o que se afirma é que o direito não é de fato criado. Há em monta um conjunto de expectativas comportamentais e cognitivas da sociedade. O que o legislador faz é transformar esse tipo de expectativa da sociedade em expectativas normativas, ou seja, em normas a partir da seleção, da escolha do que ele considera de mais importante para a sociedade. Tal expectativa escolhida é positivada, o que permite melhor estabilizá-la, afinal, o direito é relevante no processo do desenvolvimento social.⁵

Eventualmente há, no ambiente social, uma generalização de frustração sob determinado tema. O legislador com interesse político de resolver a matéria não cria, sim seleciona o direito que a população já o “criou”, transformando-o em norma. Ademais, o próprio juiz também não cria o direito, seleciona expectativas da sociedade sobre as normas, ou seja, decide assumindo que a resposta é pressuposta pela sociedade. Em brevíssimo, as pessoas procuram as leis porque elas próprias foram idealizadas a partir das demandas sociais.

⁴ Indicam esse caminho: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 113.

⁵ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 8-15.

Mas não só isso, as pessoas também recorrem à justiça porque elas mesmas deram a si alguns direitos, a própria construção do direito deve ser feita a partir dos discursos da sociedade, de seus entendimentos. É preciso que o legislador aponte os consensos que a sociedade elaborou, mesmo que sejam precários e temporalizados. Assim é que a contemporaneidade é incapaz de aceitar que o direito seja direito apenas porque um legislador é autorizado por autoridade supostamente competente para fazê-lo.

Assim, até o juiz, que está vinculado à norma, partilha o seu significado com a comunidade lingüística. São os debates, os discursos que os especialistas utilizam que devem corroborar, pelo menos em parte, com o que a sociedade valoriza, ou seja, a legitimidade de qualquer pretensão normativa que tenha pretensão jurídica é que seja considerada democrática.

Pelo já exposto, pode-se perceber a importância e a dificuldade do caso considerado. Por um lado, há uma expectativa não só comportamental, mas pela sua importância também normativa de que se respeite a privacidade de cada um dos indivíduos que compõem o Estado e que foram os próprios indivíduos que atribuíram a si mesmo tal direito, mas, por outro lado, há igualmente uma expectativa de que a imprensa possa cumprir, em um regime democrático, sua função livremente.

Destarte, é que o apelante sentiu-se no direito de requisitar ao Direito que cumpra sua função de manter o seu direito à privacidade, que o periódico infringiu de forma dolosa o seu direito fundamental à privacidade e à honra. Já o apelado, sentiu-se no direito de exaltar outro dos princípios fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, quais sejam, o direito à liberdade e o que garante o acesso à informação.

Feita a identificação do entrevero, ele precisa, de alguma forma, ser resolvido. Como decidir se os dois direitos parecem ser igualmente fortes? Como os juízes decidem, na realidade, casos como esse? A argumentação de tal questão será deixada a cargo de teóricos que se dedicaram mais propriamente a tal tema; se perceberá que debaixo da retórica da ponderação de Alexy e do direito como integridade de Dworkin, há uma empiria que mostra-se mais próxima do que se imagina da discricionariedade de Hart.

O Amálgama Quixosteco de Ponderação e Integridade

Na decisão do caso em questão, o Tribunal alegou realizar uma ponderação entre os princípios e, além disso, justificou sua decisão a partir da consideração de algumas decisões

anteriores. Uma análise desavisada poderia concluir que aí se concretiza a aplicação de duas grandes teorias a respeito de decisões desse tipo. Essa dita “ponderação entre os princípios” parece remeter a Robert Alexy e a “fundamentação em precedentes” a Ronald Dworkin.

Todavia, analisando os pormenores da aplicação do direito no Brasil, em especial no caso analisado, perceber-se-á que a realidade jurídica brasileira está longe de ser o exemplo perfeito da concretização de tais teorias.

Dworkin defende que, no processo interpretativo do direito, as próprias práticas da sociedade personificada irão reconstruí-lo. Esse processo de interpretação construtiva é dividido em três partes fundamentais: a primeira pré-interpretativa, que consiste na identificação de padrões e regras já utilizados em casos semelhantes, a segunda é a interpretativa e se traduz na busca de uma justificação para as regras e padrões identificadas na etapa anterior e, por fim, a etapa pós-interpretativa, na qual ocorre o ajuste entre a prática identificada na etapa pré-interpretativa e a justificação da etapa interpretativa.⁶

O produto de uma interpretação não é algo estático, imutável. Algo que é incontestável em uma época, em outra, pode passar a sofrer várias críticas. Por isso, uma interpretação que antes era considerada radical, pode vir a se tornar aceitável em outro momento. Por isso, Dworkin acredita ser tão importante o estudo das decisões judiciais, já que o Direito é um romance em cadeia, cada voto de qualquer juiz é um capítulo deste romance.⁷

O que Dworkin busca é discutir como seria possível guiar e restringir o poder de coerção do direito através de uma teoria interpretativa que trabalhe com uma comunidade de princípios, onde tanto o sistema de direitos como o de responsabilidades sejam coerentes. Para isso, sustentará a existência de uma virtude política diferente das tradicionais. Uma interpretação que busque comprometimento com a segurança jurídica deve passar pelos filtros da justiça, devido processo legal, e equidade, configurando uma perspectiva hermenêutica denominada integridade. Ela diz respeito ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade.⁸

Segundo Dworkin, é mais fácil entender a interpretação construtiva do direito se considerarmos a integridade como uma virtude política, dividindo-a em duas exigências:

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 81-2

⁷ DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 109-112.

⁸ DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 116-202.

integridade na legislação – os legisladores devem produzir leis coerentes com princípios – e integridade no julgamento – os juízes também devem atuar conforme os princípios.⁹

Contudo, não se pode acreditar que o aperfeiçoamento dessa virtude se dê de maneira simples. Para que a integridade seja efetivada, pressupõe-se uma comunidade profundamente personificada. Pressupõe também que esta busque sempre a aplicação dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal, e que honre essas virtudes. A idéia de integridade política personifica a comunidade como um agente moral, atuante, pressupondo que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos.¹⁰

Para que uma interpretação construtiva seja considerada bem sucedida, é mister um reconhecimento da integridade como ideal político. Ou seja, ela seria a chave para a melhor interpretação construtiva do direito e da maneira como os juízes devem decidir nos tribunais.

No que diz respeito à maneira como o juiz deve decidir, Dworkin elege, como modelo direcionador para esses procedimentos, a figura do juiz Hércules. Essa figura se identifica como um juiz que não só acata as leis, mas também tem a crença de que os juízes têm o dever geral de considerar as decisões anteriores dos tribunais. Ele precisa, além de desvendar qual é a intenção da lei, compreender os princípios que são subjacentes a elas. Para isso ele precisa estudar a fundo a Constituição, tentando compreender suas regras, as interpretações judiciais anteriores e a filosofia política subjacente aos direitos ali dispostos.¹¹

Realizando o estudo dos precedentes, cabe ao juiz Hércules distinguir a sua força gravitacional nas decisões anteriores. Tal força gravitacional consiste na idéia de equidade, ou seja, os casos semelhantes devem ser tratados do mesmo modo. Para definir essa força de um precedente, Hércules deve analisar os argumentos de princípio que o justificam. O desdobramento dessas análises de precedentes feitas por Hércules servirão de base para um conjunto de princípios que fundamentam o direito costumeiro, considerando as justificações que são dadas nas decisões anteriores. Esse conjunto de princípios deve ser capaz de justificar coerentemente as decisões tomadas pela corte judiciária.¹²

⁹ DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 203.

¹⁰ DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 203-5.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 165-168.

¹² DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 176-182.

Não adentrando nas críticas feitas por Habermas a essa ideia de personificação da comunidade, nem no mérito de afirmar se a teoria de Dworkin é demasiadamente otimista ou se há mesmo uma única resposta correta para os casos difíceis, o que se verifica é que, em verdade, o esforço requerido pela tarefa hercúlea não é realizado, pelo menos por completo, no judiciário brasileiro. A realidade do nosso sistema jurídico atual, com sobrecarga do poder judiciário, que tem de julgar inúmeros casos em curto período de tempo, impossibilita a tarefa hercúlea de analisar profundamente o caso e buscar a solução correta.¹³

Isso, por si só, não renega de fato a verificação da teoria do direito como integridade no contexto brasileiro, afinal, o próprio Dworkin sabe que as tarefas de Hércules são incompatíveis com as possibilidades humanas. O que mais distancia a decisão do caso analisado da teoria de Dworkin é a observação dos precedentes.

Basta olhar as decisões para casos semelhantes ao aqui explicitado, onde o direito à privacidade entra em conflito com o direito à liberdade de informação, para perceber que há decisões fundamentadas para os dois lados. Ou seja, na realidade, o juiz até fundamenta sua decisão em decisões anteriores, mas elas não apresentam a tão almejada coerência entre si. Ocorre, então, que qualquer uma das decisões (seja a favor de um lado, seja a favor do outro) encontraria justificativa baseada em precedentes.¹⁴

Além disso, mesmo que a jurisprudência em relação aos casos semelhantes a esse fosse unificada, isso não necessariamente configuraria o direito como integridade. Afinal, para essa ideia de direito ser configurada, não basta apenas considerar as reiteradas decisões de um tribunal, é preciso uma listagem de todas as possíveis respostas que o caso possa fornecer, sendo a resposta a única resposta certa a que subsiste após o filtro da justiça, da equidade e do devido processo legal, algo que não foi realizado pelos magistrados apreciadores do caso aqui em deslinde.

Adita-se, ainda, que a força da tradição *civil law* dificulta, ressaltando as atuais transformações e de conjunção com a tradição anglo-saxônica, um processo decisório mais

¹³ Habermas alega que o fato de Hércules ser solitário impossibilita o aprimoramento de seus argumentos e nega ao mesmo o caráter de um interlocutor qualificado, faltando alguns pressupostos da teoria do discurso. Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen, op. cit.

¹⁴ Em outros contextos o direito a privacidade saiu vencedor: Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível : 71004491122. Brasil, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação : APL 03712182720088120001 MS 0371218-27.2008.8.12.0001

vinculado às idéias de coerência e integridade de Dworkin, que as preconizou sob o contexto diferente, o estadunidense.

Ainda averiguando o caso, percebe-se que os juízes, além de tentar mostrar a coerência de sua decisão com outras anteriores, alegam realizar uma ponderação entre os princípios em colisão. Tal argumento nos leva a crer que a proposta de Alexy estaria configurada nessa práxis judiciária.

Essa idéia é retirada da ciência da administração, baseada no “princípio da otimização” de Pareto. O próprio Alexy admite que ele não é o autor da ponderação, mas que ela é praticada pelos próprios tribunais, quando verificam uma colisão de princípios.

O mérito de Alexy, como o próprio sugere em “Ponderação, revisão constitucional e representação” é fazer a ponderação com segurança, utilizando um aspecto matemático para as decisões. Todavia, uma análise mais acurada da decisão em questão nos leva a perceber que essa suposta ponderação não se vale do rigor metodológico estabelecido pelo próprio Alexy.

É inegável a força que ganha, no que diz respeito ao hodierno debate sobre interpretação de direitos constitucionais, a chamada ponderação ou balanceamento. Tal prática deve ser regida, segundo Alexy, pelo princípio da proporcionalidade. Esse princípio é subdividido em outros três, a saber: princípio de conveniência, princípio de necessidade e princípio de proporcionalidade em sentido estrito. Tais princípios configuram a expressão da chamada ideia de otimização. Ou seja, buscam a sua realização na maior extensão possível, diante das condições fatuais e legais.

Os dois primeiros (conveniência e necessidade) atendem diretamente à ideia de otimização de Pareto, sendo relativos ao que realmente é possível. Já o terceiro subprincípio (proporcionalidade em sentido estrito), se refere à otimização frente as possibilidades legais. Tais possibilidades se definem essencialmente por princípios em colisão (concorrentes) e a ponderação é justamente a otimização relativa a esses princípios.¹⁵

Percebe-se então que a ponderação se configura em três estágios básicos: no primeiro se mede um grau de não satisfação a um primeiro princípio, em seguida verifica-se qual o princípio concorrente e por fim analisa-se se a importância de satisfazer o último princípio

¹⁵ ALEXY, Robert, Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse publico -IP*, Belo Horizonte, ano 14, n.71, p.16, jan./fev. 2012.

justifica a não satisfação do princípio anterior, que concorre com ele. Para realizar tais procedimentos, Alexy advoga a possibilidade de se estabelecer julgamentos racionais acerca da intensidade de interferência, dos graus de importância e sua relação um com o outro.¹⁶

Para defender a racionalidade da ponderação, Alexy faz uso de um sistema denominado fórmula do peso:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

Onde: I_i é a intensidade de interferência com um princípio P_i , como por exemplo a liberdade de informação do *Jornal de Hoje*; I_j corresponde à importância de satisfazer o princípio concorrente P_j , como, no caso aqui analisado, princípio do direito à privacidade; e W_{ij} significa o peso concreto de P_i .

Essa fórmula leva ao entendimento de que o peso concreto de um princípio é, na realidade, relativo. Trocando em termos, esse peso concreto será o resultado do quociente entre a intensidade de interferência com o princípio P_i e a importância concreta do princípio concorrente P_j .¹⁷

No caso em questão, o entendimento foi que, em casos onde a informação divulgada pela imprensa é de relevante interesse público, não se ofende o princípio da privacidade, prevalecendo o da liberdade de informação. Contudo, a decisão do tribunal não se valeu do rigor metodológico e da lógica inferencial tão defendida por Alexy. O que se verifica é que o termo “ponderação de princípios” é usado muito mais como recurso retórico do que como modelo de argumentação lógico-racional.

Não se utilizou, por exemplo, do princípio da necessidade, ou seja, não se questionou se os meios mais brandos foram utilizados para a consecução do fim proposto, ou seja, informar. O que se salienta é que não basta chamar de ponderação é uma proposta de interpretação que possui um método, uma receita a ser cumprida.

Ampliando a análise, observa-se que o próprio entendimento de “princípio” predominante no cenário brasileiro é divergente do sentido defendido por Alexy. Tradicionalmente, a doutrina jurídica brasileira considera como “princípios” as normas mais

¹⁶ Habermas critica a ponderação afirmando que ela não se baseia em padrões racionais, sendo capaz de produzir resultados, mas não de justificá-los. ALEXY, Robert, op. cit., p. 16.

¹⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 19.

basilares ou mais fundamentais de um sistema. Já Alexy, quando trata de “princípios” não faz referência a um “mandamento nuclear” de um sistema e sim à sua estrutura normativa.

Para Alexy, um princípio é um tipo de norma que não possui apenas o aspecto de validade (como é o caso das regras), mas também possui o aspecto de seu peso, sendo entendido como um mandamento de otimização. Assim, ele até pode ser um “mandamento nuclear” de um sistema, mas não necessariamente.

Como bem observa Virgílio Afonso da Silva, essa confusão conceitual sobre princípios muitas vezes passa despercebida e é comum se falar, trabalhando com a teoria de Alexy, em “princípio da legalidade” ou do *nulla poena sine lege* ou princípio da anterioridade, sendo que, usando os critérios defendidos por Alexy, essas normas são regras, não princípios. Contudo, ninguém ousa deixar esses “mandamentos fundamentais” de fora da categoria de princípios.¹⁸

Não se trata de afirmar que a classificação de princípios como disposições fundamentais é inválida ou menos adequada. Apenas atesta-se que ela não é compatível com a teoria de Robert Alexy sobre esse tipo de norma.

Virgílio, observando a recepção da discussão entre regras e princípios no Brasil, classificou um fenômeno denominado “sincretismo metodológico”. Ele mostra como diversas teorias incompatíveis, como as de Friedrich Muller e de Alexy, são usadas por muitos teóricos como se complementares fossem.¹⁹

Ora, o tribunal não dispendo de meios de para concretizar a integração, o juiz não sendo filho de Zeus com Alcmena, acaba por citar decisões anteriores apenas pra fortalecer sua decisão e não porque estão aplicando a integridade. E se, a despeito de afirmarem que “ponderaram” os princípios do caso, não seguem os procedimentos necessários preconizados por Alexy, não estão aplicando a sua teoria.

O que se vê na decisão do caso, é um sincretismo na aplicação mesma do direito. Cita-se ponderação, citam-se precedentes, contudo sem comportar os requisitos necessários para serem enquadradas em teorias como as até aqui comentadas (direito como integridade e ponderação).

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 614, 2003.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 626-7.

Ressalta-se que as teorias de Alexy e Dworkin não são necessariamente complementares, na verdade, em muitos pontos são até divergentes, o último assevera a única resposta correta, já o primeiro pondera a melhor resposta, mas não a única. O que se vê de fato, na conjuntura brasileira, é que há uma conjunção, um amalgama idealista entre duas teorias que parecem ser quase que contrárias.

Do Romantismo ao Realismo

A argumentação mostrou, até aqui, que a realidade das decisões brasileiras não aponta nem propriamente um direito como integridade e nem como ponderação. Na verdade, agora se delineará que apesar da retórica de justificação idealista de Dworkin e Alexy, o que se apresenta é uma teoria da discricionariedade, ou seja, que o real é bem mais semelhante ao que aponta H. Hart.

Hart é positivista, e como tal, em sua teoria é perceptível certa tautologia para o reconhecimento do direito, isto é, o que difere o direito de outras ordens sociais, tal como a moral, a ética, a religião e as convenções sociais é o fato de que o direito se reconhece como direito e não como outra ordem²⁰. Hart, então, não está afirmando que o conteúdo das regras de direito sejam essencialmente diferente das demais, mas pelo contrário, considera que as normas jurídicas têm um sentido de convergência a um comportamento habitual da própria sociedade. Para Hart, Direito, assim como fora para Hans Kelsen, é uma relação entre normas primárias e secundárias.²¹

As regras primárias, dizem respeito à conduta, ao que a sociedade definiu que é importante proteger, permitir e proibir, nesse lastro, é evidente que a moral, por exemplo, exerce grande influência no direito. Mas, a natureza jurídica não se focaliza nesse primeiro tipo de norma, mas no segundo, a que atribui sanção, competências, processos a serem seguidos, a criação de outras normas, ou seja, diferencia um caráter formal e estrutural do que seja o direito.

²⁰ Algo que Niklas Luhmann chamaria de diferenciação funcional do direito, ou seja, o fato do direito ser direito LUHMANN, Niklas. , op. cit., p. 17. Importante ressaltar que as opiniões de Luhmann e Hart em âmbito mais geral são diferentes, inclusive os prognósticos quanto a esses casos difíceis, até porque as perspectivas de análise o são, mas quem trata melhor da diferenciação funcional é Luhmann, mas todos os positivistas se dão o trabalho de identificar a forma do direito, Hart chama de natureza jurídica da norma. ²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 10-31.

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 90-130.

Todos esses aspectos gerais não são de maneira nenhuma baldados, visto que a discricionariedade, ou seja, o poder do juiz de decidir com menor vinculação ao direito nos casos difíceis está dentro desse contexto, na medida em que a própria decisão se constitui dentro de uma relação própria entre as normas primárias e secundárias.

Destarte, é que Hart elege que se o direito fosse considerado apenas normas de conduta haveria uma ineficácia social e institucional quanto à sua violação. A pressão social é difusa e imprevisível. É preciso, no dizer de Luhmann, que o direito faça um desafogamento das responsabilidades dos cidadãos, que instituições cumpram o papel de responsabilização de condutas.²² Para isso, Hart, elege uma norma secundária, chamada de norma de julgamento, que delimita competências e os processos que os juízes seguirão para determinar se alguém descumpriu de fato uma norma primária, atuando pela subsunção, caso seja um caso fácil. O grande problema novamente é dentro do âmbito dos casos difíceis.

É assim que Hart, contrapondo-se à Escola da Exegese e a autores como Kelsen e Bobbio que consideram que o ordenamento jurídico é perfeitamente coeso, um sistema que tem seus próprios meios de lidar com as aparentes antinomias, uma unidade que fornece a resposta subsuntiva a qualquer caso, admite que há casos em que a técnica não basta, casos como a apelação cível apreciada aqui, onde não há normas que permitam claramente reconhecer o direito correto a cada um dos lados.²³

Hart preconiza que o ordenamento não é plenamente hermético, não é completo e é lacunoso. Ao juiz não cabe somente a dedução, a atitude do magistrado é também de interpretação da norma. O problema das regras gerais é que em casos particulares podem surgir dúvidas de qual conduta é esperada. Assim, a própria linguagem é um obstáculo à norma geral que carece de interpretação. É o que ele chama de textura aberta do texto, em que a linguagem do texto é aberta demais para se fazer a subsunção, onde a conduta ou diz respeito a um só princípio amplo demais que não permite clarificar os exatos limites do legal,

²² Indica: LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 30. HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 101-9.

²³ Importante ressaltar que para Kelsen há uma resposta dentro do que ele chama de moldura hermenêutica, ou seja, dentro da própria norma há previsão para respostas diferentes, como no caso de uma lei penal que preveja tempo de reclusão de seis a dez anos de cadeia, assim o juiz também cria direito, mas a concepção é muito diferente da Hart pela maior vinculação ao direito nos casos difíceis: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979. E para Bobbio, há um caso especial em que os critérios hermenêuticos da hierarquia e da especialidade se contradizem cabendo ao juiz observar a ordem e o contexto social para decidir, mas não aprofunda essa discussão, então, preferiu manter a argumentação com Hart, Dworkin e Alexy: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ou, em casos ainda mais desafiadores, em que há pelo menos dois fundamentos em relação de conflito.²⁴

Esta última configuração se dá no caso exposto, em que o apelante exalta o princípio do direito à privacidade para requerer danos morais a publicação do jornal por achar que a ligação de destaque ao seu nome dado pelo periódico e a denúncia ao esquema de corrupção dos cargos comissionados em uma empresa pública do Rio Grande do Norte é desvirtuante a sua honra; já o apelado evoca o princípio do acesso à informação configurado no princípio da liberdade de imprensa, afirmando que as denúncias não tiveram cunho subjetivo, mas que a imputação foi objetiva e de acordo com os fatos.

Para Hart, esses tipos de casos extrapolam o limite do direito. Isso quer dizer que quando não há a literalidade da lei, o juiz não decide com o direito, justamente pela sua incompletude. Todavia, ele não pode simplesmente não decidir, ou seja, há proibição ao *non liquet*, mesmo quando o direito não é elucidativo. O juiz deve, portanto, fornecer uma resposta. No caso considerado, não há como o juiz fixar uma resposta absoluta, de forma que as interpretações não fornecem resposta inteiramente clara e satisfatória, mas respostas incapazes de guarnecer meios apropriados para definir qual parte tem o “verdadeiro” direito.

É por isso que, para casos como esse, o filósofo admite o poder discricionário. Quer dizer, o juiz tem poder não somente para aplicar direito, mas para criar direito. Ele atestaria que o juiz tem poder de decisão, isto é, pode valorizar o direito à privacidade julgando procedente a apelação e que outro juiz, no mesmo contexto, poderia igualmente, como feito pelo tribunal, julgar improcedente o processo. É importante dizer que tal concepção é importante tanto se a tradição do país for ligado ao *civil law*, já que sempre o juiz teria, em tese, o poder discricionário, quanto no *common law*, já que os primeiros casos, os *leading cases*, são utilizados, na prática, com força bem vinculante.

Como é própria da interpretação dos princípios, a escolha do juiz é determinada também pela sua moral. Em casos em que há essa pluralidade de princípios, a impossibilidade da mecanização da decisão faz com que haja várias respostas igualmente certas e coerentes para um mesmo caso concreto:

²⁴ Sobre a textura aberta das normas ver também: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. p. 137-149.

As leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos concretos (...). Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução mecânica no sentido de regras com sentido predeterminado (...). Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve frequentemente uma escolha entre valores morais.²⁵

Ainda nessa perspectiva, uma consideração muito importante não pode passar despercebida, isto é, mesmo considerando a subjetividade e a existência de várias respostas, o que confere de certa forma arbitrariedade, Hart diz que as “virtudes judiciais”, ou seja, a neutralidade e a imparcialidade são extremamente relevantes para diminuir o tom subjetivo que sua teoria parece sugerir, visto que Hart é ainda juspositivista e a decisão do juiz precisa, pelo menos, aparentar ser direito.²⁶

Assim é que, com Hart, é possível afirmar que o juiz de fato está exercendo um poder de criação de direito, um poder de decisão que transcende o campo jurídico e sofre influências da própria subjetividade do intérprete. Mas que também, para casos como o aqui exposto, que existe uma solução que garanta a segurança jurídica como desejariam Dworkin e Alexy, que a interpretação forneça respostas diferentes, o que não afeta o fato de a decisão ser direito e ter um efeito cogente na sociedade.

Como foi possível observar durante a explanação desta apreciação, a magistratura brasileira não segue os métodos de Dworkin e Alexy como os próprios sugerem. O que a realidade mostrou foi que o juiz, apesar de utilizar a retórica de ponderação, por exemplo, decide muito mais baseado na forma que melhor lhe apraz, não fornecendo justificativa racional para fazê-lo. A conclusão a que se chega é óbvia: os juízes estão muito mais próximos da discricionariedade de Hart (autor que costuma ser o mais criticado em tal temática) do que a Dworkin e Alexy, que por possuírem teorias supostamente mais sofisticadas, tem seus nomes mais recorridos para fundamentação. Talvez seja isso, isto é, o fato de serem tão sofisticadas, o verdadeiro empecilho para as suas aplicações dentro do contexto paradigmático brasileiro, marcado pelo sufoco da magistratura por uma infinidade de processos esperando decisão.

Afinal, o fator tempo parece ser essencial para uma apreciação analítica e elucidatória de todos os meandros dos casos concretos, seja na concepção de direito como integridade, seja na vertente da ponderação. A realidade brasileira, todavia, é outra. Cronos parece não ter

²⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 220-1.

²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 221.

iedade e os casos se multiplicam como a cabeça da lendária Hydra. Resolve-se um e outros tantos surgem na mesa de um juiz que precisa resolver não doze tarefas como Hércules, mas tantas quanto lhe forem requisitadas, um juiz marcado pelo complexo de Atlas que suporta nos ombros o fardo do mundo. Do sonho, da idealidade de Dworkin e Alexy, à realidade de Hart.

Conclusão

Portanto, o trabalho respondeu, primeiramente, as razões de as pessoas procurarem à justiça. As respostas a essa pergunta foram utilizadas como chave para a identificação da problemática de um caso que envolve o choque, pelo menos aparente, entre dois princípios: direito à privacidade e direito à liberdade de informação. Foi dito aqui que esses direitos existem devido a uma expectativa generalizada de comportamentos e uma atribuição que os próprios indivíduos brindaram-se, ou seja, princípios não simplesmente criados por um legislador competentes, mas oriundos da própria sociedade civil e, por isso, que não podem ser simplesmente abandonados.

Identificado o dilema, forneceu um panorama para a questão de como os juízes decidem. Para isso, respondeu-se, inicialmente, com as concepções de direito como integridade de Dworkin e a “teoria da ponderação” de Alexy. Demonstrando que, na práxis judicial brasileira, essas teorias vêm sendo utilizadas como retórica de arguição, utilizadas de maneira tão somente parcial, sem o devido rigor que os teóricos preconizam.

Dworkin em nome da segurança jurídica é incapaz de aceitar a discricionariedade de Hart, se assim o fosse ninguém saberia qual a forma que o periódico poderia se comportar, assim nem punido poderia ser, é por isso que é preciso da única resposta correta. Alexy, entretanto, admite que na realidade não pode haver de fato essa resposta correta para esse caso, mas a segurança jurídica pode ser satisfatoriamente, mesmo que não integralmente, alcançada pela técnica da ponderação, em casos que há colisão de princípios.

O que a realidade brasileira demonstrou, entretanto, foi que as técnicas de ponderação que Alexy admite como necessárias para a racionalidade da decisão judicial não foram de fato empregadas, tal jurista é claro: é a matemática, o princípio da otimização, não é a filosofia não é uma ponderação moral que tem o poder de trazer racionalidade para as decisões, mas uma visão bem pragmática, os danos e os benefícios são pesados minuciosamente. O juiz ao dizer que o princípio à privacidade nesse caso é mitigado por ser uma pessoa pública, ele precisa

demonstrar em que exata medida esse princípio foi diminuído, é uma fórmula matemática, não sendo visível esse pragmatismo defendido por Alexy na decisão.

Salientou-se também que o direito como integridade é muito mais profundo que a idéia de coerência entendida pelos magistrados brasileiros, para o filósofo de Worcester o juiz tem um trabalho árduo na busca da melhor decisão, elaborando hipóteses diferentes a serem refratadas nos três filtros da completude, ou seja, da justiça, da equidade e do devido processo legal, o juiz faz uma interpretação considerando como sua resposta influenciará não só o passado e o futuro (como os pragmáticos preconizam), mas balizada no presente.

Ou seja, foi exposto que as concepções de direito como integridade e o balanceamento de princípios não são de tão simples aplicação dentro do paradigma judicial brasileiro. Talvez, os juízes até desejem fazê-las, mas pela impossibilidade devido ao afogamento do sistema legal brasileira por uma miríade de casos que possivelmente não necessitassem de uma intervenção estatal, na realidade, não as fazem.

Não se pode, à vista disso, iludir-se pelas belas palavras dos magistrados e incorrer no erro de compreender tais decisões como se seguissem o lastro de Dworkin ou Alexy. É preciso uma visão analítica e crítica o suficiente para enquadrá-las dentro de um outro paradigma decisório, uma concepção que escapa, até mesmo, da segurança jurídica.

O que se vê na empiria dos fatos não é a utilização nem da completude nem da ponderação como um exame mais desatento possa sugerir, mas em outra marcha um juiz quixotesco que não segue propriamente um teórico, mas que utiliza um amálgama de concepções parciais. A realidade das decisões brasileiras, por todas essas considerações parecem apontar para justamente a teoria mais criticada dentro dessa temática: poder discricionário de Hart.

Em casos como esse, envolvendo dois princípios que dividem a sociedade, o juiz tem poder discricionário, ou seja, pode seguir até onde queira com Dworkin, ir tão longe quanto queira com Alexy, não seguir nenhum dos dois, misturar elementos da teoria dos dois, enfim, tem poder de decisão e criação de direito.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse publico-IP*, Belo Horizonte, ano 14, n.71, p.15-27, jan./fev. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Constitucional e Civil. Ação de indenização por danos morais c/c pedido de liminar matéria jornalística que supostamente atribui ao apelante conduta desonrosa. Colisão entre direitos fundamentais. Direito à privacidade e direito à liberdade de informação. Exercício da liberdade de imprensa isento de caráter ofensivo. Matéria de cunho informativo. Dano Moral não demonstrado. Sentença Mantida. Recurso conhecido e desprovido. Processo: **Apelação Cível: AC 62454 RN 2009.006245-4**. Relator: Desembargador Vivaldo Pinheiro. Relator: Desembargador Vivaldo Pinheiro. Disponível em:

<<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5067987/apelacao-civel-ac-62454/inteiro-teor-11869271>>. Acesso em maio de 2013.

Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível: 71004491122. Disponível em:<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112987152/recurso-civel-71004491122-rs>>. Acesso em outubro de 2013.

Brasil, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação: APL 03712182720088120001 MS 0371218-27.2008.8.12.0001**. Disponível em:

<<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128096389/apelacao-apl-3712182720088120001-ms-0371218-2720088120001>>. Acesso em outubro de 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.