



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

**O STF E A DIVULGAÇÃO NOMINALMENTE INDIVIDUALIZADA DA
REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 652.777-SP**

Isla Maria Amorim de Souza Mansour

Brasília
2017

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

ISLA MARIA AMORIM DE SOUZA MANSOUR

O STF e a divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos: uma análise crítica do Recurso Extraordinário 652.777-SP

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.
Área de Concentração: Estado, Direito e Constituição.
Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia.
Orientador: Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins.

Brasília
2017

ISLA MARIA AMORIM DE SOUZA MANSOUR

O STF e a divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos: uma análise crítica do Recurso Extraordinário 652.777-SP

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Orientador – Faculdade de Direito/UnB

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes
Membro – Faculdade de Direito/UnB

Professor Doutor Sérgio Urquhart Cademartori
Membro – UCS

À minha família, pelo amor, carinho e incentivo dedicados a mim, pelos muitos momentos de alegria juntos durante a caminhada da vida, por me fazerem sempre acreditar na realização dos sonhos e pela dedicação com que estiveram presentes na minha formação.

AGRADECIMENTOS

No momento em que concluo este trabalho, volto meus pensamentos aos últimos dois anos. Tantas coisas aconteceram desde que me alcei ao sonhado Mestrado em Direito da UnB, e tantas pessoas, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização e conclusão iminente, que não poderia perder a oportunidade de reconhecer e agradecer.

Primeiramente, agradeço a Deus pela dádiva da vida, pelas bênçãos recebidas e por todos os momentos de fé.

Agradeço ao meu orientador, Professor Argemiro Martins, que com muita habilidade, paciência e sabedoria superou as dificuldades de uma orientação à distância, não deixando de nos conceder seu tempo, sua análise criteriosa, suas palavras animadoras e, principalmente, suas valiosas contribuições e ensinamentos, que certamente me transformaram nesse processo de crescimento.

Agradeço os ensinamentos valiosos de todas as professoras e todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, que estiveram em Rio Branco/AC, lecionando no MINTER UnB/Ufac, com extrema dedicação, atenção e entusiasmo, nos conduzindo por caminhos de descobertas e questionamentos.

Agradeço aos Professores Othon de Azevedo Lopes e Sérgio Cademartori por aceitarem fazer parte da banca examinadora, destinando parte de seu tempo à leitura desta dissertação e pelas contribuições que certamente enriquecerão o trabalho.

Agradeço ao Professor Minoru Kinpara, Reitor da Ufac, à Professora Margarida Aquino, Vice-Reitora da Ufac, e ao Professor Josimar Batista, Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Ufac, que com grande esforço e empenho viabilizaram as oportunidades de pós-graduação no Estado do Acre, possibilitando a realização deste Mestrado em Direito com a UnB.

Agradeço ao Professor Valcir Gassen, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB e do Minter UnB/Ufac, pela generosidade e por todas as oportunidades de estar conosco, reduzindo as barreiras da distância e apoiando todo o processo de execução do mestrado.

Agradeço a toda a equipe técnico-administrativa da secretaria da UnB, na pessoa da Secretária Euzilene Moraes, que com presteza e cordialidade nunca deixou de nos atender prontamente.

Agradeço a cada um dos colegas, amigas e amigos mestrandos, por todos os agradáveis momentos juntos, pelos ensinamentos e aprendizados mútuos, pela compreensão, companheirismo, pelas vezes em que nos apoiamos e juntos enfrentamos as dificuldades, mas sem nunca deixarmos de nos divertir e rir de nós mesmos, pelo simples fato de estarmos juntos.

Agradeço ao Reitor Minoru Kinpara por ter incentivado e compreendido a realização do mestrado, permitindo estar nas aulas, mesmo quando ainda ocupava a Assessoria Especial da Reitoria.

Agradeço a todos os colegas da Reitoria, que, nos momentos das aulas, foram fundamentais me auxiliando na execução das minhas atividades laborais. E, de forma especial, agradeço à grande amiga Maria Aragão Rocha, que me socorreu todas as vezes em que a correria do trabalho e das aulas se intercruzaram, e não foram poucas vezes.

Agradeço ao José Sérgio Siqueira, Pró-Reitor de Assuntos Estudantis da Ufac, que, mesmo iniciando o trabalho conjuntamente naquela Pró-reitoria, compreendeu o momento da escrita da dissertação, autorizando o afastamento das minhas atividades, e por todas as vezes que me incentivou e ajudou com seu apoio para a conclusão.

Agradeço a todos da equipe da Diretoria de Desenvolvimento Estudantil da Ufac, na pessoa da Aurivânia Abreu, que na minha ausência para escrever a dissertação, se dedicaram para desenvolver os trabalhos da diretoria, com extrema responsabilidade, compromisso e lealdade.

Agradeço aos amigos e amigas que torceram e estiveram juntos acompanhando a jornada do mestrado.

Agradeço aos meus familiares, que acompanharam a minha travessia nessa jornada, sempre com carinho, confiança e estímulo, me apoiando e me escutando sempre que meu assunto se restringia ao mestrado.

Agradeço, em especial, aos meus queridos companheiros de vida, meu esposo Elísio e minha filha Isabella, com quem dividi as alegrias e angústias diárias da escrita da dissertação, por não ter deixado vocês dormirem, por me ouvirem tantas vezes dizer que o prazo estava acabando e que eu precisava terminar, por todas as vezes que ficaram em confinamento, esperando eu concluir uma fase do trabalho, pelo carinho, amor, estímulo e compreensão de sempre, que nos une e fortalece cada vez mais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – O STF E A JURISPRUDÊNCIA REFERENTE À DIVULGAÇÃO NOMINALMENTE INDIVIDUALIZADA DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	13
1.1 O percurso jurisprudencial do Recurso Extraordinário 652.777-SP	13
1.2 Posicionamentos contrários à publicação nominal no âmbito da Justiça Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região	25
1.3 Da análise dos Portais da Transparência dos Órgãos Públicos	29
1.4 A Advocacia Geral da União e a não publicação dos honorários advocatícios de sucumbência – um contrassenso.....	38
CAPÍTULO 2 – A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E O CONTROLE SOCIAL	41
2.1 O debate do direito de acesso à informação na Constituição de 1988 e a importância do advento da Lei nº 12.527/2011	41
2.2 Princípio da Publicidade e da Transparência Administrativa	50
2.3 Transparência pública e <i>accountability</i>	54
2.4 A interpretação da Lei de Acesso à Informação, a partir da análise de alguns de seus comandos normativos	58
2.5 O Decreto nº. 7.724/12 – uma análise da regulamentação da LAI	69
CAPÍTULO 3 – A PRIVACIDADE, A INTIMIDADE E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 652.777-SP	74
3.1 Direito à Privacidade e Intimidade no Direito Brasileiro	75
3.2 A Privacidade e os Direitos da Personalidade	81
3.3 Breves apontamentos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana	82
3.4 Dados e Informações Pessoais: conceituação e panorama da proteção no Direito Brasileiro	86
3.5 O Sigilo Bancário e o direito à privacidade como fundamento jurídico	94
3.6 O Cerne do Problema: análise da decisão do STF no Recurso Extraordinário 652.777-SP e o conflito entre princípios constitucionais	101
3.6.1 Regras e Princípios no Ordenamento Jurídico Pós-Positivismo	103
3.6.2 A análise dos argumentos do STF no Recurso Extraordinário 652.777-SP <i>versus</i> argumentos contrários: a tensão entre a publicidade x privacidade	112
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

Resumo

A divulgação nominal da remuneração do servidor público foi objeto de grande polêmica, envolvendo entendimentos contrários manifestados nas mais diversas decisões judiciais dos tribunais do país, tendo o dilema ganhado contornos mais evidentes com a edição da Lei nº. 12.527/2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI) e a posterior regulamentação pelo Decreto nº. 7.724/2012. Diante da controvérsia estabelecida, o caso foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que, no Recurso Extraordinário 652.777/SP, reconheceu a repercussão geral da matéria. A polêmica estruturou-se basicamente na tensão e suposto conflito entre os princípios da publicidade e transparência e os princípios da privacidade e intimidade. No julgamento final realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema entendeu e firmou o entendimento de que é legítima a publicação nominalmente individualizada, em nítida precedência do princípio da publicidade sobre o da privacidade. Concernente aos argumentos construídos no referido acórdão judicial, o presente trabalho pretende se debruçar para discutir e desvendar se o caminho percorrido pelo acórdão observou todas as questões e aspectos pertinentes para a solução do conflito, verificando se a resposta dada ao problema foi resultado de uma construção lógica argumentativa e interpretativa do Direito. A análise do dilema cinge-se também em verificar se estamos de fato diante de um problema de colisão de princípios, conforme propõe a teoria de Robert Alexy, ou de concorrência de princípios, conforme teoria de Dworkin, avaliando a consequente solução que podemos construir a partir dessa observação. Nos dois primeiros capítulos apresentamos as divergências de alguns entendimentos judiciais, além de observar como está sendo praticada a divulgação das remunerações em algumas Instituições Públicas, e analisamos, ainda, os princípios da transparência e da publicidade e os avanços da LAI. O terceiro capítulo da pesquisa discute a conceituação e a proteção constitucional conferida aos princípios da privacidade e intimidade, observa como tais princípios são tratados pelo STF na questão do sigilo bancário e debate os argumentos inseridos na decisão do Recurso Extraordinário 652.777, com a utilização das teorias de Dworkin e Alexy, avaliando a prática argumentativa e interpretativa do Supremo Tribunal Federal e refletindo sobre a resposta dada à polêmica, que tem seus efeitos refletidos na vida de muitos cidadãos.

Palavras-Chave: Transparência. Publicidade. Acesso à informação. Privacidade. Intimidade. Servidor público. Remuneração.

Abstract

The disclosure of nominal payment of civil servants have been a subject of big controversy, involving many controversial understandings spoken in a variety of court decisions around the country; therefore, the dilemma became more and more evident with the law edition under the no. 12.257/11, as known as Law of Access to Information (LAI), and its post regulations by the Decree no. 7.724/2012. Up to the established controversy, the case was taken to the knowledge of the Federal Superior Court (STF), within the Extraordinary Appeal 652.77/ SP, recognized the general reverberation of the matter. The controversy was structured around the tension and supposed conflict between the principles of publicity and transparency and the principles of privacy and intimacy. In the final judgment appreciated by STF, the Supreme Court recognized and established the understanding that the publication is nominally individualized, with a clear precedence of the principle of publicity over privacy. Relevant to the arguments put forward in the aforementioned case law, this paper intends to discuss and find out if the path chosen by the judgment observed all the issues and aspects applicable to the solution of the conflict, also verifying if the answer given to the problem was a resultant from the argumentative and interpretative construction of law. The analysis of the dilemma is also concerned about verifying if we are in fact facing a problem of principle collision, as proposed by Robert Alexy's theory or of principle competition, according to Dworkin's theory, evaluating the possible solution that we can construct from observation. In the first two chapters we present the disagreement of some legal case laws, in addition to observing how the disclosure of payment is being practiced in some Public Institutions, we also analyze the principles of transparency and publicity and the advances of LAI. The third chapter of the research discusses the conceptualization and constitutional protection given to the principles of privacy and intimacy. It is observed how such policies are treated by the STF related to the matter of banking secrecy and also discuss the arguments added in the decision of Extraordinary Appeal no. 652.777, using theories of Dworkin and Alexy, evaluating the argumentative and interpretative practice of the Federal Supreme Court and reflecting on the response given to the controversy, which has its effects reflected in the lives of many citizens.

Keywords: Transparency. Publicity. Access to information. Privacy. Intimacy. Civil Servant. Payment.

INTRODUÇÃO

Em abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), que ao longo do tempo tem sido palco de grandes discussões jurídicas com reflexos para a toda a sociedade, julgou o Recurso Extraordinário com Agravo 652.777 - São Paulo, interposto contra acórdão do Colégio Recursal de São Paulo, proferido em ação proposta por servidora pública municipal objetivando, além da reparação por danos morais, a retirada de seu nome de sítio eletrônico do Município de São Paulo, em que são divulgadas informações sobre a remuneração paga aos servidores públicos.

O referido processo foi julgado em repercussão geral, tendo sido fixada a tese de que “é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias”.

A questão controversa que o processo traz ao debate é saber se há violação aos princípios constitucionais da privacidade e intimidade na divulgação nominalmente individualizada da remuneração desses servidores públicos, em aparente colisão aos princípios da publicidade e transparência administrativa.

O debate restou evidenciado nas muitas decisões judiciais em 1ª e 2ª instâncias, nas esferas federal e estadual, as quais demonstraram não haver qualquer consenso quanto à interpretação dos princípios aplicados aos casos concretos, suscitando a participação de muitos interessados na demanda, com o ingresso de atores como *amicus curiae*.

O embate argumentativo ganhou contornos ainda mais relevantes com a promulgação, em novembro de 2011, da Lei nº. 12. 527, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), que em nome da transparência pública impôs o dever à Administração Pública de divulgar informações produzidas ou custodiadas por ela, de interesse público e coletivo, bem como estabeleceu o direito ao cidadão de obter acesso a informações públicas, instrumentalizado por mecanismos de ampla transparência, entendendo serem indispensáveis para o exercício da cidadania.

Após a Lei nº. 12.527/2011 entrar em vigor, o Decreto nº. 7.724/2012, que tratou de regulamentar a LAI, introduziu a obrigatoriedade da divulgação, pela Administração Pública, da remuneração dos ocupantes de cargos públicos de maneira individualizada, de modo que esse normativo passou a integrar o rol de argumentos para conduzir o entendimento de que a

divulgação nominal estaria a contemplar a transparência pública, tão cara à República, após muitos anos da cultura do sigilo dos atos administrativos.

No tocante a esta questão específica, o Decreto passou a ter sua validade arguida quanto à sua constitucionalidade, por estar supostamente extrapolando o seu dever regulamentar, sob o argumento de que inovou na exigência de obrigação não prevista em lei, em verdadeiro afronte aos princípios constitucionais da privacidade e intimidade. Entretanto, em análise mais acurada do texto normativo foi possível observar que a exigência estabelecida não fazia previsão de divulgação nominal, de maneira que discutir a sua constitucionalidade deixou de ser elemento fundamental para o caso concreto ora em exame.

Fato não contestável neste trabalho é a importância dos avanços da Lei de Acesso à Informação, que assegura mecanismos para efetivar o dever de transparência pública, já constitucionalmente estabelecido e internacionalmente reconhecido, objetivando ampliar o controle social dos atos administrativos, com vistas a abandonar um passado em que se vigorava o “poder invisível” e implementar uma atuação administrativa mais pautada com os interesses coletivos. Nessa esteira, a LAI surge como importante instrumento que reclama uma prática cada vez mais democrática na gestão pública.

Evidente que a publicidade e a transparência, em determinadas situações, exigem exceções impostas pela própria norma, como nos casos de informações cujo sigilo seja indispensável à segurança da sociedade e do Estado, bem como encontra barreiras nas informações pessoais protegidas pelos princípios constitucionais da privacidade e intimidade.

É crível dizer que os princípios da privacidade e intimidade são direitos fundamentais que resguardam elevado valor para a sociedade, de maneira que a violação desses princípios constitui em ofensa ao Estado Democrático de Direito, que tem nesses direitos a base de sua estrutura, como resultado de uma conquista social, inseridos na Constituição Federal, após um logo período de recessão, em que direitos e garantias individuais eram renegados a todos os cidadãos.

É nesse contexto que a decisão judicial, ora em estudo, revela uma tensão entre os princípios da publicidade e privacidade, mormente quando o STF entende que a remuneração do indivíduo não se constitui em informação pessoal, que atinge o âmbito da privacidade e intimidade do servidor público, em razão da sua condição de agente público não merecer igual tratamento aos demais cidadãos no tocante à sua vida privada.

É certo que o tema gera grande polêmica. Entretanto, a presente pesquisa objetiva analisar o dilema que se estabeleceu entre os limites de acesso à informação, especialmente as que envolvem a publicidade de informações de natureza pessoal, como a atinente à remuneração, e o direito à inviolabilidade da vida privada e da intimidade na decisão proferida pelo STF, no Recurso Extraordinário 652.777 - SP.

Considerando a temática do estudo ser matéria relativamente recente, acreditamos ser a pesquisa de grande relevância para, com base no exame de um caso concreto, contribuirmos quanto à questão polêmica do suposto conflito de princípios constitucionais entre publicidade e privacidade, que refletem imensuravelmente na vida das pessoas, bem como, especialmente, avaliar a prática argumentativa levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do caso, ora pano de fundo da pesquisa.

Assim, no Capítulo 1 apresentamos a decisão judicial proferida no Recurso Extraordinário 652.777 - SP e o seu percurso jurisprudencial até a chegada do processo ao Supremo Tribunal Federal, quando foi julgado em repercussão geral, bem como colacionamos outras decisões judiciais, inclusive da esfera federal, que demonstram claramente a divergência de entendimentos acerca da matéria e as possibilidades de resolução do caso.

Ainda no primeiro Capítulo, considerando a posição final adotada pela Suprema Corte, apresentamos e analisamos o resultado da pesquisa realizada nos portais da transparência, constantes nos sítios eletrônicos do Poder Executivo Federal, do STF, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e dos Ministérios Públicos de todo o Brasil, com vistas a observar como está sendo, na prática, publicada a remuneração dos servidores públicos, de modo a verificar se o entendimento do STF tem repercutido a finalidade de transparência pretendida, se a publicação realmente está ocorrendo e se a maneira como tem sido divulgada contempla o ideal de transparência e de interesse público ou se constitui em verdadeira exposição desnecessária.

Por fim, trazemos o contrassenso entre o discurso da Advocacia Geral da União, que ingressou no processo como *amicus curiae*, defendendo a ampla transparência dos ganhos remuneratórios dos servidores públicos, mas deixou de divulgar os valores recebidos a título de honorários advocatícios de sucumbência.

O Capítulo 2 vem tratar dos princípios da publicidade e da transparência pública, além de discutirmos e apresentarmos a Lei de Acesso à Informação, comentando e destacando alguns de seus dispositivos, para em sequência analisarmos o disposto no Decreto nº. 7.724/2012,

regulamentador da LAI, e a sua suposta responsabilidade na exigência da divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos.

O terceiro Capítulo é dedicado ao estudo do direito à privacidade e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro, a privacidade como direito da personalidade, e em sequência analisamos a conceituação de dados e informações pessoais e a proteção a eles destinada pela legislação pátria. Avançamos para discutir a privacidade no contexto do sigilo bancário e ao final debatemos o cerne do problema na decisão judicial do STF, no suposto conflito entre publicidade e privacidade, analisando os argumentos trazidos à baila pela Suprema Corte, bem como estudamos a definição e distinção entre regras e princípios e como devem ser resolvidos os casos de colisão, partindo das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, tentando identificar a qual das teorias mais se aproximou a prática argumentativa do órgão julgador, fazendo uma análise crítica.

A parte final não tem a intenção de trazer uma nova decisão judicial, tampouco ratificar a proferida pelo STF, mas em verdade apresentar alguns resultados da análise feita ao longo do trabalho, no tocante a atuação e argumentação do Supremo Tribunal na decisão do recurso extraordinário, objeto da pesquisa, bem como apresentar as conclusões finais que podemos extrair de tudo o que foi exposto.

Como metodologia, utilizamos o exame de decisões judiciais, a revisão bibliográfica e análise dos dados coletados dos portais da transparência, nos sítios eletrônicos de alguns órgãos públicos.

Sem a pretensão de esgotar a temática, que ganha novos contornos a cada debate com a inserção de outros teóricos, esses foram os pontos principais na trajetória dessa pesquisa, de modo que esperamos serem de grande contribuição para fomentar a discussão acerca das questões controversas do caso, e o conseqüente aprofundamento sobre os elementos debatidos, como também sobre os que, por ventura, restaram sem a devida reflexão.

CAPÍTULO 1 – O STF E A JURISPRUDÊNCIA REFERENTE À DIVULGAÇÃO NOMINALMENTE INDIVIDUALIZADA DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A relação dos princípios constitucionais envolvidos na divulgação nominal e individualizada da remuneração dos servidores públicos em sítios eletrônicos, antes mesmo do Decreto nº 7.724/2012, que estabeleceu a referida medida como exigência para garantir o cumprimento da Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), é bastante controversa e não é de simples entendimento. De sorte, tentaremos abordar neste trabalho as divergências argumentativas no intuito de desvendar o entendimento que melhor se adeque ao deslinde do conflito, principalmente analisando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Como pano de fundo e cenário para a discussão da existência de conflitos principiológicos constitucionais, analisaremos a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) adotada na decisão do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 652.777/São Paulo, interposto pelo Município de São Paulo, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

A escolha do processo em referência para ser analisado na abordagem do tema se deu em virtude de ter sido reconhecida pelo STF a existência de repercussão geral¹ da questão constitucional suscitada em setembro de 2011, de modo que 334 casos restaram sobrestados à espera do julgamento do referido recurso, ocorrido em abril de 2015.

1.1 O percurso jurisprudencial do Recurso Extraordinário 652.777-SP

O processo de origem nº 053.10.025982-3 era uma ação de indenização por dano moral, ajuizada em face da Prefeitura de São Paulo, em razão de expor, via internet e sem autorização, o nome, os vencimentos e o cargo da autora, servidora pública municipal.

¹A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A finalidade é de delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa e uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

Importante historicizar que em primeira instância o pedido foi julgado improcedente pelo juízo da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, e após recurso inominado, o Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo reformou parcialmente a sentença em prol da parte autora, determinando a exclusão do nome e dos vencimentos da mesma do sítio da Internet. Para entendermos um pouco melhor toda a controvérsia sobre a qual iremos discorrer neste trabalho, apresentaremos mais adiante um pouco dos fundamentos das decisões citadas.

Diante da reforma parcial da sentença, o Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, que em plenário virtual, após negativa de seguimento do recurso pelo Colégio Recursal Central dos Juizados Especiais e interposição de agravo pelo recorrente, reconheceu a repercussão geral da matéria, tombada como Tema 483 – Responsabilidade Civil do Estado por dano moral decorrente de publicação da remuneração de servidor público em site de Internet.

Com o reconhecimento da repercussão geral, ingressaram no processo como *amici curiae*² a Confederação Nacional dos Servidores Públicos, a Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário da União (em conjunto com outros sindicatos e associações), o Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Sindicato dos Professores e Funcionários Municipais de São Paulo, o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e a Federação Nacional dos Trabalhadores no Poder Judiciário Federal e Ministério Público da União, todos postulando, essencialmente, a manutenção do acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos.

Em contrapartida, a União também requereu sua participação no processo como *amicus curiae*, defendendo o provimento do recurso extraordinário, apresentando argumentos alinhados aos do recorrente, em razão da relevante controvérsia e fundamentando no interesse jurídico e econômico da União na solução da demanda.

²*Amici Curiae* expressão latina, plural de *Amicus Curiae*, expressão que significa “amigo da Corte”. “Aquele que representa em juízo a tutela de interesses ou direitos de outrem, que podem influenciar no julgamento da causa.” <Glossário Jurídico>. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 26 jun. 2017. É instituto que permite que uma terceira pessoa ou entidade ou órgão interessado passe a integrar a demanda, a fim de discutir de forma objetiva as teses jurídicas nela previstas. Não é parte no processo, mas tem interesse em seu resultado. No Brasil, a fundamentação legal está prevista no artigo 138 do CPC/2015 e no artigo 7º, § 2º, da Lei nº. 9.868/99.

Neste contexto, considerando a divergência de entendimentos e analisando a posição da Suprema Corte do país, temos a problemática para ser estudada, avaliando o posicionamento adotado para solução da lide, principalmente no tocante à questão do possível conflito de princípios, bem como analisaremos alguns outros pontos que ainda não foram debatidos ou suscitados no contexto que circunda tanta polêmica.

Quando da decisão de primeira instância, no processo nº 053.10.025982-3,³ em outubro de 2010, o juízo expôs o entendimento de que mesmo não havendo lei municipal, determinando a publicação do valor dos vencimentos dos servidores, nada impede tal medida e fundamenta a sua posição no dever de informação e de transparência administrativa, decorrente do princípio constitucional da publicidade. Considera o julgador tratar-se de informação útil, em virtude do crescente aparato estatal, observando existir limites aos vencimentos pagos a servidores e, por isso, o consequente dever de tornar público esses valores. Interpreta que não há qualquer violação ao direito de intimidade, conforme observamos na decisão, *in verbis*:

Não há, como se vê, qualquer violação a direito de intimidade, pois o dever de publicidade decorre da relação de direito público em que é parte o servidor. Ademais, de se notar que o pagamento dos vencimentos dos servidores é feito pelo contribuinte que, por óbvio, possui direito de fiscalizar a atividade estatal. Se por um lado é certo que o exercício de cargo, emprego ou função pública é dotado de bônus, como a estabilidade e a possibilidade de demissão apenas após longo processo administrativo; por outro é certo que o ônus do exercício de atividade pública, é o conhecimento pelos cidadãos dos valores recebidos individualmente pelos servidores, nada havendo de irregular na publicação guerreada.⁴

A relação estabelecida pelo julgador não parece ser tão óbvia no que tange ao fato do servidor público ter uma carreira com “bônus”, e por isso a publicação dos vencimentos de forma nominal deveria se constituir em ônus, como um contraponto. Na construção do argumento não reside qualquer razoabilidade, pois uma coisa não pode resultar em tamanha arbitrariedade. Ser servidor público necessariamente não pode ser motivo para que o indivíduo deva pagar por essa escolha, ter um ônus impositivo, um “castigo”. Em verdade, o servidor público depende de aprovação em concurso público conquistado com dedicação e abdicção de vida social, para concorrer às poucas vagas existentes, dentre o universo de inscritos. Se, para

³ Inteiro teor da sentença no processo nº. 053.10.025982-3 TJ/SP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00021QT0000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_13b22224e52440cb98b624d59f50c1a4>. Acesso em: 26 mai. 2017.

⁴ Idem.

merecimento da conquista, deva ter um “ônus”, o mesmo já foi vivenciado e enfrentado, quando da preparação do indivíduo ao concurso público.

O juiz, durante seu julgamento, interpretou a divulgação dos vencimentos dos servidores públicos como um ônus da carreira pública. Assim, se há um “ônus” a ser considerado, por óbvio que se trata de medida penosa, e não há na legislação nenhuma medida prevista que deva ser considerada para castigar aqueles que cumprem o *munus* público.

Com o entendimento dado ao caso, a autora interpôs recurso inominado nº 0025982-08.2010.8.26.0053⁵ ao Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, que analisou a matéria e reformou parcialmente a sentença, apresentando entendimento diverso sobre a questão controversa. Importante frisar que o processo tem como pretensão o reconhecimento do dano moral sofrido pela autora e sua respectiva reparação pecuniária, bem como a obrigação de retirar os seus dados e vencimentos da Internet.

Em maio de 2011, o Colégio Recursal observou não haver comando legal que determinasse a divulgação, pela Internet, dos nomes e respectivos vencimentos dos servidores, de modo que a lei não autorizava tal conduta da administração e entendeu de maneira diferente a questão não muito aprofundada sobre a possível violação à intimidade e privacidade na sentença recorrida.

A fundamentação do acórdão trouxe a discussão de que não há apoio em texto infraconstitucional, tampouco constitucional, para a publicação do nome do servidor e seu respectivo salário em sítio de Internet, além de que a publicidade dos atos administrativos, no tocante à divulgação dos gastos com pessoal, poderia ser obtida de outras maneiras, sem a individualização nominal do servidor, por considerar que há clara violação à privacidade, exemplificando que a medida poderia ocorrer com a vinculação aos cargos. Ressalta, diferentemente do que ocorreu na decisão anterior, que a intimidade é direito do cidadão comum, assim como do servidor público.

⁵ Inteiro teor do Acórdão Processo nº 0025982-08.2010.8.26.0053 – TJ/ SP. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0025982-08.2010.8.26.0053&cdProcesso=RH0000YLC0000&cdForo=989&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5CR&cdServico=190301&ticket=xv4ji7TxijGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvAZ%2BKlvWdg6EbHXbW0ZVr2H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BK R%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhVtOpU5EAAWN6xmxKXYjnfEA2%2FyXvAvLRG5nvcK2O95HoGIIt sU8lAuclyVudJLlN8rWpJUafZZI3rhgHVMUk%2Fc%3D>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

Na ocasião, o Colegiado entendeu que não há real utilidade na divulgação de informações pessoais, se mostrando ser uma exposição desarrazoada por sacrificar direitos, podendo comprometer, inclusive, a segurança desses servidores.

Vale destacar que, neste acórdão, a relatora citou outra decisão judicial, que discutiu a mesma matéria, no Mandado de Segurança nº 994.09.227.561-0⁶, apreciado no Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, e apresentou alguns de seus fundamentos para reforçar o entendimento construído. Ressaltamos, para fomentar a discussão, que no julgado do mencionado Mandado de Segurança restou consignada a questão da seguinte forma:

O ato administrativo, objeto da ação, consistente na divulgação, em sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Paulo, dos nomes, cargos e salários de seus servidores públicos, dentre os quais se incluem os representados pelo impetrante, afigura-se absolutamente ilegal por afronta a vários princípios constitucionais, com destaque para a intimidade, privacidade e segurança. [...] Sabe-se que a publicidade e a transparência são diretrizes inerentes à Administração Pública, e igualmente protegidas pela Constituição da República, estando a publicidade esculpida no "caput" do artigo 37 da CF, que arrola os princípios constitucionais da Administração Pública. [...] Deveria o Sr. Prefeito ter equacionado melhor essa questão, utilizando-se dos também consagrados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para resolver o impasse que se afigurava, autorizando a publicação apenas dos nomes e cargos dos servidores, ou então somente dos cargos e respectivos vencimentos daqueles. [...] Assim agindo, evitaria a desnecessária exposição pública dos servidores, preservando a privacidade e segurança dos funcionários, direitos individuais bastante caros a qualquer cidadão."⁷

Por outro lado, a decisão afastou a ocorrência do dano moral, justificando que não houve dano ou ofensa efetivamente demonstrada que importasse em reparação. Assim, o entendimento é de que a correção da ilegalidade estaria somente na exclusão do nome e correspondente salário no sítio da Internet, sem que fosse necessária uma reparação pecuniária.

⁶Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Empregados da empresa PRODAM - EMPRESA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SAO PAULO, em julho de 2009, requerendo a concessão do *mandamus* para o fim de ser determinado à autoridade coatora que retire da página eletrônica da Prefeitura Municipal a informação referente aos salários dos empregados da empresa. Segurança concedida em março de 2010 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, mas reformada em junho de 2015, em vista do pronunciamento definitivo do STF exarado no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 652.777, de São Paulo, com repercussão geral, em abril de 2015. Em razão da decisão do STF, abriu-se vista ao relator que votou pela concessão da segurança, possibilitando a retratação (CPC, art. 5, §3º), que de fato ocorreu ao render-se a nova orientação, sem deixar de consignar na decisão uma certa resignação. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=7&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=994.09.2275610&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=186>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁷ Idem

Com a reforma parcial da sentença, o Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário ao STF, que inicialmente não foi admitido pelo presidente do Colégio Recursal, mas após o agravo foi admitido e em plenário virtual foi reconhecida a repercussão geral da matéria pela Suprema Corte.

Considerando a controvérsia da matéria e o fato de que a decisão tomada no STF serviria para os demais processos sobrestados que versavam sobre o mesmo assunto, algumas entidades representativas da categoria de servidores públicos ingressaram no processo para defender o posicionamento emanado na segunda instância, assim como a União também solicitou seu ingresso como *amicus curiae* para defender a reforma da decisão com o provimento do recurso.

No caso da União, a Secretaria Geral de Contencioso, da Advocacia Geral da União - AGU, provocou a Controladoria Geral da União – CGU, para elaborar nota técnica que demonstrasse a compreensão institucional daquele órgão sobre o tema discutido em repercussão geral e manifestasse acerca do interesse da CGU em que a AGU requeresse ao STF o ingresso da União como *amicus curiae*.

A partir disso, a Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União elaborou a Nota nº. 6/2012/ASJUR/CGU-PR, indicando a necessidade de a União ingressar como amigo da corte no processo do Recurso Extraordinário com Agravo nº. 652.777, sob os fundamentos que seguem:

7. O princípio da publicidade é verdadeiro pilar democrático sobre o qual a sociedade brasileira busca apoio para mitigar atos estatais em descompasso com a moralidade administrativa. Somente a divulgação ampla de dados de um governo pode promover uma gestão de qualidade e participativa, com a consequente fiscalização dos cidadãos sobre as contas e atos públicos. 8. Com efeito, o Estado brasileiro vem buscando a cada dia o aprimoramento da transparência da gestão pública, com atos simples, mas por demais eficazes, que demonstram que uma sociedade aberta, atenta e com uma administração transparente pode fomentar e promover uma gestão ética e eficiente daqueles que são os responsáveis pelo dinheiro público. 9. Nesse intento, a República Federativa do Brasil tem participado de diversas discussões com outros países a fim de aprimorar os institutos de governança pública já presentes no País. Exemplo desse esforço é representado pelo *Open Government Partner ship* (Parceria para Governo Aberto), que é uma iniciativa internacional que objetiva assegurar compromissos concretos de governos nas áreas de promoção da transparência, luta contra a corrupção, participação social e de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias, de maneira a tornar os governos mais abertos, efetivos e responsáveis.⁸

⁸ Nota nº. 6/2012/ASJUR/CGU-PR, da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, no Processo nº. 00190.003938/2012-33. Interessado: Secretaria Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

Para além dos fundamentos apresentados, citou exemplos de alguns outros países, com diferenças consideráveis em relação a quem é exigida a publicação dos salários ou a maneira como tratam dessa questão da divulgação ou não. Destaca também que a União já tem adotado essa prática de divulgação da remuneração nominal e individualizada dos servidores, através do Portal da Transparência, enfatizando ser uma boa prática de governança.

Em função desse posicionamento, a Advocacia Geral da União solicitou seu ingresso no processo como amigo da corte, e pelos argumentos apresentados, para além de enfatizar a questão da publicidade e da transparência, demonstrou grande preocupação com a remota possibilidade de se reconhecer o dever de indenizar os servidores públicos em razão da publicação ora discutida, pois certamente o reconhecimento do dano e da respectiva obrigação do Estado em indenizar, repercutirá financeiramente sobre os cofres públicos, em virtude das inúmeras ações ajuizadas, em que a União é parte.

Da análise cronológica das decisões judiciais confrontadas, destacamos que o processo iniciou quando ainda não havia sido editada a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação - LAI e tampouco tinha sido regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012. Assim, a sentença de primeira instância e o acórdão de segunda instância, quando prolatados, não havia comando normativo explícito nessa direção, valendo-se do princípio da publicidade e transparência pública para justificar a medida adotada pelo poder público, conforme observamos nos fundamentos pincelados das respectivas decisões.

Entretanto, quando da apreciação do processo objeto de análise deste trabalho pelo Supremo Tribunal Federal, em abril de 2015, a matéria já foi analisada e interpretada considerando também a legislação citada e como uma exigência legal a ser cumprida, desprezando um debate quanto à violação ou não aos princípios constitucionais da intimidade e privacidade do servidor público.

Destacamos que a crítica feita em relação ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal decorre da fundamentação exígua e conseqüente omissão em esclarecer efetivamente se a remuneração do servidor público não constitui algo de sua intimidade e privacidade, e por isso a publicação na Internet é legítima.

A fundamentação se resume a explicitar a importância da transparência pública e de publicidade dos atos da administração pública, a necessidade de se preservar o Estado Republicano, o interesse coletivo da medida, um tanto quanto controverso, mas, enfim, todos de extrema importância e que em momento algum pretendemos desqualificar, porém não se

discute os motivos para a construção do entendimento de que tal medida não viola também princípios constitucionalmente consagrados.

O objeto não foi tratado com o devido aprofundamento, já que, neste caso, não basta deduzir que não há violação de princípios constitucionais sem que sejam analisados aspectos do que efetivamente se constituem esses princípios. A superficialidade dos argumentos por parte da Suprema Corte induz a uma permanente insatisfação quanto ao resultado do processo, uma vez que não foram esgotados os elementos para análise do problema.

Não pretendemos, nesse momento, antecipar qualquer conclusão sobre o tema sem antes aprofundar conceitos, interpretar fatos e analisar outros pontos não arguidos, mas que devem ser ponderados para a melhor compreensão, razão pela qual é tão importante trazer os elementos da discussão.

Nesta direção, vimos que a decisão objeto da pesquisa trouxe como embasamento central de fundamentação um julgado anterior do próprio Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902⁹, de relatoria do Ministro Ayres Brito, que tratava de matéria idêntica, envolvendo justamente o Município de São Paulo, conforme enunciado:

EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. (SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09.06.2011, DJe-189 DIVULG 30.09.2011 PUBLIC 03.10.2011.)

O referido julgado interpreta que as informações referentes à remuneração dos servidores públicos constituem dados de interesse coletivo, não contemplados nas hipóteses de exceção previstas constitucionalmente, não admitindo tratar a questão como algo do universo da privacidade e intimidade, que reclame qualquer proteção. A afirmação apresentada é

⁹ Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: mai. 2017.

contundente e não desvenda o percurso interpretativo e argumentativo que resultou na conclusão.

Observemos que o Recurso Extraordinário 652.777/SP, julgado com repercussão geral em 2015, cuja decisão seria estendida a todos os processos de mesma matéria, sobrestado no aguardo do posicionamento final do STF, teve como pilar de sustentação a fundamentação do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902, julgado em plenário pelo STF em junho de 2011.

A interposição do Agravo Regimental ocorreu em face da decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em junho de 2009¹⁰, à época Presidente do STF, que suspendeu a segurança concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos mandados de segurança MS 180.176-0/7-00 e MS 180.589-0/1-00¹¹, impetrados, respectivamente, pelo o Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal – SINESP e a Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e outros contra ato do prefeito municipal, que determinou a divulgação em sítio eletrônico da lista nominal de servidores com as respectivas remunerações.

O Tribunal do Estado de São Paulo suspendeu liminarmente nos citados mandados de segurança a divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de cada servidor municipal, em sítio eletrônico na Internet, consubstanciado basicamente nos seguintes fundamentos: inexistência expressa de previsão na lei municipal e no decreto regulamentador da hipótese de divulgação da remuneração bruta dos servidores, possível vício formal de projeto de lei de iniciativa exclusiva do Poder Executivo Municipal e impossibilidade de divulgação de dados que colocam em situação de perigo a segurança pessoal e patrimonial dos servidores.

Ao observarmos os elementos da concessão liminar da segurança, é possível notar que não é tratada claramente de violação de privacidade e intimidade, mas ressalta a possibilidade de tal divulgação colocar em situação de perigo a segurança pessoal e patrimonial dos servidores, além da questão de inexistência de previsão legal.

¹⁰ Inteiro teor disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00070503&base=basePresidencia> >.

Acesso em: mai. 2017.

¹¹No mandado de segurança nº 180.589-0/1-00, após indeferimento da inicial por suposta ilegitimidade passiva, houve o provimento do Agravo Regimental nº 180.589-0/3-01, em que o desembargador relator deferiu a liminar, com base em semelhantes argumentos.

Contra as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo foi apresentado pedido de suspensão de segurança, sob os argumentos, em síntese, de grave lesão à ordem pública pelo descumprimento da Constituição e do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre os interesses privados, de que o ato concretiza o princípio da publicidade e de que a ponderação entre intimidade e acesso a informações públicas já está prevista no art. 39, §6º, da Constituição Federal.

Nesses termos o Ministro Gilmar Mendes concedeu a suspensão, fundamentado no argumento central de que em seu entendimento, naqueles casos, as decisões liminares geraram grave lesão à ordem pública, por impedir a publicidade dos gastos estatais relacionados à remuneração mensal dos servidores públicos, com violação da regular ordem administrativa e com efeitos negativos para o exercício consistente do controle oficial e social de parte dos gastos públicos.

Muito embora, na decisão monocrática, o Ministro tenha entendido pela suspensão da segurança, não deixou de tratar do mérito, apresentando uma alternativa razoável para a solução do problema, esclarecendo seu ponto de vista da seguinte forma:

(...) diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve-se a municipalidade perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível. Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. **No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional.** Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis **para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada,** a imagem e a segurança dos servidores (e daqueles que dele dependem). (SS 3902 /SP. Relator(a): Min. Presidente, decisão proferida pelo Ministro GILMAR MENDES, decisão monocrática, julgado em 08.07.2009, DJe-146 DIVULG 04.08.2009 PUBLIC 05.08.2009) (grifo nosso).

Nota-se que a sugestão apresentada pelo Ministro levou em consideração preservar a intimidade e a privacidade do servidor público, sem desprestigiar a transparência das informações. Há nítido reconhecimento de tais dados como pertencentes à esfera da vida privada do indivíduo, de maneira que a relativização do formato de publicação, adotado pelo Poder Público, seria uma solução mais democrática para compor a divergência, já que não se vislumbra defender a não publicação das informações e sua consequente ocultação.

Em sequência, após a decisão monocrática, foi interposto pelos impetrantes da segurança suspensa, agravo regimental de maneira que a questão foi apreciada pelo Pleno do Tribunal, com relatoria do Ministro Ayres Brito, decisão esta que foi utilizada como base argumentativa para o Recurso Extraordinário 652.777/SP.

Assim, destacamos algumas partes da decisão exarada para melhor compreensão do posicionamento defendido pelo Ministro Ayres Brito, quando do julgamento em plenário. Naquela ocasião, primeiramente, fez menção de que a situação era a de um estado de colisão de princípios constitucionais, que nas palavras do Ministro, era de “aparente conflito, e não mais que isso”. Defendeu, de um lado, o princípio da publicidade administrativa como sendo o dever estatal de divulgar atos públicos, como um dever eminentemente republicano, de máxima transparência, retirando do alcance as exceções constitucionalmente previstas, “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII, CF/88), e de outro, relatou o direito que assiste aos servidores municipais de não ver divulgada a sua remuneração por implicar violação à intimidade e vida privada, além de poder representar perigo à segurança pessoal e familiar, potencializada pela disponibilização dessas informações na Internet.

De modo a preservar fielmente o entendimento apresentado, nos termos do voto do Ministro relator, aprovado por unanimidade, transcrevemos parte determinante da decisão, *in verbis*:

14. O meu voto já se percebe. A situação dos agravantes cai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 15. No tema, sintá-se que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. [...] 17. Por tudo quanto posto, a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

(STF, SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09.06.2011, DJe-189 DIVULG 30.09.2011 PUBLIC 03.10.2011).

A fundamentação do Ministro Ayres Brito, conforme já mencionado, foi integralmente consignada no voto do Ministro Teori Zavascki, relator do Recurso Extraordinário com Agravo 652.777/SP, de maneira que compartilhou de seu posicionamento, acrescentando na construção de seu entendimento o que enunciamos:

2. À luz dessa orientação fica evidente que não é inconstitucional e não padece de qualquer ilegitimidade a publicação, em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, do nome dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos brutos e de outras vantagens pecuniárias. Sendo legítima a publicação, dela não decorre dano moral indenizável.

(STF, ARE652777/ SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 23.04.2015, DJe-128 DIVULG 30.06.2015 PUBLIC 01.07.2015).

Considerando que, quando do julgamento do ARE 652.777/SP, já havia sido outorgada a Lei de Acesso à Informação, assim como também já havia sido editado o Decreto Federal nº. 7.724/2012, o relator trouxe em seus argumentos como elemento fundamental a exigência legal da publicação nominal e individualizada dos vencimentos dos servidores públicos, estabelecidas nas referidas legislações, conforme podemos observar a seguir:

3. Cumpre referir que, mais recentemente, foi editada a Lei Federal de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), com aplicação também aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal (art. 1º), com a finalidade de disciplinar o acesso a informações mantidas pelos órgãos públicos. Mesmo sem dispor expressamente sobre a obrigatoriedade da divulgação da remuneração pessoal dos servidores, a lei impõe à Administração o dever de promover a divulgação, independente de requerimento, “no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados” (art. 8º). É certo que a definição de interesse coletivo ou geral, como todo conceito aberto, comporta preenchimento valorativo nem sempre insuscetível de questionamentos. Todavia, no caso, a cláusula legal deve ser interpretada segundo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no precedente antes citado, como o fez, aliás, o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012 (...)

(STF, ARE652777/ SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 23.04.2015, DJe-128 DIVULG 30.06.2015 PUBLIC 01.07.2015).

E o relator finaliza o seu voto indicando pela improcedência do pedido formulado na demanda de origem, dando por consequência o provimento ao recurso extraordinário, em favor do Município de São Paulo, afirmando como tese de repercussão geral: “que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. ”

Para além dos parcos fundamentos que afastaram qualquer violação da intimidade e privacidade do servidor público no relato do Ministro Teori Zavascki, durante o julgamento, com as manifestações dos demais Ministros, evidenciamos o voto da Ministra Rosa Weber, que declarou: “tenho decisões publicadas nessa mesma linha, sempre enfatizando que aquilo que se chama âmbito de proteção da privacidade do cidadão fica extremamente mitigado, a meu juízo, quando se trata de agente público [...].”

Ora, a ministra reconhece que o caso tem referência a algo do âmbito de proteção da privacidade do cidadão, mas entende que essa proteção não estaria estendida ao servidor público, acreditando não ser o servidor público um cidadão comum, defendendo uma ideia equivocada, em nosso entender, da existência de uma distinção entre cidadãos e servidores públicos perante os direitos estabelecidos na Constituição Federal.

Ainda no julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio assim se expressou: “o servidor público não pode pretender ter a mesma privacidade que tem o cidadão comum [...]”. Notadamente, a decisão foi marcada ao diferenciar os direitos atribuídos pela Constituição Federal a todos os cidadãos, retirando do servidor público tal qualidade. Assim, a decisão tomada se baseou na lógica de que o servidor público não está protegido pelos direitos estabelecidos constitucionalmente a todos os cidadãos, ou seja, instituiu uma diferenciação não imposta pela Carta Magna, criou uma diferenciação quanto ao alcance das normas constitucionais, indo de encontro ao princípio básico de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Uma contradição gritante quando se pensa que tal discriminação foi imposta pelo órgão máximo judiciário brasileiro, a quem compete proteção irrestrita da Constituição Federal.

1.2 Posicionamentos contrários à publicação nominal no âmbito da Justiça Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Ainda para demonstrar tamanha divergência e até mesmo observar que outros meios poderiam substituir a alardeada necessidade de transparência dos gastos com pessoal na administração pública, apresentamos algumas outras decisões judiciais distintas, que demonstram não haver de forma inequívoca qualquer consenso.

Em sede de decisões liminares, no âmbito da justiça federal, mesmo com o advento da Lei de Acesso à Informação – LAI, e do Decreto nº 7.724/2012, algumas entidades representativas de servidores públicos ingressaram judicialmente com a intenção de barrar a publicação nominal e individualizada com as respectivas remunerações na Internet, alegando, a partir de agora, além de violação aos princípios constitucionais, possível inconstitucionalidade do referido decreto, entendendo que ao regulamentar a lei, que não trata expressamente da obrigatoriedade de adotar a medida ora em discussão, estabeleceu a necessidade de publicar a remuneração dos servidores públicos em sítios de Internet, inovando e transbordando ao seu poder regulamentador.

Com tais argumentos, o Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu liminar no processo nº 33326-48.2012.4.01.3400¹², de autoria da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB, determinando que a União se abstivesse de realizar novas divulgações das remunerações dos servidores públicos federais, com base no seguinte entendimento:

Da leitura comparada dos dispositivos legais transcritos retro, constata-se que a norma emoldurada no inciso VI do art. 7º, do Decreto nº. 7.724/2012, não encontra correspondente na Lei nº 12.527/2011, circunstância que corrobora a tese de inovação na ordem jurídica. Aquele diploma legal, com efeito, em nenhum de seus comandos, determinou fossem divulgados à sociedade, à guisa de transparência, dados referentes à remuneração dos agentes públicos (lato senso).¹³

Em face da referida decisão, a União protocolou, perante o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pedido de suspensão, que foi indeferido, conforme entendimento assim exposto:

À luz da vocação do instrumento jurídico em análise, entendo que a decisão não acarreta grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela legislação de regência. A questão em debate enseja implicação de ordem política e de grande interesse público. No entanto, parece sensato — e atende ao princípio da precaução — manter a efetividade da decisão intacta até que sejam analisados supostos desbordamentos da atividade regulamentar ou, ainda, até que seja averiguado se o Ato Administrativo, que expõe em rede mundial (Internet) os rendimentos individualizados (nome, lotação, descontos etc.) dos servidores públicos federais,

¹² Inteiro teor disponível em:

<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&proc_id=10002572020&cpw=12811253400220&secao=DF&proc=333264820124013400&desc=Decisão Liminar>.

Acesso em: mai. 2017.

¹³ Idem.

fere ou não garantias individuais do servidor-cidadão, como alega o autor da ação ordinária. Ademais, para atender ao princípio da publicidade dos atos administrativos, bem como à concretude da política de transparência da gestão pública, não é indispensável — em exame perfunctório, enquanto não se decide o mérito da demanda pelas vias ordinárias — a indicação do nome dos servidores nas respectivas folhas de pagamento, preservando-lhes a privacidade. A decisão impugnada tem o intuito meramente acautelador, afastando, tão somente, a publicação de forma individualizada. Isto posto, conforme explicitado, por não configurada a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, indefiro o pedido formulado pela União.”¹⁴

Ainda com a negativa em relação ao pedido de suspensão de liminar, a União renovou o pedido perante o Supremo Tribunal Federal (SL 623), argumentando precipuamente a existência de grave lesão à ordem pública, em razão da decisão impugnada impedir a concretização do princípio da publicidade e transparência e por considerar, ainda, que os vencimentos pagos pelo Poder Público constituem informação estatal, decorrente da natureza pública do cargo, de maneira que deveria ser de conhecimento de toda a coletividade.

O Presidente do STF, Ministro Ayres Brito, ao julgar o pedido de Suspensão de Liminar – SL 623¹⁵, em julho de 2012, trouxe o entendimento já apresentado na Suspensão de Segurança 3.902 – AgR, também de sua relatoria, e deferiu o pedido da União para suspender os efeitos da liminar concedida no processo nº 33326-48.2012.4.01.3400.

Em outro processo de igual teor, o Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu a antecipação de tutela, em julho de 2012, no processo nº 36130-86.2012.4.01.3400¹⁶, em favor dos autores da ação ordinária, a Associação dos Servidores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – ASSEJUS, com o objetivo de obstar a divulgação nominal da remuneração na Internet. Argumentou o juízo, em sede de antecipação de tutela, contrariando argumentos já apresentados nas decisões citadas acima, que:

No caso em tela, o Poder Executivo, a pretexto de regulamentar a lei de acesso à informação e inspirado pela política de ampla transparência da administração pública, acabou por ir além do estritamente necessário à observância do espírito republicano, ordenando a divulgação de informações de caráter estritamente pessoal de cada

¹⁴ Inteiro teor disponível em: < http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2012/0041800/00418911620124010000_8.doc >. Acesso em: mai. 2017.

¹⁵ Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=78718149&tipoApp=.pdf> >. Acesso em: mai. 2017.

¹⁶ Inteiro teor disponível em: < http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&cpw=53895220100221&secao=TRF1&proc=00527517620124010000&proc_id=10002737103&fase_id=10002737103&des c=Decis%C3%A3o >. Acesso em: mai. 2017.

servidor público, relativas aos seus ganhos mensais. Os dados pertinentes ao rendimento mensal auferido por cada servidor não dizem respeito a ninguém, senão a ele mesmo. O simples fato de se cuidar de um servidor remunerado pelos cofres públicos não confere à sociedade o direito de devassar sua privacidade, inclusive no que tange às finanças pessoais. Os servidores públicos ali estão por seus próprios méritos, aprovados que foram em concursos públicos, e recebem suas remunerações legitimamente em função do desempenho das atribuições dos cargos que ocupam. Portanto, a ninguém deve ser dado a conhecer quanto o servido “A”, “B” ou “C” recebe a cada mês, porquanto isto é uma informação de interesse dele próprio, somente passível de divulgação por sua livre vontade.¹⁷

Tal decisão também foi objeto de solicitação pela União de suspensão de antecipação de tutela ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Nesse momento, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deferiu o pedido, em razão da Suspensão de Liminar - SL 623 já deferida pelo STF no processo citado anteriormente, muito embora, ao deferir a medida, reforçou seu entendimento contrário, conforme podemos observar nos fundamentos:

Relevante destacar que questão praticamente idêntica foi enfrentada por mim na Suspensão de Segurança n.º 41891-16.2012.4.01.0000/DF, na qual indeferi o pleito, em decisão publicada no e-Dj em 20/07/2012 [...] Acrescento, nesta oportunidade, que, quando o servidor ingressa no serviço público, não consta do respectivo edital do concurso que a sua remuneração será nominalmente identificada e divulgada e que, assim sendo, como agente público, terá de arcar com risco pessoal e familiar decorrente da publicação desses dados. [...] Como se vê, o Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Liminar n.º 623/DF, concedeu, com fundamento em precedente daquela colenda Corte, efeito suspensivo requerido pela União, consubstanciado na existência dos pressupostos elencados no art. 4º da Lei 8.437/1992. Isso posto, **ressalvado meu entendimento** exposto na supramencionada decisão monocrática que proferi sobre o mesmo tema, ante a possibilidade de, uma vez indeferido o pedido de suspensão, o requerimento poder ser renovado perante aquela Corte Suprema, **defiro** o pedido de suspensão formulado pela União.¹⁸(grifo nosso).

Apresentada algumas jurisprudências e entendimentos em relação à matéria, resta evidente que não se trata de algo fácil de haver consenso, principalmente pela forma como são lançados os fundamentos defendidos. Basicamente, as normas são as mesmas, a legislação e os princípios arguidos sendo trabalhados de maneiras distintas, da forma que melhor lhes provêm. Fato é que o Direito não é uma ciência exata, mas a forma como são manejados os princípios

¹⁷ Idem.

¹⁸ Inteiro teor disponível em:

<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&cpw=54248830100204&secao=TRF1&proc=00527517620124010000&proc_id=10002737103&fase_id=10002737103&d_esc=Decis%C3%A3o>. Acesso em: mai. 2017.

constitucionais para justificar as decisões para um lado ou para o outro, demonstram a pouca habilidade de quem teria o dever de salvaguardar esses princípios.

Há muitas outras decisões judiciais acerca desse tema, em virtude das ações ajuizadas pelo país, mas todas elas, em determinado momento, convergem para ao final obter o entendimento proferido no Recurso Extraordinário com Agravo nº.652.777/SP, baseado na fundamentação esboçada no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902, ambos julgados no STF. A importância de trazermos os argumentos das decisões judiciais citadas nos permite um olhar panorâmico dos dois pólos que se formaram, não exatamente para nos apropriarmos de um dos lados, mas para entendermos a aplicação dos princípios, a formação dos argumentos e, finalmente, debatê-los e enfrentá-los, se preciso.

Talvez o mais importante neste trabalho não seja defender um dos pontos de vista, mas mostrar que, embora o Direito não seja uma ciência exata, a exemplo da Matemática, em que os resultados deverão ser os mesmos, muito embora os caminhos percorridos para encontrá-los sejam diferentes, é necessário minimamente uma adequada aplicação das normas e dos princípios ao evocá-los. O administrado não pode ter dúvida da aplicação do direito, por isso há a necessidade de aprofundar alguns conceitos e analisar de maneira mais enfática os argumentos contrários, de modo que não reste dúvida ao resultado alcançado no caso.

Neste viés, algumas perguntas poderão ser evocadas e alguns questionamentos provocados como mola propulsora para o debate. A depender do que conseguiremos responder, vamos traçando o caminho para uma resposta que possa nos ajudar a compreender a utilização dos princípios constitucionais neste caso, respondendo com maior segurança se houve conflito principiológico e a maneira mais adequada para a ponderação, se for o caso.

1.3 Da análise dos Portais da Transparência dos Órgãos Públicos

Muito embora a decisão final do STF no Recurso Extraordinário com Agravo 652.777/SP tenha sido pela divulgação nominal e individualizada dos vencimentos dos servidores públicos em sítios eletrônicos, refutando o argumento de violação da intimidade e privacidade e realçando a necessidade de transparência dos gastos públicos e a publicidade como princípio básico do Estado Republicano, não há na verdade um consenso na conclusão da temática, em virtude do tema não ter sido debatido com profundidade, a fim de que não restassem fios soltos na construção do argumento.

Diante disso, antes de estudarmos a teoria que alicerça a questão, decidimos verificar como alguns órgãos e instituições públicas estão aplicando a transparência dos gastos com pessoal em seus sites de transparência. A análise consistirá em observar se a remuneração está sendo divulgada individualmente e nominalmente em sítio eletrônico, se há dificuldades de acesso ou se a informação é facilmente encontrada, quais informações são publicadas acerca da remuneração, se ocorre a publicação da remuneração de servidores ativos e inativos. A partir disso, faremos uma leitura do que ficou consignado como necessidade de transparência dos gastos públicos, entendendo transparência não somente como expor o salário do servidor, mas principalmente no sentido de conhecer e compreender como são realizados esses gastos.

Assim, dentre os Órgãos e Instituições escolhidos analisaremos o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, a transparência do STF e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e, por fim, faremos um panorama acerca de como está sendo a transparência na publicação da remuneração dos membros do Ministério Público de todo o país.

O Governo Federal, por meio do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União mantém o Portal da Transparência em site de Internet com endereço eletrônico <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Nele estão disponibilizadas informações sobre as despesas, receitas, convênios, servidores, dentre outras do governo federal.

No *link* “servidores” é possível obtermos informações sobre cargo, função, situação funcional e remuneração de todos os servidores civis e militares, bem como dos agentes públicos do Poder Executivo Federal. Entretanto, as informações divulgadas são somente dos servidores ativos, não estando incluídas as informações dos servidores aposentados, pensionistas ou instituidores de pensão, exceto em caso de estarem na ativa em razão de exercício de um segundo cargo público, em conformidade com as previsões legais. É possível selecionar a modalidade de consulta, optando por nome ou cadastro de pessoa física (CPF), por Órgão de Exercício, por Órgão de Lotação, por Função ou Cargo de Confiança e Órgão ou por Função ou Cargo de Confiança.

Ao selecionar um Órgão de Exercício, é disponibilizada a lista nominal dos servidores em exercício no referido Órgão, precedidos dos números do CPF, com os três primeiros e os dois últimos números ocultos.

A divulgação do salário é disponibilizada, indicando a remuneração básica, remuneração eventual, as deduções obrigatórias, o total da remuneração após as deduções e as

verbas indenizatórias, de modo que o rendimento líquido recebido pelo servidor deverá ser interpretado como sendo a soma da remuneração após as deduções somada às verbas indenizatórias, pois não resta claro ao público a remuneração líquida do servidor que inclui as verbas indenizatórias, já que as mesmas não compõem renda para os fins dos descontos obrigatórios e por isso não estão incluídas no total da remuneração após as deduções.

Observamos de pronto que apesar de divulgar várias informações acerca da situação funcional, não estão presentes informações como remuneração líquida, que é efetivamente o valor recebido pelo servidor. É necessário que a pessoa seja conhecedora de que as verbas indenizatórias apresentadas em separado não foram somadas ao valor da remuneração após as deduções, para que tenha a compreensão do que de fato é recebido a título de remuneração pelo cargo desempenhado na Administração Pública.

Para além disso, não são divulgadas informações sobre os ganhos dos aposentados e pensionistas do executivo federal, que também pela lógica defendida recebem seus proventos a partir de recursos públicos. Sendo assim, a transparência não está tão límpida para todos.

Partindo para a transparência referente à divulgação da remuneração do STF, observamos que no sítio eletrônico do STF (www.stf.ju.br), há um *link* “transparência”, em que é possível acessar a opção “remuneração”, que encaminha para o local onde se pode pesquisar a remuneração dos servidores ativos, servidores inativos e pensionistas, ministros ativos, ministros inativos e juízes. Consideramos, na pesquisa, a opção de consulta dos membros ativos, onde consta lista nominal de cada ministro, sendo necessário escolher um deles para que seja possível visualizar seus rendimentos mensais.

Verifica-se na remuneração nominal dos Ministros do STF que há o detalhamento dos créditos, por meio de subsídios, e dos débitos, bem como a indicação do total bruto, dos descontos e do total líquido, que constitui o valor efetivamente recebido pelos ministros da mais alta corte do país, de forma simples e de fácil entendimento. Não há na remuneração dos ministros indenizações mensais fora do subsídio, sendo basicamente o valor da remuneração o próprio teto constitucional¹⁹, sem inclusões de gratificações, de indenizações, podendo somente, para alguns, o recebimento do abono de permanência²⁰.

¹⁹ Teto Constitucional atualmente é no valor de R\$ 33.763,00.

²⁰ O abono de permanência encontra-se estabelecido no art. 40, § 19 da Constituição Federal, que consiste em, *in verbis*: “O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência

Já o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, juntamente com as seções judiciárias vinculadas, apesar de divulgarem a remuneração nominal e individualizada de seus servidores e magistrados, o fazem de uma forma bastante discreta, de modo que para conseguir acessar foi necessário buscar auxílio a um servidor responsável pela folha de pagamento da Justiça Federal, Seção Judiciária do Acre.

No tocante à disponibilização das informações, observou-se que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e cada Seção Judiciária são os responsáveis pela divulgação de suas folhas de pagamento. Todas as folhas são publicadas no mesmo padrão apresentando as informações detalhadas de créditos, incluídas as indenizações, gratificações e outras vantagens, bem como dos débitos, indicando o total bruto e o total líquido, que é efetivamente o que recebe o servidor, incluídos os ativos e inativos.

Para demonstrar o percurso para acesso dessas informações, faz-se necessário acessar o sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio do endereço eletrônico <http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>, e faz-se a opção pelo *link* “transparência”, que disponibiliza um menu com várias opções, tais como: gestão de pessoas, lei de acesso à informação, contas públicas, dentre outras, mas nenhum desses *links* contém as informações desejadas, sendo necessário escolher o item “Relatórios CNJ”, que direcionará para uma página, onde no “Anexo VIII” constará o detalhamento da folha de pagamento de pessoal.

A publicação da remuneração dos servidores, nesse caso, foi tratada de maneira mais reservada, provavelmente objetivando não deixar tão expostas as informações. Além disso, ao analisarmos as folhas de pagamento de cada Seção Judiciária²¹ vinculada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, bem como do próprio Tribunal, todas as Seções Judiciárias disponibilizam os dados sem exigência de qualquer identificação, enquanto que o próprio Tribunal somente apresenta os dados após o usuário se identificar, informando o Cadastro de Pessoa Física (CPF), com a seguinte justificativa: “(Segundo o Art. 6º, § 2º, da Resolução CNJ 215/2015, "as informações individuais e nominais da remuneração de membro ou servidor [...] serão

equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

²¹O Tribunal Regional Federal da 1ª Região congrega 14 Seções Judiciárias, sendo: Seção Judiciária do Acre, Seção Judiciária do Amazonas, Seção Judiciária do Amapá, Seção Judiciária da Bahia, Seção Judiciária do Distrito Federal, Seção Judiciária de Goiás, Seção Judiciária do Maranhão, Seção Judiciária do Mato Grosso, Seção Judiciária de Minas Gerais, Seção Judiciária do Pará, Seção Judiciária do Piauí, Seção Judiciária de Rondônia, Seção Judiciária de Roraima e Seção Judiciária de Tocantins.

automaticamente disponibilizadas mediante prévia identificação do interessado, a fim de se garantir a segurança e a vedação ao anonimato”²².

No tocante ao Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público²³ (CNMP) editou a Resolução nº 89²⁴, de 28 de agosto de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Diante disso, considerando o estabelecido no inciso VII, do art. 7º da citada Resolução, a remuneração dos membros e servidores ativos, inativos, pensionistas e colaboradores do órgão devem ser publicados nominalmente e individualmente em sítio eletrônico próprio.

Posteriormente, a Resolução CNMP nº 148²⁵, de 21 de junho de 2012, estabeleceu um modelo padrão de publicação da remuneração, especificando as parcelas de rendimentos, de descontos, além de outras como rendimento líquido total, indenizações e outras remunerações temporárias.

Pesquisamos o sítio eletrônico de todos os Ministérios Públicos dos Estados Brasileiros, do Distrito Federal, do Ministério Público Federal, Militar e do Trabalho.

Como resultado, apresentaremos um panorama de como está sendo publicada a remuneração dos servidores do MP, dando ênfase à observação da remuneração dos membros ativos.

Todos os Ministérios Públicos possuíam o Portal da Transparência em seus sítios eletrônicos, que ao ser acessado é possível identificar facilmente o *link* denominado “contracheque” ou, em alguns casos, “remuneração”.²⁶

²²Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Servicos/VerificaFolha/index.php>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

²³ O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) atua executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição. O órgão foi criado pela Emenda Constitucional nº 45 e tem suas competências definidas pelo artigo 130-A, §2º, da Constituição Federal. Ao Conselho cabe orientar e fiscalizar todos os ramos do MP brasileiro: o Ministério Público da União (MPU), que é composto pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Militar (MPM), Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); e o Ministério Público dos Estados (MPE). Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/o-cnmp/apresentacao>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

²⁴Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_89_Alterada_pela_Res._100.2013_e_115.2014.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

²⁵ Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RESOLUCAO_148.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

²⁶ Ministério Público Federal. Disponível em:

<<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/contracheque/remuneracao-membros-ativos>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público Militar. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/consulta-remuneracao/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://portal.mpt.mp.br/MPTransparencia/pages/portal/remuneracaoMembrosAtivos.xhtml>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Acre. Disponível em: <http://transparencia.mpac.mp.br/categoria_arquivos/110>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Alagoas. Disponível em: <<http://sis.mpal.mp.br/transparencia/remuneracaomembrosativos>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Amapá. Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/transparencia/index.php?pg=res_folha_membros_ativos>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Amazonas. Disponível em: <<http://www.mpam.mp.br/contra-cheque/remuneracao-de-todos-os-membros-ativos>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público da Bahia disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/portaltransparencia/contracheque>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Ceará. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/portal-da-transparencia/contracheque/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/remuneracao/controle?_act=print&tipo=membrosAtivos&format=&iMes=5&exercicio=2017>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Espírito Santo. Disponível em: <http://www.mpes.gov.br/transparencia/informacoes/Contracheque/Remuneracao_de_Todos_os_Membros_Ativos.asp>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Goiás. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/transparencia/gestao_pessoas/detalhamento_folha>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Maranhão. Disponível em: <<https://www.mpma.mp.br/index.php/contracheque>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Mato Grosso. Disponível em: <<https://mpmt.mp.br/transparencia/include.php?id=63&tipo=1>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://transparencia.mpms.mp.br/contracheque>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <https://transparencia.mpmg.mp.br/form_links/contracheque/remuneracao_auxilios_membros_ativos?position=membro&status=ativo>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Pará. Disponível em: <<http://transparencia.mppa.mp.br/index.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público da Paraíba. Disponível em: <<https://pitagoras.mppb.mp.br/PTMP/FolhaListar>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Paraná. Disponível em: <<http://www2.mppr.mp.br/sis/ext/cgi-bin/dfrun2.cgi>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Pernambuco. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/transparencia/index.php/contracheque/category/342-remuneracao-de-todos-os-membros-ativos-2017>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Piauí. Disponível em: <http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1344:remuneracao-de-todos-os-membros-ativos&Itemid=132>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://transparencia.mprj.mp.br/contracheque/remuneracao-de-todos-os-membros-ativos>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://transparencia.mprn.mp.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/transparencia/remuneracao?grupo=M>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Rondônia. Disponível em: <<http://www.mp.ro.gov.br/web/mp-transparente/contracheque/membros>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Roraima. Disponível em: <<https://www.mprr.mp.br/vencimentos>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Santa Catarina. Disponível em: <<https://transparencia.mpsc.mp.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Portal%20Transparencia%2FPortal%2>>

Dos trinta sítios eletrônicos visitados, o Portal da Transparência do Ministério Público de Goiás foi o único em que não foi possível acesso, com diversas tentativas sem sucesso, mas com a seguinte mensagem sendo apresentada: “A página não pode ser visualizada no momento”. O site eletrônico do Ministério Público de Mato Grosso, embora seja possível acessar o Portal da Transparência, quando se faz opção pela remuneração, as tabelas de remuneração dos membros ativos não são visualizadas, indicando alguma impropriedade, erro ou que os dados estão corrompidos. Já a do Ministério Público de Minas Gerais, as tabelas referentes aos meses de abril e maio não são acessíveis, por erro, sendo somente possível visualizar as dos meses anteriores.

O Portal da Transparência dos demais vinte e sete sítios eletrônicos dos Ministérios Públicos Brasileiros foram acessados com facilidade e com visualização das tabelas de remuneração de todos os membros e servidores ativos, inativos e pensionistas.

Da análise dos dados, observamos que dentre os trinta Órgãos dos Ministérios Públicos Brasileiros, somente nove²⁷ somam os valores recebidos a título de indenização, pelos membros ativos, ao rendimento bruto total ou líquido, de maneira a demonstrar de forma clara o *quantum* recebido mensalmente pelos seus membros. Diferente disso, os demais MPs indicam um valor líquido total sem somar as indenizações recebidas, publicando o valor das indenizações separadamente, não deixando tão nítido o valor total recebido como remuneração mensal.

Tal situação não se mostra razoável, pois as indenizações constituem parte da remuneração, mesmo que não incida sobre ela o abate teto e os descontos obrigatórios. Entretanto, os que não conhecem essas informações acreditam que o valor recebido é o indicado como total dos rendimentos líquidos, não constituindo uma informação tão transparente.

0Transp%20MPSC.qvw&host=QVS%40qvias&anonymous=true&secao_id=695&campo=8848>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de São Paulo. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia/Contracheque/Membros_ativos>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público de Sergipe. Disponível em:

<https://sistemas.mpse.mp.br/2.0/PublicDoc//PublicacaoDocumento/Contracheque_Tr.html>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ministério Público do Tocantins. Disponível em:

<<https://mpto.mp.br/web/transparencia/2017/02/23/remuneracao-de-todos-os-membros-ativos-2017>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁷ Os Ministérios Públicos dos Estados do Acre, Amazonas, Rondônia, Paraná, Rio de Janeiro, Ceará, Rio Grande do Norte, Alagoas e o Ministério Público Militar apresentam as verbas indenizatórias e auxílios somados ao total da remuneração líquida.

Outro ponto de muita discussão, que não constitui objeto desta pesquisa, mas é bastante relevante para a questão da transparência e da publicidade, é o fato de que a remuneração de membros do Ministério Público, em alguns casos, ultrapassa o teto constitucional, quando somamos as parcelas identificadas como indenizatórias ao subsídio, considerando que não incide o abate teto nessas verbas.

Com efeito, tem-se frequentemente utilizado essa nomenclatura para pagar verbas que não deveriam ser tratadas como indenizatórias. As páginas eletrônicas dos Ministérios Públicos apresentam explicações genéricas para os itens que compõem as parcelas remuneratórias. Extraímos das informações publicadas que as indenizações constituem auxílio alimentação, auxílio moradia, ajuda de custo, auxílio transporte, uns diferem um pouco dos outros, mas essencialmente são parcelas dessas naturezas.

Entretanto, não sabemos o valor referente a cada auxílio e qual auxílio recebe cada membro, já que temos valores distintos pagos a cada um deles. Ressaltamos que em alguns casos os valores são iguais, porém na sua maioria são valores diferentes. Observamos que em alguns Estados o valor das indenizações é muito próximo dos valores apresentados como rendimento líquido.

Nesses casos, a exemplo do Ministério Público, a transparência tão ventilada e alardeada como forma de controle social dos gastos públicos com pessoal, resta um tanto quanto obscura e prejudicada, pois não se sabe ao certo o que se paga, sob o formato de indenizações, inviabilizando os devidos controles e fiscalizações. Decerto, percebemos que há regulamentado, em nome de uma autonomia administrativa e financeira, valores pagos a título de verbas indenizatórias que, estando fora do alcance do abate teto, aumentam a remuneração desses servidores públicos.

Evidentemente há interesse em não se divulgar claramente, à opinião pública, o quanto é efetivamente pago às carreiras de Estado, como no caso dos membros do Ministério Público. Os conhecidos penduricalhos, revestidos de legalidade, por meio das verbas indenizatórias, ganham contornos mais discutíveis quando observamos o julgamento pelo Plenário do STF, do Recurso Extraordinário 606.358²⁸, ocorrido em novembro de 2015, em que foi apreciada a

²⁸“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor

questão sobre o teto constitucional, com o Ministro Teori Zavascki expressando seu posicionamento²⁹ de que tais verbas são verdadeiros subterfúgios para que a remuneração ultrapasse o teto constitucional. Daí, naturalmente, não há interesse em que a real remuneração líquida seja explicitamente divulgada, já que muitas vezes ultrapassam o valor do teto constitucional, ocultos pelas várias indenizações recebidas regularmente.

Nessa mesma discussão, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou³⁰ que, “em nome dessa chamada autonomia econômico-financeira, ou autonomia administrativo-financeira, vão-se produzindo distorções que descumprem o fator elementar do princípio da legalidade”, e talvez, em virtude dessa realidade, muito se tenha a esconder na divulgação da remuneração nos Portais da Transparência.

Esses fatos são mencionados para observarmos que a publicidade da remuneração individualizada e nominal, com o intuito de fiscalização dos gastos públicos, não são tão efetivos, não tem seus dados publicados de forma clara, visto que, no breve estudo feito no Portal da Transparência dos Ministérios Públicos, a remuneração líquida aparente não representa o total do valor recebido por cada membro, pois o valor das indenizações é apresentado em separado, sem especificar com exatidão a qual indenização o servidor faz jus, o fundamento legal e seu valor respectivo.

O Poder Executivo Federal também não inclui o valor das indenizações somadas ao valor dos rendimentos líquidos. Mesmo sendo valores bem menores, há a necessidade de demonstrar de maneira transparente os ganhos mensais, se for considerar os fundamentos da decisão do STF quando do julgamento do processo referência desta pesquisa. Caso contrário, restam um tanto quanto mascaradas as razões apresentadas com a prática que tem sido adotada.

Não há qualquer pretensão de já nas poucas linhas iniciais de estudo nos posicionarmos por um lado desse dilema, pois em verdade não se trata de pesquisa de opinião buscando quem são contrários e quem são os favoráveis à publicação nominal e individualizada da remuneração

público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015. 2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República. 3. Traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de valores percebidos, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, a título de vantagens pessoais. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.”. (STF, RE 606358, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j.18.11.2015).

²⁹Inteiro teor do julgamento com os votos e manifestações dos ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309137868&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

³⁰Idem, inteiro teor do julgamento.

dos servidores públicos. O que se pretende é analisar os pontos não debatidos, não tão aprofundados pelo STF na decisão judicial tomada em repercussão geral, que mais nos parece, pelos seus próprios fundamentos, um posicionamento daquilo que se entende ser adequado e ideal, ao invés daquilo que é possível e permitido, conforme o nosso ordenamento jurídico.

Depreende-se que, para um debate mais preciso, algumas questões precisam ser vencidas, de modo que possamos concluir se há controvérsia entre o art. 5º, caput, e incisos X e XXXIII, art. 6º, caput, e art. 37, § 3º, inciso II, todos da Constituição Federal, por violação à intimidade e à segurança dos servidores, e, do lado oposto, o princípio da publicidade, insculpido no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, art. 37, caput e §3º, inciso II e no art. 39, §6º, todos igualmente da Carta Magna.

Fato fundamental para a compreensão do problema é identificar de forma contundente, primeiramente, se a divulgação individualizada e de maneira nominal concretiza o dever de transparência com os gastos públicos, conforme prevê o ordenamento jurídico pátrio, e se essa forma de publicação não cria uma exposição indevida de um dado pessoal do servidor público, protegido pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada, pelo que trataremos de decifrar ao longo dos capítulos.

De imediato, apresentamos posicionamentos jurídicos diversos sobre mesmo tema para embasar a discussão, visualizamos as controvérsias da transparência, que não se mostra tão nítida quando buscamos as informações publicadas por alguns órgãos públicos, e ainda veremos a seguir a falta de transparência de ganhos por quem defendeu a divulgação nominal e individualizada em juízo, um contrassenso.

1.4 A Advocacia Geral da União (AGU) e a não publicação dos valores recebidos a título de honorários advocatícios de sucumbência – um contrassenso.

A Lei nº 13.327/2016 dispõe, dentre outras coisas, sobre o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações para os Advogados da União, Procuradores Federais, da Fazenda Nacional e do Banco Central.

Com base na lei, nas causas judiciais em que a União lograr vencedora, os honorários advocatícios de sucumbência serão pagos aos advogados públicos federais, sem que estes valores integrem o subsídio, tampouco sirvam de base de cálculo para adicional, gratificação

ou qualquer outra vantagem pecuniária. Assim como, também, não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária.

O pagamento desses valores é feito por rateio, sem distinção de cargo, seguindo o percentual e regras definidas em lei, sendo o tempo de serviço o fator preponderante para o cálculo da cota-parte. Para tanto, foi criado o Conselho Curador dos Honorários Advocatícios (CCHA), vinculado à Advocacia Geral da União, que será responsável por editar as normas para operacionalizar o crédito e a distribuição dos valores a serem pagos, fiscalizar a correta destinação dos honorários, além de outras competências definidas para o gerenciamento do processamento do objeto da lei.

Em decorrência da necessidade de regulamentação da lei, a AGU editou a Portaria Interministerial 8/2016, fixando o percentual do encargo legal que constituirá os honorários advocatícios de sucumbência devidos aos advogados públicos.

Em virtude do recebimento desses valores em folha de pagamento pelos Advogados da União, Procuradores Federais e da Fazenda Nacional, bem como diante da manifestação apresentada pela AGU como *amicus curiae* no ARE 652777/SP, o razoável seria que esses valores fossem apresentados e publicados nominalmente individualizados no Portal da Transparência, em virtude de se constituir parte da remuneração desses servidores públicos.

Ocorre que, diferentemente da conduta esperada pelo Órgão defensor da publicação individual e nominal dos salários dos servidores públicos nos sítios eletrônicos, sob o argumento de se privilegiar o interesse público, o princípio da transparência pública e do Estado Republicano, temos na verdade uma omissão dessas informações de maneira individualizada, por razões desconhecidas.

Tal ausência de informações provocou a instauração de procedimento preparatório nº 1.18.000.000831/2017-4, pelo Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República em Goiás, e a edição da Recomendação nº 14, de 20 de junho de 2017,³¹ para que a Secretaria-Geral de Administração da AGU regularizasse o que chamou de conduta ilícita, conforme podemos observar:

Assim sendo, é inequívoco que a AGU viola diretamente normas constitucionais; não cumprindo o seu dever-poder, porquanto não disponibiliza informações completas e íntegras quanto aos valores recebidos por seus advogados e procuradores. [...] Postos todos os considerandos acima, impende proclamar ilícita a conduta da ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, concernente à omissão de informações sobre as verbas

³¹ Disponível em: <www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2136-recomendacao.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

honorárias pagas aos advogados e procuradores; pelo que deve tomar todas as providências cabíveis quanto à divulgação individualizada da remuneração, auxílios, vantagens e quaisquer valores pagos aos referidos agentes públicos.

Assim, restam bastante controvertidos os argumentos de transparência defendidos pela AGU e a conveniente omissão de informações acerca de valores de honorários advocatícios, recebidos pelos advogados públicos federais, já que estão em direções contrárias.

Obviamente, não se conclui que a AGU discorda institucionalmente da publicação ora discutida, muito embora não consiga demonstrar na prática os prejuízos de uma publicação individualizada, por outros dados, que não a vinculação ao nome. Entretanto, não tiveram a iniciativa de divulgar os valores recebidos de honorários advocatícios de sucumbência no Portal da Transparência, por motivos desconhecidos, mas certamente presumimos que a ocultação dessas informações preserva os ganhos desses procuradores dos olhares de terceiros.

No próximo capítulo analisaremos a Lei de Acesso à Informação, a sua importância no cenário brasileiro, bem como seus avanços. Desta forma, discutiremos a exigência da publicação nominal da remuneração dos servidores públicos nos sítios eletrônicos, em face do ordenamento jurídico vigente.

CAPÍTULO 2 – A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E O CONTROLE SOCIAL

O presente capítulo tem por escopo analisar a Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), percebendo as mudanças de paradigmas da “cultura de sigilo”³² dos atos da Administração Pública, a partir da transparência e da publicidade desses atos, buscando, assim, introduzir uma prática cotidiana de fortalecimento da Democracia³³ e do Estado Republicano, fomentando uma maior participação fiscalizadora da sociedade e consequente controle social.

2.1 O debate do direito de acesso à informação na Constituição de 1988 e a importância do advento da Lei nº 12.527/2011.

Após vinte anos de ditadura militar, com o processo de redemocratização e com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “a cidadania readquire a plena liberdade de expressão, seja no exercício da opinião, da consciência, ou da informação em todos os seus amplos conteúdos significantes.” (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 13). Neste sentido, interpretam Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro:

Como resultado da democratização das relações de poder, podemos identificar a existência de um “direito humano ao saber” resultado – primeiramente, no plano político – das liberdades públicas conquistadas no processo civilizatório. A liberdade de informação e os correlatos direitos à informação e de acesso à informação, além de direitos humanos e fundamentais de alta relevância, representam técnicas democráticas de alta densidade na conformação das relações humanas numa determinada comunidade política e social (2016, p. 11).

³² Para Juliano Heinen (2015, p. 44): “pode-se dizer que a “cultura do segredo”, a “prática do conchavo” ou a “noção do secreto”, nas relações públicas, teve uma reviravolta já com a vigência da CF/1988. E essa opção é natural no momento em que se escolhe estabelecer um padrão democrático à nação brasileira. O Estado que se mostra “invisível” é típica característica dos Estados absolutos, onde vigorava o *arcana imperii*. Em um Estado constitucional, o poder deve ser desnudo, visível, perceptível pelo cidadão e por todos os demais órgãos de poder. Então, desde 1988, o acesso à informação era a regra, e o sigilo, a exceção.”

³³ José Afonso da Silva (2016, p. 127-128) entende a Democracia como: “não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social. Mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.”

O “Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988 alterou a estrutura das relações entre a Administração Pública e os administrados”, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 15) fez questão de enfatizar ao lecionar que:

Já não basta a sujeição ao princípio da legalidade na execução da atividade administrativa. Outros princípios são igualmente relevantes. A busca e a definição do interesse público não são mais privilégios exclusivos da Administração. O cidadão não quer – e nem pode – mais ser visto como súdito distanciado do poder, mas como destinatário da atuação dos órgãos e entidades administrativos. A efetiva participação do povo na tomada de decisões administrativas permite um maior grau de correspondência entre as demandas sociais e as ações administrativas. Para tanto, é indispensável a maximização da publicidade, incrementando os níveis de conhecimento e fiscalização [...].

Com essa visão remodelada, neste cenário de redemocratização, indispensável para a concretização de uma política de acesso à informação ágil, eficiente e verdadeira, capaz de conduzir a um amadurecimento coletivo para as escolhas de políticas públicas voltadas para o bem estar da sociedade, a Lei nº 12.527/2011, amparada pela Constituição Federal de 1988, trouxe avanços incontestáveis que nos trazem a certeza de que um país democrático não pode viver com os olhos vendados acerca dos atos de gestão do Poder Público.

A esse propósito, destacamos o entendimento de Juliano Heinen:

Dessa forma, a Lei de Acesso à Informação (LAI) pode ser considerada mais um pilar na construção desse espaço de consenso, dando vazão a um constitucionalismo emancipatório. A LAI anseia compor a preservação concomitante da autonomia privada e pública, associando republicanismo e democracia em uma ação democrática e dialógica que pressupõe um amplo acesso à informação, em uma compreensão qualitativa e quantitativa dos dados públicos. Tal ato normativo, então, impõe a denominada “cultura da transparência” como um (novo) paradigma que pautará a atuação do gestor público (HEINEN, 2015, p. 15).

É de se ressaltar que o direito de acesso à informação e o princípio da publicidade não foram inovações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio pela LAI. Em verdade, estão constitucionalmente previstos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme já demonstrado, remanescendo durante anos de regulamentação por lei ordinária, que trouxesse mecanismos objetivos para tornar eficazes tais direitos. Assim é que estão inseridos em diversos

dispositivos, sendo os mais específicos o constante no art. 5º, incisos XIV³⁴ e XXXIII³⁵, constituindo-se como direito fundamental, e art. 37³⁶, constituindo-se como princípio da Administração Pública, respectivamente, todos da Carta Magna.

No tocante ao direito de acesso à informação, constante na Constituição, temos ainda a destacar o §2º, do art. 216, que trata da gestão da documentação governamental a ser exercida pela Administração Pública, com o dever de franquear tais documentos para consulta de quem deles necessite. Todos os dispositivos constitucionais até então mencionados convergem para assegurar uma política de acesso das informações e de maior participação social.

A ordem constitucional brasileira de 1988 estabeleceu explicitamente, em seu art. 5º, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais,³⁷ como resultado de um processo de redemocratização, após mais de vinte anos de autoritarismo e restrições de direitos fundamentais. Neste cenário, Sarlet (2015, p. 67) destaca a localização topográfica desses direitos na Constituição, pois estando positivados logo após os princípios fundamentais, traduzem maior “rigor lógico”, ao constituírem parâmetros de interpretação e “valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica”.

Dentre as inovações advindas e o significativo valor estabelecido temos, segundo observação de Ingo Wolfgang Sarlet, que:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos

³⁴ CF/1988, art. 5º, inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”.

³⁵ CF/1988, art. 5º, inciso XXXIII: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”.

³⁶ CF/1988, 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 e, também, ao seguinte:”.

³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 28) esclarece a existência de diversas terminologias que fazem referência aos direitos fundamentais, tanto na doutrina quanto no direito positivo, ponderando a não existência de consenso na esfera conceitual, em relação ao significado e conteúdo. De maneira que esclarece a terminologia utilizada pela Constituição de 1988, “direitos e garantias fundamentais”, ao invés de somente “direitos fundamentais” da seguinte forma: “na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).”

direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado (SARLET, 2015, p. 67-68).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, houve alteração da redação do §3º, do art. 37, da CF/88³⁸, bem como inclusão do seu inciso II, trazendo mais inserções sobre os meios de acesso à informação pública, como evolução desse entendimento da relevância de se concretizar tais direitos.

Ademais, no intuito de criar mecanismos mais concretos de acesso à informação, a Constituição Federal de 1988, já quando da sua promulgação, dotou o cidadão de um instrumento processual próprio, inserindo no art. 5º, inciso LXXII, o *habeas data* “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Como um importante marco na política de acesso à informação, a Lei nº 9.507/1997 passou a regular o *habeas data*, que possibilitava por via judicial o acesso a banco de dados públicos, assegurar a retificação de dados ou anotar alguma informação nos assentamentos do impetrante. Tal regulamentação já demonstrava também a preocupação legislativa de assegurar mecanismos mais objetivos de acesso à informação.

A bem da verdade é que na Constituição Federal de 1988 sempre esteve consignada, em alguns de seus dispositivos, o fenômeno da agora chamada transparência pública, como balizador ³⁹do Estado Democrático de Direito⁴⁰, que para Heiner (2015, p. 44) “essa preocupação da constituinte de 1988 veio a reboque da superação de um período ditatorial, em que o sigilo muitas vezes foi pretexto para o conchavo, para os abusos, para os desvios, etc.”,

³⁸ CF/1988, art. 37, §3º, inc. II: “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I- (...) II- o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”.

³⁹ Para Juliano Heiner (2015, p. 21) “pode-se dizer que o princípio constitucional da transparência pode ser concebido como um baluarte do Estado Democrático de Direito, na medida em que impõe um dever de “pureza” das relações entre o Estado e a sociedade.”

⁴⁰ Luís Roberto Barroso (2015, p. 112-113) leciona que: “A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.”

mas que somente com a edição da LAI passou a ter sua exigência e aplicabilidade levadas à sério.

Assim, a regulamentação dos dispositivos constitucionais que asseguram o acesso à informação ocorreu por meio da tão esperada Lei nº 12.527/2011, apelidada de LAI, em 18 de novembro de 2011, com vigência a partir de 16 de maio de 2012, após seis meses de *vacatio legis*.

O referido diploma legal dotou o Princípio da Publicidade da Administração Pública, o Princípio da Transparência e o Direito de Acesso à Informação a patamares elevados, por introduzir as ferramentas necessárias capazes de dar efetividade a esses verdadeiros direitos fundamentais, antes não tratados com o devido compromisso. Assim, Juliano Heinen perfilha o mesmo pensar ao asseverar que: “A publicidade administrativa tem intensificada sua qualidade com a legislação em pauta a partir do momento que ela torna pública a maioria dos documentos e informações que antes eram consideradas sigilosas.” (2015, p. 62).

É possível que, constatando ser de aplicação imediata esse direito fundamental, conforme regra insculpida no §1º, do art. 5º, da CF/88, dito anteriormente, questionássemos a necessidade de lei ordinária para regulamentá-lo. Entretanto, ao longo dos anos da vigência da atual Constituição, a aplicabilidade imediata de dispositivos constitucionais significou apenas que o Judiciário poderia aplicá-los da maneira que melhor os compreendesse no caso concreto, utilizando-os na fundamentação das decisões judiciais (BENTO, 2015).

Obviamente, tais mecanismos se mostram claramente insuficientes, sendo louvável a adoção de um regime legal mais completo, que permita uma melhor compreensão desses direitos, estabelecendo as condições, o seu alcance, assim como as obrigações do poder público na gestão da informação e na promoção da transparência pública (BENTO, 2015).

A internalização do entendimento de que a transparência da gestão pública é fator determinante para a adoção de comportamentos que permitam uma prática de escolhas e de tomada de decisões mais criteriosas, com consequente reflexo na definição dos agentes políticos, como também na fiscalização dos atos administrativos praticados, no sentido de observar sua consonância com o atendimento às necessidades da coletividade e não de uma parcela, agrega valor à construção de uma sociedade mais consciente do seu papel no futuro da democracia.

José Antonio Montilla Martos, da Universidade de Granada, ao tratar da transparência e do acesso à informação na Espanha, denota a relevância desses instrumentos para o controle realizado pelo cidadão e para avaliar o índice de democracia de um Estado, ao asseverar, *in verbis*:

La Transparencia y el derecho de acceso a la información pública son instrumentos fundamentales para el control ciudadano del ejercicio del poder. El índice de democracia de un Estado se puede medir por la consolidación del reconocimiento y la regulación del derecho de acceso a la información pública. En algunas partes del mundo las leyes de transparencia tienen gran tradición (2015, p. 53).

A corroborar o exposto, insta transcrever entendimento de Leonardo Valles Bento, que afirma ter o cidadão eleitor o poder de, fazendo uso inteligente da sua capacidade de avaliação da qualidade de uma gestão administrativa, possível somente se tiver acesso às informações, recompensar esse agente político com sua reeleição ou puni-lo, não mais o elegendo, e nos explica da seguinte maneira:

Esse direito de conhecer e ter acesso a informações públicas é componente indispensável para o exercício da cidadania. A democracia pode ser definida como um sistema político no qual os cidadãos decidem, diretamente ou por meio de seus representantes, os assuntos da coletividade, e no qual as autoridades públicas prestam contas das suas ações. Se os cidadãos não possuem o acesso a informações relevantes sobre os problemas econômicos e sociais do país, não poderão tomar decisões consistentes sobre a melhor forma de resolvê-los. De igual maneira, os cidadãos não serão capazes de avaliar corretamente uma política pública nem tampouco de julgar a atuação de um governo ou de um parlamentar, juiz ou promotor de justiça, se não há informações disponíveis sobre suas ações e respectivos efeitos (BENTO, 2015, p.19).

Leonardo Vales Bento explica o seu entendimento ressaltando que a informação é essencial para a tomada de decisões de qualquer pessoa em várias esferas da vida, que não somente na da política, e que somente é possível exercer plenamente seus direitos e liberdades quando munidos dessas informações. Por essa razão, atribui elevada importância ao acesso à informação pública como instrumento eficaz de combate à corrupção, já que a falta de transparência na gestão pública torna o ambiente propício para a corrupção, como também a falta de interesse político dos cidadãos contribui para que os governos adotem medidas desvinculadas do interesse público. Assim, a seu ver, o acesso às informações públicas de posse do Estado permite o monitoramento das decisões e ações dos governantes, passando a uma

cultura de controle social que dificulta o abuso de poder e a implementação de políticas públicas direcionadas a grupos determinados (BENTO, 2015, p. 19-20).

Neste contexto, a perspectiva de que ao cidadão cabe escolher nas eleições diretas seus representantes governantes e legisladores e que é indispensável uma ação estatal transparente para subsidiar a melhor escolha por parte da coletividade, advém primeiramente em razão de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 1º, os fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como assentou que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”⁴¹

A República Brasileira foi instituída, conforme estabelecido no art. 1º da Constituição Federal de 1988, como Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos de sustentação a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, dentre os quais “com relação ao direito de obter informações sobre a atuação estatal, destacam-se os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político” (Polízio Júnior, 2015, p. 46). Quanto a esse aspecto, Polízio Júnior, assim, esclarece seu entendimento:

Destarte, enquanto a cidadania por si só exigiria a transparência da Administração Pública, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político endossam e corroboram para que não haja segredos sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, a não ser que seja esse sigilo indispensável na defesa da própria cidadania, da dignidade da pessoa humana ou do pluralismo político. Daí porque os constituintes de 1988 consignaram caber sigilo tão somente nas hipóteses de imprescindibilidade “à segurança da sociedade e do Estado” (parte final do inc. XXXIII do art. 5º, CF). (2015, p. 50).

Martins (s/d, p. 37) elucida, por conseguinte, que o Estado Democrático de Direito surge como reação da crise do Estado Social, esclarecendo que a liberdade e a igualdade como princípios sociais básicos são as diferenças marcantes em relação aos seus precedentes Estado Liberal e Estado Social⁴². Assim, no Estado de direito, “os cidadãos participam da construção do direito por intermédio da sociedade civil no contexto de uma esfera pública o mais desenvolvida possível” (MARTINS, s/d, p. 38), se distanciando tanto do individualismo liberal quanto do “assistencialismo” social, de modo que as pessoas, nessa construção, reivindicam

⁴¹ CF/88, art. 1º, parágrafo único.

⁴² Conforme Argemiro Martins (s/d, p. 37) leciona: “No liberalismo, a garantia formal da autonomia privada contra ingerências estatais era suficiente para garantir a isonomia entre os cidadãos, sujeitos às mesmas regras de mercado. O Estado social, por sua vez, procurou equipará-los materialmente, como condição da igualdade social e política. Em ambos os casos, a relação entre a autonomia privada e a autonomia pública ficou desequilibrada.”

seus interesses por mecanismos processuais judiciais, equilibrando a autonomia privada e a pública, por meio das garantias dos direitos fundamentais constitucionais (MARTINS, s/d, p. 37-38).

A transparência dos atos da Administração Pública⁴³ constitui-se em forte instrumento de cidadania. Assim, nessa concepção, para Vladimir Polízio Júnior não se trata da cidadania pensada na concepção mais tradicional de qualificar o cidadão para o exercício de seus direitos civis e políticos, mas ampliando para ser compreendida como qualidade necessária de exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais, que por não serem absolutos, podem ter restrições específicas, mas que ainda assim pressupõe o direito inalienável de participação na vida do Estado (2015, p. 46-48).

Daí que, para Polízio Júnior (2015, p. 34-35), a partir da concepção de transparência pública, o direito à informação deve ser compreendido como direito humano fundamental⁴⁴, sendo inadmissível uma ordem jurídica que obste o acesso à informação sobre os atos administrativos da gestão pública, evidenciando a transparência como instrumento indiscutível de fiscalização e correição permanente para o Estado Democrático de Direito, conforme expõe:

⁴³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 82) define Administração Pública em dois sentidos, como: “a) em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **peças jurídicas, órgãos** e **agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparta a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo.”

⁴⁴ Vladimir Polízio Júnior esclarece seu posicionamento sobre a escolha da terminologia direito humano fundamental da seguinte maneira: “Destarte, em que pese a divergência terminológica entre experts, entendemos mais apropriado a locução direito humano fundamental para nos referirmos a direito positivado no âmbito interno e também no internacional, como o caso de acesso à informação. De fato, a garantia do direito de acessar a informação produzida ou custodiada pela Administração Pública é reconhecida no plano internacional, por meio de Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário, bem como no plano interno, no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Carta Magna e, hodiernamente, também pela Lei 12.527/2012 (sic). Disso resulta que o acesso à informação constitui exemplo de direito humano, porque reconhecido no plano internacional, bem como de direito fundamental, porque positivado como tal, de sorte que somente a expressão direito humano fundamental ilustra adequadamente essa situação peculiar do bem jurídico tutelado.”

Merece destaque a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 33) ao discorrer sobre as diferenças terminológicas relativas aos direitos fundamentais e expõe o uso mais recente da terminologia “Direitos Humanos Fundamentais” explicando o seguinte: “No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” por alguns autores. De acordo com Sérgio Rezende de Barros, que refuta a tese da distinção entre direitos humanos e fundamentais, esta designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais. Quanto a este aspecto, e sem que se possa aqui adentrar ainda mais o estimulante debate em torno da temática versada neste segmento, não nos parece existir um conflito tão acentuado entre a posição por nós sustentada e as corretas e bem fundadas ponderações do ilustre jurista paulista, já que não deixamos de reconhecer a conexão íntima entre os direitos humanos e os fundamentais, pelo fato de que as diferenças apontadas radicam em alguns critérios específicos, como é o caso, especialmente, do plano de positivação.”

Desse modo, é necessário compreender o direito à informação sobre a atuação do Estado e dos que atuam em nome no interesse público numa perspectiva histórica de evolução dos direitos fundamentais. Isso porque o direito humano fundamental à informação constitui instrumento indispensável ao amadurecimento conceitual de Estado Democrático de Direito no século XXI, sendo imprescindível o aggiornamento de seus reflexos para o progresso de qualquer sociedade que se apoie na premissa segundo a qual o Poder emana do povo, como a brasileira. E apenas a exata compreensão de sua abrangência e dos seus mecanismos de controle podem assegurar a máxima efetividade dessa vilipendiada garantia constitucional (2015, p. 38-39).

Esse também é o entendimento de Leonardo Valles Bento ao relacionar o acesso à informação e democracia, quando defende que o direito de conhecer e ter acesso a informações de interesse da coletividade é reconhecido atualmente como parte indissolúvel do arcabouço das democracias. Na lógica do entendimento firmado, acredita que os cidadãos, ao desconhecerem informações importantes, não serão capazes de construir uma representação válida de seus interesses, nem poderão avaliar a atuação e as decisões governamentais das políticas públicas que lhes poderão afetar (2015, p. 62).

Norberto Bobbio (2015, p. 134-135 e 138) trata da Democracia fazendo menção a um discurso rotineiro que consiste na afirmação de que ela é o governo do “poder visível”, e que faz parte de sua natureza o fato de nada poder permanecer confinado no âmbito do mistério. E, num jogo de palavras, define o governo da democracia como sendo o “governo do poder público em público”. Assim, em sua concepção, ressalta que um dos princípios fundamentais do Estado Constitucional é o de que o caráter público é a regra, e o segredo, portanto, a exceção.

Portanto, resta evidente a ideia de que o acesso à informação é condição para que a sociedade civil se desenvolva plenamente, permitindo a toda coletividade o acompanhamento da atuação das autoridades públicas e a participação efetiva do processo de tomada de decisões, bem como a possibilidade real de questionar, criticar, exigir prestação de contas, denunciar abusos e casos de corrupção, com a cobrança das respectivas responsabilidades (BENTO, 2015, p. 63).

Notadamente, o direito de acesso à informação somado ao dever de transparência pública tem na LAI o respaldo normativo que introduziu novos contornos nas relações administrativas, com a ampliação do controle, fiscalização e combate à corrupção, encerrando um longo período de sigilo na Administração Pública.

2.2. Princípio da Publicidade e da Transparência Administrativa

Os princípios jurídicos têm grande relevância no direito brasileiro. Assim, em virtude disso, abordaremos os princípios da publicidade e transparência administrativa, tão intrínsecos ao sistema, que compreendem o direito de acesso à informação.

Quando pensamos sobre o princípio da transparência administrativa, a ideia que nos vem à mente, invariavelmente, é a publicidade dos atos da Administração Pública. Entretanto, o princípio da transparência alberga muito mais que isso, se traduz em questionar a estrutura e o conteúdo desses atos, tendo por fundamento a visibilidade do exercício do poder, dentro da concepção do Estado Democrático de Direito. Assim, não é meramente o ato de informar ao povo o que está sendo executado, planejado ou realizado pela Administração Pública, mas, fundamentalmente, na explicação do porquê se está atuando de determinada maneira, arraigado nos princípios da publicidade e da motivação (MARTINS JUNIOR, 2010, p. 19).

Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 34) leciona que “o princípio da transparência administrativa é inerência do princípio democrático (princípio fundamental estruturante)”, de maneira que resulta “como o valor impresso e fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular”, propiciando a sua concretização, já que direcionam para a visibilidade da atuação administrativa e fomentam a produção de mecanismos constitucionais no controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e probidade na gestão da coisa pública.

Por esse entendimento, independente do grau de transparência administrativa, esta age como verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito, reduzindo as possibilidades de atuação sob o manto do sigilo da atividade administrativa (MARTINS JUNIOR, 2010, p. 35).

Ao explicar a estreita ligação com a publicidade, Wallace Paiva Martins Júnior assim preconiza:

A publicidade é o primeiro estágio da transparência administrativa, ao permitir o conhecimento e o acesso; porém, avança sobre os tributos dados por aquela, viabilizando outras funções mais complexas e, igualmente, derivadas desta. Por esta razão, abdica-se de uma concepção restritiva, apesar da notável evolução da publicidade, de um dever administrativo ao reconhecimento do direito subjetivo público de acessibilidade aos assuntos administrativos (MARTINS JUNIOR, 2010, p. 37).

A publicidade como princípio constitucional da Administração Pública é justificada pela transparência como objetivo, de modo que é possível caracterizá-la como sendo um dos meios para conquistá-la. Nesse esteio, para além da publicidade, a motivação⁴⁵ e a participação popular são também considerados princípios da transparência administrativa, cuja demanda cresce proporcionalmente na medida em que há o aumento da atuação estatal (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 36-38).

Para Juarez Freitas (2013, p. 90-91), é indispensável que o controle dos atos administrativos deva “exigir que o administrador público cumpra, de modo diligente, o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos.” Assim, acentua que a motivação deve ser consistente, oferecendo os fundamentos jurídicos e fáticos correspondentes.

A transparência administrativa cumpre uma função importante de controle dos atos administrativos, permitindo o conhecimento, por parte da população, da atividade administrativa, dos motivos das decisões e razões de escolhas por uma ou outra opção, conferindo maior legitimidade ao processo decisório, bem ainda, possibilitando que em virtude desta vitrine, os interesses da sociedade sejam melhor atendidos. Vale destacar que tais mecanismos funcionam como uma espécie de gatilho, onde um elemento da transparência desencadeia o outro sucessivamente, ampliando a demanda por mais transparência. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 38- 40).

Esse entendimento foi manifestado por Martins Júnior (2010, p. 40) ao explicar, nas suas palavras, que “como num círculo virtuoso, o conhecimento do fato (acesso, publicidade) e de suas razões (motivação) permite o controle, a sugestão, a defesa, a consulta e a deliberação (participação)”. Essa participação retratada surge com maior intensidade, sendo consequência do processo da transparência pública, dotando os administrados de um perfil mais ativo em relação à Administração Pública.

O princípio da transparência age como espinha dorsal do sistema democrático, concebendo que um Estado somente será realmente democrático se suas ações e o seu processo de tomada de decisões forem visíveis e transparentes ao povo. Dentro desta concepção, as

⁴⁵ Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 261), fazendo referência a Guy Braibant et Bernard Stirn revela que “todo ato administrativo tem um motivo, e à sua falta a Administração Pública não pode decidir.” E conclui que “como discurso justificativo da decisão contida no ato administrativo, a motivação traduz autêntico dever jurídico ligado à boa gestão administrativa.”

decisões precisam ser motivadas e publicadas, viabilizando uma ação mais crítica e de controle pelos administrados, que assegure a participação da comunidade na avaliação dessas decisões, na medida em que se conhecem os fatos que as orientaram e fomentando o aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 42-43).

Ao tratar da motivação, alguns doutrinadores a entendem como sendo princípio implícito decorrente da legalidade, do controle judicial e da afirmação do Estado de Direito. Entretanto, Martins Júnior revela que a raiz dela tem fundamento diverso, defendendo que se trata de elemento da transparência administrativa, decorrente do princípio democrático. Assim, a motivação apresenta os fatos e fundamentos inspiradores da decisão administrativa, transmitindo o seu conhecimento aos cidadãos, que de posse dessas informações, poderão avaliar a gestão administrativa e, se necessário, em virtude de alguma impropriedade, poderão promover as medidas competentes para correção de ilegalidade no âmbito do controle interno e externo (2010, p. 262-264, 266).

Partindo desse entendimento, o autor preconiza e resume a motivação demonstrando ser um valioso instrumento de moralização, que merece destaque na medida em que, *in verbis*:

a) desestimula a omissão lesiva aos direitos dos administrados e favorece o bom funcionamento administrativo e, em última análise, a gestão do interesse público; b) reduz o espaço para o arbítrio, a parcialidade, os favorecimentos e as preterições, a corrupção e a improbidade ao exigir que o agente público exponha sua convicção; c) conforma o exercício da discricionariedade à razoabilidade e à objetividade; d) valoriza o processo administrativo como elo de ligação congruente entre o resultado da instrução e o conteúdo da decisão; e) aumenta os níveis de transparência da ação administrativa (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 266).

Diante de toda a perspectiva da transparência administrativa, é possível firmar o entendimento de que a transparência pública se constitui em um direito subjetivo de cada indivíduo e da comunidade, mas que, para além disso, também é um dever da Administração Pública. Assim, quando bem executado, pode diminuir as distâncias entre administrados e Administração e contribuir para a reformulação da estrutura e da dinâmica dessas relações, alterando, por consequência, o comportamento de ambos. Neste viés de fiscalização e participação social, por parte dos administrados, pretende-se uma Administração Pública mais voltada para atender as demandas da população, submissa e desenvolvida em obediência aos princípios constitucionais (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 44 - 46).

Assim, indubitável que a transparência administrativa é elemento essencial na moderna concepção de Administração Pública no Estado Democrático de Direito, conforme podemos observar da conclusão de Martins Júnior, que assim leciona:

O princípio da transparência administrativa colima, em apertada síntese, a preservação da visibilidade e do caráter público da gestão dos negócios públicos e a atribuição de legitimidade material à Administração Pública (além de juridicização, ética, conhecimento público, crítica, validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade, segurança jurídica), sendo instrumental de suas finalidades os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular. Seu reconhecimento proporciona a reformulação das relações entre Administração Pública e administrados e é sinal de ruptura com o seu tradicional modelo autoritário, hermético, isolado, unilateral, reservado e sigiloso (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 53).

Feitas as considerações sobre a transparência e seu vínculo com o princípio da publicidade, abordaremos agora mais especificamente o instrumento da publicidade e seus contornos. Iniciamos observando que a publicidade é um princípio da Administração Pública, constante expressamente no art. 37, da CF/88, que impõe a obrigação de divulgação oficial dos atos administrativos.

A publicidade nada mais é do que trazer ao conhecimento público todos os atos e ações que são executados pela Administração Pública, enquanto atuam na função de gerir os recursos públicos em benefício e interesse da população, na medida em que os poderes e as funções do aparelho estatal devem ser voltados para a satisfação dos interesses gerais da coletividade.

De acordo com ensinamentos de Juarez Freitas (2013, p.77), “o princípio da publicidade ou da máxima transparência determina que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar”, e defende que nas relações administrativas o referido princípio se constitua como “pilar do controle sistemático que estimula a fluência das informações indispensáveis à eficácia do direito fundamental à boa administração pública, uma vez que a opacidade é a antítese desse direito, que demanda alta dose de abertura política para se desenvolver e concretizar.” (2013, p. 80).

Observemos, ainda, que a publicidade não se contenta com o simples ato de publicar atos da Administração Pública, mas se exige mais do que isso, se exige que a transparência dada pela publicidade administrativa esteja vinculada aos deveres de boa-fé e de lealdade, sujeitando-se à veracidade das informações divulgadas, não sendo, portanto, tolerável

publicidade mentirosa, tendenciosa, maliciosa ou incompleta. De modo que, em sendo inverídica a informação divulgada, há clara violação de dever constitucional, implicando em invalidade do ato publicado ou de seus efeitos, bem como as devidas responsabilizações civis do Estado (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 61-63).

Há ainda na doutrina discussão sobre se a publicidade seria requisito de validade ou fator de eficácia do ato administrativo, e quanto a essa questão, Martins Júnior esclarece, sinteticamente, que:

Em suma, a publicidade é formalidade essencial, prévia ou posterior, ora como fator de eficácia subordinando o conhecimento e os efeitos jurídicos do ato administrativo perante o administrado ou terceiros por meio da necessidade de exteriorização de seu conteúdo (publicação, comunicação, intimação), ora elemento integrante do ciclo de produção (ou processo de formação) do ato administrativo para sua conformidade ao direito positivo. Essa funcionalidade é visível pela estrutura e finalidades do ato e da publicidade em relação a ele (2010, p. 79).

2.3. Transparência pública e *accountability*

Pelos olhos de Leonardo Valles Bento não há uma tradução direta da expressão *accountability* para o português, e a literatura internacional utiliza a expressão para fazer referência ao conjunto de mecanismos de controle sobre os órgãos públicos, obrigando-os a prestar contas de seus atos para a sociedade, como também para outros órgãos públicos. Tal necessidade de controle se materializa, em virtude da desconfiança de que os recursos públicos sejam utilizados de maneira inadequada pela autoridade pública (2015, p. 65-66).

O mau uso do dinheiro público, por essas autoridades, a partir da corrupção, do desvio de recursos, do clientelismo e da captura, afeta diretamente a qualidade dos serviços a serem oferecidos para a população, prejudicando os interesses da sociedade, o que, por si, já explicaria a necessidade de mecanismos de *accountability*, definido por Leonardo Valles Bento, ao referenciar John Ackerman, como “um processo proativo pelo qual as autoridades públicas são chamadas a justificar as suas ações e são responsabilizadas, punidas ou recompensadas por elas” (2015, p. 65-66).

O *accountability* pode ser distinguido de duas formas: a horizontal e a vertical. Nesse direcionamento, a democracia, juntamente com a divisão dos poderes aliado ao sistema de

checks and balances,⁴⁶ poderia resultar numa prática administrativa em mínima sintonia com os interesses da sociedade, em respeito à legislação e aos direitos individuais. O mencionado *checks and balances*, conhecido como o sistema de freios e equilíbrios, se constitui pelo controle exercido, mutuamente, entre os diferentes níveis de governo, compreendendo os controles externos, entre os três poderes da República, como também pelos controles internos da própria burocracia pública, e notadamente seriam classificados como o *accountability* horizontal (BENTO, 2015, p. 66-67).

Já o *accountability* vertical pode ser entendido como sendo o controle exercido pelo cidadão através de mecanismos de prestação de contas e responsabilização sobre o governo, sendo as eleições periódicas consideradas um importante mecanismo, bem como os canais de participação, consultas e reivindicações dos cidadãos junto às autoridades, podendo ser denominado também de “*accoutability societal*” (BENTO, 2015, p. 67).

Para Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade Mota (2006, p. 22-23), o povo não governa por meio de seus representantes eleitos, até mesmo porque as plataformas de campanha não são vinculantes, de modo que os eleitos, agora governantes, possuem alto grau de independência para atuar. Nesta senda, os mecanismos institucionais de controle poderiam garantir o agir segundo interesses dos representados, mas ainda assim, no que pese o voto não garantir que os políticos ajam segundo seus interesses, há como incentivo o fato de que as eleições possuem como característica recorrente a possibilidade da *accountability* eleitoral retrospectiva, ou seja, quando é possível retirar do poder aquele que atuou em desconformidade com os interesses públicos, não o reelegendo ou não elegendo seu sucessor, conforme for a situação.

As eleições deveriam funcionar como um forte mecanismo de controle nas democracias. Talvez porque, sendo os cidadãos vigilantes, durante o governo de seus representantes eleitos,

⁴⁶ Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade Mota (2006, p. 233-234) ao tratar da matéria, apresenta o seguinte entendimento: “identificamos então as características do controle efetuado pelo mecanismo de *checks and balances* a partir do resgate do debate travado entre federalistas e anti-federalistas. Com a recuperação das idéias de ambos os lados, foi possível concluir que são mecanismos de controle intra-institucional, com o objetivo de limitar a força das instituições da estrutura de poder em relação a elas próprias, e não com o fim de proteger interesses advindos da população. Neste sentido, os sujeitos ativos e passivos do exercício de *checks and balances* são os próprios Poderes enquanto instituições também portadoras de poder. Daí se concluir que não são instrumentos suficientes e eficazes para controlar a burocracia, pelo simples fato de não terem esse objetivo. A divisão de poderes, embora alegadamente funcional, ainda era representativa de orientações de diferentes grupos sociais que preponderavam em determinados setores. Portanto, constituíam mecanismo de controle entre elites diferentes, e não a favor de uma cidadania ativa, mesmo porque o conceito de cidadania ainda não era aplicado em seu patamar máximo. Ao fim desta análise pudemos evidenciar que o controle efetivado via *checks and balances* não tem como fim preponderante evitar descaminhos da gestão da coisa pública, mas sim, evitar a usurpação de poderes entre os próprios poderes”.

a eleição seria um “acerto de contas” entre os eleitores e governantes, de modo que aquele que não cumpriu com as propostas destinadas ao interesse da coletividade, seria punido com a sua não reeleição ou não eleição de seus sucessores (BENTO, 2015, p. 68).

Há também que se observar, conforme Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade Mota destacou, que:

Não são apenas os agentes públicos eleitos que devem ser controlados: uma gama maior de agentes que ocupam cargos não eletivos deve ser controlada. Há uma série de cargos burocráticos ocupados por agentes que também devem representar os interesses públicos, agindo em nome do bem comum e devem ter, de algum modo, seus atos examinados (2006, p. 20).

Fato lamentável, especialmente nas democracias da América Latina, que a eleição, na maioria das vezes, não funcione concretamente como um mecanismo de controle eficiente, podendo muitas vezes refletir tão somente o grau de satisfação ou insatisfação da população com o seu governo, sem qualquer compromisso e responsabilidade com uma avaliação efetiva dos atos do governo, frente aos interesses da sociedade, somado a uma deficiência de *accountability* horizontal, que conduz à impunidade dos agentes públicos e à sensação de que os governantes e governos estão acima da lei (BENTO, 2015, p. 68-69), consoante concluimos do pensamento de Leonardo Valles Bento:

No entanto, especialmente na América Latina, as democracias são caracterizadas pela fragilidade desse princípio, isto é, pela inefetividade dos mecanismos de responsabilização e de prestação de contas, tanto verticais quanto horizontais. Guillermo O'Donnell caracterizou esse aspecto das jovens democracias latino-americanas como “democracia delegativa”. Segundo o autor, embora essas democracias cumpram os requisitos básicos de uma “poliarquia” (eleições livres e justas, liberdade de expressão e associação etc.), elas não são democracias institucionalmente consolidadas, pois nelas o vínculo entre os governantes e governados não é de representação e sim de delegação, onde os governantes recebem uma espécie de “cheque em branco” da população para governar como quiserem (BENTO, 2015, p. 68).

Ademais, exigir que as eleições sejam de fato um mecanismo eficiente do *accountability* horizontal, é um objetivo bastante ambicioso, para a esporadicidade em que ocorrem. Além de que, o cidadão, para avaliar o comportamento de seus governantes e seus atos de gestão, precisaria dispor de um arcabouço de informações necessárias para avaliar corretamente o trabalho de seu representante (BENTO, 2015, p. 69-70).

Entretanto, os cidadãos dispõem de informações muito limitadas acerca dos fatos que determinaram as decisões dos atos de governo, ficando incapazes de avaliar com objetividade o desempenho deles, demonstrando ser esse mecanismo bastante incompleto (BENTO, 2015, p. 69-70).

Neste cenário, Leonardo Bento, ao referenciar Enrique Peruzzotti, ressalta o fortalecimento do *accountability* social desempenhado por iniciativas de ONGs, movimentos sociais, associações cívicas ou meios de comunicação independentes, preocupados em melhorar a transparência e a *accountability* da ação governamental (BENTO, 2015, p. 71-72).

Assim, após a compreensão do *accountability* e sua relevância para a sociedade e para a Democracia, temos que o acesso a informações públicas é fundamental e indissociável para uma prática de fiscalização e controle mais eficientes, que resultem, a longo prazo, em atuações mais afinadas aos interesses da população e não a interesses próprios e de determinados grupos.

Nessa perspectiva, Leonardo Bento entende o sistema de *accountability* como um pontapé para que a população saia da situação de apatia e alheamento político que caracterizam as democracias latino-americanas, e ressalta que a transparência pública e de acesso à informação fundamentam-se em sistemas de *accountability* eficientes, permitindo controle e fiscalização maiores por parte da sociedade (2015, p. 64 e 73).

Evidente a íntima ligação entre a transparência pública e mecanismos de *accountability*, pois dificilmente teremos o segundo sem a primeira, fato que denota o quão importante a transparência dos atos da administração pública pode interferir na avaliação feita pelo cidadão sobre as políticas públicas desenvolvidas e auxiliar na tomada das decisões de escolha por governantes afinados com os interesses e necessidades da população.

Destacamos que os atos do poder público devem ser os mais transparentes possíveis para viabilizar o *accountability* vertical, assim como a transparência dos dados e resultados de auditorias e fiscalizações realizadas pelos órgãos de controle também o devem ser, numa ação de *accountability* horizontal, pois quando disponibilizados tornam-se verdadeiras ferramentas, sendo determinantes para a efetividade da *accountability* vertical.

Tal assertiva se mostra coerente, pois se o acesso a informações que sustentam a tomada de decisões dos governantes nos parece distante, no resultado das fiscalizações por órgãos de controle, a mesma vem evidenciada com bastante detalhes, sendo um material de grande valia para uma avaliação mais embasada.

Compreendida a relação de *accountability* e transparência, passaremos a abordar alguns dispositivos da Lei de Acesso à Informação para melhor avaliarmos seu objeto, seu alcance, suas exceções, tentando pontuar alguns de seus comandos, fazendo uma reflexão a partir desse mapeamento.

2.4. A interpretação da Lei de Acesso à Informação a partir da análise de alguns de seus comandos normativos

Os avanços da LAI são inúmeros e o fortalecimento das medidas que colocam em evidência a efetividade da norma devem ser priorizados. Assim, analisaremos alguns de seus dispositivos para melhor compreensão de seu objeto, seu alcance, suas exceções, pontuando alguns de seus comandos e fazendo uma reflexão a partir do que for apresentado.

Assim, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como LAI, regula o acesso a informações previsto na Constituição Federal, dispondo sobre os procedimentos a serem observados para a aplicação da lei, e está composta por 47 artigos, dispostos em seis capítulos, assim denominados: Capítulo I – “Disposições Gerais”; Capítulo II – “Do acesso à informação e da sua divulgação”; Capítulo III – “Do procedimento de acesso à informação”; Capítulo IV – “Das restrições de acesso à informação”; Capítulo V – “Das responsabilidades”; e Capítulo VI – “Disposições finais e transitórias”.

A LAI, em seu art. 1º, estabelece o objeto central da norma, ressaltando o objetivo de garantir o acesso a informações, conforme preconizado na Constituição Federal e estabelecendo, no parágrafo único, aqueles que devem prestar as informações de interesse público e particular, sendo os órgãos públicos, integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos subordinados a esta lei.

Além daqueles relacionados no parágrafo único do art. 1º, da LAI, houve ainda a preocupação do legislador infraconstitucional em inserir outras entidades obrigadas a se sujeitarem à lei, incluindo, no art. 2º⁴⁷, como sujeitos subordinados à lei, as entidades privadas

⁴⁷ Leonardo Valles Bento (2015, p. 142) faz uma crítica à redação do art. 2º da LAI, restringindo o alcance da lei, em sua opinião de forma involuntária, sobre as entidades privadas, excluindo do dever de publicidade entes de

sem fins lucrativos, que recebam recursos públicos, para realizar ações de interesse público, diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, dentre outros instrumentos similares, estando tal obrigatoriedade de dar publicidade limitada às parcelas de recursos públicos recebidos e sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam obrigados.

No tocante ao estabelecido no art. 2º da lei, Juliano Heinen (2015, p. 116-117) destaca que, muito embora os partidos políticos sejam pessoas jurídicas de direito privado com total autonomia de gestão, conforme previsão constitucional no art. 17, mas em virtude de receberem recursos públicos do fundo partidário, diretamente do orçamento da União, estariam sujeitos ao alcance da LAI, devendo prestar informações sobre o uso restritamente desses recursos recebidos.

No art. 3º da lei, o legislador reconheceu o direito de acesso à informação como sendo um direito fundamental, já tratado anteriormente, e prevê que a lei assegure o exercício desse direito, que deve ser executado em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública e com as seguintes diretrizes:

observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; e desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

Juliano Heinen, ao analisar o constante no referido artigo, assim leciona:

O presente dispositivo é de uma matriz normativa por deveras interessante, porque impõe ao intérprete um claro balizamento hermenêutico. Pode-se dizer que o art. 3º veio constituir concreta “tábua de valores” ao acesso aos dados públicos, confiando padrões axiológicos à compreensão do restante das regras. Assim, sem nenhuma ressalva, entende-se que as premissas traçadas pelo art. 3º seriam como os princípios administrativos da LAI (2015, p. 118).

cooperação que não recebam recursos públicos diretamente do orçamento ou por meio de subvenções, exemplificando os Serviços Sociais Autônomos (entidades do Sistema “S”, tais como SEBRAE, SESC, SESI, etc.), que criadas por lei, tem competência para arrecadar e gerenciar contribuições parafiscais juntamente às confederações patronais dos setores econômicos pertencentes, mas que embora esses recursos sejam considerados públicos, esses entes não estão sujeitos ao enquadramento do art. 2º da lei.

Ressalta, ainda, que o direito fundamental de acesso à informação deve ser reconhecido a qualquer cidadão, de maneira que tal direito de reveste de duas formas: uma de caráter individual, exercido por qualquer indivíduo como direito subjetivo de conhecer dados de interesse próprio do interessado, e outra de caráter coletivo, em que a informação pública pode ser requerida por qualquer indivíduo ou por um grupo, por ser de interesse de todos ou de determinado grupo (2015, p. 119).

Outra questão a ser analisada diz respeito ao fato do inciso II, do art. 3º, estabelecer como diretriz a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação, que se caracteriza como o dever da Administração Pública de “transparência ativa”⁴⁸. Assim, resta mais evidente a referida obrigação quando a relacionamos ao art. 8º, que estabelece claramente:

É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados.

E elenca, nos seus incisos, o mínimo que deve constar nas informações a serem divulgadas, tais como:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III - registro das despesas; IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

Nesse diapasão, a lei estabelece que as informações públicas de interesse coletivo devem estar disponibilizadas e divulgadas de ofício, ainda que sem qualquer requerimento do cidadão, de maneira que garanta o livre e fácil acesso por qualquer interessado.

⁴⁸ Transparência Ativa, conforme entendimento de Juliano Heinen (2015, p. 75), é a que se refere ao dever de o Estado, independentemente de qualquer solicitação, fornecer certos dados, sendo necessária uma conduta proativa na disponibilização das informações. Leonardo Bento (2015, p. 170) enfatiza que: “a transparência ativa também é vantajosa do ponto de vista da administração. A possibilidade de obter a informação desejada pela Internet torna desnecessária a solicitação, gerando economia de tempo e recursos. Quanto mais informações disponibilizadas de forma ativa, menor será a quantidade de pedidos de informação a responder.”

Já o inciso III, do art. 3º, tratou de estabelecer a utilização de meios de comunicação por meio da tecnologia da informação, como forma para divulgação dessas informações de interesse coletivo, propiciando maior transparência, por serem considerados meios mais ágeis, que garantem maior facilidade e liberdade no acesso, assegurando, assim, melhor eficácia da lei.

Como podemos inferir, a LAI incentiva o uso de vários tipos de ferramentas de tecnologia da informação, para cumprir de forma mais célere com as obrigações impostas de transparência pública, de maneira que a publicidade administrativa deu um salto qualitativo na divulgação das informações de interesse coletivo, quando passou a inserir as novas tecnologias de acesso na sua rotina administrativa (HEINEN, 2015, p. 121-122).

Juliano Heinen expõe seu posicionamento ao tratar do uso das tecnologias da informação de maneira muito perspicaz ao perceber que:

[...] as ferramentas de tecnologia da informação geram uma celeridade sem precedentes no que se refere à comunicação entre as pessoas. Além disso, a troca de informações passa a ser pautada de forma massificada. Basta, para tanto, perceber o fenômeno causado pelas redes sociais ocorrido, mais recentemente, palco de verdadeiros espaços de manifestação democrática. Trata-se, visivelmente, de uma opção clara por um meio de difusão de informações célere e democrática, mesmo que muitos ainda não tenham acesso à rede mundial de computadores ou mesmo equipamento de informática (2015, p. 122-123).

Em seu art. 4º, a LAI define, para os efeitos da própria lei, os conceitos necessários para uma melhor interpretação dos dispositivos normativos inseridos, de maneira a reduzir discussões judiciais, no que se refere ao alcance e objeto da lei, ao tratar de conceitos abertos. Desta maneira, o próprio legislador deu os contornos dos conceitos a serem aplicados, determinando o sentido que deve ser dado a cada termo.

No referido artigo, entendemos por destacar dois dos conceitos inseridos e definidos nos seus incisos, para um melhor debate, neste estudo, mais à frente. Assim, primeiramente, destacamos o inciso III, que trata de definir a informação sigilosa como sendo: “aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;” e destacamos, ainda, o inciso IV, que define a informação pessoal como sendo: “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.”

O que podemos perceber é que, assim como Heinen também observou, muito embora a intenção inicial do art. 4º fosse fechar as possibilidades de discussão acerca dos conceitos a serem aplicados com a LAI, a mesma a tratou de forma extremamente genérica, permitindo ampla interpretação acerca dos elementos do suporte fático de cada inciso do artigo (2015, p.128).

Prosseguindo ao exame da LAI, o art. 5º tratou de estabelecer a obrigação do Estado de facilitar o acesso à informação ao cidadão, a ser franqueada por meio de procedimentos objetivos e ágeis, primando pela transparência clara e com linguagem de fácil compreensão. Tal obrigação nos parece reafirmar os propósitos da lei, abordando o desiderato da norma.

Neste quesito, importante ressaltar a exigência que a lei estabeleceu no tocante à maneira como essa informação deve ser divulgada, privilegiando uma compreensão por parte dos cidadãos, não sendo apropriada a divulgação de informações que não tenham correspondência lógica ao bom entendimento do seu significado para a população.

Quanto à questão da forma de divulgação das informações, Heinen (2015, p. 130-131) defendeu que “a divulgação das informações de maneira técnica poderia gerar um efeito tão adverso ao ponto de impedir o próprio acesso. A LAI, se assim permitisse, perderia uma das suas características principais, que é a sua universalidade. ”

O art. 6º da lei estabelece que cabe aos órgãos e entidades do poder público assegurar a gestão transparente da informação, com divulgação e amplo acesso; a proteção da informação, garantindo a sua integridade, autenticidade e disponibilidade; bem como a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

Esse artigo traz consigo um importante elemento dessa pesquisa, constante no inciso III, onde dispõe que aos órgãos e entidades do poder público cabe a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal. Assim, o legislador, entendendo não ser o direito de acesso à informação um direito fundamental absoluto, ressaltou as informações que entendeu merecer tratamento específico, protegendo-as do acesso irrestrito. No tocante à informação pessoal, debateremos no próximo capítulo a sua melhor interpretação, tendo em vista as situações de aplicação da norma.

O art. 7º elenca, em seus incisos, uma lista exemplificativa das informações que devem ser prestadas ao cidadão, e no §1º inaugura as hipóteses consideradas como sujeitas ao sigilo,

estabelecendo que as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos, cujo sigilo seja imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado, ficaram fora do alcance do acesso à informação previsto no *caput* do art. 7º. As informações consideradas na lei como de sigilo de dados serão retomadas mais adiante.

No §2º é possível firmar o entendimento de que quando uma informação tiver parte protegida pelo sigilo, sendo possível repartir a informação, sem prejuízo do todo, a parte sem vedação poderá ser fornecida pelo Poder Público. De modo que seja assegurado ao cidadão o acesso à parte da informação sem restrição de sigilo.

Nos parágrafos 4º a 6º, do ainda art. 7º, há a previsão de não se permitir a negativa de acesso à informação discricionariamente, com previsão de punição para quem der causa, quando a negativa da informação não for fundamentada adequadamente, em consonância com o disposto no ordenamento jurídico.

O art. 8º, já mencionado mais acima, trata da transparência ativa, em que é listado um rol de informações básicas que o Poder Público deve divulgar de ofício, por se tratarem de informações de interesse coletivo, bem como indicando os meios para sua divulgação.

O art. 9º da lei estabelece a criação de serviço de informações ao cidadão nos órgãos e entidades do poder público, com vistas ao acesso a informações públicas, garantida por meio de uma estrutura física e orgânica para atendimento ao público, sendo também considerada como instrumento para o exercício da “transparência passiva”⁴⁹, com o acesso à informação pela apresentação de documentos físicos pessoalmente ao cidadão interessado.

O art. 10 da lei inicia o Capítulo III, que trata do procedimento de acesso à informação, onde é estabelecido que qualquer interessado poderá solicitar acesso a informações de órgãos e entidades públicas, devendo conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. No tocante à identificação, o §1º impediu exigências que inviabilizassem a solicitação, enquanto que o §3º vedou qualquer exigência relativa à motivação para acesso à informação requerida.

Em relação ao §3º, faz-se imperativo interpretá-lo em consonância com o texto constitucional, de modo que o art. 10, *caput*, ao estabelecer que qualquer interessado poderá

⁴⁹ Transparência passiva, no entendimento de Juliano Heinen (2015, p. 76), consiste na disponibilização das informações pelo Estado ao cidadão que a solicite, ou seja, quando o cidadão provoca o ente público a disponibilizar determinada informação de seu interesse.

apresentar pedido de acesso a informações, o termo “interessado” faz referência às três espécies de interesse do dispositivo constitucional, inserido no art. 5º, inciso XXXIII, CF/88, ao estar redigido da seguinte maneira: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, [...]”. Assim, ao atribuir o termo ‘interessado’ e não qualquer outro, como ‘cidadão’, o legislador intencionalmente pretendeu que o sujeito, para ter acesso à informação, tenha pertinência a um determinado interesse (particular, coletivo ou geral), ainda que desnecessário motivar o pedido, evitando solicitações para satisfazer o mero deleite pessoal, baseado em sentimentos espúrios, inúteis e despidos de razoabilidade, beirando por assim dizer a “fofoca” (HEINEN, 2015, p. 153-154).

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Juliano Heinen, que assevera:

Assim, não se pode pensar que o art. 10, §3º, da LAI acabou por evitar que o agente público queira saber por qual motivo alguém está fazendo um pedido de informações que não tem diretamente a ver com o nome dele ou com o interesse coletivo ou geral. Pensar assim será pautar uma verdadeira restrição ao próprio art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Veja que as informações deverão necessariamente ter ligação com o nome do requerente ou, ao menos, ser de interesse coletivo ou geral. Esse dado ou deve advir naturalmente da informação solicitada ou, em caso de dúvida, ser provado pelo interessado. Daí não se pode admitir que o pedido seja “completamente imotivado”, como quer o §3º do art. 10 (2015, p. 163-164).

Os demais artigos desse capítulo da LAI, que trata dos procedimentos de acesso à informação, são dispositivos que estabelecem prazos para o fornecimento das informações pelo Poder Público; estabelecem a exigência de indicar as razões de fato ou de direito da recusa total ou parcial da informação pretendida; impõe a necessidade de comunicação ao requerente de que não se possui a informação solicitada e de encaminhar, se for o caso, para outro órgão que detém a informação; a forma de disponibilização da informação, se por meio digital ou impresso; trata também sobre a gratuidade no fornecimento das informações, exceto quando existirem custos para reprodução de documentos, que devem, nesse caso, ser repassados para o requerente; normatizam a questão da manipulação de documentos, que possa prejudicar a sua integridade; as situações e prazos de recursos quando do indeferimento de acesso a informações, bem como indicando a quem deve ser direcionado os recursos.

O capítulo IV da LAI, que trata das restrições de acesso à informação, tutela as hipóteses em que as informações não podem ser divulgadas. Esse tópico da lei delimita os limites da

transparência administrativa, brotando a discussão entre a publicidade irrestrita dos dados e o seu resguardo pelo Poder Público.

Considerando que a LAI trata as hipóteses de sigilo como exceção, já que a publicidade é a regra, inicia seu art. 21 estabelecendo, categoricamente, a impossibilidade de ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, impedindo, por conseguinte, que informações ou documentos que versem sobre condutas praticadas por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, que violem direitos humanos, recebam restrição de acesso.

Já o art. 22 da lei trata de estabelecer que o disposto na LAI não exclui outras hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça, tampouco as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou, ainda, entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

Assim, o referido dispositivo tratou de garantir a manutenção das hipóteses de sigilo nas legislações esparsas, de modo que a LAI não revogou tais comandos normativos que restringem o acesso a determinados dados, conforme podemos elencar, alguns deles, a título de exemplo: o sigilo das comunicações (art. 5º, XII, CF/88); o sigilo dos dados (art. 5º, X e XII, CF/88); o sigilo da fonte (ar. 5º, XIV, CF/88); o sigilo das votações (arts. 5º, XXXVIII, “b”; 14; 52, III, IV e XI; 55, §2º; 66, §4º; 119, I; 120, §1º, I; e 130-A, §3º, CF/88); sigilo fiscal e bancário (art. 198 do Código Tributário Nacional, Lei nº. 5.172/66 e Leis Complementares nºs 104 e 105/2001); o sigilo dos processos que correm perante os Tribunais de Contas (arts. 53 a 55 da Lei nº. 8.443/92), dentre outros (HEINEN, 2015, p. 211-214).

O art. 23 da LAI tratou de estabelecer quais situações são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, de modo que são passíveis de sigilo e de classificação quanto ao grau e aos prazos de restrição de acesso, conforme segue em seus incisos:

Art. 23 [...] I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares;

ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

O art. 23, de forma taxativa, elencou as situações que podem ser protegidas pela restrição de acesso. Entretanto, todas as hipóteses devem ser interpretadas caso a caso, observando a vinculação com a proteção estabelecida no *caput* do artigo, ou seja, que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

Assim, de forma complementar, o art. 24 vem definir o grau do sigilo e seus respectivos prazos. No tocante à classificação, as informações podem ser definidas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, com prazos de restrição de acesso de 25, 15 e 5 anos, respectivamente.

A própria lei estabelece como deve ser feita a classificação das informações em determinado grau de sigilo, indicando que deve ser observado o interesse público da informação, utilizando-se o critério menos restritivo possível, considerando a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado e o prazo máximo de restrição de acesso ou evento que defina seu término.

Para além de definir como deve ser estabelecida a classificação e respectivo grau de sigilo da informação, a lei estabeleceu, em seu art. 27, a quem cabe fazer essa classificação, no âmbito da Administração Pública Federal, de modo que atribuiu competências a determinadas autoridades para realizar a classificação, a reclassificação e a desclassificação, quando for o caso, com previsão em algumas situações de delegação de competência a agente público.

Estabelecida a restrição ao acesso de determinada informação, por meio de decisão devidamente formalizada e motivada pela autoridade competente, conforme inteligência do art. 28, o art. 25 da lei tratou de impor a responsabilidade do Estado de controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas, produzidas por seus órgãos e entidades, devendo assegurar a sua devida proteção.

Quanto à matéria estudada neste trabalho, temos o art. 31 da LAI que dispõe sobre as informações pessoais. Assim, passamos à transcrição do aludido artigo para compreensão da abordagem normativa:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. §1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso

restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. §2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: [...] IV - à defesa de direitos humanos; ou V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. [...]

Ao analisar esse dispositivo da lei, Juliano Heinen (2015, p. 256) trata dos dados de natureza pessoal fazendo uma conexão com a autodeterminação de uma pessoa, de modo que seja preservada, a qualquer indivíduo, a liberdade de decidir sobre dar ou não o conhecimento notório de uma informação relativa à sua pessoa, e na hipótese de se decidir por dar conhecimento, poder escolher de que maneira e como será feita essa divulgação. Notadamente, uma ordem jurídica que não preserve essa autodeterminação, possibilitando segurança aos seus administrados, não se compadece com o direito fundamental à intimidade.

Assim, o autor entende que, à luz do que foi exposto, tal dispositivo consagra o que foi convencionalmente chamado de “autodeterminação informacional”, que tem sido recepcionado no cenário jurídico internacional. Assim, esse dispositivo visa proteger as informações pessoais do desvio de finalidade (HEINEN, 2015, p. 256).

Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o pensamento de Juliano Heinen, ao afirmar que:

A divulgação não autorizada, não prejudica somente o indivíduo, mas toda a coletividade, porque a autodeterminação é condição inerente à atuação livre de uma comunidade democrática, cujas bases assentam-se na ação e na participação dos seus cidadãos. A autodeterminação deixa, assim, de ser considerada apenas um bem individual, mas, da mesma forma, passa a tomar escopo de um bem comum, porque a sua violação acaba por prejudicar uma condição elementar a se ter uma comunidade livre e fundada na potencialidade de os cidadãos poderem participar dela e agir a partir dela (2015, p. 257).

De qualquer modo, a LAI tratou de proteger a informação pessoal, como já havia feito a Constituição Federal, acrescentando, no §2º, mais um elemento de proteção, estabelecendo a possibilidade de responsabilização daquele que obtiver acesso a esse tipo de informação e fizer uso indevido dela.

Impende destacar também que a lei estabeleceu a proteção, mas não de forma absoluta, de maneira que o texto normativo incluiu as situações de exceção ao sigilo no §3º, do art. 31, podendo ser considerado como uma relativização à autodeterminação.

Leonardo Valles Bento (2015, p. 230), fazendo referência à Canotilho, diz que:

se por um lado o segredo não é compatível com as liberdades e os direitos fundamentais, por outro, a possibilidade representada pelas novas tecnologias de informação e comunicação, de traduzir a intimidade dos indivíduos em um conjunto de dados que podem ser armazenados e acessados, representa uma ameaça adicional.

Assim, compreendemos, conforme texto normativo, que as informações de caráter pessoal congregam informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa. De maneira que exploraremos mais profundamente, no próximo capítulo, a intimidade e privacidade do cidadão e a aparente colisão entre esses direitos e o direito de acesso à informação.

Prosseguindo com a análise da LAI, temos o capítulo V, que trata da previsão das responsabilidades, descrevendo as condutas que são classificadas como ilícitas, ensejando a responsabilização dos agentes públicos ou militares causadores, com a previsão das penalidades a serem aplicadas.

O referido capítulo destina-se a dar maior concretude ao estabelecido pela LAI, considerando que a previsão de punição, na esfera administrativa, a quem descumprir a lei, tem primeiramente um efeito didático inibidor, mas que, quando não é capaz de desestimular a conduta contrária à lei, lhe proporciona os meios para garantir a eficácia necessária, após o devido processo legal, preservados o princípio ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto a isso, Heinen (2015, p. 270) defende que:

A arquitetura normativa da LAI ficaria seriamente prejudicada caso estivesse ausente a previsão de condutas inibidoras ao desvio de finalidade no uso das informações públicas, especialmente no que se refere às informações de cunho sigiloso. Há de se ter responsabilidade no trato dos dados públicos e no cumprimento dos comandos da lei de acesso.

Há de se observar que o rol das condutas consideradas ilícitas e as sanções previstas na LAI são somente aplicáveis na esfera federal, sendo consideradas penalidades administrativas, civis ou militares, aos agentes estatais federais, não podendo estender aos servidores de outros entes federados, cabendo às leis estaduais, distritais e municipais estabelecer as penalidades correspondentes em seus regramentos disciplinares (HEINEN, 2015, p. 271-272).

Já o art. 33 trata da previsão de sanção em relação a pessoas físicas ou entidades privadas que detiverem informações, em virtude de vínculo com o poder público e descumprirem o disposto na LAI, e o art. 34 prevê a responsabilização dos próprios órgãos e entidades públicas pelos danos causados quando da divulgação não autorizada de informações sigilosas ou pessoais, assegurando o direito de regresso contra o agente causador.

Por fim, o capítulo VI da lei estabelece as disposições finais e transitórias inseridas nos artigos 35 a 47, disciplinando questões como a instituição da Comissão Mista de Reavaliação de Informações, no âmbito da Administração Pública Federal e suas competências, o tratamento de informações sigilosas resultante de tratados e acordos internacionais, prazos para ações que visem pôr em prática a execução da LAI, como por exemplo treinamento de pessoal que deverá disseminar a lei nos respectivos órgãos públicos, orientando as ações a serem desenvolvidas, prazo para regulamentação da própria lei, revogação de lei e artigos de lei e estabelecendo o início da vigência da LAI, que ocorreu em 16 de maio de 2012.

2.5. O Decreto nº 7.724/12 – uma análise da regulamentação da LAI

Na data de início de vigência da Lei nº 12.527/2011 foi editado o Decreto nº 7.724/2012, com objetivo de regulamentar a LAI no âmbito do Poder Executivo Federal, estabelecendo os procedimentos para garantir a fiel aplicação da lei e para a correta classificação de informações sob restrição de acesso, observando os graus e prazos de sigilo.

Ampliando o debate sob o prisma normativo, iniciamos por observar que o Decreto, em seu art. 3º, ao tratar dos conceitos necessários para a sua adequada aplicação, praticamente repetiu os conceitos já definidos no art. 4º da Lei nº 12.527/2011, com alguns pequenos acréscimos, como no caso do inciso V, que ampliou a definição de informação pessoal daquela já prevista na LAI, de modo que a informação pessoal restou conceituada como a “informação

relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem.”

Já o art. 6º estabelece de forma mais contundente que o acesso à informação disciplinado no Decreto não alcança as hipóteses de sigilo previstas na legislação, como o fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça e, ainda, às informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico, em conformidade com o já previsto no §1º, do art. 7º da Lei nº 12.527/2011.

O Decreto, em seu art. 7º, com o intuito de regulamentar o estabelecido nos arts. 7º e 8º da LAI, no tocante ao dever dos órgãos e entidades públicas divulgar informações de ofício, sem qualquer requerimento, estabeleceu em seu §3º, inciso VI, a questão controversa desta pesquisa, conforme segue:

Art. 7º. [...] §3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o §1º, informações sobre: [...] VI – remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, **de maneira individualizada**, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (grifo nosso).

O Decreto em questão trouxe uma novidade normativa, quando estabeleceu como dever dos órgãos e entidades públicas divulgar de ofício, sem necessidade de requisição, a remuneração e subsídio, de maneira individualizada, recebidos por ocupantes de cargos, funções e empregos públicos. Impende destacar que a LAI, em nenhum momento, estabeleceu como parte da transparência ativa a exigência de divulgação da remuneração dos servidores e empregados públicos, estabelecendo de forma mais ampla que se divulgasse os registros das despesas do órgão público.

Assim, para melhor compreender o alcance dos decretos regulamentares, temos que a sua edição tem previsão constitucional, no art. 84, inciso IV, que estabelece que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, assim como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, ou seja, os decretos regulamentares servem para proporcionar a fiel execução de uma lei, não podendo dela se afastar.

Decerto que o referido Decreto tem validade no ordenamento jurídico brasileiro, por ter cumprido a formalidade estabelecida para sua edição, entretanto, muito se diverge quanto ao seu conteúdo.

Tal divergência já foi palco de discussão judicial nos processos mencionados no primeiro capítulo, de modo que restou evidente o posicionamento do Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no processo nº 33326-48.2012.4.01.3400, quando se posicionou quanto ao seu convencimento acerca da alegação apresentada pela parte autora de que o Decreto, ora em análise, desbordou da atividade regulamentar, pela simples constatação da leitura dos dispositivos normativos citados, pois considerou que o dispositivo do Decreto não encontra substrato na LAI, já que o próprio texto do *caput* do art. 7º fez referência expressa aos artigos 7º e 8º da LAI, sem que ela nada tenha dito sobre a publicação da remuneração individualizada dos agentes públicos.

O Decreto, nesse panorama, nada mais é do que um regulamento da lei, que Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua da seguinte forma:

ato geral e (de regra) abstrato, de competência exclusiva dos Chefes do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias **à execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (2015, p. 351).

O autor, ao tratar das diferenças entre a lei e o regulamento esclarece que elas não residem somente em relação à origem, sendo a origem da primeira o Poder Legislativo e a da segunda o Poder Executivo, nem tampouco a supremacia da lei sobre o regulamento, que importa no fato do regulamento não poder contrariar a lei. Entretanto, a diferença ressaltada pelo autor diz respeito ao fato de que à lei é permitido inovar na ordem jurídica, enquanto que ao regulamento não compete tal função, não podendo inclusive alterar o disposto na lei (MELLO, 2015, P. 352).

Assim, Celso de Mello, citando Pontes de Miranda, esclarece que o regulamento não cria direitos ou obrigações novas ou diferentes das já estabelecidas em lei, de modo que não é dado ao regulamento o poder de limitar nem ampliar direitos ou obrigações, tampouco de determinar condição que a lei não ordena. Assim, por óbvio, que o regulamento não pode ir além do que editar regras para indicar a forma de concretizar o comando da lei (2015, p. 362-363).

Carlos Medeiros Silva (1950, p. 1-2) ao tratar do poder regulamentar e sua extensão, identificou se tratar de matéria controvertida, de modo que reconhecendo o importante papel do Poder Executivo para regulamentar, cujo fundamento é constitucional, observa que o direito não se esgota com a lei, em virtude da deficiência de linguagem e da dificuldade do legislativo conseguir prever todas as possibilidades de casos e situações de incidência. Entretanto, destarte valorizar sua relevância no ordenamento jurídico, não deixou de asseverar que:

Usando da faculdade de editar regulamentos não pode, entretanto, o Executivo, invadir a órbita de atribuição dos demais poderes do Estado. Desde, portanto, que o Legislativo, estabeleça a norma que julga adequada à regência de determinado assunto, não havendo, no sistema da constituição rígida, infração de seu texto, fica automaticamente interdito o exercício, em contrário, do poder regulamentar. A lei só deixa de atuar quando declarada inconstitucional ou fôr revogada por outra lei. Daí a noção corrente de que o regulamento não pode superpor-se à lei; caso contrário, haveria invasão de atribuições de um poder no campo privativo do outro, com supremacia de um dêles (1950, p. 4).

Assim, resta evidente que o decreto regulamentar não pode ir além do estabelecido em lei, conquanto, em obediência ao Princípio da Legalidade, o ato administrativo necessariamente deve estar vinculado aos seus limites, de modo que pelo citado princípio, à Administração Pública só é permitido realizar o que a lei prescreve. De modo que ao decreto não é permitido inovar estipulando obrigações não previstas em lei.

A decisão do STF no Recurso Extraordinário 652777/SP, objeto de exame deste trabalho, faz referência também ao conteúdo do Decreto nº 7.724/2011. Quando o Ministro Teori Zavascki menciona a edição da Lei nº 12.527/2011, ressalta a finalidade da lei de disciplinar o acesso a informações mantidas pelos órgãos públicos, reconhece que a mesma não dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade da divulgação da remuneração pessoal dos servidores, mas interpreta o conceito de interesse coletivo e geral, contido na lei, de maneira ampla o bastante para albergar a divulgação dos salários, e assim o faz, com base em precedente do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902, anterior à edição da lei, e destaca a interpretação dada pelo Decreto nº. 7.724/2012 ao regulamentar a LAI. Decerto que o STF reconheceu a regulamentação como sendo válida.

De qualquer maneira, considerando não ser esse o momento adequado, nem ser o objeto da pesquisa, não trataremos de discutir a possível inconstitucionalidade do Decreto nº 7.724/2012 ou sua invalidade, diante de possível extrapolação do poder regulamentador, muito

embora seja deveras questionável uma regulamentação que insere exigências não previstas na lei, ainda com possível afronte a direitos fundamentais.

O fato preponderante a ser destacado é que com uma análise mais detida do texto do regulamento, observamos que o mesmo estabelece a obrigatoriedade de divulgação dos salários dos agentes públicos de maneira individualizada, sem discriminar o formato. Assim, a referida publicação não significa, necessariamente, que seja individualizada nominalmente. Nesse contexto de análise, concluímos que a individualização poderia ocorrer em vários formatos, que não somente a nominal.

Assim, atribuída atualmente a responsabilidade pela imposição da divulgação nominal ao Decreto, constatamos que, em verdade, trata-se de mera questão interpretativa e não de fato uma obrigação.

CAPÍTULO 3 – A PRIVACIDADE, A INTIMIDADE E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 652.777-SP

Muito embora o direito à privacidade já tivesse surgido nas jurisprudências e artigos doutrinários de alguns países, somente foi reconhecido internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), dispondo assim em seu artigo XII que: “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, nem de ataques à sua honra ou à sua reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques”⁵⁰.

Em crescente evolução e valorização, os membros do Conselho da Europa, considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinaram o texto da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950, em Roma, onde, em seu artigo 8º, estabeleceu que: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”⁵¹.

Já em 1966 foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que praticamente copiou o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirmando a proteção à privacidade no artigo 17. O texto do referido diploma internacional foi aprovado, no Brasil, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1992, e promulgado por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.⁵²

Por fim, a par de todo o avanço no cenário internacional, temos ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica de 1969⁵³, que também reproduziu o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, reafirmando em seu artigo 11, a efetiva proteção à privacidade. No Brasil, o documento foi promulgado por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.⁵⁴

Considerando toda discussão e inserção internacional acerca da privacidade como um direito humano, a privacidade passou a ser incorporada internamente no ordenamento jurídico

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

⁵¹ Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

⁵² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

⁵³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

⁵⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

interno dos diversos países, e, no Brasil, a tutela a tal direito foi inserida na própria Constituição Federal de 1988.

3.1 – Direito à Privacidade e Intimidade no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1988, no capítulo destinado a tratar dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, consagrou em seu art. 5º, inciso X: “que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Neste trabalho não abordaremos sobre a honra e a imagem das pessoas, por entender que não são determinantes para o foco de análise do problema, muito embora sejam amparados pelo mesmo dispositivo constitucional. Assim, trataremos de estudar a privacidade e a intimidade, visando à definição de seus conceitos e diferenças, bem como possíveis conexões com os demais princípios constitucionais, na tentativa de construir o arcabouço normativo necessário para o enfrentamento do tema desta pesquisa.

Antes, porém, faz-se indispensável compreender que o ser humano é um ser social por natureza, de modo que vive e se relaciona com outros seres humanos em sociedade. Assim, já diz o ditado *ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus* – onde há homem há sociedade, onde há sociedade há direito. De fato, da vida em sociedade emerge uma vasta gama de relações interpessoais, que pressupõe uma resposta jurídica, já que essas relações, tanto familiares, de cidadania, profissionais, dentre muitas outras, não são inócuas, muito pelo contrário, criam vínculos e ditam direitos concretos (ALONSO, 2005, p. 23).

Para o debate importa a compreensão de que o ser humano vive em sociedade, que a sociedade deve ser regida por normas e regras, que pressupõe um contraponto que é a intimidade e a vida privada, e que, portanto, intimidade e vida privada devem ser tuteladas pelas regras e normas do direito.

A corroborar o exposto, insta transcrever o entendimento de Félix Ruiz Alonso, que preleciona:

Tudo isso significa que o fato incontestável de o ser humano ser social é compatível e pressupõe o fato de possuir intimidade completamente inacessível aos outros e, ainda, significa que tem a possibilidade de preservar do acesso de terceiros alguns de seus atos externos e portanto tangíveis, visíveis, porque não lhes dizem respeito. Ditos atos privados por natureza ou por expressa vontade do agente subsistem sob o manto do direito à privacidade (2005, p. 24).

Assim, a privacidade deve ser um bem tutelado, por ser compreendida de modo muito entrelaçado à liberdade. Eis que somente sob o seu manto de proteção o indivíduo possui resguardado o direito de exercer com equilíbrio todos os aspectos da liberdade, de consciência, de crença, de expressão, dispondo, para tanto, de um espaço reservado para o agir, voltado para si mesmo, sem prender-se ao jugo dos outros, tampouco de sentir-se cativo da observação de outrem. Nesse sentido, a privacidade proporciona que esse espaço reservado seja seguramente inviolável, de modo que o indivíduo explore livremente seu íntimo, exercendo, por conseguinte, o seu direito de autodeterminação (VIEIRA, 2007, p. 27).

Por outro lado, considerando a intrínseca ligação entre a liberdade e a privacidade, do mesmo modo que a segunda protege o exercício da primeira, na mesma medida a privacidade só existe se houver liberdade, de maneira que em regimes de repressão, como de ditadura, onde direitos fundamentais são cerceados, a privacidade não é tutelada e a manutenção do poder, nesses regimes, requer o controle dos pensamentos, crenças e da expressão de toda a coletividade, por meio da intromissão na vida particular dos indivíduos (VIEIRA, 2007, p. 28-29).

Nesse passo, é de todo oportuno trazer o entendimento de Tatiana Malta Vieira, que conclui, *in verbis*:

Não se assegura privacidade sem liberdade, e não se exercita liberdade sem privacidade. A interdependência entre privacidade e liberdade ocorre ainda no momento em que o indivíduo invoca o seu direito à proteção da intimidade e da vida privada no que concerne ao titular desse direito **decidir não apenas o que deseja expor e o que não deseja expor a respeito de si mesmo**; mas também, de forma ainda mais relevante, igualmente se deseja arrogar a si tal direito perante terceiros. Observa-se, portanto, que o exercício do direito à privacidade nada mais representa que o exercício do direito à liberdade, tanto **a liberdade de se expor ou não, quanto a de decidir em que medida pretende o titular revelar sua intimidade e sua vida privada para o mundo exterior** (2007, p. 29) (grifo nosso).

Ao passo do referido entendimento, observamos também que o dispositivo constitucional declarou invioláveis a intimidade e a vida privada, separando-os desde logo, como direitos diversos, alocando-os no artigo 5º da CF de 1988 como direitos individuais. Mesmo não inseridos no *caput* do artigo, têm estreita conexão com o direito à vida, podendo ser compreendido como reflexo ou manifestação deste (SILVA, 2016, p. 208), como também possui conexão com o direito à liberdade, visto anteriormente, e com o direito à segurança, ao perceber que a divulgação de informações relativas à vida privada do cidadão e de seus dados pessoais podem comprometer a segurança deste e de sua família.

Considerando a terminologia não ser precisa no tocante à inviolabilidade da vida privada, a doutrina tem utilizado a expressão de direito à privacidade num sentido mais genérico, de forma a comportar o sentido amplo de proteção à vida privada, abarcando todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, consagrados no texto constitucional (SILVA, 2016, p. 208).

Neste cenário, Tatiana Malta Vieira, ao referenciar Gilberto Haddad Jabur, esclarece que a privacidade tem como características a faculdade de retirar do conhecimento de terceiros informações que a pessoa deseja preservar para si mesmo, além do direito de viver sem ser submetido a uma publicidade que não almejou (2007, p. 30).

Conforme entendimento exposto, podemos inferir que a tutela ao direito à privacidade assegura que qualquer indivíduo possa controlar informações pessoais e da sua vida privada, obstando a intromissão indevida de terceiros e a curiosidade alheia. Assim, a referida proteção constitui-se em verdadeiro mecanismo para preservar a vida privada e íntima das pessoas, mantendo um afastamento confortável em relação ao mundo externo (VIEIRA, 2007, p. 30-31).

O direito à privacidade denota que “o ser humano possui como prerrogativa a opção de estar só, de manter sob sigilo certas informações, condutas e hábitos que só lhe diz respeito, de reservar para si uma esfera intangível pelos seus semelhantes” (DANTAS, 2016, p. 59). Nessa perspectiva, sendo um direito de cunho bastante subjetivo, há grande dificuldade de definir com precisão a extensão de seu conteúdo, de modo que demarcar o nicho de direitos tutelados pela privacidade não se constitui muitas vezes em tarefa fácil, de modo que as legislações, em razão de tal dificuldade, optam por proclamar o direito à privacidade de forma genérica, deixando a missão de definir seu conteúdo a cargo das jurisprudências e interpretações (DANTAS, 2016, P. 62 -63).

Merece destaque, ainda, a classificação que Tatiana Vieira identificou no conceito de privacidade, diferenciando-a em cinco categorias, conforme âmbito de proteção, sendo elas: física, do domicílio, das comunicações, decisional e informacional. No caso da privacidade física, ela conceitua como sendo a que protege o corpo do titular contra procedimentos invasivos não autorizados pelo mesmo.

A privacidade do domicílio está inserida taxativamente no inciso XI, do art. 5º, da CF de 1988, que estabelece: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

A privacidade das comunicações está prevista também na Constituição Federal, no inciso XII, do art. 5º, em que assegura ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Essa proteção se estende a todas as formas de comunicação existentes, contra a interceptação por terceiros e do Estado (VIEIRA, 2007, p. 31-35).

E o direito à privacidade decisional, que se constitui como a particularidade de cada indivíduo tomar decisões sobre sua própria vida, naquilo que diz respeito a si mesmo, reservado à sua intimidade, também conhecido como direito à autodeterminação, propicia que o indivíduo decida o próprio destino, sem interferência estatal (VIEIRA, 2007, p. 31-35).

Por último, temos o direito à privacidade informacional, que trata da proteção sobre informações de determinado indivíduo, incluídas não somente as relacionadas à esfera mais íntima, mas também os dados pessoais que possibilitem conduzir à identificação da pessoa (VIEIRA, 2007, p. 31-35).

Tais reflexões acerca das diferentes categorias do direito à privacidade permitem identificar a amplitude de proteção do que se constitui esse direito fundamental, bem como a dificuldade de conceituação e definição de seus contornos. A esse propósito, destacamos o entendimento de Fernanda Lage Alves Dantas, que aduz:

Conceituar o direito à privacidade é algo extremamente complexo, uma vez que vai depender de um juízo de valor relacionado ao âmbito pessoal do indivíduo e à sua dignidade humana. Uma ideia básica que orienta a positivação do direito à privacidade é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer na vida pessoal dos indivíduos. Nesse contexto, inserem-se prerrogativas de caráter individual-subjetivo, como o direito de não ser bisbilhotado, o direito de buscar a paz de espírito e a tranquilidade, o direito de não ter a vida íntima e familiar devassada e de não ter detalhes pessoais divulgados (2016, p. 175).

Sobre o aspecto da dificuldade de conceituação e definição dos contornos do direito à privacidade, oportuno trazer o entendimento de Demócrito Ramos Reinaldo Filho, *in verbis*:

Como não se tem um indicativo constitucional ou legal da extensão desse direito, pode haver um tratamento diferenciado pelas cortes judiciárias, variando largamente de acordo com o contexto social e político em que se discutam as questões ligadas à privacidade, como as circunstâncias em que esse tema está implicado podem variar largamente, fica difícil prever os resultados das lides judiciais em cada caso concreto, sendo, ao contrário, fácil prognosticar uma tendência ao desencontro de decisões judiciais, um obstáculo frente à harmonização jurisprudencial (2006, p. 13-14).

Diante do que foi exposto, temos que o direito à privacidade é um direito subjetivo que objetiva, genericamente, proteger a intimidade e a vida privada do cidadão, frente à interferência de terceiros e ao próprio Estado e, conforme preconiza Fernanda Dantas:

A privacidade, enquanto direito subjetivo do indivíduo, obriga os outros a respeitarem a sua esfera privada e também lhe dá o direito de exercer o controle, de manter sob sigilo suas informações de caráter pessoal. Como faculdade, a conservação do sigilo não é só útil apenas aos interesses da liberdade individual. Serve também ao Estado (2016, p. 61).

Consoante toda a explicação acerca da privacidade, no tocante ao âmbito de proteção da vida privada, muito embora muitos acreditem que vida privada e intimidade sejam sinônimos, em verdade existem diferenças importantes, que, ao serem compreendidas, facilitam a percepção de qual direito está sendo atingido ou violado na análise de casos concretos.

Neste cenário, a intimidade aparece como algo de difícil observação, pois situa-se no âmbito mais profundo da pessoa, no lugar mais escondido e secreto de seu interior, caracterizando-se como algo, a princípio, inacessível, até mesmo invisível aos olhos de terceiros, que somente a própria pessoa conhece, onde se elabora, se constrói e constrói seus pensamentos, ideias, sentimentos, desejos, emoções e seu agir de forma livre, onde se processa sua vida interior. Assim, diante de tamanha complexidade de definição, podemos crer que “o direito respeita a intimidade, embora seja também para ele desconhecida” (ALONSO, 2005, p. 17).

Sidney Guerra, ao tratar dessa diferenciação entre intimidade e vida privada, apresenta os seguintes esclarecimentos a serem observados:

Assim, para melhor esclarecimento, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a vida privada, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa, como, por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários, etc. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria compartilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria, o que vamos chamar de o “canto sagrado” que cada pessoa possui. Já a vida privada consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Seria então aquela esfera íntima de cada um, que vedasse a intromissão alheia. Entretanto, percebe-se que neste caso a pessoa partilhá-la com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo da família ou apenas um amigo próximo (Apud VIEIRA, 2007, p.36).

Assim, para melhor visualizarmos, podemos estabelecer círculos concêntricos para demonstrar como são as relações e diferenças entre os institutos da vida pública, vida privada

e intimidade de uma pessoa, de modo que numa representação gráfica, teríamos a seguinte estrutura: vida pública > vida privada > intimidade (HEINEN, 2015, p. 261-263).

Na referida representação, no círculo maior estaria a vida pública, onde as relações são mantidas no seio social, entre a pessoa e demais sujeitos da coletividade; em outro círculo médio localizado no interior do primeiro, estaria a vida privada, fazendo referência àquilo que é particular, englobando as demais relações subjetivas dos relacionamentos do indivíduo, como os ligados à seara profissional, educacional e os fatos relacionados à vida privada, com a participação e conhecimento de pessoas próximas ao seu convívio, sendo tutelada nessa esfera a discricção; em um círculo menor, localizado no interior do círculo médio, reside a intimidade do sujeito, que é o foro íntimo, onde são mantidas as relações subjetivas ligadas às questões familiares, fraternais, amorosas, de amizade, naquilo que for mais reservado, mais peculiar, sendo tutelados o segredo, opinião, emoções, pensamentos, a honra, etc. Enfim, a garantia constitucional de preservar a vida privada e a intimidade do indivíduo, faculta a ele a possibilidade de controlar trânsito de informações relativas à sua pessoa (HEINEN, 2015).

Observa-se que o indivíduo possui níveis de relacionamento mantidos cotidianamente nas três esferas apresentadas, ligando um sujeito a outro, ou à sociedade em geral, ou até mesmo, consigo mesmo (HEINEN, 2015).

Contudo, feitas as devidas diferenciações, entendemos que o Estado, ao tutelar a privacidade e a intimidade do cidadão, protege a si mesmo como um Estado Democrático de Direitos, fundado no respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, sem os quais não teria liberdade de pensar, de agir, de se relacionar e de ser, como pessoa livre. Em verdade, não há como negar o direito à privacidade, pois a negação resultaria em negar aquilo que é inerente à própria vida, assim considerada um valor absoluto.

A rigor, vida privada é tudo o que já foi explicitado como elemento de reserva do indivíduo, que a compõe e determina seu comportamento, mas também podemos explicar como sendo todo ato humano externo, social, lícito, que se queira preservar da divulgação ou conhecimento de terceiros, sendo um espaço situado entre a intimidade e a vida social aberta, onde se situam os atos jurídicos privados (HEINEN, 2015).

Assim, não se pretende tutelar a prática de atos ilícitos, sob o manto da privacidade, mas estabelecer a prerrogativa de cada pessoa impedir a ingerência de terceiros em sua vida privada e intimidade, controlando as informações que só lhe dizem respeito, impedindo o acesso e sua divulgação arbitrária.

A par de toda a definição e diferenciação exposta, destacamos que o direito à privacidade, assim como outros direitos fundamentais, não se constitui em um direito absoluto, com força superior irrestrita a qualquer outro, de modo que “quando o interesse público tende a predominar sobre o particular, a inviolabilidade da privacidade também reclama certas restrições, obrigando à análise caso a caso” (DANTAS, 2016, p. 45).

Nesta pesquisa, a exemplo disso, teremos o exame acerca da tensão entre o direito à privacidade e o direito de acesso à informação, no tocante à publicação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos em sítios de Internet, considerando o dever de transparência do poder público e o direito à privacidade desses cidadãos.

“Não é raro o interesse público ser avocado em detrimento do privado” (DANTAS, 2016, p. 45), de maneira que merece aprofundamento o estudo da questão, diante da complexidade e indefinição dos limites da privacidade e do dever de informação.

Assim, já que o direito à informação, consubstanciado pelos princípios da transparência pública e da publicidade, conforme visto no capítulo anterior, se constitui em direito fundamental, e que o direito à privacidade, também direito fundamental, exige proteção, trataremos nos próximos subitens de identificar se realmente existe a tensão entre esses direitos, bem como avaliar qual o limite dessa tensão no caso apresentado.

3.2 A Privacidade e os Direitos da Personalidade

Após previsão constitucional do direito à privacidade, a referida proteção foi sendo incorporada nas legislações infraconstitucionais, sendo, na área cível, incluída na categoria dos direitos da personalidade.

Assim, no Brasil, o Código Civil de 2002 inseriu o direito à privacidade no art. 21, estabelecendo que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

A classificação dada pela doutrina acerca dos direitos da personalidade é a de direitos não patrimoniais, ainda que quando da violação possa interferir na esfera patrimonial de quem não os observou, restando a este o dever de indenizar o dano e desconforto causados⁵⁵. Assim,

⁵⁵ Código Civil Brasileiro de 2002, *in verbis*: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

o direito à honra, à vida privada, à intimidade etc., ditos direitos personalíssimos, por não incidirem sobre bens corpóreos e materiais, não possuem conteúdo econômico direto, mas indiretamente quando repercutem no dever de indenizar (DOURADO, 2008, p. 48).

Impende destacar que os direitos da personalidade são indispensáveis para garantir a essencialidade da pessoa humana, sendo definidos a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e apresentando características próprias, tais como a intransmissibilidade, que consiste na natureza do objeto, entendido como os bens mais elevados da pessoa, não existindo a possibilidade de transferência; a imprescritibilidade, ou seja, os direitos da personalidade não se perdem ao longo do tempo, duram por toda a vida; a irrenunciabilidade: o direito, nesse caso, é indisponível no sentido amplo, não sendo possível renunciá-los; a universalidade: os direitos da personalidade abrangem a todos os indivíduos indistintamente; e a inviolabilidade, em virtude de não poderem ser violados e desrespeitados por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas (DOURADO, 2008).

3.3 Breves apontamentos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana

“Enquanto proteção direta do indivíduo, os direitos da personalidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana – o princípio dileto do ordenamento jurídico” (VIEIRA, 2007, p. 47). Tal princípio, amplamente tratado no sistema jurídico brasileiro e presente em diversos embates judiciais, resta assegurado com destaque pela Constituição Federal, como fundamento do Estado Democrático de Direito, o elevando a uma categoria de “princípio dos princípios” ou dito também “que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como epicentro axiológico do sistema pátrio, balizando todo o direito público como o privado” (VIEIRA, 2007, p.47).

A dignidade da pessoa humana,⁵⁶ ao ser tratada pontualmente, não tem a intenção de explorar todas as teorias, tampouco centrar em estudar uma específica. Entretanto, como a dignidade possui uma conexão importante na discussão de outros princípios e é recorrente nos discursos jurídicos, peculiar abordar alguns pontos acerca deste princípio de elevado *status* constitucional, bem como sua interligação com o direito à privacidade e intimidade.

⁵⁶ Para Daniel Sarmiento (2016, p. 15): “Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.”

A valoração da dignidade da pessoa humana como sendo um princípio máximo e de *status* elevado, sustentáculo de todos os demais princípios constitucionais, é defendida no mundo inteiro e, conforme esclarece Luís Roberto Barroso, é lastreada nos pressupostos de que se constitui em um conceito valioso, cuja importância é crescente na interpretação constitucional, podendo ser evocado nas fundamentações de decisões que envolvam casos complexos. Muito embora haja o reconhecimento desse valor atribuído à dignidade da pessoa humana, Barroso contextualiza que o conceito deve estar pautado de maior robustez no âmbito do discurso jurídico, já que por vezes funciona como mero ornamento retórico em decisões judiciais (2016, p. 11-12).

Assim, diante da dimensão atribuída a esse princípio, Luís Roberto Barroso conceitua a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental, mas que não deve ser entendido como absoluto, classificando-o como um princípio jurídico com *status* constitucional e não como um direito autônomo, funcionando tanto como justificção moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais (2016, p. 64).

É importante destacar que a característica fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana, para Edilson Pereira de Farias, “é que ele assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade” (2008, p. 58), e defende, ainda, que esse princípio cumpre papel na arquitetura constitucional, sendo o valor que dá coerência ao conjunto de direitos fundamentais (2008, p. 63).

A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico é igualmente reconhecida no Direito Internacional, como fundamento dos direitos humanos, considerando o que constam nos preâmbulos de dois importantes tratados sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU): o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (SARMENTO, 2016, p. 78).

Destaca-se, segundo Luís Roberto Barroso (2016, p. 20), que no direito comparado, especificamente nos Estados Unidos, em que sequer a dignidade humana é mencionada textualmente, há o emprego da ideia de dignidade humana na Corte Americana, desde meados dos anos de 1940, invocando sua força normativa e argumentativa em casos que envolvem direitos fundamentais, a exemplo do direito à privacidade e à igualdade. É no contexto da privacidade que a dignidade humana tem exercido uma função de maior destaque na Suprema Corte Americana, tendo alguns autores chegado a sustentar que “a privacidade é um ‘termo

impróprio’ e que a dignidade é uma expressão mais adequada para o direito em questão” (2016, p. 43).

Tamanha a proximidade da dignidade humana em assuntos que tratam do direito à privacidade nas decisões daquela Corte Suprema, que autores propuseram que dignidade seria um termo mais adequado para ser usado nas demandas que tratassem da privacidade, integrando e mesclando tais conceitos.

Na mesma medida, outros tantos autores americanos fazem duras críticas ao uso da dignidade humana no Direito Constitucional, considerando que tal conceito não é enraizado na tradição americana. A exemplo disso, Luís Roberto Barroso, referenciando James Q. Whitman, explica que o argumento central desses autores decorre da diferença na compreensão da privacidade nos modelos europeu e americano, pois enquanto nos EUA a privacidade é vinculada ao valor de liberdade, na Europa tal conceito está ligado à honra pessoal, direcionado à dignidade (2016, p. 56-57).

Conforme entendimento apresentado por Barroso, muito embora tais críticas e questionamentos sobre o uso e importância do conceito de dignidade humana sejam relevantes, todos podem ser confrontados e superados com certa tranquilidade, incluídas as objeções políticas e filosóficas (2016, p. 58-59).

Os problemas relacionados à dignidade da pessoa humana não se restringem ao sistema jurídico americano, pois mesmo nos países em que o princípio foi consagrado e normatizado, a exemplo do Brasil, que a proclamou na Constituição Federal, temos grandes dificuldades, conforme Sarmento identificou (2016, p. 15-16), tanto na ordem de garantir a dignidade humana na vida cotidiana de uma legião de pessoas, que estão marginalizadas e excluídas socialmente, quanto na ausência de consenso quanto ao seu conteúdo, causando certa indeterminação e ambiguidade.

Neste propósito, destacamos o que assevera Daniel Sarmento:

No cenário brasileiro, a vagueza do princípio da dignidade da pessoa humana, aliada ao modismo de recurso frequente e generalizado a princípios constitucionais impregnados de forte conteúdo moral na resolução judicial de casos concretos, também inspira preocupação. Afinal, abundam os casos de invocação “frouxa” da dignidade humana nas fundamentações das decisões judiciais. Muitas vezes, os magistrados sequer se dão ao trabalho de justificar a pertinência do recurso a princípio tão elevado na escala dos valores constitucionais. Há casos em que a dignidade aparece como um mero adorno na decisão, buscando emprestar-lhe algum charme humanista (2016, p. 18).

Sarmento descreve que o princípio da dignidade da pessoa humana tem múltiplas funções na ordem jurídica brasileira, elencando algumas das quais entende serem as mais importantes. Entretanto, das funções elencadas por ele, abordaremos somente aquelas que tiverem maior relação com o que estamos discutindo, a de ser um norte para a hermenêutica jurídica, que podemos resumir como o papel de orientar os processos de interpretação, aplicação e integração do direito, no concernente aos direitos fundamentais; a de ser diretriz para ponderação entre interesses colidentes. Nesse caso, também considerado campo hermenêutico, ele atua como elemento de ponderação entre interesses constitucionais conflitantes, atribuindo peso maior aos bens jurídicos mais importantes, com vistas à proteção e promoção da dignidade, e peso menor aos interesses mais afastados do referido princípio; e, por último, o fator de limitação de direitos fundamentais em razão da tutela da dignidade humana de um terceiro (2016, p. 77, 79-81).

Sobre o aspecto de auxiliar na ponderação de princípios colidentes, oportuno transcrever o entendimento de Daniel Sarmento que esclarece não ser um papel exclusivo e definitivo de ponderação, conforme segue:

A dignidade não é, porém, um critério exclusivo ou definitivo para a ponderação, nem tampouco encerra algum tipo de algoritmo matemático que permita o equacionamento mecânico de todas as colisões constitucionais – até pela dificuldade de se reconhecer a direção em que o princípio aponta em cada caso. Cuida-se, isto sim, de um parâmetro importante, que busca reduzir o arbítrio do intérprete, bem como diminuir o risco de que a ponderação se converta em instrumento para o enfraquecimento dos direitos fundamentais diante dos interesses das maiorias (2016, p. 81).

Luís Roberto Barroso, tratando da dignidade da pessoa humana, definiu a sua natureza jurídica como sendo um valor fundamental, não absoluto, e que sendo um valor, assim como outros, sejam eles políticos ou morais, geralmente tomam a forma de princípios ao serem introduzidos no mundo do direito (2006).

Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser classificada como um princípio jurídico constitucional, e seu conteúdo mínimo se constitui de três elementos: o valor intrínseco, que corresponde às características que são inerentes e comuns a cada um dos indivíduos, estando, juridicamente, no nascedouro de uma gama de direitos fundamentais; a autonomia individual, que se refere à autodeterminação dos indivíduos, à capacidade de cada um decidir os próprios caminhos, exercendo livremente a sua vontade, segundo seus valores e moral, em busca do viver bem; e o valor comunitário, entendido como dignidade como restrição, representando o elemento social, já que o indivíduo vive cercado de relações e sua autonomia individual deve

respeitar a autonomia de cada um, observando valores, costumes, direitos de outros indivíduos igualmente livres, bem como sendo restringida pela ação estatal (2016).

3.4 Dados e Informações Pessoais: conceituação e panorama da proteção no direito brasileiro

O Estado, diante de sua ampla estrutura organizacional e crescente demanda de serviços públicos, tem a necessidade de ampliar a prestação dos serviços para a coletividade, criando uma rede de relações cada vez mais burocratizadas e complexas, de modo que para mapear as necessidades e traçar perfis, tende a coletar e armazenar uma série de informações e dados sobre seus administrados relativos à situação fiscal, informações bancárias, patrimônio, renda, escolaridade, viagens ao exterior, entre outras, com vistas a aumentar a eficiência da administração pública. Essas informações, que a princípio estariam sob a reserva da privacidade e intimidade de cada cidadão, não sendo informações de interesse de terceiros, passam a compor um banco de dados das quais o ordenamento jurídico deve proteger (BENTO, 2015).

Tal situação inclui também a iniciativa privada que se vê cada vez mais intensificando o processamento de informações de seus clientes, com vistas a atender à crescente demanda de serviços e mercados cada vez mais exigentes, incorporando bancos de dados repletos de informações pessoais, das quais o cidadão deixa de ter o controle sobre o seu uso e armazenamento (DONEDA; VIOLA, 2010, p. 88).

Com tamanho arcabouço de informações pessoais armazenadas, dando conta da vida particular dos indivíduos, surge a necessidade de se reconhecer o direito de autodeterminação informativa, já mencionado anteriormente, aos cidadãos, como um contraponto ao direito de acesso à informação. Com isso, o cidadão pode participar e decidir sobre os seus dados, controlando aquilo que poderia ou não ser divulgado sem autorização, por serem informações de cunho pessoal. Nesse caso, a intenção é evitar o desvio de finalidade na coleta, armazenamento e uso das informações concernentes a aspectos da vida privada do indivíduo (BENTO, 2015, p. 229-230).

Sobre este aspecto, Danilo Doneda explica o princípio da finalidade, condicionado ao direito de autodeterminação informativa, da seguinte maneira:

O princípio da finalidade é um dos princípios que se desenvolveram com o surgimento de normativas destinadas à tutela dos dados pessoais. Em uma síntese inicial, podemos

associar esse princípio à necessidade de uma informação pessoal, após ser coletada, somente pode ser utilizada para a finalidade que justificou a sua coleta, garantindo a toda pessoa que seus dados serão utilizados somente para os fins que ela autorizou no momento da coleta de dados (2009/2010, p. 88).

Ressaltamos que a proteção às informações e dados pessoais⁵⁷ consta como parte integrante da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, constante no art. 5º, X, CF/88 e também no inciso XII, que regula a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo nas situações previstas expressamente, com autorização judicial.

Neste mesmo sentido, destacamos o entendimento de Danilo Doneda, que afirma:

A informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade à menor difusão de informações pessoais e vice-versa. Esta equação nem de longe encerra toda a complexa problemática em torno dessa relação, porém pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como desdobramento da tutela do direito à privacidade (2011, p. 94).

Além das informações pessoais estarem albergadas constitucionalmente pela inviolabilidade da vida privada e do sigilo, a Lei de Acesso à Informação (LAI) também reservou proteção a esse tipo de informação, conforme consta em seu art. 31, já citado no capítulo anterior

Neste cenário, a LAI tratou de conceituar o significado de informação para os fins da aplicação da lei, a considerando como “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”, bem como conceituou informação pessoal como sendo “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Observemos que o conceito de informação estabelecido

⁵⁷ Com relação ao uso da expressão informações ou dados pessoais, ressaltamos os esclarecimentos de Danilo Doneda (2011, p. 94): “o conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica certa promiscuidade na sua utilização. Ambos os termos servem para representar um fato, determinado aspecto de uma realidade. Não obstante, cada um carrega um peso particular a ser considerado. Assim, o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza. A doutrina não raro trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada.”

na lei é bastante amplo e pouco esclarecedor, de modo que à doutrina coube o papel de interpretar e diferenciar os tipos de informação ou dado pessoal.

Assim, as informações que devem ser protegidas, considerando o direito à privacidade, são aquelas ligadas aos dados de caráter pessoal, ressalvando que nem todas as informações relacionadas à determinada pessoa podem ser resguardadas pelo sigilo da privacidade e intimidade.⁵⁸

Ressalta-se que no Brasil, diferentemente do que ocorre com o direito à informação, não há legislação que regule a proteção de dados pessoais⁵⁹. Assim, essas informações passaram a ser diferenciadas em duas espécies: dados sensíveis e dados não sensíveis⁶⁰, como forma de elucidar os tipos de informações que estariam sob o manto do sigilo.

Neste aspecto, os dados sensíveis seriam “aqueles que pertencem ao indivíduo e que não estão em domínio público e, portanto, não são suscetíveis de apropriação por terceiros”, ou seja, são dados que traduzem características que dizem respeito a relações do indivíduo que só dizem respeito a ele. Os dados não sensíveis “não estão inseridos na esfera de proteção da privacidade ou da intimidade. São informações de conhecimento público ou de acesso geral”. A exemplo dessas informações temos o nome da pessoa, o estado civil e a profissão (HEINEN, 2015, p. 264-265).

A ausência de regulamentação específica de proteção dos dados pessoais⁶¹ tem cada vez mais dificultado e polemizado a aplicação efetiva dessa proteção no mundo jurídico, diante do crescente uso das mais modernas tecnologias de informações nos dias atuais. Quanto a isso, Juliano Heinen esclarece que:

⁵⁸ A exemplo dessas informações ligadas à determinada pessoa, mas que não são protegidas pelo sigilo da privacidade e intimidade, temos o próprio nome da pessoa, o estado civil, a profissão, nacionalidade, data de nascimento, se possui filho, dentre outras.

⁵⁹ No Brasil ainda não existe uma regulamentação própria de proteção de dados pessoais, entretanto está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 4060/2012⁵⁹, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, de autoria do Deputado Federal Milton Monti, que se encontra na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL, tendo como última tramitação, datada de 12 de julho de 2017, a aprovação de requerimento que requer audiência pública para tratar do assunto considerando de grande complexidade legislativa. Apensado ao PL 4060/2012, tem-se também o PL 5276/2016⁵⁹, de autoria do Poder Executivo, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural e apensado a este o PL 6291/2016⁵⁹, de autoria do Deputado Federal João Derly, que propõe alterar o Marco Civil da Internet, no sentido de proibir o compartilhamento de dados pessoais dos assinantes de aplicações de internet, ambos no mesmo estágio de tramitação.

⁶⁰ A separação em dados sensíveis e não sensíveis foi adotado por Juliano Heinen (2015, p. 264) ao diferenciar os tipos de informação relacionadas ao indivíduo que estariam ou não protegidas pela privacidade. Tatiana Malta Vieira trata de classificar três tipos de dados: sensíveis, não sensíveis e de tratamento proibido. Nesse caso, Vieira se baseia na teoria alemã das esferas, que adotam os círculos sendo o primeiro a vida privada, o segundo corresponde à intimidade ou esfera confidencial e o terceiro círculo faz referência à esfera do segredo. Assim, as informações classificadas como sendo de tratamento proibido pertencem à esfera do segredo, abrangendo as manifestações espirituais da pessoa características da vida íntima. (2007, p. 256).

Normalmente será a lei que dará a certeza em se saber se um dado é sensível ou não. Contudo, quando o ato normativo pertinente não apresenta a clareza necessária para essa compreensão, o intérprete deverá perceber se esse dado se liga às dimensões da intimidade e da privacidade, ou seja, se não são privativos da pessoa e, portanto, não estão acobertados por sigilo. Um dado não será sensível quando se entender que é a partir dele que a comunicação entre os membros de uma comunidade se torna possível. Sua natureza pública torna-os fundamentais ao convívio social.

Mas mesmo os dados não sensíveis não podem ser aplicados a determinado fim de maneira abusiva. É importante destacar que o art. 32, inciso II, da Lei nº 12.527/11 responsabiliza o interessado pelo uso indevido dos dados dessa espécie (2015, p. 265).

Heinen observa a preocupação existente na proteção dos dados pessoais no direito comparado e sinteticamente apresenta como tais dados são tratados:

O objeto jurídico não passou despercebido no direito comparado, sendo concebido, nos Estados Unidos, como *right of privacy*, e na Itália, como o *diritto di riservatezza* (Lei nº 241/1990, art. 24, nº 2, complementada pela Lei nº 675/1996). Dada sua importância, esse direito foi acoplado no art. 8º a Diretiva nº 95/1946, e no art. 4º da Convenção de Estrasburgo nº 108/1991, oriundas da comunidade europeia. Na Espanha, não se permite que terceiros acessem dados de natureza íntima, sendo um direito exclusivo do próprio interessado (art. 37, nº 3, da Lei nº 30/1992). Em Portugal, da mesma forma, não se permite o acesso a dados de foco particular, ou seja, que não sejam de caráter público, segundo previsão feita em lei (art. 62º do *Código do Procedimento Administrativo*). Na Argentina, a proteção das informações relativas à intimidade ou à vida privada é conferida pela Lei Nacional nº 25.326, regulada pelo Decreto nº 1.172/03 e, na Cidade Autônoma de Buenos Aires, pela Lei nº 1.845. Assim, a proteção das informações de caráter pessoal foi disciplinada com muita propriedade pelo direito comparado (2015, p. 263-264).

Observa-se que não há muita precisão quando se pretende definir os dados pessoais, entretanto, considerando que em todas as definições identificadas temos como núcleo comum o fato desse dado ou informação pessoal ser relacionado a uma pessoa identificada, muitos dados estão contemplados na referida conceituação.

Apesar da falta de regulamentação direta, o ordenamento jurídico nacional prevê indiretamente a proteção de dados pessoais⁶², para além dos dispositivos constitucionais mencionados e da Lei de Acesso à Informação, em algumas outras legislações esparsas, tais como a privacidade em relação a informações fiscais e bancárias, estando o sigilo bancário regulado na Lei Complementar nº 105/2001 e pelo Decreto nº 4.489/2002, e o sigilo fiscal no art. 198 do Código Tributário Nacional, “impondo-se a obrigação de confidencialidade para os

⁶² Outra forma específica de proteção dos dados está presente no Código Penal Brasileiro, ao criminalizar as condutas inseridas no Capítulo VI – Dos Crimes contra a Liberdade Individual, Seção IV, que trata dos Crimes contra a Inviolabilidade dos Segredos, artigos 153 ao 154-B, com a inclusão mais recente acerca da invasão de dispositivo informático, trazida pela Lei nº 12.737/2012.

agentes do Fisco que, em razão de suas funções, tenham acesso a dados sobre as operações e situações econômicas das pessoas e empresas que fiscalizam” (VIEIRA, 2007, p. 273).

Há ainda, como regra aplicável à proteção de dados pessoais as constantes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC, aprovado pela Lei nº 8.078/1990, em seu art. 43, *caput* e parágrafos, que trata dos bancos de dados e cadastros dos consumidores⁶³.

A Lei nº 12.414/2011, conhecida como a Lei de Cadastro Positivo, disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, de modo que também abrange o tratamento de dados pessoais.

Por fim, a mais recente legislação que cuidou de normatizar mecanismos de proteção dos dados pessoais foi a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, mais conhecida como o Marco Civil da Internet.

A citada lei, em seu art. 3º, dispõe que o uso da Internet no Brasil deverá seguir alguns princípios, entre os quais elenca expressamente a proteção da privacidade, no inciso II, e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, no inciso III.

Em coerência aos princípios estabelecidos, o art. 7º assegura, ao usuário de Internet, os direitos de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano decorrente de sua violação; não fornecimento a terceiros de dados pessoais, registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento do titular ou nas hipóteses previstas em lei; informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados pessoais, que somente podem ser utilizadas para finalidade estabelecida em lei. E, finalmente, em seu art. 8º, traz um comando de grande importância ao dispor que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

De fato, atenção especial deve ser dada ao uso da Internet, no tocante à disponibilização, coleta, tratamento e armazenamento de dados pessoais,⁶⁴ considerando o acesso ser ampliado,

⁶³ Demócrito Reinaldo Filho (2006, p. 112) esclarece que “o art. 43 e seus parágrafos constituem o marco regulatório da atividade dos bancos de dados e cadastros de proteção ao crédito em nosso país. Mas sua aplicação se destina aos conhecidos cadastros de inadimplentes e serviços de proteção ao crédito, bancos de dados que têm a finalidade exclusiva de armazenar informações acerca de consumidores com dívidas não adimplidas, que não satisfazem obrigações contratuais ou que respondem a processos de execução, ou seja, que reúnem sempre registros pessoais negativos.”

⁶⁴ Marcel Leonardi (2011, p. 71), referenciando Bruce Schneier apresenta uma metáfora interessante no tocante à produção e tratamento dos dados pessoais afirmando que “o ‘maremoto’ de dados pessoais gerados nas relações do cotidiano representa a *poluição da era da informação*: assim como a produção industrial gera resíduos, computadores utilizados para processar informações produzem dados; se ignorados, esses dados permanecerão

alcançando um elevado número de pessoas, sem que o titular dessas informações tenha qualquer controle sobre o que está sendo disseminado. Assim, diante de tamanho avanço tecnológico, que se expandiu dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil, e com a massificação da Internet, temos que “o risco de violação da privacidade por meio do tratamento de dados pessoais intensificou-se significativamente diante da possibilidade de transmissão e de cruzamento dessas informações entre diferentes bancos de dados on-line” (VIEIRA, 2007, p. 260).

A esse propósito, destacamos o entendimento de José Afonso da Silva que traduz a preocupação com o grande volume de informações armazenadas em bancos de dados na Internet⁶⁵, principalmente quanto aos efeitos decorrentes de possíveis cruzamento desses dados, conforme observamos abaixo:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento (2016, p. 211-212).

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Leonardo Valles Bento, que enfatiza:

registrados para sempre, sendo necessário regular sua geração, seu uso e seu descarte. Alerta que, assim como o problema da poluição industrial foi largamente ignorado em nome do progresso, a sociedade atual tem ignorado o problema do excesso de dados em nome da obtenção de novas tecnologias e terá que resolver problemas gigantescos relativos à privacidade.”

⁶⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em 1995, já considerava os riscos do elevado número de informações inseridos nos muitos bancos de dados, maximizado pelo uso da informática, conforme podemos observar na decisão do Recurso Especial nº. 22.337, 4ª Turma, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 13.02.1995, *in verbis*: “a inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador. Nos países mais adiantados, algumas providências já foram adotadas. Na Alemanha, por exemplo, a questão está posta no nível das garantias fundamentais, com o direito de autodeterminação informacional (o cidadão tem o direito de saber quem sabe o que sobre ele), [...]” Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200114466&dt_publicacao=20-03-1995&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Naturalmente, o desenvolvimento cada vez mais intenso das tecnologias de informação e de comunicação despertam justa preocupação quanto ao controle na coleta, no armazenamento e na utilização de informações pessoais por governos, e na ameaça que a ausência de um tal controle pode representar para as liberdades individuais e, no limite, para a própria democracia (2015, p. 229).

Assim, relevante a preocupação exteriorizada, pois, ainda que certos dados individualmente não representem grandes riscos à privacidade do indivíduo, por ausência de mensagem ou conteúdo implícitos significativos, quando cruzados com outros dados armazenados, podem resultar no detalhamento do perfil de determinada pessoa, propiciando o acesso a informações pessoais agrupadas, que traçam elementos de sua vida privada e intimidade, a serviço de terceiros, independente do conhecimento e consentimento de seu titular, mereceriam medidas especiais de proteção, ainda que não estejam classificados como dados sensíveis (VIEIRA, p. 256-257).

Outro aspecto a ser ponderado diz respeito ao fato de que há um espaço de incertezas quanto aos reais efeitos do tratamento de dados, quando do seu processamento automatizado, de maneira que não se sabe ao certo a associação do tratamento e uso de determinado dado pessoal e seu respectivo efeito no tocante à sua violação. Atualmente, tal situação tem se tornado cada vez mais difícil de identificar, em razão das múltiplas formas de se ter acesso às informações e dados pessoais, coletados e armazenados em bancos de dados, que permitem extrair significados que influenciam vários aspectos da vida do indivíduo (VIOLA; DONEDA, 2016, p. 125-126). Diante dessa constatação de não se mensurar os efeitos concretos que surgem do tratamento de dados pessoais, Mário Viola e Danilo Doneda observam que:

Torna-se anacrônica a mera referência aos efeitos do tratamento de dados pessoais aos direitos da personalidade e torna-se praticamente impossível determinar quais os efeitos que o acesso a determinados dados pessoais, pela mera análise seccional de suas características, possa acarretar ao seu titular. Neste panorama, é necessário que o titular dos dados tenha direitos concretos sobre a sua utilização e **ganha relevância uma visão objetiva do tratamento de dados pessoais que reconheça como um princípio a sua proteção por si só** (2016, p. 126). (Grifo nosso).

No caso específico do tema deste trabalho, a remuneração ou salário de determinada pessoa constitui, a nosso ver, informação pessoal, estando inserida no conceito amplo, ainda que vago, constante na LAI. Desta maneira, estaria protegida de divulgação pelos detentores da informação a terceiros, por força do estabelecido na própria lei, que expressamente atribuiu à referida tutela, bem como em nome do direito à privacidade do indivíduo, princípio constitucional também albergado na lei em comento.

Ainda que intérpretes entendam, por sua livre construção conceitual, que a remuneração e o seu respectivo contracheque não seriam dados sensíveis protegidos pelo sigilo, o que não é possível inferir com a simples leitura do comando normativo, já que o que temos textualmente é a garantia de que as informações pessoais devem ser tuteladas em referência à proibição de violação à privacidade e intimidade, esses dados agrupados a tantos outros disponibilizados nos bancos de dados da Internet permitem uma devassa da vida privada da pessoa, de modo que por isso já deveriam ter um tratamento especial.

A questão que precisamos enfrentar e que tentamos tratar de maneira objetiva, sem vincular sobre se a remuneração ou o salário pertence a servidor público ou empregado da iniciativa privada ou de profissional liberal ou de empresário e empreendedor, é identificar se essas informações constituem elemento da vida privada de um indivíduo, sendo assim consideradas dados ou informações pessoais. Essa questão não foi discutida no STF, quando da análise do ARE nº 652.777 – SP, mas o caminho a ser trilhado para alcançar uma decisão em harmonia com o ordenamento jurídico perpassa por identificar esse problema.

Ora, ao tratarmos da divulgação da remuneração de qualquer pessoa, estaremos invadindo parte do universo das informações financeiras, da qual os sigilos bancário e fiscal cuidam de tutelar. Para além disso, a divulgação do contracheque de um servidor público, especificamente, não revela somente as informações da remuneração, contendo valores percebidos e divulgados na Internet. Temos muito mais do que isso, e o contracheque revela a trajetória funcional de um servidor na sua carreira. Podemos dizer que é a radiografia desse percurso, pois, por meio dele, podemos observar em qual classe, nível ou padrão está enquadrado o servidor; se o servidor cumpriu todas as fases de promoção ou progressão, seja por tempo de serviço ou por mérito; é possível, ainda, identificar pelo valor líquido a receber, se o servidor tem descontados da sua remuneração bruta valores para além dos descontos legais, que podem constituir pensões alimentícias, reposição de valores ao erário, multas, acordos extrajudiciais homologados para liquidar dívidas, empréstimos financeiros consignados, despesa de plano de saúde, de modo que a coletividade passa a ter informações sobre questões relativas à intimidade do servidor, ainda que sem os detalhes.

Estando a lei que estabelece a carreira devidamente publicada, com a tabela da remuneração, é possível identificar no contracheque de determinado servidor se o mesmo possui cursos de capacitação ou qualificação, se o servidor deixou de ter progressão ao longo do tempo, por esquecimento de realizar avaliação funcional ou por ter obtido avaliação negativa, que importasse em não progredir na carreira, dentre tantas outras leituras que se pode

fazer da publicação do contracheque. Por óbvio que muitas dessas análises serão feitas somente por quem conhece determinada carreira ou se interessa em pesquisar como a mesma se desenvolve, de modo que muitos não saberão fazer a leitura desses dados, sequer entenderão o que se pode interpretar daquelas informações publicadas.

Neste quesito, destacamos que se existe a dificuldade da análise desses dados para a grande maioria da população, a quem competiria esse novo papel fiscalizador, também poderíamos inferir que a transparência não atinge a finalidade pretendida (esse ponto discutiremos quando do exame da decisão do STF no ARE nº. 652.777-SP), pois não se compreende com facilidade o que se paga e sob quais fundamentos se paga. Entretanto, por menor que seja o número de pessoas que consigam identificar esses dados, compreendendo e fazendo uma leitura da trajetória da carreira profissional de determinado servidor e, conseqüentemente, da sua questão financeira, de imediato já estaríamos diante da violação da privacidade e da intimidade desse indivíduo, por entender que todos esses elementos compõem um núcleo de informações e dados pessoais, não sendo determinante a quantidade de pessoas que tiveram acesso, bastando a simples exposição para caracterizar a violação desse princípio.

A publicação da remuneração, por si só, consubstanciado no exposto, já poderia ser interpretada como divulgação de dados pessoais e violação da privacidade. Entretanto, quanto a isso, todos os demais aspectos acerca da decisão do STF, objeto desta pesquisa, serão analisados em subitem específico deste capítulo.

3.5 O Sigilo Bancário e o direito à privacidade como fundamento jurídico

O sigilo bancário tem sua fundamentação jurídica bastante controversa, coexistindo algumas teorias doutrinárias que tendem a explicar, mas os próprios autores afirmam não ser possível construir uma conclusão absoluta e com foros de certeza (BARBEITAS, 2003, p.15).

Diante das principais teorias doutrinárias, temos aqueles que entendem ser a fundamentação jurídica do sigilo bancário de ordem contratual, sendo a vontade das partes estabelecidas em contrato, contendo cláusula do dever de sigilo como parte da relação de confiança entre cliente e instituição financeira. Essa teoria conta também com autores que

defendem que a referida cláusula nem sempre está exposta, sendo implícita da própria relação (BARBEITAS, 2003, p. 15-16).

Há também a teoria extracontratual, que sugere a responsabilidade civil do banco pelos danos causados aos clientes, em virtude de revelação de informações bancárias, seja ela de forma culposa ou dolosa. Existe uma corrente que entende ser o sigilo bancário manifestação do sigilo profissional, e outra teoria defende que a fundamentação jurídica reside no direito constitucional à intimidade (BARBEITAS, 2003, p. 15-16).

Com a Constituição de 1988, a doutrina majoritária, dentre todas as teorias existentes, com reflexo nas jurisprudências dos Tribunais, em especial do STF, passou a tratar o sigilo bancário como um desdobramento constitucional de proteção à intimidade e à vida privada, estando sua quebra sujeita à prévia ordem judicial (BARBEITAS, 2003, p. 20). É imperioso esclarecer que o sigilo bancário não está expressamente mencionado na Constituição Federal, e que, portanto, seu status constitucional depende de interpretação.

Desta forma, André Terrigno Barbeitas esclarece, acerca do entendimento do STF, que:

O Supremo Tribunal Federal, na esteira do entendimento dos demais tribunais, vem em diversos julgados, não só enquadrando, sem maiores questionamentos, o sigilo bancário como expressão do direito à intimidade – conferindo-lhe, assim, sede constitucional – como ainda reputando-o subsumido à inviolabilidade do sigilo de dados consignada no inciso XII do art. 5º do Texto Constitucional, de modo a admitir a sua quebra somente mediante ordem judicial ou, excepcionalmente, por determinação das comissões parlamentares de inquérito – eis que dotadas estas, constitucionalmente, dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (cf. art. 58, §3º, da CF/1988). (2003, p. 23).⁶⁶

Já no plano infraconstitucional, a Lei Complementar (LC) nº 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, estabelecendo em seu art. 1º sobre os tipos de informação que não podem ser divulgadas, mencionando que as instituições financeiras devem manter sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

José Paulo Baltazar Junior, referenciando Fran Martins e Álvaro Mello Filho, esclarece sobre os conceitos do art. 1º da LC nº 105/2001:

Operações ativas caracterizam-se pela distribuição de recursos, como o mútuo, o desconto de títulos, a antecipação, a abertura de crédito e a carta de crédito, figurando a instituição financeira como credora. Já as *operações passivas* são aquelas consubstanciadas em atividades de captação de recursos, como o depósito, a conta-corrente e o redesconto, que tornam a instituição financeira devedora. *Serviços*, por

⁶⁶ STF, Petição 577 (Questão de Ordem), rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.3.1992, RTJ 148/366-379; AgRg no Inquérito 897-DF, rel. Min. Francisco Resek, j. 30.8.1995, RTJ 157/44; Reclamação 511-PB, rel. Min. Celso de Mello, j. 9.2.1995, RTJ 166/785; RE 215.301-0-CE, rel. Min. Carlos Velloso, j. 23.4.1999, DJU 28.5.1999, p. 24; MS 21729-4-DF, rel. Min. Francisco Resek, j. 30.8.1995, DJU 5.9.1995 (BARBEITAS, 2003, p. 23).

fim, são o aluguel de cofres de segurança, a cobrança de títulos, a prestação de informações, etc. (2005, p. 76).

A proteção da lei ao sigilo bancário ou sigilo financeiro, como alguns autores preferem, faz referência de forma ampla a diversas operações⁶⁷, incluindo empréstimos, depósitos, descontos, locação de cofre, incluindo valores recebidos por pessoas não correntistas e dados constantes de cadastros por quem solicita crédito bancário. Por esse aspecto, os extratos bancários, como documentos reveladores de créditos e depósitos também são protegidos (BALTAZAR JUNIOR, 2005, p. 77).

Há ainda a discussão sobre se os dados identificadores do cliente ou o simples fato de possuir uma conta bancária estariam igualmente tutelados pelo sigilo. Quanto a isso, Baltazar Junior, citando alguns autores, explica a posição de que não é consensual o entendimento sobre quais dados estariam protegidos e apresenta a posição de que, na visão de Ferraz Júnior e Saraiva Filho, o sigilo não abrange dados identificadores, necessários, **mas veda a divulgação dos valores depositados**. Entretanto, na jurisprudência, essa questão não se manifesta da mesma maneira, oscilando entre o posicionamento de que o sigilo abrange todos os dados, inclusive os relativos ao nome, endereço e os demais dados cadastrais, e outro entendimento que relativiza a proteção, considerando que o sigilo incide somente nas informações de movimentação financeira. Na opinião do autor, todas as informações cadastrais também estão inseridas no rol das informações sob o sigilo, por entender que consistem em informações pessoais (2005, p. 77-79). (grifo nosso).

Para reforçar o entendimento atribuído ao sigilo bancário, temos que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 601.304-0/SP, em repercussão geral, o interpretou da seguinte maneira:

O sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado

⁶⁷ Sobre as operações financeiras o §1º, do art. 5º, da LC nº 105/2001 enumera as seguintes: “I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações de ouro, ativo financeiro; XIII – operações com cartão de crédito; XIV – operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ou da própria instituição financeira (STF, RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24.02.2016).⁶⁸

O referido julgamento, ocorrido em 2016, trata de recurso interposto contra acórdão que entendeu pela constitucionalidade do art. 6º, da LC nº 105/2001, referente ao fornecimento de informações bancárias do contribuinte diretamente ao Fisco, por meio de procedimento administrativo, dispensada ordem judicial. A insatisfação em face do acórdão recorrido se justificou pela interpretação de que o fornecimento dessas informações, sem ordem judicial, se constitui em quebra do sigilo bancário e conseqüente violação à intimidade e o sigilo de dados, todos previstos constitucionalmente.

O STF entendeu que o Poder Legislativo estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informações pela Administração Tributária às instituições financeiras, mantendo o sigilo das movimentações financeiras do contribuinte, de modo que entende que não houve violação ao sigilo bancário, mas um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Neste julgamento, o relator demonstrou bastante preocupação e cuidado com o princípio da privacidade e intimidade, de modo que ressaltou não ser o caso de reconhecer competência à autoridade, administrativa ou legislativa, de tornar pública, sem observância a critérios de razoabilidade, a vida financeira e bancária de qualquer pessoa. Nesta construção de pensamento, afirma como diretriz para a solução do problema a necessidade de formulação de uma solução prática e equilibrada para a complexa equação de princípios (STF, RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24.02.2016).

Na situação fática do caso, entendem os julgadores que o sigilo permanece, de modo que não houve violação, sendo unicamente transferido da seara do sigilo bancário para o sigilo fiscal, ou seja, das instituições financeiras para a administração tributária, com as devidas responsabilizações, em casos de vazamentos dessas informações. Em verdade, sendo a Receita Federal já possuidora de muitas dessas informações, prestadas pelo próprio contribuinte, a possibilidade aventada constitui mecanismo de confrontar as informações para avaliar hipóteses de sonegação da sua capacidade contributiva. Ressalta-se que tal situação é permitida quando

⁶⁸ Ementa (STF, RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24.02.2016): RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

da existência de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso para apuração de divergências.

Conforme entendimento do relator, para a administração tributária, segundo estabelecido na LC nº 105/2001, o dever de informação acerca das operações financeiras é restrito ao necessário para a identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados, restando resguardados tais dados e informações pelo sigilo fiscal.

Interessante destacar, como feito também no julgamento em comento, que em 15 de dezembro de 2010, o STF declarou, no RE 389.808,⁶⁹ de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a inconstitucionalidade do afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte, tendo em vista que a quebra do sigilo bancário é matéria sob reserva de jurisdição.

Observamos, porém, que no referido julgado, o relator, consciente de estar tratando de uma situação polêmica e delicada nas discussões jurídicas, abordou a preocupação de debater a questão sob as premissas jurídico-filosóficas da seguinte maneira, *in verbis*:

Na ambiência institucional do Estado Democrático de Direito, espera-se de um juiz constitucional a justificação de suas decisões, não só quanto aos resultados alcançados, mas também no que se refere aos pontos de partida. Nesse sentido, permito-me tecer breves comentários a respeito das premissas adotadas para o deslinde da causa, à luz da necessária controlabilidade racional e democrática da argumentação jurídica de uma Corte Constitucional (STF, RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24.02.2016).⁷⁰

Para o debate, oportuno trazer o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso ao proferir seu voto, conforme transcrevemos:

Eu devo dizer a Vossa Excelência que tenho uma posição antiga no sentido de que a regra geral deve ser a da reserva de jurisdição sempre que se cuide de quebra de sigilo fiscal, de sigilo bancário ou de sigilo telefônico. Já sustentei isso doutrinariamente em relação até mesmo às Comissões Parlamentares de Inquérito, tese que, todavia, não prevaleceu aqui no Supremo Tribunal Federal. E, na Turma – penso que anteriormente ao ingresso do Ministro Fachin - , eu votei vencido relativamente a pedidos de informação do Tribunal de Contas da União ao BNDES, a propósito de informações comerciais de determinada empresa, também por entender que seria necessária a

⁶⁹ Ementa STF/RE 389.808: “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando à exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

⁷⁰ STF, RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24.02.2016. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

autorização judicial. E eu continuo pensando assim, como regra geral: quebra de sigilo, em qualquer das suas formas, deve depender de autorização judicial, porque acho que é uma segurança da cidadania e uma forma de proteção dos direitos fundamentais que um órgão externo àquele diretamente interessado exerça esse tipo de controle. Portanto, essa é a minha posição doutrinária, como regra geral, que, no entanto, parece-me merecer atenuação nesse caso envolvendo a Receita Federal (STF, RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24.02.2016).

O Ministro Luís Roberto Barroso enfatiza seu posicionamento doutrinário, ressaltando a proteção dos direitos fundamentais ao sigilo em nome da segurança da cidadania e justifica a atenuação em relação à Receita Federal por entender que aquele órgão já é destinatário natural das informações. E, na oportunidade, ao tratar do direito à privacidade e intimidade, os classifica como direitos fundamentais de extrema relevância, por estarem vinculados diretamente aos valores da liberdade e da dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito.

Para Baltazar Junior, “a proteção é inerente ao cidadão, de modo que o fornecimento de informações genéricas, agregadas ou estatísticas sobre as operações da instituição financeira, que não identifiquem pessoas determinadas, não violam o sigilo.” (2005, p. 80).

Assim, feitas as considerações sobre o fundamento jurídico do sigilo bancário, observando que o mesmo é interpretado pela maioria doutrinária e pelos tribunais como desdobramento do direito à privacidade e à intimidade, estando o sigilo bancário albergado também por lei infraconstitucional, indicando as informações financeiras que merecem proteção contra divulgações, ressaltando, por óbvio, que a garantia à inviolabilidade do sigilo não é absoluta, possibilitando a quebra do sigilo bancário por ordem judicial fundamentada, nos casos previstos em lei ou nos casos do Fisco, como vimos no julgamento do Recurso Extraordinário 601314 - SP, façamos um paralelo com o julgamento do processo objeto desta pesquisa, o ARE 652777-SP, para identificarmos as maneiras distintas de tratamento relativas à proteção da privacidade.

Primeiramente, nota-se com bastante facilidade que a decisão no Recurso Extraordinário 652.777-SP, muito embora em repercussão geral e de tema bastante controverso, foi extremamente sucinta e econômica na fundamentação, demonstrando uma certa insuficiência argumentativa, por deixar de avaliar e ponderar vários aspectos que influenciam a problemática apresentada, diferentemente do que ocorreu na decisão do Recurso Extraordinário 601314 – SP, que trata do sigilo bancário.

Independentemente do resultado do julgamento, ou seja, da parte dispositiva da decisão, a crítica é feita em razão das omissões e falta de abrangência dos aspectos relevantes para a análise do problema, de modo a evitar as possíveis omissões na argumentação. Nesse quesito,

a discordância é possível, desde que não perdurem desconfianças do caminho percorrido para a elucidação do caso.

Interessante o posicionamento do Ministro Barroso ao tratar de destacar a proteção do direito à intimidade e à privacidade, reconhecendo ser um direito fundamental com *status* de grande relevância, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 601314 – SP, do sigilo bancário, mas apresentou seus argumentos demonstrando que a intimidade e a privacidade do contribuinte não estariam sendo violados, em razão do sigilo das informações bancárias perdurar como sigilo fiscal, de modo que não haveria nenhuma exposição dessas informações a terceiros. Não é possível fazermos uma avaliação do voto do Ministro Barroso no processo da divulgação da remuneração, em virtude da ausência devidamente justificadamente na data do julgamento.

Por outro lado, podemos suscitar a reflexão de que a decisão no processo do sigilo bancário não mitigou esse direito da personalidade, destacado como desdobramento da privacidade, inclusive ressaltando o dever do sigilo permanecer no âmbito fiscal.

Neste cenário, considerando o estabelecido na LC nº 105/2001, o sigilo bancário visa proteger informações referentes a operações financeiras, inclusive de depósitos, que possibilitam em parte o desnudamento da situação financeira do indivíduo. A questão do sigilo, como já esclarecido, não tem como fundamento jurídico, para a maioria da doutrina e para a jurisprudência, a relação contratual entre cliente e instituição financeira, mas a proteção à privacidade e intimidade e o sigilo de dados, de forma que protege-se o cidadão de ter suas informações divulgadas. Desta maneira, poderíamos inferir uma proteção à situação financeira do indivíduo e com cautela traçar um paralelo à divulgação da remuneração dos servidores públicos.

Por óbvio que não sugerimos que a referida divulgação possa ser considerada de alguma maneira como violação ao sigilo bancário, entretanto, não podemos desconsiderar que, ao divulgar a remuneração dos servidores públicos, divulga-se também o valor que mensalmente é depositado na conta corrente dos mesmos, pois o poder público não efetua pagamentos em espécie. Assim, a informação financeira sobre depósito, protegida pelo sigilo bancário, acaba por vias transversas sendo divulgada pelo Poder Público, como órgão pagador, revelando informações financeiras de quem teria o direito à reserva dessas informações.

O formato que visualizamos em torno disso é de que em determinado momento tais informações são tuteladas pelo sigilo, condicionando sua quebra à ordem judicial, atribuindo elevado valor dessa informação à esfera da intimidade e privacidade do cidadão. Já em outro

momento, a informação é totalmente descaracterizada como informação atinente à privacidade e intimidade do indivíduo, e passa a ser relativizada quanto à sua proteção. Resta-nos indagar qual o entendimento de intimidade e privacidade tem a nossa Suprema Corte quando relacionada à questão financeira dos cidadãos; quando informações financeiras e a remuneração de alguém deixou de se constituir informação ou dado pessoal, de modo a experimentarmos decisões com visões diferentes sobre elementos semelhantes.

3.6 O Cerne do Problema: análise da decisão do STF no Recurso Extraordinário 652.777-SP e o conflito entre princípios constitucionais

Diante de toda a controvérsia relacionada à divulgação da remuneração dos servidores públicos, o STF entendeu em decisão de repercussão geral que é legítima a divulgação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.

Ao longo deste trabalho discorreremos sobre questões atinentes ao problema estudado, inclusive o percurso jurisprudencial do processo judicial, que culminou com a decisão do STF no ARE 652.777-SP, de modo que passaremos a analisar os pontos abordados na referida decisão judicial, destacando sinteticamente os argumentos decisórios que resultaram nesse entendimento.

Primeiramente, interessante observar que quando da decisão da Prefeitura de São Paulo de divulgar na Internet o salário vinculado ao nome dos servidores públicos, não havia norma instituída para esse fim, de modo que impusesse essa obrigação. O processo judicial referenciado nesta pesquisa iniciou em 2010, anterior à edição da Lei nº 12.527/2011, tendo seu julgamento final, no âmbito do STF, ocorrido em 2015.

O Recurso Extraordinário 652.777/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, teve seu julgamento estruturado com base em uma outra decisão judicial, também do STF, no julgamento de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902, ocorrido em 2011, de relatoria do Ministro Ayres Brito.

Assim, os argumentos tratados pelo Ministro Ayres Brito foram substancialmente apropriados para a fundamentação na decisão do ARE 652.777/SP, acrescidos de mais alguns argumentos para o entendimento formulado pela Suprema Corte.

Diante desse panorama, destacaremos resumidamente os fundamentos utilizados na decisão, conforme pontuamos: 1) princípios constitucionais em aparente colisão e, nas palavras do Ministro Ayres Brito, “não mais que isso” (observa-se que o suposto conflito é colocado num patamar secundário, minimizando a questão central do problema): princípio da publicidade *versus* princípio da intimidade e privacidade. Entende que a situação recai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII, do art. 5º da CF/88, privilegiando a publicidade e divulgação oficial da remuneração, alegando que a intimidade, a privacidade e a segurança pessoal e familiar não se encaixam na exceção da parte final do dispositivo constitucional citado, ou seja, por não comprometer a segurança do Estado nem da sociedade. Assim, a prevalência do princípio da publicidade administrativa é um modo de concretizar a República, com a cidadania tendo direito de ver como o seu Estado é administrado, o como se administra preponderando sobre o quem administra; 2) desqualifica a intimidade e a privacidade na situação, entende que nem sequer se deve falar nesses princípios, pois os dados objeto da divulgação dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos, ou agentes estatais agindo nessa qualidade (art. 37, §6º, CF/88); 3) reconhece que a questão da segurança física ou corporal dos servidores suscitada, seja pessoal ou familiar, resulta um tanto fragilizada com a divulgação, mas relativiza o risco reconhecido com a proibição de se revelar o endereço residencial e o CPF de cada servidor. Alegando, ainda, que é o preço que se paga por optar pela carreira pública num Estado Republicano; 4) a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria situação de grave lesão à ordem pública.

Acrescidos aos argumentos do Ministro Ayres Brito, o Ministro Teori Zavascki ampliou a argumentação com os seguintes fundamentos: 5) fez referência à recente edição da Lei nº 12.527/2011 (LAI), com aplicação aos Estados, Municípios e Distrito Federal, e reconhece que a lei não dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade de divulgação da remuneração pessoal dos servidores, mas interpreta que a LAI, ao disciplinar que a Administração tem o dever de divulgar, independente de requerimento, informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados (art. 8º), aduz que interesse coletivo é um conceito aberto e que comporta a remuneração dos servidores, por entender que a interpretação a ser dada deve ser segundo a orientação adotada pelo STF no julgado anterior, e a do Decreto nº 7.724/2012, que dispõe expressamente a obrigatoriedade de publicação das remunerações de forma individualizada.

Durante o julgamento, alguns argumentos merecem destaque, considerando que foram importantes para o convencimento e decisão da Corte. Desta forma, a Ministra Rosa Weber

acredita que aquilo que chamamos de âmbito da privacidade do cidadão resta mitigado ao agente público. O Ministro Marco Aurélio, na mesma linha de raciocínio, enfatiza que o servidor público “*não pode pretender ter a mesma privacidade do cidadão comum*”, sendo que suas vidas devem ser um “livro aberto” e que entre o interesse individual e o coletivo, o público, prevalece o último.

Feitos os destaques, passamos à análise pontual dos argumentos que foram decisivos para o acolhimento da tese de repercussão geral. Antes, porém, ressentimo-nos ao observarmos que a decisão é extremamente econômica de argumentação, de modo que todos os argumentos apresentados foram tratados de maneira bastante encurtada, o que poderia tornar frágil de embasamento a decisão judicial que dela resultou.

Iniciamos o debate analisando sobre o que seriam esses princípios no sistema jurídico e sua diferenciação em relação às regras, já que nitidamente os ministros manejaram os princípios para nortear a decisão exarada.

3.6.1 Regras e Princípios no Ordenamento Jurídico Pós-Positivismo

Este trabalho não tem a perspectiva de fazer uma revisão bibliográfica sobre as teorias pós-positivistas de forma abrangente e em sua profundidade, mas tão somente de destacar alguns pontos e elementos sobre a distinção de regras e princípios e de como se relacionam no ordenamento jurídico, especialmente nos casos de colisão, com vistas ao exame do caso ora em análise.

Os princípios jurídicos, notadamente reconhecidos como normas que agregam valores, são compreendidos no sistema jurídico como norma das normas e são utilizados de maneira bastante particular pelos aplicadores do direito, manejando-os e interpretando-os, por vezes, sem quaisquer critérios objetivos, em razão de sua amplitude ou vagueza na conceituação.

Humberto Ávila (2016, p. 43-44) ressalta a importância cada vez maior de se construir o sentido e demarcar a função dos princípios jurídicos, já que fundamentam, por vezes, a aplicação do ordenamento constitucional, ao tempo em que critica o fato da adoção de condutas que levem à mera proclamação dos princípios, às vezes de forma inconsequente na apreciação das demandas. Quanto a isso, afirma de forma eloquente que “os princípios são reverenciados como *bases* ou *pilares* do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.” (2016, p. 44).

Notadamente de forma crítica ao modelo positivista, Ronald Dworkin tratou de formular uma teoria das regras e dos princípios,⁷¹ aprofundando os conceitos e tratando de suas diferenciações para uma compreensão do direito mais adequada, contribuindo sobremaneira ao reconhecer os princípios como parte integrante do ordenamento jurídico, diferentemente da teoria positivista, que defende um sistema de regras.

Neste sentido, Dworkin explica que, segundo o argumento positivista, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei” (2002, p. 55). Assim, em entendimento contrário ao do exercício do poder discricionário, defendido pelo positivismo, “Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso” (NEVES, 2014, p. 52).

Dworkin traduz a distinção entre princípios jurídicos⁷² e regras como sendo de “natureza lógica”, em virtude de ambos apontarem para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguindo-se, entretanto, no tocante à natureza da orientação que oferecem. Nesses termos, a lógica das regras é de aplicação do “tudo-ou-nada”. Assim, na ocorrência dos fatos de determinada regra, ou ela é válida, devendo ser aplicados os seus efeitos, ou não será válida, não contribuindo para a solução. Importa destacar que as regras necessitam ter a previsão de suas exceções para que seu enunciado seja o mais completo (DWORKIN, 2002, p. 39-41).

Por outro lado, o princípio não estabelece condições para tornar sua aplicação necessária, em verdade enuncia uma razão que conduz o argumento a uma determinada direção, de modo que ainda depende de uma decisão particular em cada caso. “Mesmo os princípios que mais se assemelham a regras também não apresentam consequências jurídicas que se seguem

⁷¹ Dworkin esclarece que menciona “princípios, políticas e padrões”, mas que frequentemente utilizará o termo princípio de forma genérica para englobar todos os demais termos, diferente das regras e nos apresenta a diferença entre princípios e políticas, considerando que eventualmente fará uso desses termos separadamente, da seguinte maneira: “Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (2002, p. 36)

⁷² Marcelo Neves (2014, p. 55) interpretando o modelo de Dworkin, do qual ele reverencia pela contribuição para a teoria do direito e dos princípios explica que: “no modelo de Dworkin, os princípios jurídicos têm origem em princípios da moralidade comunitária (ou em práticas moralmente assentadas dos juízes e profissionais do direito), mas eles devem passar por um tipo de teste de consistência ou coerência constitucional, para que não dissipem no meio de conflitos existentes na moralidade comunitária. [...] no contexto da teoria de Dworkin, não cabe falar de fronteira clara entre moral e direito, pois a noção de princípios serve, a rigor, para enfraquecer ou mesmo diluir essa fronteira.”

automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). Dependendo de cada caso, é possível que haja princípios que apontem para uma argumentação em outra direção, entretanto, se assim ocorresse, havendo a prevalência de um dos princípios, o outro não deixaria de pertencer ao nosso sistema jurídico (DWORKIN, 2002, p. 39-41).

Nesse aspecto, Dworkin esclarece que os princípios possuem uma dimensão do peso ou importância. Assim, quando os princípios colidem, faz-se necessário considerar a força de cada um deles para a resolução do conflito, de modo que os dois princípios podem ser simultaneamente válidos, mesmo que com pesos diferentes para a aplicação em determinada situação. A mensuração não será exata e poderá certamente ser objeto de questionamentos. Esse perfil característico dos princípios não se estende às regras, de maneira que, em havendo conflito de regras, uma será válida e a outra não, e a forma de se conhecer qual será válida dependerá de outras regras dentro do sistema jurídico que regulem os casos de conflito (2002, p. 42-43).

Ao surgimento de algumas críticas lançadas pelos positivistas à diferenciação posta entre regras e princípios, Dworkin defendeu a distinção estabelecida, mantendo intacta a teoria formulada, afirmando que:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de se avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido (2002, p. 114).

Reconhecidos os princípios como parte do sistema jurídico, observamos que a atuação deles, com maior ênfase ocorre nos casos de difícil solução, desempenhando papéis essenciais na fundamentação das decisões judiciais que ditam os direitos e as obrigações dos indivíduos, resultando após a decisão numa regra particular. Daí a importância dos princípios na resolução de casos difíceis, pois na inexistência de regras antes da decisão, os tribunais utilizam princípios para argumentar e fundamentar a formulação e aplicação de uma nova regra particular (DWORKIN, 2002, p. 46-47).

Marcelo Neves, ao tratar da teoria dworkiniana, esclarece que “os princípios implicam diferenças analógicas de peso, não comportam exceções suscetíveis de enumeração em enunciados mais amplos que as incorporem, tampouco estabelecem uma relação condicional automática ‘se-então’” (2014, p. 53).

Macedo Junior (2013, p. 162 -163), referenciando Dworkin, ressalta que na teoria dworkiniana “os princípios revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica” (2013, p. 162), de modo que possam sofrer algum tipo de ponderação a ser realizado por meio de “justificação argumentativa”, com a finalidade de fundamentar uma determinada decisão. O autor enfatiza, ainda, em sua análise da aplicação dos princípios, que:

Uma fenomenologia da atividade judicial mostra que os juízes reconhecem uma obrigação para aplicar os princípios. Estes não são compreendidos como regras vagas (*rules manquees*), mas como razões substantivas que impõem aos magistrados a *obrigação* de decidir com justiça. Para Dworkin, os advogados e os juízes, quando postulam um direito ou decidem um caso, não visam apenas a produzir uma argumentação e uma decisão boas e razoáveis, dentre outras possíveis, mas sim produzir um argumento correto segundo o direito (2014, p.164-165).

Os princípios, no modelo concebido por Dworkin, atuam exigindo algum tipo de ponderação, desenvolvida segundo métodos argumentativos e de justificação, e abrangem a referência a um valor que demanda uma atitude interpretativa do operador do direito. Importa compreender que, nessa perspectiva, as decisões judiciais não objetivam alcançar aquilo que o direito deveria ser, no plano ideal, mas o que se busca é a correta interpretação do direito e o resultado dessa interpretação nas pretensões jurídicas das partes. Assim, a interpretação jurídica tal como funciona na prática não deve reconhecer os princípios somente como guias para o exercício da atividade discricionária⁷³, mas, para além disso, constitui-se numa importante dimensão do direito (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 164-165).

No contexto da interpretação, Dworkin trata da integridade, de modo que a referida ideia de integridade tende a delinear a postura do intérprete de não se utilizar da discricionariedade para decidir determinado caso concreto, excluindo-a e propondo observar de forma inequívoca os princípios legais, morais e políticos, como maneira de legitimar a decisão judicial. Assim, a integridade busca considerar todos os aspectos fáticos, normativos e morais relevantes para cada situação a ser analisada, de modo a criar os meios de impedir ao intérprete escolhas arbitrárias, sob o comando da discricionariedade, exigindo do julgador uma atitude muito mais

⁷³ Segundo Dworkin, (2002, p. 51-52) o poder discricionário pode ser entendido em sentido fraco ou em sentido forte. Assim, pode-se empregar o “poder discricionário em sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.” O segundo sentido fraco para o poder discricionário serve apenas “para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.” Já o sentido forte do poder discricionário serve para “dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.” Nesse caso, quando tratarmos do poder discricionário o estaremos tratando no sentido forte.

profunda ou um “esforço hercúleo para construir uma decisão que integre materiais vastos e, não raro, conflitantes entre si.” (MARTINS; FERRI, 2006, p. 280).

Conforme nos ensina Martins e Ferri, Dworkin entende ser equivocada a discussão sobre se determinada decisão judicial, pautada em princípios amplos e gerais, seria interpretativa ou criativa, em virtude do julgador se utilizar de ambas as possibilidades simultaneamente, de modo que, em termos estritos, acaba por não fazer nenhuma delas. Assim, entre criar e interpretar, entre os juízes ativistas, que acreditam poder tomar decisões com base em princípios morais e políticos, e os conservadores, que entendem que o juiz não pode impor sua vontade subjetiva, devendo julgar estritamente em conformidade com o ordenamento jurídico existente, Dworkin observa que decisões equivocadas podem ser tomadas por ambos, de maneira que constrói uma teoria que entende ser mais adequada para superar a problemática da “correta decisão judicial”, valendo-se da distinção entre conceito e concepções para considerar o pressuposto da interpretação (MARTINS; FERRI, 2006, p. 280).

Interpretando e referenciando Dworkin, Argemiro Martins e Caroline Ferri explicam que para a interpretação jurídica, a integridade, proposta por ele, tem a finalidade de fazer a melhor interpretação possível, não devendo ser avaliada simplesmente em termos de verdade ou falsidade, restringindo à interpretação a correspondência a um dado conteúdo normativo. Em referência, apresentam a explicação que refuta as questões relacionadas à segurança jurídica da seguinte forma:

A proposta de Dworkin baseada na construção de decisões coerentes com um conjunto de princípios comunitariamente compartilhados contrasta com a proposta de segurança jurídica defendida pelo positivismo jurídico: a tomada de decisões judiciais de modo que se garanta o cálculo e a previsibilidade por parte dos cidadãos. A idéia de uma “comunidade de princípios” não rejeita a função de garantir a segurança jurídica que assume o direito na concepção positivista, mas procura ir além propondo uma decisão pautada pela aplicação de todos os princípios que regem uma sociedade (MARTINS; FERRI, 2006, p. 281).

Assim, a ideia de integridade com o intuito de fazer a melhor interpretação “impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes”, limitando, portanto, a discricionariedade do juiz, que deverá “compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente.” (MARTINS; FERRI, 2006, p. 281).

Por esse entendimento, a decisão judicial, pela ideia de integridade, para ser bem sucedida precisa estar pautada em um poder explicativo, por meio da argumentação e justificação, não podendo deixar sem explicação aspectos centrais e relevantes da questão

discutida. De modo que somente é admitida uma única e melhor decisão possível para cada caso. Tal afirmação é bastante polêmica, mas Dworkin, reconhecendo a dificuldade considera que, segundo Martins e Ferri (2006, p. 282):

A idéia subjacente ao postulado de que exista mais de uma interpretação possível está ligada à noção de que a atividade interpretativa é eminentemente subjetiva e associada à idéia de que interpretar implica, em última instância, uma escolha pessoal, uma mera opinião.

Após abordarmos como Dworkin elaborou a distinção entre regras e princípios no plano conceitual e, especialmente, a diferenciação de como são resolvidas as hipóteses de conflito, apresentando ainda um pouco sobre o entendimento que faz da interpretação jurídica e de como devem ser pautadas as decisões mais corretas, observaremos a distinção proposta por Alexy, que também partiu das considerações de Dworkin, mas com diferenças importantes.

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, e inicia sua análise firmando o entendimento de que tanto as regras quanto os princípios são normas pertencentes ao sistema jurídico, fazendo uma distinção quanto ao grau de generalidade⁷⁴ dos princípios, que é relativamente alto em comparação ao das regras. Outra forma de distinção seria o fato dos princípios serem considerados normas de argumentação, enquanto as regras constituem-se em normas de comportamento (ALEXY, 2017, p. 85-89).

Alexy, ao tratar da distinção entre regras e princípios, estabelece que a referida diferenciação não se restringe apenas a uma diferença gradual, mas também revela uma diferença qualitativa. Para tanto, baseia-se no critério que transcrevemos, conforme segue:

Princípios são normas que ordenam que algo será realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática

⁷⁴ Marcelo Neves aponta a distinção entre generalidade e abstração, referenciando Norberto Bobbio, que classifica normas gerais quando são normas que se dirigem a uma classe de pessoas, e em normas abstratas quando são normas que regulam uma ação-tipo. Nesse sentido, esclarece: “pode-se dizer que a generalidade é concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma, dizendo respeito ao âmbito pessoal de sua vigência. A abstração refere-se, por seu turno, à dimensão semântica dos referentes da norma, relacionando-se ao domínio material de sua vigência e envolvendo a questão de definir os fatos jurídicos e casos que são subsumíveis à norma. Tanto os princípios quanto as regras são normas gerais e abstratas. O problema que se apresenta é a determinação do grau de generalidade e abstração (2014, p. 21-22).

e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (2017, p. 90-91).

Podemos observar com maior clareza a ocorrência da colisão de princípios ou conflito de regras, quando ao serem aplicadas isoladamente ao caso levariam a resultados diferentes, distinguindo-se pela forma de solução do conflito. Alexy afirma que no conflito de regras, ou uma das regras é considerada inválida ou deverá ser introduzida cláusula de exceção à regra eliminando o conflito identificado. Sendo válida e aplicável uma regra jurídica a determinado caso, suas respectivas consequências jurídicas serão aceitas e também válidas (ALEXY, 2017, p. 91-94).

Na hipótese de colisão de princípios, a forma de solucionar é distinta, pois nesse caso um dos princípios não será considerado inválido, tampouco deverá ser incluída cláusula de exceção, mas deverá ceder ao outro. Assim um dos princípios terá precedência ao outro, em determinada circunstância, podendo ter soluções diferentes de precedência em outras condições, ou seja, não sendo uma precedência absoluta de um sobre o outro. Assim, o que ocorre é a atribuição de pesos a cada um dos princípios quando aplicados a um caso concreto, de maneira que o princípio com maior peso terá prevalência (ALEXY, 2017, p. 91-94).

Nessa construção, quando da aplicação da ponderação dos princípios, um deles, sendo preponderante em determinada circunstância, restringirá as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio, mesmo que não se declarando a sua invalidade. Alexy defende que a solução da colisão dos princípios ou de direitos ou interesses depende de se estabelecer uma relação de precedência entre eles, levando-se em consideração o caso concreto. Assim, o conflito se resolve pelo sopesamento entre os interesses conflitantes, que abstratamente estão no mesmo nível de hierarquia, mas que no caso concreto um deles passa a ter maior peso e importância ⁷⁵(ALEXY, 2017, p. 94-96).

A questão que Alexy entende decisiva é identificar sob quais condições qual princípio prevalecerá e qual deverá ceder, e a resposta apresentada, aparentemente simples, nos parece

⁷⁵ Argemiro Martins e Luíz Cademartori (2007, p. 5) explicam sinteticamente os passos do método de aplicação da ponderação e sopesamento propostos por Alexy da seguinte forma: Alexy formula uma regra ou máxima para a resolução dos conflitos entre princípios, baseada na sua ponderação ou sopesamento. Ele denomina tal critério hermenêutico de regra da proporcionalidade, uma espécie de meta-princípio estruturado em três passos ou estágios subsequentes: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade, em sentido estrito. O primeiro passo diz respeito à verificação da adequabilidade dos meios jurídicos empregados para a obtenção de um certo fim. Ou seja, uma determinada norma restringe, por exemplo, o direito de propriedade em razão da tutela do meio ambiente. Caberia verificar se a restrição legal atinge o fim proposto ou não. O segundo passo questiona a existência de outro meio, menos gravoso para a propriedade privada, que tutelasse o meio ambiente com a mesma eficácia. Por fim, no estágio da razoabilidade em sentido estrito, procede-se a um cálculo de custo-benefício entre os princípios colidentes de modo a verificar seu maior ou menor grau de eficácia.

bastante vaga, pois estabelece que um princípio terá maior peso que o outro princípio se houver razões suficientes para a referida prevalência em determinadas circunstâncias (ALEXY, 2017, p. 97).

Alexy explica a “lei de colisão” como um dos fundamentos da teoria dos princípios, definindo a sua natureza como mandamentos de otimização, e fixa o entendimento de que não existe relação de precedência absoluta, bem como a sua “referência a ações e situações que não são quantificáveis”, ao tempo em que eles constituem “a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores” (2017, p. 99).

Na ponderação dos princípios colidentes, o uso do sopesamento defendido por Alexy sofre objeções por ele mesmo, identificadas como a de ser um modelo aberto a um controle racional. Tal observação pode ser melhor esclarecida conforme a transcrição que segue:

Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, **ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa**. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. **Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes**. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional (ALEXY, 2017, p. 163-164). (grifo nosso).

Alexy, defendendo a lei do sopesamento, demonstra que se o modelo fosse resumido à formulação de um enunciado de preferências e, conseqüentemente, à determinação de uma regra específica para o caso, de fato o sopesamento não seria um procedimento racional, pois a preferência condicionada poderia ocorrer intuitivamente a quem faz o sopesamento, que seguiria unicamente as suas próprias convicções subjetivas (ALEXY, 2017, p. 164-165). Entretanto, quanto a esta crítica, Alexy defende um modelo fundamentado de sopesamento que se contrapõe ao modelo decisionista, esclarecendo a diferenciação da seguinte maneira:

Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional (ALEXY, 2017, p. 165).

Inúmeras críticas foram lançadas ao modelo apresentado de sopesamento e ponderação para a solução de conflitos ou, como prefere Alexy, colisão de princípios. Entretanto, não

trataremos aqui de detalhar ou pormenorizar os detalhes dessas críticas e a teoria de seus autores, bastando para o trabalho conhecer o argumento de algumas dessas críticas, que poderá nos auxiliar para a análise do caso objeto deste trabalho.

Para tanto, recorreremos a Argemiro Martins e Luiz Cademartori, que nos explicam o teor pontual de algumas das críticas daquilo que deduzimos ser bastante relevante. Assim, referenciando Günther, apresenta uma das discordâncias fundamentais à tese de Alexy, que credita a resolução dos conflitos normativos à ponderação de valores traduzidos em princípios, conforme já demonstrado, expressando a concepção de que “não se trata de uma disputa entre valores, mas da determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto, cuja determinação não passa pelo processo de sopesamento de valores” (2007, p. 10).

Günther observa que a ponderação de princípios não se constitui em um critério racional, com possibilidade de se verificar qual a norma seria mais adequada ao caso. Em verdade, o jusfilósofo tem a compreensão de que esse método substitui a lógica da aplicação pelo resultado conferido ao caso, de modo que reduz uma melhor discussão para o alcance do resultado ideal, já que interrompe a construção da argumentação e introduz elementos insuficientes de justificação adequada (MARTINS; CADEMARTORI, 2007, p. 10-11).

A crítica está no fato de que, para uma decisão imparcial, a busca pela solução mais adequada nos casos de conflitos deve ser a que propicia a construção de uma melhor fundamentação da norma aplicável, priorizando a coerência e não a simples opção valorativa entre princípios. E neste ponto, especificamente, em que pese Alexy concordar que deva existir a coerência na construção da decisão, ratifica que não pode haver coerência sem ponderação (MARTINS; CADEMARTORI, 2007, p. 11).

Por sua vez, outra crítica formulada a Alexy foi discutida por Habermas, traduzida da seguinte maneira por Martins e Cademartori:

A segunda crítica de Habermas à tese de Alexy diz respeito ao caráter gradual do código dos valores que não se ajusta ao código binário, derivado do caráter deontológico, do direito. A exigência contrafactual de uma única decisão correta para o caso perde espaço para um leque de possibilidades matizadas. [...] o que o autor sublinha é o fato de que normas e valores possuem gramáticas distintas. Ao se introduzir a ponderação típica dos valores no direito, dissolve-se seu código binário. Nesse ponto, Habermas concorda com a tese da única decisão correta de Dworkin, pois somente ela é capaz de preservar a “tranquilizadora coação à justificação”. E o dever de justificação deve ser imposto às decisões judiciais porque, ao contrário das escolhas morais, o direito pode interferir sensivelmente na liberdade das pessoas por meio da coerção. Contrariamente, **a idéia subjacente à noção de Alexy sobre princípios é a de que não há que justificar um valor face a outro, basta ponderá-los** (2007, p.13). (grifo nosso).

3.6.2 A análise dos argumentos do STF no Recurso Extraordinário 652.777-SP *versus* argumentos contrários: a tensão entre a publicidade x privacidade.

A questão controversa diz respeito à tensão aparente entre os princípios da publicidade e transparência *versus* a intimidade e privacidade para a resolução do caso da divulgação nominalmente individualizada dos servidores públicos. O embasamento que justificou a decisão do STF se deu sob os argumentos elencados pontualmente no início deste capítulo, mas que nem de longe demonstram aprofundamento do debate, tampouco interesse em responder questões de maneira abrangente, levando em consideração aquilo que foi suscitado.

Nosso papel não é formular uma decisão judicial melhor ou aprimorar a que foi exarada, mas, evidentemente, o debate jurídico-crítico, presente nos trabalhos acadêmicos, constitui-se em importante contribuição à sociedade, pois amplificam as discussões pouco enfrentadas nos casos polêmicos, suscitando maior investigação e reflexão. Diante disso, ressaltamos que até poderemos não chegar a uma determinada conclusão no embate, e esse não é o foco primeiro da pesquisa, mas garantir que decisões judiciais sejam avaliadas, debatidas e socializadas com o rigor necessário. Neste cenário, o exame acerca da atuação do nosso STF, guardião da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais, torna-se indispensável.

Iniciamos o debate considerando o primeiro ponto destacado da decisão em repercussão geral proferida pelo STF, conforme voto do relator Min. Teori Zavascki, ou seja, que identifica a tensão entre os princípios da intimidade e privacidade e os da publicidade e transparência em aparente colisão. O ministro observa, além da compreensão inicial de que está diante da situação demandante de lidar com a conciliação de princípios constitucionais, entende que a publicidade administrativa, prevista no art. 37, da CF/88, significa o dever estatal de divulgação de atos públicos e que esse dever é eminentemente republicano, em virtude da necessidade de dar máxima transparência à gestão da coisa pública.

O ministro interpreta que as exceções constitucionalmente inseridas no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, remetem a situações em que o sigilo deverá ser considerado para as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, fora a exceção mencionada, e entende que todas as demais urgem sejam tornadas públicas na sua plenitude. Por óbvio que não se trata de informações relacionadas à segurança do Estado, mas há outras exceções não abordadas e que tratam especificamente sobre a divulgação de informações de natureza pessoal.

Na argumentação, o relator contrapõe o princípio da intimidade e privacidade, expondo que o caso não se enquadra na exceção de se constituir informação imprescindível para a segurança da sociedade ou do Estado, e que tais informações são de interesse coletivo ou geral.

Observamos, de início, que sequer foram abordadas questões importantes como a análise de se identificar se as informações a serem publicadas, referente à remuneração do indivíduo, seriam consideradas dados ou informações pessoais, e, se, portanto, estariam enquadradas na esfera da intimidade e vida privada do indivíduo, também tutelados constitucionalmente, em seu art. 5º, inciso X.

A privacidade e a intimidade são direitos fundamentais do cidadão e têm na Constituição Federal seu maior defensor contra a intromissão e invasão de terceiros e do próprio Estado. Conforme já dito anteriormente, a privacidade está entrelaçada à liberdade e ao direito de autodeterminação do indivíduo de exercer com equilíbrio as suas escolhas e tomar suas próprias decisões, reservadamente. Além disso, tutela o direito do cidadão controlar suas informações pessoais e da vida privada, obstando do conhecimento e intromissão de terceiros e da curiosidade alheia.

Eis o sentido dos referidos dispositivos constitucionais, preservar a vida privada e íntima das pessoas, impedindo que fatos e informações que só lhes digam respeito sejam apropriados por terceiros.

Para além disso, não cuidou de observar que os dados e informações pessoais têm espaço reservado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já demonstrado, que demonstram a coerência de proteção a esses dados pessoais, com o já disposto na proteção conferida pela Constituição, de modo a interpretar qual tratamento deve ser dispensado nos casos que envolvam discussões dessa natureza. A exemplo, trouxemos como a privacidade e intimidade foram tratados no caso do sigilo bancário, quando tais princípios foram alocados em grau elevado de reconhecimento do dever de proteção.

Muito embora o processo tenha iniciado antes da edição da Lei de Acesso à Informação, o julgamento em repercussão geral do ARE 652.777 somente ocorreu após a sua vigência. De modo que a própria LAI, que visa potencializar a transparência e a publicidade dos atos da Administração Pública, altamente necessários para construção de um modelo de administração condizente com a maior satisfação dos interesses coletivos e com a responsabilidade da gestão pública, em prol dos valores republicanos, reservou proteção e tratamento especial aos dados e informações pessoais, conforme disposto em seu art. 31, estabelecendo acesso restrito, independente de classificação de sigilo. Constituindo-se, assim, podemos dizer, em mais uma

das exceções à máxima divulgação, mas que não foi sequer abordada pelo STF no julgamento, ainda que para rechaçá-la, ignorando toda coerência de proteção das informações pessoais.

O segundo e o terceiro argumentos destacados foram o entendimento de que não se deveria falar em privacidade, pois os dados objeto da divulgação dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos, como sendo o preço que se paga por optar por uma carreira pública, reconhecendo, ainda, que a segurança física dos servidores resulta um pouco fragilizada, seja pessoal ou familiar, mas relativiza o risco alegando que não há a publicação conjuntamente do endereço do servidor e de seu CPF.

Um tanto superficial o argumento justificador, se considerarmos que estamos em um mundo com elevado avanço tecnológico, onde vários tipos de informações são possíveis de serem acessadas, nos mais diversos bancos de dados armazenados na rede mundial de computadores, de modo que o intercruzamento dessas muitas informações é bastante viável para se traçar o perfil de qualquer servidor, deixando a segurança pessoal e familiar do mesmo bastante fragilizada, não somente a física, mas a de ter as suas informações utilizadas para a execução de condutas fraudulentas e golpes. De modo que tal argumento não acrescenta em nada para conceder precedência ao princípio da publicidade no presente caso.

Quanto ao argumento de que a privacidade do servidor público é relativizada, conforme dito pelo Ministro Marco Aurélio: “o servidor público não pode pretender ter a mesma privacidade que tem o cidadão comum”, demonstra implicitamente que os julgadores reconhecem que de fato a informação referente à remuneração do indivíduo constitui-se em informação pessoal, que deveria ser tratada na esfera da proteção da privacidade. Nesses termos, advertimos que sendo um direito fundamental, insculpido como cláusula pétrea na Constituição Federal, albergado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, somente a própria Constituição poderia impor restrições à privacidade em relação a determinado grupo de pessoas, não o podendo fazer o judiciário, restringindo a aplicação e proteção de um direito individual e fundamental ao servidor público, sem que a própria constituição o tivesse feito, utilizando-se de mera retórica.

Alertamos, ainda, que ao relativizar a privacidade⁷⁶ para os servidores públicos, tão cara à sociedade, conquistada após anos de ditadura e repressão, em que direitos individuais eram violados, estamos ferindo o princípio da isonomia, que reza que todos são iguais perante a lei.

⁷⁶ Luís Roberto Barroso esclarece a questão da privacidade, nos casos de pessoas públicas, em razão da exposição pessoal ser uma escolha dessas personalidades. Assim, ele leciona que: “Ainda no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o *grau de exposição pública* da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública - políticos, atletas, artistas - sujeita-se a

Neste sentido, transcrevemos o entendimento aclarado de Celso de Mello, conforme segue:

Por último, registre-se que o respeito ao princípio da igualdade reclama do exegeta uma vigilante cautela, a saber: *Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequiparador.* Isto é, circunstâncias *ocasionais* que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar. Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que institui o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais (2015-A, p. 45).

Mello conclui de maneira direta que há frontal ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando a interpretação extrai da norma distinções e desequiparações, dividindo as pessoas em categorias, quando essas diferenciações não foram determinadas e assumidas por lei, de maneira clara, ainda que implicitamente. Daí que não é possível relativizar a privacidade para a categoria de servidores públicos, como se fossem eles uma categoria distinta de ter assegurada a mesma privacidade que os demais cidadãos, quando a própria Constituição não fez tamanha distinção (2015-A, p. 47-48).

Ainda que, forçosamente, o STF entendesse que a privacidade do servidor público deva ser relativizada, ao se publicar a remuneração de um servidor público de maneira nominal, o que estamos divulgando, juntamente a esse dado, é a informação de parte da renda familiar daquele servidor, atingindo o âmbito da privacidade não somente dele, mas também de toda a sua família, que terá devassada a sua situação financeira comparada ao formato de vida que levam e das escolhas que fazem.

O quarto argumento destacado diz respeito ao fato da afirmação feita pelo relator de que a negativa de prevalência do princípio da publicidade implicaria situação de grave lesão à ordem pública. Quanto a isso, resta-nos simplesmente indagar como uma argumentação do porte de uma decisão judicial no âmbito da mais alta Corte do país poderia se contentar como uma frase

parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas.” (2004, p. 13-14).

Quanto a isso, Gilberto Jabur defende que “a vida pública, defluente do exercício de função pública, ou notória, em virtude do renome ou celebridade adquiridos por qualquer pessoa, de uma ou de outra não retira o direito à manutenção de seu isolamento, de conter ou refrear o conhecimento alheio daquilo que participa de seu universo concêntrico e reservado.” (2005, p. 99).

de efeito sem a menor conexão de demonstração de como se chegou a essa conclusão. Provavelmente, no referido caso, resta entender o como a não publicação nominal da remuneração dos servidores públicos poderia causar grave lesão à ordem pública. E, em que medida essa construção pode ser considerada válida?

O quinto argumento colacionado ao acórdão tratou de referenciar a recente edição da Lei de Acesso à Informação, que disciplina a obrigatoriedade da divulgação de informações de interesse coletivo, mas como o próprio relator observou, não dispõe obrigatoriamente sobre a divulgação da remuneração pessoal dos servidores. Entretanto, acredita que a norma, mesmo não fazendo a referida previsão, deva ser interpretada segundo a orientação do STF e do Decreto nº 7.724/2012, que ao regulamentar a LAI inseriu no seu texto a obrigação do Poder Público divulgar informações sobre remuneração e subsídio recebidos pelos servidores públicos, de maneira individualizada.

Assim, não trataremos de analisar a suposta exorbitação do poder regulamentar, quando inovou naquilo que a lei não estabeleceu, pela simples falta de necessidade do aprofundamento da discussão, já que, conforme já fora tratado no capítulo anterior, o decreto não estabeleceu a publicação individualizada nominalmente, de modo que não nos interessa discutir algo que não determinou a obrigatoriedade, tendo sido apenas um elemento para justificar algo que foi escolhido pelo Poder Público, que decidiu publicar a remuneração, individualizando-a pelo nome, mas que poderia ter sido individualizada em outros formatos, sem qualquer comprometimento para com a transparência administrativa.

Para além do exame pontual da fundamentação utilizada no ARE 652.777-SP, que demonstra ter havido uma insuficiência argumentativa na construção da decisão, podemos observar, conforme consta no primeiro capítulo, que não há consenso de posicionamentos entre os julgados, de maneira que o Colégio Recursal do Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentou sua decisão de obstar a publicação nominal dos vencimentos dos servidores, observando que não se vislumbra resultado prático e real utilidade na divulgação de informações pessoais, que justifique a medida pretendida pelo Poder Público, de modo que tal exposição pode ser nada mais que uma exposição sem sentido, ou seja, desnecessária para os fins a que se destina, qual seja: a publicidade dos gastos públicos. Assim, justifica o posicionamento destacando que a preponderância alardeada nos julgados das instâncias inferiores, do interesse público sobre o particular, deve ser pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Em relação ao mencionado, Walter Rothenburg (2016, p. 159) esclarece que:

A supremacia do interesse público em face do interesse particular é um conhecido cânone retórico do Direito Público, que possui inegável serventia para o regime jurídico dos bens e serviços públicos. Mas é um princípio limitado, ao qual se deve conferir o devido alcance e não mais do que isso. Algumas de suas premissas e implicações são altamente questionáveis e talvez não se sustentem mais, como a de que pessoas em geral (os “súditos” ou “administrados”) estariam em uma posição de inferioridade ou subordinação em relação ao Poder Público. No campo dos direitos fundamentais, o sentido pode até ser inverso, protegendo-se o interesse particular em face do interesse público.

Aqui é importante estabelecer a diferença entre o interesse público e coletivo de se conhecer quanto o Poder Público paga a título de remuneração a cada um de seus servidores, como dever de transparência dos gastos com pessoal, e a mera curiosidade do “público” saber quanto recebe de remuneração um determinado servidor.

A distinção é relevante, pois nos revela que uma informação é diferente da outra, pois, muito embora os números e valores sejam os mesmos, o foco central da informação é bastante diferente, mudando, pois, o resultado da análise do caso.

Juliano Heinen (2015, p. 85), ao se deparar com o problema, defendeu que “a *questio juris* passa inexoravelmente por uma análise científica da questão, e não por um entendimento embebido em paixões ou em ideologias ou, principalmente, em preconceitos”.

O autor defende que os vencimentos dos servidores públicos são fixados em lei, de acordo com cada cargo, de modo que, se a remuneração é do cargo, o que deve ser publicado é o padrão vencimental do cargo e não da pessoa que o titula (2015, p. 85). Por esse entendimento afirma que:

Enfatiza-se aqui, mais uma vez, que deve ficar muito claro que não importa se é o sujeito “X” ou “Y” que titula certo cargo para receber determinado valor pelo exercício das funções, mas sim *quais as funções que ele desempenha*. Assim, a relação jurídica que se estabelece definitivamente não se liga ao nome da pessoa que desempenha o cargo (HEINEN, 2015, p. 86).

Heinen (2015, p. 87) parte da premissa que a renda de determinada pessoa se configura como dados pessoais e que deve ser albergada pelo sigilo, pois está vinculada ao direito da personalidade, bem como interpreta que igualmente tal informação esteja protegida pelo sigilo fiscal. Correlaciona, ainda, o fato da não permissão pelo poder judiciário de divulgação da lista dos devedores de tributos na rede mundial de computadores, entendendo que se deva dar coerência ao caso ora em destaque, por se tratarem da mesma natureza, qual seja: despesas e receitas públicas.

Nesse viés argumentativo, Heinen sintetiza seu posicionamento da seguinte maneira:

Em termos simples, a divulgação do nominal da remuneração do servidor não se pauta pela transparência dos dados públicos, mas sim, invade desproporcionalmente e despropositadamente uma das maiores dimensões do direito de personalidade: o nome. Saber quanto qualquer profissional da iniciativa privada ganha é tão sigiloso quanto saber quanto um funcionário público ganha. Ter conhecimento acerca do montante da subsistência de qualquer pessoa fica inserido nas informações íntimas dos indivíduos, sejam eles quem for. Sendo assim, é impossível de serem revelados esses dados, senão com a anuência de cada indivíduo (2015, p. 87).

Ainda examinando a decisão do STF no Recurso Extraordinário 652.777, resta nítida a insuficiência argumentativa que resultasse no entendimento exposto. Nenhum dos fundamentos foi resultado da construção de uma prática argumentativa de justificação. A solução para o embate jurídico se baseou na decisão de precedência de um princípio em detrimento de outro, por estarem supostamente em situação de colisão. No julgamento, os princípios da publicidade e da privacidade foram interpretados como em permanente estado de conflito, com a necessidade de resolução por meio da ponderação valorativa, em que um princípio é precedente em face do outro. A questão mais se assemelha ao método de solução proposto por Alexy, em que princípios em colisão são ponderados, pelo método do sopesamento.

A regra de sopesamento de Alexy exige um método de três fases que não se observa quando da ponderação realizada pelo STF. Em verdade, poderíamos dizer que é feita uma ponderação à brasileira, sem que haja rigor no cumprimento das fases propostas para o método de Alexy, mas que se concretiza com base na discricionariedade do julgador, que define o princípio preponderante e justifica a decisão, por argumentação frágil, deixando margens para contestação.

O julgador define qual princípio deve ceder dentro da perspectiva do caso, utilizando-se do poder discricionário e atribuindo pesos valorativos por vezes em abstrato. Para Alexy, o direito é posto sempre na perspectiva de contradição, de maneira que a solução para a tensão identificada resultará invariavelmente na preferência de um direito em relação ao outro. No processo em destaque, a colisão aparente entre a publicidade e privacidade se resolveu atribuindo à publicidade maior valoração em detrimento à privacidade. Entretanto, não podemos identificar que a ponderação seguiu as regras de sopesamento propostas por Alexy. O STF, aparentemente, utilizou-se de uma preferência subjetiva e da discricionariedade ao definir qual dos princípios teria precedência, tratando-os como em colisão para hierarquiza-los.

Se o STF decidisse em conformidade com a teoria de Dworkin, certamente necessitaria de uma prática argumentativa de justificação para a hipótese de ponderação. Entretanto, a

decisão observaria uma coerência do sistema de princípios, em que os mesmos se complementam e se harmonizam, não havendo preferência e discricionariedade em abstrato, tampouco os direitos seriam tratados como em estado de colisão permanente. Em Dworkin, os princípios seriam concorrentes, de modo que a melhor decisão contemplaria uma solução em que os princípios não necessariamente teriam precedência de um em detrimento do outro.

Face ao exposto, Lenio Streck observou a prática reiterada do STF nos julgados, conforme transcrevemos a seguir:

Apostando na discricionariedade ou em discursos adjudicadores com pretensão de correção do direito, estaremos tão somente reforçando aquilo que pretendemos criticar. Tal circunstância pode ser detectada em setores importantes da dogmática jurídica praticada no Brasil, que vêm apostando fortemente na teoria da argumentação jurídica e, portanto, utilizando largamente a ponderação de princípios. Malgrado essa expansão da teoria alexiana, não escapa a um olhar mais crítico a circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuam os procedimentos descritos na chamada lei de colisão. A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo ponderação, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento da ponderação. Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação – estabelecidas por Alexy – tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros. O problema envolvendo aquilo que responde pelo nome de norma de direito fundamental atribuída pode ser apresentada, v.g., como um destes pontos esquecidos (2013, p. 354-355).

Por todo o exposto, observamos que o julgamento do STF mais se assemelha a um decisionismo do que de fato a uma construção baseada nos modelos de Alexy ou de Dworkin. Para além disso, analisando o modelo dworkiniano, a melhor decisão possível, interpreta os princípios como concorrentes e não em colisão, de maneira que a única resposta correta harmonizaria os princípios, levando em consideração todos os aspectos atinentes a cada um deles, sem desconsiderá-los ou hierarquizá-los.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa trabalhamos o entendimento final do Supremo Tribunal Federal proferido no Recurso Extraordinário com Agravo 652.777, em que se questionava a licitude da divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos, em sítios eletrônicos mantidos pelo Poder Público, entendendo o STF, em repercussão geral, pela legitimidade da referida divulgação.

O fato do objeto do trabalho não ter sido de interpretação pacífica nos tribunais, que se depararam e se debruçaram para desvendar a questão, nos aguçou a vontade de observar o porquê tantas decisões judiciais apontavam para direções contrárias, e sob quais fundamentos seriam essas discordâncias, pois o entendimento firmado mais nos parece vinculado às convicções pessoais dos julgadores do que verdadeiramente um remédio essencialmente jurídico.

Demonstramos ao longo do trabalho os principais aspectos que entendemos relevantes e que, por conseguinte, deveriam ser abordados para uma análise mais próxima daquilo que se pretende ideal numa discussão judicial ampla, enfrentando os pontos essenciais para a solução da lide. Por essa razão, buscamos o arcabouço normativo, doutrinário e jurisprudencial que nos fornecesse elementos precisos e nos orientasse para a análise da decisão proferida pelo STF, de modo que uma resposta para o caso não seria essencialmente um objetivo da pesquisa, mas uma consequência possível.

Examinando a decisão do STF, principal matéria-prima da pesquisa, nos deparamos com uma insuficiência argumentativa que nem de longe poderia nos levar ao resultado declarado, pois o modo como os argumentos foram trabalhados não são precisos o suficiente para embasar uma precedência em abstrato dos princípios arguidos.

Para Paulo Roberto Medina, seu entendimento sobre a tensão dos princípios é a de que “sem olvidar a importância da publicidade para o processo, do ponto de vista político e ético, convém refletir sobre o seu exato alcance, a partir da consideração de que não há direitos absolutos e as garantias constitucionais devem ser harmonicamente aplicadas.” (2005, p. 334). Assim, é recomendável um ponto de equilíbrio no tratamento dessas questões.

A questão foi analisada sob o prisma de colisão de princípios constitucionais entre a publicidade e a privacidade, entendendo que ambos são inconciliáveis, sendo aplicada a

ponderação dos princípios com a prevalência da publicidade e da transparência sobre a privacidade e intimidade.

Há uma evidente manipulação dos princípios, sem apego às formalidades metodológicas quando da ponderação e sopesamento atribuídos. No que poderíamos nomear como um método “Alexy à brasileira”, em que o método proposto por Alexy para aplicar o sopesamento de princípios, com vistas a considerar válido o resultado alcançado, sequer é considerado.

O método dworkiniano remete a uma única resposta correta, entretanto, entende que, para isso, faz-se indispensável analisar todos os aspectos que circundam e se relacionam ao caso a ser estudado, de maneira que a prática argumentativa de justificação resultará na melhor decisão possível. Neste formato, o direito não é posto como em permanente conflito, em que há necessária preponderância de princípios, proclamados pelo uso da discricionariedade em “sentido forte” dos julgadores. Mas, em verdade, há uma interpretação que entende os princípios e as regras como pertencentes a um mesmo sistema jurídico, coerente, harmônico e que se complementam.

Assim, a utilização do método de Dworkin para a solução da lide procura zelar pela vitalidade do sistema jurídico, aplicando os princípios sem ponderação em abstrato e conseqüente hierarquização, em nítida preferência de um direito sobre outro, mas, ao contrário, não despreza nenhum deles, harmonizando-os quando possível a conciliação, em verdadeira concorrência de princípios e não colisão.

Por essa perspectiva, considerando que não há instrumento normativo que dispõe sobre a obrigatoriedade da divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos, conforme constatado, a solução da questão deveria ser analisada como concorrência dos princípios da publicidade e privacidade, de modo a colacionar todos os aspectos relevantes para o deslinde do problema.

Neste cenário, por óbvio que a transparência pública, fomentada pela Lei de Acesso à Informação, exige a ampla divulgação dos gastos públicos, não sendo objeto de discussão a possibilidade de ocultar tais informações. Entretanto, o dever do Poder Público é o de divulgar os gastos com pessoal, de maneira que as informações sejam transparentes à coletividade, que deve conhecer quanto se paga para cada um de seus servidores.

Neste ponto específico, existe uma sensível diferença entre divulgar o quanto se paga a cada servidor público e qual é o valor recebido a título de remuneração do servidor “X”, pois

enquanto na primeira opção é possível divulgar a remuneração dos servidores públicos, vinculando ao cargo exercido e individualizando por meio de outros métodos, a exemplo do número da matrícula, na segunda opção divulga-se o salário de determinado indivíduo, invadindo uma informação da esfera da intimidade e privacidade do sujeito.

Este pensamento foi manifestado na decisão do Colégio Recursal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que asseverou ser desarrazoada a publicação da remuneração com vinculação ao nome do servidor, sacrificando direitos e submetendo ao risco a segurança do mesmo. Além disso, repousou seus argumentos refletindo sobre a real utilidade que esse formato de divulgação poderia agregar ao bem da transparência pública.

A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão de Segurança 3902/SP, apresentada no primeiro capítulo, consolidou com clareza a ideia de que não havendo disposição normativa determinando a divulgação nominal, a opção é do gestor, e assim sendo, sugere que a administração deve buscar soluções aperfeiçoadas, que enquanto privilegia a transparência, preserva ao mesmo tempo a intimidade e privacidade do servidor.

Quanto aos efeitos e reflexos da decisão judicial analisada, nos restou examinar como está sendo praticada a divulgação da remuneração dos servidores e membros de alguns dos Órgãos e Instituições Públicas, de modo que diante dessa observação podemos inferir que as informações publicadas não são tão transparentes para cumprir a finalidade pretendida quanto se alardeiam. Primeiro, porque a publicação da remuneração nos moldes do contracheque, com a indicação das rubricas, sem a definição exata do que se tratam, torna-se indecifrável para muitos dos próprios servidores, como também para a maioria da sociedade, de modo que se paga, nesse universo de rubricas e “penduricalhos”, não se sabe o quê e nem porquê, ou seja, se há erros ou incongruências sutis não será possível fiscalizar e identificar, comprometendo a intenção da publicação; e segundo, porque as informações não são claras na dimensão de quanto de fato recebe o servidor a título de remuneração, já que em alguns casos a remuneração líquida indicada não é na verdade o que o servidor recebe de fato, pois não estão somadas as verbas indenizatórias, tão contestáveis atualmente.

A transparência, a meu ver, deveria contemplar questões muitos mais relevantes do que a somente vinculação do salário ao nome do servidor. A transparência deveria alcançar uma dimensão mais ampla, dando conhecimento, à coletividade, dos gastos públicos com despesas de pessoal, que demonstrem o que efetivamente se está pagando, sob quais fundamentos e se esses pagamentos estão respaldados na legalidade. Este é o verdadeiro eixo determinante da

transparência da folha de pagamento. Qualquer coisa fora disso, que se digne a apresentar o salário de determinado servidor, é pura exposição da privacidade e intimidade dele e de sua família.

A título exemplificativo, a Controladoria Geral da União (CGU), quando da apresentação dos relatórios de auditoria da folha de pagamento dos Órgãos do Executivo Federal, restringe a identificação dos servidores em que são constatadas possíveis incongruências no pagamento, com as letras iniciais do nome, acompanhado do número da matrícula, ocultados alguns caracteres.

É inegável o grande desafio de tratar as situações em que, num primeiro momento, princípios e direitos fundamentais aparentam estar em tensão ou conflito, de modo que o julgador desempenha importante papel para avaliar o caso em concreto, sem que se antecipem precedências em abstrato. Há, em verdade, que se avaliar a finalidade e utilidade da medida que se pretende, buscando a conciliação dos princípios.

Imperioso destacar, nessas conclusões, que somente o núcleo de pessoas que conhecem determinado servidor terá interesse em buscar pelas informações de sua remuneração nominalmente, pois para a grande maioria das pessoas, que desconhece individualmente determinado servidor, não faz a menor diferença ter a remuneração individualizada pelo nome ou pela matrícula e cargo, não sendo indispensável para a transparência a divulgação do nome vinculado à remuneração.

Assim, a pessoa que conhece determinado servidor e busca as informações referentes a ele o faz movido por curiosidade. Essas pessoas invadem a esfera da privacidade e intimidade do servidor, na medida em que conseguem fazer a conexão dos dados de sua remuneração com o estilo de vida que opta levar, suas escolhas e sua liberdade.

Por outro lado, quando determinada remuneração, individualizada pelo nome, salta aos olhos, em razão dos valores vultosos, conduz necessariamente a um juízo de valor negativo formado em relação àquele servidor, como se de alguma maneira ele fosse responsável pelo pagamento irregular, hipoteticamente considerado.

Evidente que, na maioria das situações, o servidor não tem qualquer responsabilidade pelas inserções das rubricas e seus respectivos valores constantes no contracheque, pois, em tese, as instituições possuem um setor de recursos humanos que detém domínio sobre a folha

de pagamento e os realiza em conformidade com as normas estabelecidas, ainda que contestáveis.

Não restaria prejudicada a fiscalização social dessas situações discrepantes, quando da divulgação por outras formas de individualização, pois tais formatos também revelariam pagamentos fora dos padrões estabelecidos, a serem questionados e denunciados aos órgãos de controle, a quem compete uma apreciação mais detalhada, cujos fundamentos para o pagamento de parcelas controvertidas seriam avaliados quanto à legalidade.

Ressaltamos que os avanços introduzidos pela LAI não devem retroagir, a sociedade deve buscar cada vez mais se apropriar dos instrumentos legais para assegurar pleno acesso às informações públicas, relevantes para a construção de um Estado o mais transparente possível, com garantias de que os interesses públicos e coletivos restarão preservados. Não vislumbramos caminhar em outra direção, dado que por tudo o que já discutimos, não reside espaço numa democracia para práticas administrativas que primam pela gestão do segredo e do sigilo.

No entanto, não há contradições inconciliáveis no caso estudado que impeçam a tutela ao direito à privacidade e intimidade do indivíduo. Em verdade, o que se busca é uma decisão judicial, cuja reponsabilidade do dever de interpretar e julgar se digne a analisar todos os aspectos importantes da questão, as circunstâncias que interferem na solução da lide e a coerência no tratamento dos princípios em relação a outros julgados, de modo que a decisão resguarde segurança para os que dela pleiteiam a integridade do direito.

A esse propósito, insta transcrever o pensamento de Ohlweiler, que ao referenciar Dworkin, afirma que:

Na linha de autores como Ronald Dworkin e, no Brasil Lenio Luiz Streck, aquele que toma uma decisão deve demonstrar que agiu de modo responsável ao formar o juízo hermenêutico, sobre qual concepção de acesso à informação adota, pois como refere o jusfilósofo autor de *Justiça para Ouriços*, talvez o maior problema não são decisões erradas, mas sob a perspectiva hermenêutica, decisões irresponsáveis (2016, p. 50).

Por tudo isso, o entendimento é o de que o STF, guardião da Constituição, tratou a questão de maneira bastante simplificada, com base em argumentos frágeis e insuficientes para alcançar o resultado pretendido, de modo que não confere segurança na interpretação dada aos princípios jurídicos envolvidos, quando confrontados a outros temas, a exemplo do tratamento dispensado à privacidade e intimidade nos processos que tratam do sigilo bancário.

Por fim, considerando todo o debate realizado ao longo do trabalho, resta evidente não existirem direitos fundamentais absolutos, tampouco precedência em abstrato de uns sobre outros, desprezando o caso concreto a ser aplicado. A prática argumentativa e interpretativa deve ser explorada para o alcance das soluções de casos difíceis, permitindo que decisões sejam adotadas com o rigor indispensável à apreciação da Corte Suprema do país.

Se é verdade que a transparência pública e a publicidade são determinantes para a concretização de um Estado o mais democrático possível, também é verdade que sem a garantia da tutela de direitos fundamentais, tais como a privacidade e a intimidade, resta ameaçado o mesmo Estado Democrático de Direito. Assim, também defendeu Rothenburg ao afirmar que:

Outros argumentos também não oferecem indicação segura de que se deva conceder primazia a um ou outro direito fundamental, se é certo que o Brasil atravessou períodos sombrios de ditadura e que a Constituição de 1988 significou a superação dessa forma de poder que esconde e se esconde – o que autoriza afirmar a liberdade de expressão e de informação –, não é menos verdade que o poder arbitrário da ditadura violava os direitos fundamentais de privacidade e de imagem, os quais vieram a ser igualmente enfatizados pela Constituição (2016, p. 159).

Nesse contexto, várias considerações foram trazidas ao debate, surgindo a necessidade de ampliar a discussão, principalmente no tocante ao formato de interpretar e enfrentar as supostas colisões de princípios jurídicos no Supremo Tribunal Federal.

O caso específico da divulgação da remuneração dos servidores públicos nominalmente individualizada, desprezando a necessidade de observação dos critérios de utilidade e finalidade para a escolha da medida mais adequada, somados à mitigação do direito à intimidade e à privacidade do servidor público, desafiam a capacidade de análise pela comunidade acadêmica e jurídica, que esperam do STF uma prática argumentativa que se aproxime o máximo possível da única resposta correta, defendida por Dworkin.

Quanto a isso, Streck assim enfatiza que:

Neste contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada (2013, p. 359).

Por fim, feitas as considerações, observamos que esta pesquisa não tem a pretensão de encerrar, em si mesma, as discussões e possibilidades de argumentação, na medida em que outros caminhos poderão ser traçados e desvendados. Entretanto, muito embora reconheçamos os limites da pesquisa, ressaltamos os resultados alcançados e fomentamos o debate, que deverá ser ampliado na medida em que o STF atue em questões de conflito, demonstrando incoerência no tratamento dos princípios constitucionais, prática esta que deve ser combatida para se evitar criar riscos à integridade do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan/mar. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123> >. Acesso em: 15 ago. 2017.

BENTO, Leonardo Valles. **Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário com Agravo 652.777 São Paulo**. Plenário. Rel. Min. Teori Zavascki. DJE 01.07.2015. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307135406&tipoApp=.pdf> > . Acesso em: 26 mai. 2017.

_____. **Suspensão de Segurança nº. 3.902/SP**. Decisão Monocrática. Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes. DJE 05.08.2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000070503&base=baseP residencia> >. Acesso em: 26 mai. 2017.

_____. **Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº. 3.902/SP**. Plenário. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. DJE 03.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

_____. **Recurso Extraordinário 601.314 São Paulo**. Plenário. Rel. Min. Edson Fachin. DJE 16.09.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado **Federal**: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto 7.724**, de 16.05.2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm >. Acesso em: 26 mai. 2017.

_____. **Lei 12.527**, de 11.11.2011. Regula o acesso a informações previsto no inc. XXXIII do art. 5º, no inc. II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11.12.1990; revoga a Lei 11.111, de 05.05.2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 08.01.1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017.

_____. **Lei 12.965**, de 23.04.2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. **Lei 13.327**, de 29.07.2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13327.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Lei Complementar nº. 105**, de 10.01.2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

DANTAS, Fernanda Lage Alves. **O paradoxo do direito à privacidade e sua operacionalização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Prefácio**. In: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DONEDA, Danilo; VIOLA, Mario. **Risco e informação pessoal**: o princípio da finalidade e a proteção de dados no ordenamento brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85 – 102, out. 2009/ mar. 2010. Disponível em: <<http://www.rbrs.com.br/arquivos/RBRS10-4%20Danilo%20Doneda.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 12. n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1315/658>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

DOURADO, Maria de Fátima A. Marques. **Fundamentos do direito à intimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cap. 2: O modelo de regras I, p. 23-72.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. cap 3: O modelo de regras II, p. 73-126.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação**: Lei nº 12.527/2011. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JABUR, Gilberto Haddad. **A dignidade e o rompimento de privacidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, p. 85-106, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2012/01/mltpi.pdf>>. Acesso em: 20 jul. de 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de paradigma jurídico e o paradigma do estado democrático de direito.** s/d. Disponível em: < <https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf> >. Acesso em: 15 ago. 2017.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. **O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios:** a contribuição de Ronald Dworkin. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí - SC, v.11, n. 2, p. 265-289, jul -dez 2006. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/437/379> >. Acesso em: 20 ago. 2017.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais:** os princípios podem ser equiparados diretamente a valores? 2007. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25420-25422-1-PB.pdf> >. Acesso em: 20 ago. 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTOS, José Antonio Montilla. Transparencia y acceso a la información em España. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Orgs.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Publicidade processual e direito à privacidade.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). **Direito à privacidade.** Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, p. 327-336, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015-A.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade. **Accountability no Brasil:** os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes. Tese (Doutorado) – USP. São Paulo, 2006. Disponível em: < <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjwoqPogKrVAhXKGJAKHexTBHgQFggwMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F8%2F8131%2Fde-25052007-> >

141025%2Fpublico%2FTESE_ANA_CAROLINA_YOSHIDA_HIRANO_ANDRADE_MOTA.pdf&usg=AFQjCNFhwG1JCHcMjeGhRjHzrrMVgu4rrg>. Acesso em: 27 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

OHLWEILER, Leonel Pires. **A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública**: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a lei nº. 12.527/2011. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coordenadores). Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 27-52, 2016.

POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. **Lei de acesso à informação**: manual teórico e prático. Curitiba: Juruá, 2015.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Privacidade na sociedade da informação**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <
http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4642/arquivo6028_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 ago. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos de expressão e de informação: posição preferencial, biografias desautorizadas e esquecimento**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coordenadores). Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 153-172, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **O direito à informação na ordem constitucional brasileira**: breves apontamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coordenadores). Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Carlos Medeiros. **O poder regulamentar e sua extensão**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 20, p. 1-5, mai. 1950. ISSN 2238-5177. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11458>>. Acesso em: 07 ago. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v20.1950.11458>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **DOSSIÊ RONALD DWORKIN:** Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. Revista Direito e Práxis, vol. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: < http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/8350/6377>. Acesso em: 15 ago. 2017.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação:** efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2007.

VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo. **Proteção de dados pessoais como limite ao acesso à informação e seu tratamento posterior.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coordenadores). Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.