



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS
Curso de Direito – CD

Rafael Velozo de Andrade Gomes

**A Violação ao Direito à Intimidade e à Vida Privada frente à Publicação Nominal
dos Rendimentos dos Servidores Públicos**

Brasília
2014

Rafael Velozo de Andrade Gomes

A Violação ao Direito à Intimidade e à Vida Privada frente à Publicação Nominal dos Rendimentos dos Servidores Públicos

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do Grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette

**Brasília
2014**

Rafael Velozo de Andrade Gomes

A Violação ao Direito à Intimidade e à Vida Privada frente à Publicação Nominal dos Rendimentos dos Servidores Públicos

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do Grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette

Brasília, de de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Marlon Tomazette
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo trazer subsídios à discussão advinda da regulamentação da Lei de Acesso à Informação (LAI), no que tange a publicação individualizada e nominal dos rendimentos dos servidores públicos, focando o tema na colisão de direitos fundamentais, em especial entre o direito fundamental de Acesso à Informação Pública e o direito fundamental à Intimidade e à Vida Privada. Para tanto, busca-se insumos, por meio do método hipotético-dedutivo mediante pesquisa bibliográfica jurídica, na doutrina, na jurisprudência e na legislação. Desta forma, visa obter a definição do conteúdo e características dos direitos fundamentais, a análise de questões relativas à sua definição e âmbito de atuação, bem como de sua restrição e conflitos. Expõe o conteúdo dos principais direitos fundamentais envolvidos na questão em debate e apresenta os dispositivos legais envolvidos, desde a Constituição Federal, passando pela Lei de Acesso à Informação e por fim do seu decreto regulamentador. Imprescindível frisar que a proposta do presente trabalho não foi esgotar todas as potenciais questões que tangenciam o Direito de Acesso à Informação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Acesso à Informação. Intimidade e Vida Privada. Colisão de Direitos Fundamentais

ABSTRACT

This monograph aims to encourage debate about the Freedom of Information Law, regarding the individualized and nominal publication of incomes of public servants, focusing on the theme in the collision of fundamental rights, in particular between the Fundamental Right of Public Information and Fundamental Right of Personal Intimacy and Privacy.

To this end, we seek inputs through hypothetical-deductive method through research in legal bibliographic, in doctrine, in jurisprudence and legislation.

This end, attempts to define the content and characteristics of fundamental rights, the analysis of issues concerning its definition and scope of activity, as well as its restriction and conflict.

Exposes the contents of fundamental right involved in, since the Constitution, through the Freedom of Information Law and this regulatory statute. The present work does not exhaust all issues about the Freedom of Information Law.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental Rights. Freedom of Information. Personal Intimacy and Privacy. Collision of Fundamental Rights

SUMÁRIO

1	Introdução	6
2	Direitos Fundamentais	8
2.1	Características dos Direitos Fundamentais	10
2.1.1	<i>Universalidade</i>	10
2.1.2	<i>Historicidade</i>	12
2.1.3	<i>Cumulatividade/Concorrência</i>	13
2.1.4	<i>Relatividade/Limitabilidade</i>	14
2.1.5	<i>Irrenunciabilidade</i>	15
2.1.6	<i>Inalienabilidade</i>	16
2.1.7	<i>Imprescritibilidade</i>	17
2.2	Dimensões/Gerações dos Direitos Fundamentais	18
2.2.1	<i>Primeira Dimensão/Geração</i>	18
2.2.2	<i>Segunda Dimensão/Geração</i>	19
2.2.3	<i>Terceira Dimensão/Geração</i>	21
2.2.4	<i>Quarta Dimensão/Geração</i>	23
2.2.5	<i>Quinta Dimensão/Geração</i>	24
2.2.6	<i>Sexta Dimensão/Geração</i>	24
3	Direito de Acesso à Informação	26
3.1	Princípio da Publicidade	26
3.2	Direito de Acesso à Informação na Constituição de 1988	27
3.3	A Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527	29
3.4	A Regulamentação da Lei de Acesso a Informação: Decreto nº 7.724	31
3.5	Proposta de Emenda Constitucional nº 3 de 2012	32
4	Publicação Nominal dos Rendimentos e a Violação à Intimidade e à Vida Privada	34
4.1	Limites dos Limites	36
4.1.1	<i>Previsão Legal</i>	37
4.1.2	<i>Proteção do Núcleo Essencial</i>	38
4.1.3	<i>Princípio da Proporcionalidade</i>	39
4.2	Colisão dos Direitos Fundamentais	42
4.3	Direito à Intimidade e à Vida Privada	45
4.4	Colisão na Publicação Nominal de Rendimentos	47
5	Conclusão	51
	Referências	53

1 Introdução

A Constituição de 1988 ficou notoriamente conhecida como Constituição Cidadã, apelido dado por Ulysses Guimarães, entre outras coisas, por assegurar um extenso conjunto de garantias e direitos que almejava afastar em definitivo qualquer possibilidade de retorno a um regime de exceção, buscando para tanto, consolidar a democracia e atender as reivindicações de diversos movimentos sociais.

Ao passo em que almejava garantir direitos fundamentais que preservassem o cidadão da intromissão indevida do Estado e de outros particulares, pretendeu também fornecer mecanismos de controle social da máquina estatal.

Nesse intuito, para criar mecanismos que assegurassem o direito fundamental de acesso à informação foi publicada a Lei nº 12.527, Lei de Acesso a Informação (LAI), sendo por fim regulamentada por meio do Decreto nº 7.724, que em seu corpo, determina a publicação nominal da remuneração dos servidores públicos.

Nesse contexto, o escopo desta monografia é avaliar a colisão entre o direito fundamental de acesso à informação e o direito fundamental à intimidade e à vida privada frente à divulgação individualizada dos vencimentos dos servidores públicos.

O tema é relevante uma vez que se encontra pendente de decisão definitiva por parte do Supremo Tribunal Federal e vem despertando calorosa discussão, com variados posicionamentos doutrinários, seja na defesa da publicidade irrestrita, seja na preservação dos direitos individuais dos servidores, ainda que existam decisões monocráticas em diversos julgados, sendo listados a título de exemplo: Agravo no Recurso Extraordinário nº 652777; Ação Civil Ordinária nº 1993; Mandado de Segurança nº 31580; Mandado de Segurança nº 32020; Reclamação nº 14739; entre outros ajuizados no STF.

Desta forma, a presente monografia está estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo trata dos Direitos Fundamentais, analisado de forma breve o seu conceito, finalidade e principais características. No segundo capítulo tem-se o exame do direito de acesso à informação, partindo do princípio da publicidade, seus dispositivos no texto constitucional, na Lei de Acesso à Informação

e em seu decreto regulamentador. O terceiro capítulo apresenta questões sobre a publicação de nominal dos rendimentos dos servidores públicos e sua possível violação à intimidade e à vida privada, passando pelos limites dos limites, colisão de direitos fundamentais e por fim, sobre o direito à intimidade e à vida privada.

É importante registrar que para a realização do presente trabalho aplicou-se o método hipotético-dedutivo por meio de pesquisa jurídica bibliográfica em publicações acadêmicas, textos doutrinários, jurisprudência e no exame da legislação.

2 Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais são aqueles que buscam salvaguardar, a todos os indivíduos, valores intrínsecos a uma existência digna, de forma livre e igualitária. Sendo que para esse fim, os direitos fundamentais se encontram positivados no texto constitucional com o papel de fundamentar e sopesar toda a atividade Estatal e até mesmo a particular. A esse respeito Ingo Wolfgang Sarlet¹ leciona:

“[...] os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.”

Desta maneira podemos destacar que os direitos fundamentais possuem um aspecto material e formal. O aspecto material fornece os insumos² necessários à compreensão do ordenamento jurídico e a organização básica do Estado e sociedade. O pensamento de George Marmelstein³ traduz bem esses conteúdos:

“[...] os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses direitos.”

Já quanto ao aspecto formal dos direitos fundamentais, que advém da sua posição no ordenamento constitucional, há a vinculação de toda a atividade Estatal, obrigação de sua proteção e a necessidade de se garantir sua efetividade. George Marmelstein⁴, destaca:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32.

² SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil*. São Paulo: Baraúna, 2011. p. 218.

³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19.

“Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal). Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado nessa categoria. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente.”

Sendo o aspecto formal o ponto em que se distancia dos direitos humanos, uma vez que, desta forma, possui efeito cogente em sua aplicação. Singular é a observação de Ana Carolina Lopes Olsen⁵ a esse respeito:

“Em virtude desta característica específica – a positivação jurídico-constitucional – é possível afirmar que os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento. O mesmo não se verifica com os direitos humanos, na medida em que nem sempre as cortes internacionais têm condições de impor o respeito aos direitos em questão [...]”

Na mesma medida em que a sua colocação entre o ordenamento constitucional garante uma maior efetividade à consecução dos direitos fundamentais, estes redefinem e guiam o próprio papel da carta constitucional, neste sentido Paulo Gustavo Gonet Branco⁶ assevera:

“A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.”

Vera Karam de Chueiri⁷ sintetiza a conformação dos direitos fundamentais e sua necessidade de inserção no texto constitucional como forma de garantir sua efetividade:

⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265.

⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009. p. 58.

“A maneira mais efetiva de se fazer valer os direitos e garantias fundamentais do homem foi através da incorporação dos mesmos às constituições de cada Estado soberano. As declarações de direitos tiveram que ser incorporadas, assumindo a forma normativo-constitucional para que pudessem ter força obrigatória. Essa natureza constitucional dos direitos fundamentais do homem busca não só descrevê-los, tornando-os obrigatórios, mas também cria mecanismos para o seu exercício, na medida em que as normas que os enunciam são, na sua maioria, de aplicação imediata e direta.”

Por fim, Ingo Wolfgang Sarlet⁸, se valendo das lições do mestre Joaquim José Gomes Canotilho, afirma que a inserção dos direitos fundamentais no texto constitucional cria uma “reserva de justiça” que fundamenta e legitima a ordem jurídica seja no aspecto formal quanto material.

2.1 Características dos Direitos Fundamentais

A despeito dos direitos fundamentais estarem intrinsecamente ligados à ordem constitucional que lhes institui, podem ser elencadas características que estão comumente presentes: universalidade, historicidade, cumulatividade, relatividade, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

2.1.1 Universalidade

Todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais, pelo simples fato de sua condição humana. Sobre esse aspecto, ensina Luis Carlos Hiroki Muta⁹:

“A universalidade é a característica que identifica os direitos fundamentais com a **condição humana**, tornando-os, ao mesmo tempo, **tão individuais como universais**, exatamente porque, sendo inerentes a toda e qualquer pessoa humana, pertencem, por extensão necessária e como conquista histórica, a toda a Humanidade, independente da condição pessoal, social, econômica, política, cultural, étnica, religiosa ou filosófica de cada indivíduo ou da coletividade, adquirindo assim, **autoridade e impositividade** qualquer que seja o regime político, com o que se fortalece a formação de um **vínculo de identidade mínima** entre os mais diferentes Estados e Constituições.” (grifos no original).

Contudo algumas questões se revelam sobre sua abrangência e aplicação. Alguns direitos fundamentais somente podem ser exercidos ou mesmo

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60.

⁹ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 82.

definidos em relação a determinado grupo de pessoas, por exemplo, o asilo político é um direito fundamental que só pode ser exercido por estrangeiros. Sobre esse ponto Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰ afirma:

“Na lista brasileira de direitos fundamentais há direitos de todos os homens – como o direito à vida –, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.”

Sob outro ponto de vista, pode se apresentar um conflito entre o universalismo dos direitos fundamentais e o relativismo cultural, sobre esta questão pondera Carlos Roberto Galvão de Barros¹¹:

“[...] apesar de se destinar a todo o gênero humano, os direitos fundamentais não podem seguir um modelo de imposição cultural preconcebido por um povo ou pelas nações que se dizem mais civilizadas do planeta. A isso se opõe o relativismo cultural, que impele todos os homens a respeitar as diversidades sociais, econômicas e culturais dos mais diversos povos do planeta. Para os relativistas, a noção de direitos está intrinsecamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral de cada sociedade. Cada cultura, portanto, possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, o que impede uma moral universal.”

Em seguida, Carlos Roberto Galvão de Barros¹² discorre sobre a necessidade de conciliar as visões relativistas e universalistas sobre os direitos fundamentais, sob pena de se perpetrar maiores violações em caso de adoção parcial de qualquer uma das duas correntes:

“Deve haver, porém, uma conciliação entre a corrente universalista e a relativista. Ambas as posições, se elevadas ao extremo, podem justamente implicar sérias violações aos direitos fundamentais. Se não se pode utilizar o argumento relativista para justificar violações aos direitos fundamentais, também não se pode, a pretexto do universalismo, que às vezes escondem interesses escusos, desrespeitar as mais diversas culturas dos mais diferentes povos, mesmo porque o direito à cultura e o direito à autodeterminação dos povos fazem parte da categoria dos direitos humanos.”

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 119.

¹¹ BARROS, Carlos Roberto Galvão. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010. p. 114.

¹² BARROS, Carlos Roberto Galvão. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010. p. 115.

Sob outro aspecto, a universalidade pode ser vista como o conjunto de indivíduos ou entidades aos quais podem ser opostos os direitos fundamentais, de forma inicial o Estado, e em seguida os particulares, apesar da existência de divergências há a aplicação entre particulares. Sobre a questão reflete Paulo Gustavo Gonet Branco¹³:

“De outro lado, não é exato falar sempre em universalidade, quanto ao pólo passivo das relações jurídicas em trono de um direito fundamental. Há casos em que se discute o delicado problema de saber se os direitos fundamentais têm por obrigados não só os Poderes Públicos como também os particulares; em outros casos, há direitos que, por sua natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado (v.g., o direito de petição aos órgãos públicos).”

Em síntese, a universalidade dos direitos fundamentais faz referência ao caráter intrínseco da condição humana e em consequência sua aplicação a todos os seres humanos, ainda que perpassa por questões de pluralidade cultural¹⁴.

2.1.2 Historicidade

A historicidade dos direitos fundamentais se apresenta na forma de seu desenvolvimento ao longo do tempo, atado ao desenvolvimento humano, no combate ao abuso Estatal, sob a influência de um determinado contexto social. Nesse sentido Luis Carlos Hiroki Muta¹⁵ afirma

“[...] os direitos fundamentais são dotados de historicidade, no sentido de que revelam uma **conquista histórica e experimental** (não puramente teórica ou abstrata) **da Humanidade, irreversível enquanto patrimônio**, mas, em contrapartida, aberta à evolução no seu conteúdo, com a busca permanente, a partir das raízes do passado, mas no presente e para o futuro, de um sentido novo ou acrescido, enquanto eficaz, segundo a dinâmica da realidade humana e social.” (grifos no original).

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 117.

¹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009. p. 56.

¹⁵ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 81.

Por estar associado a determinado contexto, a historicidade pode ser entendida como a possibilidade de alteração e mesmo cessação de sua existência, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶:

“O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais.”

Outra característica que advém de sua historicidade é o caráter mutável, gradual e evolutivo dos direitos fundamentais, ainda na fala de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷:

“Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder.”

Desta forma, os direitos fundamentais estão associados a um determinado período histórico de sua criação, contudo, isso não impede sua evolução e redefinição frente a mudanças sociais e a sua reinterpretação por outros direitos fundamentais.

2.1.3 Cumulatividade/Concorrência

A cumulatividade ou concorrência pode se manifestar tanto quanto ao sujeito de direito (cumulatividade subjetiva), quanto ao objeto do direito (cumulatividade objetiva), desta forma um indivíduo pode ser detentor de diversos direitos e um mesmo bem da vida pode ser resguardado por diferentes direitos fundamentais. Luis Carlos Hiroki Muta¹⁸ sintetiza em singular explicação esse duplo aspecto:

“A **concorrência ou cumulatividade** dos direitos fundamentais revela que a tutela constitucional é ampla, permitindo que uma mesma pessoa seja titular de diversos direitos todos fundamentais (**cumulatividade subjetiva**), ou que uma mesma condição ou situação jurídica seja constitucionalmente alcançada por diversos direitos fundamentais (**cumulatividade objetiva**), de modo a garantir

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 121.

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 121.

¹⁸ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 82.

a mais ampla proteção ao respectivo titular, quando convergente a tutela derivada de diferentes preceitos de valor, ou de sorte a exigir a necessária adequação da extensão de um direito fundamental, quando seja concretamente colidente com outro igualmente aplicável na disciplina da condição ou situação jurídica específica.” (grifos no original).

Logo, como os diversos direitos fundamentais visam a garantia de uma crescente gama de direitos aos cidadãos é natural que um indivíduo seja titular de uma pluralidade de direitos fundamentais. E de forma adicional, como os direitos fundamentais se complementam e se inter-relacionam e se redefinem, podem frente a uma situação, a aplicação concomitante de diversos direitos fundamentais, ainda que em colisão.

2.1.4 Relatividade/Limitabilidade

Os direitos fundamentais são relativos, uma vez que, pode ser atribuído valor ou importância de forma diferenciada a cada um deles na ocorrência de conflito no caso concreto.

Desta forma, poderá em uma situação enfatizar um valor em detrimento de outro, sendo que em uma nova situação a solução possa ser encontrada ponderando em sentido contrário.

A limitação pode se dar também em abstrato, porém, por restrição da própria Constituição.

Luis Carlos Hiroki Muta¹⁹ leciona sobre o tema:

“A **relatividade ou limitabilidade** decorre da concorrência ou cumulatividade dos direitos fundamentais. A existência de tal característica não afeta, porém, a essência de cada um dos direitos fundamentais, enquanto valor conquistado, mas apenas exige a contrapartida de que na **aplicação prática** de todo e qualquer direito fundamental seja sempre observado o **contexto pluralista da coexistência com outros direitos, valores, titulares e subjetividades**. A relatividade dos direitos fundamentais pode ser **prevista em abstrato**, pela própria Constituição, quando limita a regra por meio de ressalva ou exceção como ocorre, por exemplo, inclusive em relação ao direito à vida, que não impede a aplicação de pena de morte em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX (artigo 5^a, XLVII, a, CF); mas pode tal limitação ocorrer como mais comum, nas **situações concretas de aplicação**, quando **colisão** dos direitos fundamentais, diante de situações da vida prática, impõe a exigência de conciliação ou **contenção recíproca**,

¹⁹ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 82.

sempre orientada pelos princípios da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**, para **conservação da essência mínima e necessária de cada um deles.**" (grifos no original).

Contudo, deve se ter em mente que a limitação de um direito fundamental somente se justifica na medida em que se revela necessária a consecução de outro direito fundamental. Desta forma, a limitação não pode ser irrestrita sob pena da inviabilização de um direito fundamental.

2.1.5 Irrenunciabilidade

Em regra os direitos fundamentais não podem ser renunciados por seus titulares, sendo essa característica um limitador da autonomia privada que busca garantir a prevalência da efetividade do direito fundamental.

A importância da irrenunciabilidade se destaca na garantia da prevalência dos direitos fundamentais, uma vez que impossibilita a coerção visando à desistência de um direito fundamental. Luis Carlos Hiroki Muta²⁰ destaca a importância da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais:

"Os direitos fundamentais, embora possam ser individuais no seu exercício, têm características de universais, conquista de toda Humanidade, de tal modo que a renúncia, ainda que pelo respectivo titular, representa **retrocesso irreparável** no processo construtivo e evolutivo da civilização. É o que justifica a sua proteção, mesmo contra o próprio titular individualmente identificado, por meio da atribuição da irrenunciabilidade, que significa **indisponibilidade** em relação aos direitos fundamentais." (grifos no original).

Porém, diante do caso concreto e de forma temporária, tem se admitido o não exercício de um direito fundamental, nomeados por alguns como renúncia temporária, conforme exemplifica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino²¹:

"[...] o constitucionalismo moderno admite, diante de um caso concreto, a renúncia temporária e excepcional a direito fundamental. Assim, a renúncia voluntária ao exercício de um direito fundamental é admitida, desde que em um caso concreto (a renúncia geral de exercício é inadmissível).

Um exemplo de renúncia temporária a direito fundamental individual é o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como *reality shows* (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam,

²⁰ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 82.

²¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 112.

durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (CF, art. 5º, X).”

Porém, entendemos que a expressão *renúncia temporária* é incorreta, pois não há regresso a direitos renunciados (*ad jura renunciata non datur regressus*). Desta forma o que ocorre é apenas o não exercício do direito em questão ao invés de sua efetiva renúncia.

2.1.6 Inalienabilidade

Os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis, em decorrência de sua irrenunciabilidade e por não se constituírem de conteúdo econômico-patrimonial, ainda que os mesmos possam versar sobre relações de ordem econômico-patrimonial. Sobre essa questão, Luis Carlos Hiroki Muta²², destaca:

“A característica da **inalienabilidade** indica que os direitos fundamentais não têm natureza econômico-patrimonial para efeito de disponibilidade, mesmo que pelos seus titulares e ainda que o respectivo objeto possa ser alienável. Não se confunde a inalienabilidade dos direitos fundamentais, em si, decorrência de sua irrenunciabilidade e universalidade, com a existência de valor econômico e patrimonial dos bens, materiais ou imateriais, sobre os quais se projetam e incidem os direitos fundamentais. Como exemplo da distinção: o direito de propriedade é, em si, inalienável, ninguém pode renunciar à condição-prerrogativa de titular, conforme garantido pela Constituição e legislação, do direito de propriedade, **enquanto valor jurídico tutelado**, embora possa, eventualmente, conforme o caso, alienar, na condição de proprietário, **o respectivo bem patrimonial, enquanto mero valor econômico.**” (grifos no original).

Porém, Paulo Gustavo Gonet Branco²³ ressalta que a tese da inalienabilidade absoluta dos direitos fundamentais é defendida tendo por base a inalienabilidade da dignidade da pessoa humana:

“Os autores que sustentam a tese da inalienabilidade, afirmam que ela resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana – dignidade que costumam traduzir como consequência da potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre. Da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade.”

²² MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 83.

²³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 277.

Sob esse aspecto, em que o fundamento da inalienabilidade dos direitos fundamentais é a dignidade humana, existe corrente doutrinária que defende que a inalienabilidade dos direitos fundamentais se restringe apenas aos direitos fundamentais que visem resguardar dignidade humana. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco prossegue alertando²⁴:

“Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto seriam os direitos que visam a resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade – ou que intentem em preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa.”

Conforme apresentado, a inalienabilidade dos direitos fundamentais não é absoluta, porém qualquer ato jurídico que aliene direito fundamental violando a dignidade da pessoa humana dever ser afastado sendo considerado inválido.

2.1.7 Imprescritibilidade

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, ou seja, não são atingidos pela falta de uso ou pelo passar do tempo. Desta forma o não exercício de um direito, por exemplo, como o de participação política, de liberdade de religião ou liberdade de expressão, não impede que seu titular volte a exercê-lo independente do tempo transcorrido sem sua utilização.

Contudo, Luis Carlos Hiroki Muta²⁵ destaca que o direito é imprescritível, mas o objeto a ele ligado pode ser alvo de prescrição:

“[...] a **imprescritibilidade** dos direitos fundamentais, que significa que a sua titularidade, validade e eficácia não são atingidas por **omissão ou inércia**, culposa ou não, no respectivo **exercício ou defesa**, qualquer que seja o **tempo decorrido**. É possível, porém, que os bens materiais ou imateriais desde que possuam natureza patrimonial, **enquanto objetos**, sejam atingidos pelos efeitos da prescrição, segundo a legislação mas sem prejudicar, de modo algum, a **integridade dos próprios direitos fundamentais**, enquanto categoria jurídico-constitucional, indisponível.” (grifos no original).

²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123.

²⁵ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 83.

Justamente por estarem os direitos fundamentais vinculados ao patrimônio jurídico de um indivíduo, por sua inata ligação à dignidade da humana, seu perecimento significaria o perecimento da própria qualidade do ser humano como tal.

2.2 Dimensões/Gerações dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são agrupados em gerações com base no momento histórico de seu surgimento e na natureza das reivindicações que buscavam contemplar. Contudo, ressalta-se que essa divisão tem propósitos acadêmicos, uma vez que, os direitos fundamentais se inter-relacionam, não podendo ser considerados de forma isolada.

A teoria das gerações dos direitos foi desenvolvida por Karel Vasak, jurista tcheco-francês, tendo como inspiração o lema da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Quanto à nomenclatura em si, hodiernamente, tem se preferido a utilização do termo *dimensões* em detrimento a *gerações*, afastando a possibilidade de entendimento que um conjunto de direitos fundamentais substituiria os da geração anterior. A esse respeito discorre Carlos Roberto Galvão de Barros²⁶:

“Na realidade, a terminologia mais correta para se estudar as várias espécies de direitos fundamentais que se foram surgindo no decorrer da história é dimensão, é não geração, porquanto esta dá a idéia de que estes direitos foram se sucedendo quando na realidade há uma verdadeira cumulação e interdependência das diversas dimensões dos direitos fundamentais [...]”

De forma geral, existe um consenso sobre o conteúdo das três primeiras dimensões/gerações, agrupando os direitos fundamentais segundo seu conteúdo sobre o lema da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Já quanto às demais dimensões/gerações a doutrina tem classificado ou reclassificado os direitos fundamentais de maneira diversa.

2.2.1 Primeira Dimensão/Geração

Os direitos fundamentais de primeira dimensão/geração são aqueles relacionados às liberdades individuais, ou seja, os direitos de resistência dos

²⁶ BARROS, Carlos Roberto Galvão. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010. p. 98.

indivíduos frente ao Estado, inseridos no contexto histórico de luta contra o absolutismo e junto fase inaugural do constitucionalismo.

Paulo Bonavides²⁷ discorre sobre os direitos fundamentais de primeira dimensão/geração:

“Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

Desta forma, seu papel básico é defender os cidadãos de intromissões indevidas do Estado resguardando sua esfera de liberdade individual, caracterizando-se pela resistência e oposição ao Estado e no individualismo.

Tem, portanto, como principal característica uma prestação negativa por parte do Estado, sendo por esse motivo também nomeado como *direitos negativos, liberdades negativas* ou *direitos de defesa*.

Como exemplo de direitos fundamentais de primeira dimensão/geração temos o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), direito à liberdade (art. 5º, *caput*, CF), à propriedade (art. 5º, *caput*, CF), à liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF), à participação política e religiosa (art. 5º, VI e VII, CF), à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF), à liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF).

2.2.2 Segunda Dimensão/Geração

A característica marcante dos direitos fundamentais de segunda dimensão/geração é igualdade formal, tendo origem na cobrança por prestações positivas por parte do Estado, como forma de compensação as desigualdades sociais por meio de políticas de equalização social, por esse motivo, são chamados de *direitos positivos, direitos do bem estar, liberdades positivas* ou *direitos dos desamparados*.

Os problemas sociais advindos da Revolução Industrial – tais como altas jornadas de trabalho; baixa remuneração; condições insalubres de trabalho; grande êxodo rural, provocando falta de moradia, saneamento, saúde e higiene, e em consequência surtos epidêmicos de peste bubônica e varíola – tornaram clara a

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

necessidade de intervenção estatal para assegurar condições mínimas de vida. Nesse sentido expõe Paulo Gustavo Gonet Branco²⁸:

“O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.”

Tem se então a criação do Estado Social de Direito que por meio de sua intervenção, em especial, no mercado de trabalho, busca satisfazer as necessidades sociais.

Sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão/geração, Luis Carlos Hiroki Muta²⁹ discorre.

“Os conflitos e injustiças do capitalismo liberal, radicalizado na busca de acumulação do capital e do lucro, e que concebia a sociedade como mero mercado, exigiu, politicamente, a concepção de um **Estado intervencionista**, mas não opressor, responsável por distribuir **justiça social** por meio de políticas públicas específicas, respondendo aos anseios dos movimentos ideológicos de esquerda, em defesa da **classe trabalhadora** e, de forma geral, às categorias marginalizadas do processo de desenvolvimento, em favor das quais o Estado, através de prestações públicas positivas (materiais, administrativas ou normativas) deveriam criar ou implementar os denominados **direitos de inclusão** social, econômica e cultural, relacionados ao trabalho, seguridade social, educação, saúde, entre outros.

[...]

Nascem, pois os **direitos sociais**, individuais e coletivos, para proteção de **trabalhadores, idosos, crianças e adolescentes, e hipossuficientes em geral**, refletindo, na essência, a preocupação com a criação de um estado de **convivência social justo e equilibrado**, buscando conciliar as liberdades individuais, exercidas em meio aos conflitos inerentes à disputa desigual entre desiguais, com as aspirações mínimas, comuns e necessárias a toda sociedade politicamente organizada.” (grifos no original).

Paulo Gustavo Gonet Branco³⁰ ressalta o caráter de justiça social inerente aos direitos fundamentais de segunda geração/dimensão:

²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

²⁹ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 80.

“O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.”

Desta forma os direitos fundamentais de segunda dimensão/geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, podendo listar como exemplo, aqueles contidos no art. 6º da Constituição, a saber, o direito “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

2.2.3 Terceira Dimensão/Geração

A terceira dimensão/geração extrapola o contexto individual ou social, elevando a preocupação com a dignidade da pessoa humana e necessidade de proteção a patamar internacional. A esse respeito George Marmelstein³¹ esclarece:

“Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. Em razão disso, é cada vez mais frequente o aparecimento de **tratados internacionais**, assinados por inúmeros países, proclamando a proteção internacional de valores ligados à dignidade da pessoa humana e buscando a construção de um padrão ético global. É nesse contexto que surgem, dentro da classificação de Karel Vasak, os **direitos de terceira geração**, fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou com reação aos abusos praticados durante o regime nazista.” (grifos no original).

Adicionalmente ao exposto, podemos citar como fatores que contribuem para o surgimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão/geração: a moderna sociedade de massa, desenvolvimento tecnológico e seu impacto ao meio ambiente.

³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

³¹ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 54.

Desta forma, amplia-se o foco de proteção do direito, ultrapassando o indivíduo, buscando a proteção de toda uma coletividade e quiçá de toda humanidade. Nesse sentido Paulo Gustavo Gonet Branco³² declara:

“[...] os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.”

Já Paulo Bonavides³³ avança declarando e ampliando os destinatários dos direitos fundamentais de terceira geração/dimensão de forma a abarcar toda humanidade:

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

São, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à autodeterminação, à paz, entre outros. Importante destacar que essa não é uma relação exaustiva, uma vez que, os direitos podem ser classificados em diferentes dimensões/gerações e principalmente porque ainda não estão completamente delineados, conforme Paulo Bonavides³⁴:

“A relação de Vasak, em verdade, é apenas indicativa daqueles que se delinearam em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo.”

Desta forma os direitos fundamentais de terceira dimensão/geração possuem como característica principal a universalidade, destacando-se o princípio de solidariedade e fraternidade; e a proteção de direitos das futuras gerações.

³² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

2.2.4 Quarta Dimensão/Geração

A doutrina diverge na existência de uma quarta ou mesmo uma quinta dimensão/geração. Norberto Bobbio³⁵ defende que a quarta dimensão/geração advém da necessidade de se defender o homem do abuso provocado pela manipulação genética:

“Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.”

Para Paulo Bonavides³⁶ os direitos da quarta dimensão/geração eclodem da necessidade de se defender o homem do abuso do neoliberalismo, caracterizando-se, portanto, como o direito à democracia:

“A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *status quo* de dominação. Faz parte da mesma formulação do futuro proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente.

[...]

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade para a qual o mundo inclina-se no plano de todas as relações de convivência.”

A divergência sobre o conteúdo da quarta geração nos mostra que a busca e a garantia de novos direitos é contínua e que se reporta aos avanços sociais, políticos e tecnológicos da humanidade.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

2.2.5 Quinta Dimensão/Geração

Paulo Bonavides defende a elevação e reconhecimento jurídico do direito à paz da terceira dimensão/geração para uma quinta dimensão/geração. Para o eminente professor, essa elevação se faz em decorrência do reconhecimento da paz, inclusive em plano internacional, como valor jurídico indissociável do direito à vida³⁷:

“[...] a Assembléia Geral da ONU decreta que ‘toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a humanidade.’
O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas.”

Prossegue ainda defendendo a necessidade de destaque da paz e seu papel como premissa para concretização das demais gerações de direitos fundamentais³⁸:

“A dignidade jurídica da paz deriva do seu reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.
Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.”

Importante ressaltar que conforme Ingo Wolfgang Sarlet³⁹ é necessário à percepção da paz não somente como ausência de guerra, seja ela interna (guerra civil) ou externa (guerra entre nações), mas como verdadeiro pressuposto para o desenvolvimento humano, sendo, portanto, insumo para a efetividade dos direitos fundamentais.

2.2.6 Sexta Dimensão/Geração

Zulmar Fachin defende a criação de uma sexta dimensão/geração mediante a elevação do direito a água potável a esse novo patamar em decorrência

³⁷ BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 83.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 86.

³⁹ Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52.

da escassez desse recurso, sua má distribuição e indiscutível importância à vida. Nesse sentido, pondera⁴⁰:

“O direito fundamental à água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana.”

A indeterminação dos conteúdos da quarta, quinta ou mesmo da sexta geração/dimensão nos apresenta a fluidez e evolução dos anseios da sociedade. Mister novamente frisar que tais divisões são artifícios acadêmicos uma vez que os direitos fundamentais não são estanques e que o destaque a determinado direito visa atender as necessidades de um determinado momento histórico.

⁴⁰ FACHIN, Zulmar. *Curso Direito Constitucional*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 229.

3 Direito de Acesso à Informação

O Brasil se organiza como um Estado Democrático de Direito, sendo expressa essa disposição no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal. Desta forma, se organiza de maneira em que todos são submetidos indistintamente às leis, ou seja, os indivíduos e até mesmo as instituições Estatais devem observância à legislação.

Sendo que o Estado não existe por si próprio, e sim como mandatário dos anseios da sociedade, este deve prestar contas de sua atuação nos moldes definidos pela Constituição.

3.1 Princípio da Publicidade

A Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, elenca os princípios informadores da Administração Pública, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Atendo-nos ao Princípio da Publicidade, esse é requisito de eficácia dos atos administrativos, além de instrumento de controle social desses mesmos atos. É, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito e *conditio sine qua non* da transparência pública. Sobre o Princípio da Publicidade Inocêncio Mártires Coelho⁴¹ afirma:

“No plano jurídico-formal o princípio da publicidade aponta para a necessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia, até porque os agentes estatais não atuam para a satisfação de interesses pessoais, nem sequer da própria Administração, que, sabidamente, é apenas um conjunto de pessoas, órgãos, entidades e funções, uma estrutura, enfim, a serviço do interesse público, que, este sim, está acima de quaisquer pessoas. Prepostos da sociedade, que os mantém e legitima no exercício das suas funções, devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a publicação/publicidade dos seus atos.”

Para tanto a Constituição em seu artigo 5º, XXXIV, assegura instrumentos de garantia para a exigência de transparência, sendo estes, “o direito de petição aos Poderes Públicos” e “a obtenção de certidões em repartições públicas”.

⁴¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Princípios Constitucionais da Administração Pública. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 884.

Contudo, a própria Constituição define exceções ao princípio da publicidade: em caso de o “sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII, da CF); e para resguardar a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (art. 5º, X, da CF);

3.2 Direito de Acesso à Informação na Constituição de 1988

A Constituição Brasileira de 1988, visando maior transparência da atuação do Estado, efetivou a possibilidade do Controle Popular por meio do direito fundamental de acesso à informação de sua atuação administrativa.

Em seu artigo 5º, inciso XXXIII, preceitua que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, constituindo assim direito expresso do cidadão. E mais, continua instituindo a obrigação de seu cumprimento por parte da Administração, uma vez que as informações “serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Adicionalmente, ao estabelecer obediência da Administração Pública Direta e Indireta, nas três esferas de Poder, aos princípios impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em seu artigo 37, reservou ao legislador ordinário a regulamentação de acesso a registros administrativos e atos de governo, conforme inciso II do § 3º do referido artigo, com remissão ao artigo 5º, inciso XXXIII.

Já em seu artigo 216, § 1º, em relação ao patrimônio cultural brasileiro, incumbiu ao “Poder Público, com a colaboração da comunidade” sua promoção e proteção, “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. Sendo sua a gestão da documentação governamental e o acesso franqueado a todos nos termos do § 3º mesmo artigo.

Desta forma, a prestação por parte do Estado de informações sobre sua atuação se configura no dever de agir com transparência, consoante com o Princípio da Publicidade, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁴²:

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

“Consagra-se nisso o dever administrativo de manter pela transparência em seus comportamentos. Não se pode haver um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultando aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”

O acesso à informação é considerado, portanto, como subprincípio ou direito decorrente diretamente do Princípio da Publicidade, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³:

“Tal princípio está previsto na expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, que pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, “b”, este último para o caso específico de certidão (a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme Lei 9.051 de 18.5.95) para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.”

Nesse mesmo sentido escreve Pedro Lenza⁴⁴:

“O **princípio da publicidade** é ínsito ao Estado democrático de direito e está intimamente ligado à perspectiva de **transparência**, dever da Administração Pública, direito da sociedade. Completando o princípio, o art. 5º, XXXIII, garante a todos o 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 sejam imprescindível à segurança da sociedade do Estado, matéria regulamentada pela **Lei n. 12.527/2011.**” (grifos no original).

Desta forma configura-se a existência do Direito de Acesso à Informação Pública, como direito fundamental, sendo essencial para que cada cidadão possa ter subsídios para formação de seu livre convencimento. Nesse sentido Alexandre de Moraes⁴⁵ destaca:

“O direito a receber *informações verdadeiras* é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.” (grifos no original).

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

⁴⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1279.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 159.

Contudo, existe a necessidade de restrição ao direito de acesso à informação “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, conforme instrução constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXXIII.

Também há a necessidade de restrição ao acesso à informação frente aos direitos da personalidade, conforme pontua Alexandre de Moraes⁴⁶:

“A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir-se as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.”

Portanto, verifica-se a necessidade de se restringir direitos fundamentais em favor de outros direitos igualmente garantidos constitucionalmente, configurando-se assim casos de colisão de direitos fundamentais.

Porém, para o efetivo exercício do acesso à informação garantido nos artigos 5º, XXXIII e 37, § 3º, II, da Lei Maior, é necessária a regulamentação legal por meio de norma infraconstitucional, sendo que para atender a esse mister foi promulgada a Lei de Acesso a Informação, Lei nº 12.527.

3.3 A Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527

A Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011, também conhecida como Lei de Acesso a Informação, foi publicada buscando regulamentar os diversos dispositivos constitucionais⁴⁷ que asseguravam o Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública.

Trata-se de uma lei de caráter Nacional, de observância obrigatória nas três esferas de poder, por todos os órgãos públicos integrantes da administração direta, indireta, entidades controladas pelo estado e por entidades privadas, no que couber, sobre os recursos públicos que recebem.

De forma a garantir o direito fundamental de acesso à informação, a Lei de Acesso a Informação definiu em seu bojo, procedimentos que devem ser

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 159.

⁴⁷ Conforme consta em sua própria ementa: “Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal”.

executados observando-se os Princípios Básicos da Administração Pública⁴⁸ e definiu diretrizes que determinam a publicidade como preceito geral; “a divulgação de informação de interesse público, independente de solicitação”; a utilização de meios de comunicação por meio da tecnologia da informação; o “desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública”; e o “desenvolvimento do controle social da administração pública”.

Dentre os diversos conceitos contidos na Lei de Acesso a Informação, em seu artigo 4º e incisos, são definidos os conceitos de *informação*, *informação pessoal* e *informação sigilosa*. Desta forma, temos *informação* “como dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção ou transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”. E por sua vez, a classificação de *informação pessoal* como “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. E ainda, *informação sigilosa* como “aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado”.

Visando a participação popular e o controle social das ações governamentais elencou em seu artigo 8º, § 1º, um rol mínimo de informações a serem disponibilizadas, independente de requerimento, pelos órgãos e entidades públicas:

- 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 - registros 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.”

Em contrapartida, a Lei de Acesso a Informação, delineou, em seu artigo 31, como deve ser o tratamento dado a informações pessoais, assegurando

⁴⁸ Os Princípios Básicos da Administração Pública estão listados no artigo 37 da Constituição Federal, sendo eles: princípios da legalidade (vinculação e conformação dos limites de atuação da administração); impessoalidade (atuação com isonomia tendo como por fim o atendimento do interesse público); moralidade (atuação ética da administração); publicidade (transparência na atuação e divulgação de seus atos) e eficiência (produtividade e economicidade da atuação pública).

que o mesmo “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”.

De forma a garantir esse cuidado, definiu de plano que as informações pessoais terão restrição a seu acesso, independente da classificação de sigilo. Desta forma as informações “relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem”, a partir da data de sua produção e por um período de cem anos estão resguardadas. Tendo seu acesso permitido à pessoa a quem a informação se refere e aos agentes públicos legalmente autorizados (art. 31, § 1º, I).

A Lei de Acesso a Informação delegou ao Poder Executivo, em seu artigo 42, a elaboração de regulamentação dos seus dispositivos, sendo que essa instrução deu origem ao Decreto nº 7.724.

3.4 A Regulamentação da Lei de Acesso a Informação: Decreto nº 7.724

O Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, é o regulamento que trata dos procedimentos definidos na Lei de Acesso a Informação, no que tange à cidadania, gestão de documentos sigilosos, comunicação social, assessoria jurídica, contra-inteligência e direitos e deveres do pessoal.

É o instrumento legal que regulamenta as disposições previstas na Lei de Acesso a Informação, definindo “no âmbito do Poder Executivo federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados grau e prazo de sigilo” (art. 1º).

Entre seus dispositivos que foram alvos de críticas, está o inciso VI, do § 3º, do artigo 7º, que trata da divulgação, independente de requerimento, em sítios governamentais na Internet da remuneração e subsídios dos servidores públicos *lato sensu*:

“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;”

As críticas ao dispositivo estão centradas no fato de sua possível violação à intimidade e à privacidade dos servidores alvo da divulgação nominal de

rendimentos; e quanto a não previsão de tal divulgação na Lei de Acesso à Informação, inovação essa, que configuraria a ilegalidade deste instrumento, uma vez que o mesmo exorbitaria seu poder regulamentar, caracterizando uma usurpação legislativa por parte do Poder Executivo.

3.5 Proposta de Emenda Constitucional nº 3 de 2012

Em 14 de fevereiro de 2012, foi apresentada no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 3 de 2012, de autoria do Senador Roberto Requião, que pretende alterar o § 6º do artigo 39 da Constituição Federal visando estabelecer a obrigação dos órgãos e entidades públicas de divulgar a remuneração dos seus servidores.

Em 12 de junho de 2013, a Proposta de Emenda Constitucional foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, onde aguarda o prosseguimento de sua tramitação para ter sua apreciação e votação em plenário.

A proposta a ser votada dá a seguinte redação ao o § 6º do artigo 39 da Constituição Federal⁴⁹:

“Art. 39.....
 § 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos e divulgarão, mensalmente e mediante relação nominal, os valores pagos, a qualquer título, a seus membros e aos seus servidores, inclusive das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, ressalvados, motivadamente, os casos cujo sigilo da identificação do servidor seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
(NR)”

Adicionalmente, foi encaminhada proposta de Emenda nº 1 à Proposta de Emenda Constitucional nº 3 de 2012, de autoria do Senador Humberto Costa⁵⁰, que visa alterar a proposta original de forma que, em se tratando de empresas públicas e de economia mista, somente sejam obrigadas a publicação dos vencimentos de seus empregados aquelas que “receberem recursos da União, dos

⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 3 de 2012*. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104212. Acesso em: 13 jun. 2013. 17:45.

⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. *Emenda nº 1 à Proposta de Emenda Constitucional nº 3 de 2012*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/126542.pdf>. Acesso em 15 fev. 2014. 15:03.

Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral”.

Sendo que o último andamento no sistema de tramitação do Senado, datada do dia 19/06/2013, consta que a Proposta de Emenda Constitucional aguarda inclusão na ordem do dia da Subseção de Coordenação Legislativa do Senado (SSCLSF).

Importante frisar que o texto da Proposta de Emenda Constitucional nº 3 de 2012 não afasta a questão de violação do direito à intimidade e à vida privada dos servidores, sendo, portanto necessária discussão sobre o tema para fundamentar uma decisão definitiva que atenda ao direito de acesso a informação concomitantemente ao direito violado.

4 Publicação Nominal dos Rendimentos e a Violação à Intimidade e à Vida Privada

Os direitos fundamentais não são absolutos em decorrência da coexistência os diversos direitos fundamentais e da não existência de hierarquia entre os mesmos. Ainda que para alguns, tais limites sejam precipuamente devidos à própria natureza humana, conforme leciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁵¹:

“O homem é um ser social por excelência, o que significa dizer que a existência humana tem como característica a coexistência. Deste modo, se os homens coexistem, seus direitos, por natureza, possuem esse mesmo atributo, já que se limitam mutuamente.”

Portanto, a relatividade dos direitos fundamentais, ainda que para alguns possa abarcar exceções, tais como a vedação a tortura⁵² e a escravidão⁵³, é a característica que permite a harmonização e coexistência dos diversos direitos fundamentais salvaguardados pelo ordenamento jurídico.

Desta forma se faz imperiosa a atuação legislativa para a determinação do âmbito de proteção de um dado direito fundamental. Sendo que a regulamentação do direito fundamental pode se manifestar pela definição de limites ao exercício do direito (construção) ou pela extensão de seu alcance (conformação).

São identificadas duas formas de intervenção do legislador: uma por meio da *reserva legal simples* e a outra por meio da *reserva legal qualificada*.

No caso da *reserva legal simples* cabe ao legislador ordinário à definição dos limites ou alcance de um determinado direito fundamental sem imposição a seu conteúdo por parte do legislador constituinte, enquanto na *reserva legal qualificada* o legislador ordinário deve obedecer a balizamento constitucional. Gilmar Ferreira Mendes⁵⁴ elucida de maneira singular tal diferença referindo-se a reserva legal simples e qualificada respectivamente:

⁵¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 538.

⁵² Explicitamente no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

⁵³ Podendo ser definida como a conjunção da vedação ao trabalho desumano ou degradante com a privação de liberdade.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 340.

“No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.”

Importante frisar que na reserva legal simples, a observância ao princípio da proporcionalidade terá maior ênfase, uma vez que, a intervenção legislativa poderá afetar outros direitos fundamentais. Nesse sentido, alerta Suzana de Toledo Barros⁵⁵:

“Na reserva legal simples, como a liberdade do legislador é bem maior, assumirá maior relevo o cânone da proporcionalidade, pois, como visto, em matéria de restrição de direitos não basta que a lei respeite o núcleo do direito fundamental, é indispensável que o manejo dessa liberdade de interferir no âmbito de proteção de um bem jurídico tenha sempre em conta o princípio da máxima efetividade do correspondente direito subjetivo.”

Contudo, nem sempre a atuação legislativa visa reduzir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, seu conteúdo deva ser definido, pelo legislador ordinário, mediante autorização constitucional. Sobre essa questão, alerta Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁵⁶:

“[...] nem sempre a atuação do legislador ordinário visa restringir direitos fundamentais, mas ao contrário, vem possibilitar sua concretização, sua máxima efetivação, em que pese gozarem de eficácia imediata, conforme § 1º do art. 5º da CF.”

Ainda sobre a atuação legislativa, Gilmar Ferreira Mendes⁵⁷, alerta sobre sua importância na delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais:

“[...] o conteúdo da autorização para intervenção legislativa e a sua formulação podem assumir significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais. A utilização de fórmulas vagas e de conceitos indeterminados pode configurar autêntica ameaça aos direitos individuais.”

⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 186.

⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 540.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

Importante frisar que a atribuição ao legislador ordinário da definição de restrições aos direitos fundamentais não lhe permite estabelecer limites incondicionais, já que dessa forma, levaria a esvaziar na prática o conteúdo do direito fundamental ao qual se pretende regulamentar.

4.1 Limites dos Limites

Uma das características dos direitos fundamentais é sua relatividade ou limitabilidade, que permite contrabalancear direitos fundamentais conflitantes. Contudo, não se pode com base em sua relatividade anular o conteúdo de um direito frente a outro sob pena de aniquilar a proteção pretendida por tal direito fundamental. José Adércio Leite Sampaio⁵⁸ alerta sobre esse risco:

“Não se pode falar em direitos fundamentais ilimitados ou absolutos, pelo menos, de direitos fundamentais definitivos. Mas essa afirmação deve cercar-se de uma atenção especial, pois, a depender do alcance que lhe possa dar, corre-se o perigo de ser negligenciado um sistema de efetividade desses direitos, por apelos a simples razões de Estado ou a um interesse público prevalente. A vida em sociedade e a própria institucionalização de direitos já importam certa contenção, mas é preciso que se procure elaborar uma teoria das limitações, constitucionalmente fundada, que sirva de justificativa a essa contenção.”

Visando estabelecer diretrizes para a atuação legislativa, tem-se elencado parâmetros para a sua consecução, que passam pela previsão legal para sua atuação, pela a proteção do núcleo essencial do direito fundamental e a pela observância do princípio da proporcionalidade em sua aplicação.

Somados a esses, Daniel Sarmiento⁵⁹ acrescenta a atenção aos limites estabelecidos pela reserva legal qualificada:

“[...] os chamados “limites dos limites”, que de acordo com a sistematização doutrinária mais freqüente, envolvem (a) sua previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão. E, no caso dos direitos fundamentais sujeitos à reserva qualificada, pode-se acrescentar a este elemento mais um “limite dos limites”: o enquadramento da restrição instituída pelo legislador aos termos preconizados pelo constituinte.”

⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 722.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 78.

Portanto, qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser fundamentada em sua legalidade, proporcionalidade e proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão.

4.1.1 Previsão Legal

Uma característica fundamental do Estado de Direito é a observância ao Princípio da Legalidade. Esse princípio visa resguardar a liberdade individual frente a arbitrariedade por parte do ente estatal e mesmo de particulares.

Em nossa constituição, seu enunciado encontra-se no inciso II do artigo 5º assegurando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Busca-se desta forma a limitação do poder, mitigando abusos e restrições casuísticas e discriminatórias, uma vez que, as leis devem observância ao Princípio da Igualdade Material atendendo a requisitos de generalidade e abstração.

Desta forma, tem-se que a *priori* qualquer intervenção legislativa que vise limitar direitos fundamentais deve ser realizada mediante autorização do próprio texto constitucional. Contudo pela impossibilidade de se prever todos os possíveis embates entre direitos fundamentais e seus titulares existe a possibilidade de restrição sem autorização constitucional, conforme alerta Daniel Sarmento⁶⁰:

“À primeira vista poderia causar certa estranheza a aceitação da possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem expressa autorização constitucional. Afinal de contas, os direitos fundamentais não se encontram à disposição do legislador, mas representam vínculos que o constroem, cerceando em prol da dignidade humana, a sua liberdade de conformação. A estatura constitucional destes direitos representaria óbice para as limitações operadas por normas de inferior hierarquia.

Contudo, a possibilidade de restrições não autorizadas deriva da própria Constituição. Ela se origina do fato que as constituições em geral - e a nossa não é exceção - hospedam com alguma frequência direitos e outros princípios que podem colidir em casos concretos, e, na maioria dos casos, o constituinte não fixa de antemão os critérios para solução destes conflitos. Esta circunstância torna muitas vezes necessário, em nome do postulado da unidade da Constituição, que, mesmo sem exposto permissivo constitucional, se consinta com o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, visando possibilitar o seu convívio com outros bens de estatura constitucional.”

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 79.

Portanto, apesar da possibilidade de limitação sem previsão constitucional, é preferível que a limitação ocorra mediante delegação do legislador constitucional, pois dessa forma tem-se maior segurança jurídica uma vez que a atuação do legislador ordinário deve ficar adstrita aos parâmetros previamente estabelecidos.

4.1.2 Proteção do Núcleo Essencial

O Princípio da Proteção do Núcleo Essencial visa resguardar o âmbito de proteção do direito fundamental, desta forma, garantindo o mínimo de sua essência e, portanto de sua eficácia.

Esse princípio surge expresso em algumas constituições estrangeiras, e busca estabelecer um limite para a limitação dos direitos fundamentais, fixando parâmetros para atuação do legislador ordinário.

A Constituição de 1988 não traz expresso o Princípio da Proteção do Núcleo Essencial, contudo em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, proíbe alterações em seu próprio texto mediante Emendas Constitucionais que visem abolir direitos e garantias individuais. Sendo que atualmente se estende essa proteção a todos os direitos fundamentais.

Portanto, ainda que de forma indireta, existe em nosso ordenamento a proteção à alteração significativa dos direitos fundamentais por parte do legislador ordinário junto ao texto constitucional. Nesse sentido, doutrina Gilmar Ferreira Mendes⁶¹:

“E inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV).

Tal cláusula reforça a idéia de um limite do limite também para o legislador ordinário.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a idéia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.

A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353.

A definição da proteção núcleo de um direito fundamental é debatida pela doutrina e jurisprudência por meio de diversas teorias, podendo citar as teorias generalista e individualista, teorias absoluta e relativa e as teorias objetiva e subjetiva.

A teoria generalista postula que uma lei possa adentrar ao núcleo essencial de um direito fundamental desde que persista uma coesão em todo sistema de direitos fundamentais, desta forma sua suposta violação se diluiria, dentro do âmbito de proteção de todo o conjunto de direitos fundamentais. Já para teoria individualista, o núcleo essencial é a exteriorização específica de cada direito fundamental, sendo sua suposta violação ponderada frente a cada direito fundamental tomando individualmente.

A teoria absoluta visa estabelecer que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser assegurada de forma genérica e autônoma, assegurando um espaço insuscetível de limitação, definindo, portanto, o núcleo essencial do direito fundamental de forma abstrata. Enquanto a teoria relativa entende que o núcleo essencial deve ser determinado frente ao caso concreto, sendo, portanto estabelecido o âmbito de proteção do direito fundamental caso a caso.

Já a teoria objetiva concebe o núcleo essencial dos direitos fundamentais como instituto jurídico abstrato que visa proteger a norma consagradora desse direito fundamental. Por sua vez, a teoria subjetiva busca definir contornos à proteção do núcleo essencial como direito subjetivo concreto de cada indivíduo.

Percebe-se que a definição do núcleo essencial de um direito fundamental é matéria controversa, contudo, independente da doutrina adotada, o importante é o seu papel em assegurar a efetividade do direito fundamental de forma a não se tornar inócua a proteção constitucional.

4.1.3 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade encontra origem, para alguns Constitucionalistas, no Estado de Direito, onde o ordenamento jurídico passa a

definir os limites de atuação do Estado e a zelar pelos direitos fundamentais. Suzana de Toledo Barros⁶² leciona:

“O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.” (grifos no original).

Já entre os Penalistas, sua origem decorre do Devido Processo Legal, e que historicamente pode ser vislumbrado na proporcionalidade da pena ao delito cometido, quiçá retroagindo até a Lei de Talião.

Independente de sua origem histórica é inconteste sua importância nos ordenamentos jurídicos modernos servindo de parâmetro de atuação. Nesse sentido Inocêncio Mártires Coelho⁶³ leciona sobre o amplo campo de sua aplicação:

“Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar.”

O Princípio da Proporcionalidade está intimamente vinculado ao Princípio da Proibição de Excesso, visto que o não atendimento do primeiro caracterizaria a ocorrência do segundo, uma vez que se evidenciaria o descomedimento entre meios empregados em relação a um fim determinado.

⁶² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 37.

⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires, Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142.

A doutrina divide o Princípio da Proporcionalidade em três subprincípios ou princípios parciais que devem ser analisados cumulativamente para se averiguar se uma dada intervenção estatal atende a seus pressupostos, são eles, o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação, também conhecido como princípio da idoneidade, princípio da conformidade ou princípio da pertinência, postula que a medida adotada deve guardar pertinência com os fins pretendidos legalmente, seja, portanto, capaz de alcançar o objetivo pretendido. Nesse sentido pondera Carlos Roberto Galvão de Barros⁶⁴:

“Pelo princípio da conformidade ou adequação de meios, a medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar.

[...]

Por esse elemento, portanto, deve haver uma relação razoável e adequada entre os motivos, meios e fins dos atos, que devem estar em consonância com os valores expressos e implícitos na Constituição.”

Por sua vez, o subprincípio da necessidade ou da exigibilidade demanda que a medida adotada para alcançar os fins almejados seja a menos gravosa, ou seja, a de menor impacto nos direitos fundamentais restringidos, visando, portanto a eficácia dos meios empregados. Em singular passagem José Sérgio da Silva Cristóvam⁶⁵ discorre sobre o tema:

“A máxima da necessidade exige que a providência eleita, dentre aquelas aptas à consecução dos objetivos pretendidos, desponte como a menos onerosa à coletividade, que traga a menor carga de restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos.”

Há na doutrina aqueles que defendem que as escolhas adotadas devem ser aquelas de menor custo não somente para a coletividade, mas também ao indivíduo, nesse sentido Raquel Denize Stumm⁶⁶ afirma:

“A opção feita pelo legislador ou executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável

⁶⁴ BARROS, Carlos Roberto Galvão. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010. p. 83.

⁶⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 31.

⁶⁶ STUMM, Raquel Denize, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79.

para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão.”

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, princípio da ponderação ou princípio do sopesamento, exige que o equilíbrio entre o ônus imposto aos direitos fundamentais na persecução e o ônus pretendido, ou seja, o objetivo pretendido não pode suplantiar outros valores constitucionalmente assegurados. Nas palavras de José Sérgio da Silva Cristóvam⁶⁷, exige-se “uma relação de justa medida entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora”, nesse entendimento segue Paulo Thadeu Gomes da Silva⁶⁸:

“Proporcionalidade em sentido estrito significa um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”

Uma vez atendido cumulativamente os três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), na análise concreta de colisão de direitos fundamentais atende-se a função primária do princípio proporcionalidade (*lato sensu*) que é a preservação dos direitos fundamentais, seja do direito fundamental restringido, seja do direito fundamental a ser alcançado.

4.2 Colisão dos Direitos Fundamentais

A colisão de direitos fundamentais se dá no momento em que o exercício de um direito fundamental limita ou nega o exercício de outros direitos fundamentais por terceiro.

Desta forma, a garantia de proteção à intimidade e à privacidade do indivíduo pode ser mitigada frente a outros direitos individuais ou coletivos, ou mesmo na proteção de outros bens da vida.

Portanto, apesar da função essencial dos direitos fundamentais em resguardar e assegurar direitos, estes podem ser mitigados frente a outros direitos

⁶⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 31.

⁶⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 121.

também consagrados pelo texto constitucional, nesse sentido pontua Daniel Sarmiento⁶⁹:

“[...] apesar da relevância ímpar do papel que desempenha nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, podem justificar restrições aos direitos fundamentais.”

Desta forma, o conflito surge quando o interesse privado se vê confrontado com a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos, uma vez que representa risco à privacidade, à segurança e por fim à vida do servidor e de sua família. Nesse sentido, exemplar é o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes⁷⁰:

“O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições = *Scharanke oder Eingriff*).”

A colisão de direitos fundamentais é situação de complexa resolução, decorrente da natureza principiológica de seus enunciados, sendo, portanto, possíveis diversas gradações em sua resolução atinentes ao caso concreto.

Entretanto, existe o entendimento que o conflito entre direitos se dá não pela possibilidade das limitações recíprocas entre direitos e sim por causa da não observância ou delimitação precisa do campo de proteção intrínseco de cada direito. A esse respeito, pondera Emerson Garcia⁷¹:

“[...] a co-incidência ou a limitação seria alcançada não com imposição de limites externos, mas, sim com a mera observância da delimitação intrínseca das normas. Em outras palavras, na medida em que uma norma passa a violar bens jurídicos tutelados por outras normas, tal aplicação não poderia ser considerada como ínsita na

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 118.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

⁷¹ GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. p. 324.

delimitação do seu conteúdo, o que afastaria a necessidade de limitações externas para afastá-la.”

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins as principais técnicas utilizadas para a decisão sobre conflitos de direitos fundamentais são a *interpretação sistemática da Constituição*⁷², ou seja, a análise de todos dispositivos relacionados com o caso em questão elencados pelo próprio constituinte, e o uso do *critério da proporcionalidade*⁷³, que busca a sopesar a delimitação da área de proteção do direito fundamental em relação à verificação da legitimidade formal da intervenção estatal nessa área de proteção.

A própria Constituição estabelece maneiras pelas quais os direitos fundamentais poderão sofrer limitações. As restrições podem ser efetuadas por delegação ao legislador ordinário, seja por meio da *Concretização* ou por meio da *Reserva Legal*.

No primeiro caso, fica a cargo da legislação infraconstitucional delimitar a área de proteção do direito fundamental, definindo assim, os contornos de sua eficácia.

No segundo caso, fica a cargo do legislador ordinário definir limites para o exercício de dado direito fundamental. Pode ser por meio de reserva legal simples, onde é autorizada intervenção infraconstitucional aberta para a restrição do direito, ou reserva legal qualificada, quando a autorização especifica/qualifica a maneira como essa intervenção se dará (tipo, finalidade ou meio da limitação).

Adicionalmente, a reserva legal pode se dar de maneira indireta ou tácita, onde não há expressamente a autorização de atuação do legislador ordinário, porém sua atuação se faz necessária para fixar condições de exercício do direito fundamental ou solucionar conflitos com outros direitos fundamentais. Essa modalidade não se confunde com a Concretização, uma vez que nesse caso a delegação é expressa e necessária para o exercício do direito. Já na reserva legal tácita a limitação é necessária para atenuar conflitos entre direitos fundamentais.

⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

4.3 Direito à Intimidade e à Vida Privada

O direito à intimidade e à vida privada é positivado em nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal⁷⁴.

Esse direito se inclui em um rol de Direitos de Personalidade que se caracterizam na não intromissão do Estado e de outros indivíduos no âmbito da vida privada, conforme afirma George Marmelstein⁷⁵:

“O constituinte brasileiro positivou uma série de direitos com o objetivo de criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa dentro do qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. São os **direitos de personalidade**.” (grifos no original).

Não poderia o constituinte agir de modo diverso, uma vez que, houve, em decorrência de uma evolução histórica e de rompimento com um passado recente autoritário, a institucionalização da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido aponta Leila Regina Diogo Gonçalves Medina⁷⁶:

“A nova ordem constitucional brasileira inaugurada pela Constituição de 1988, oxigenada pelas idéias humanistas, trouxe profundas modificações no âmbito da organização político, social e econômica brasileira e institucionalizou a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito.”

Soma-se a esse entendimento, o posicionamento de Leonardo Cesar de Agostini⁷⁷:

“A Constituição Federal, proclamando a dignidade da pessoa humana como ‘um dos fundamentos da República’ (art. 1º, III), dando-lhe caráter de princípio fundamental e, atribuindo-lhe valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática, não poderia furtar-se de inserir no rol dos direitos fundamentais um dos componentes mais caros ao ser humano, a proteção à sua intimidade.”

⁷⁴ Constituição Federal, artigo 5º, inciso X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

⁷⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 138.

⁷⁶ MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Ordem Jurídica Brasileira. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito. *Direitos Fundamentais Revisitados*. 22. Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 295.

⁷⁷ AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 134.

As diversas manifestações do direito à intimidade e à vida privada tem como nascedouro o fundamento da preservação e controle por parte do indivíduo dos aspectos pessoais de sua vida privada.

Há entendimento por parte da doutrina que intimidade e vida privada seriam sinônimos, em contrapartida, existe quem milite em sentido contrário, como por exemplo, Paulo Gustavo Gonet Branco⁷⁸:

“O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.”

Porém, independente da corrente doutrinária que se filie, entende-se, como aspectos pessoais da vida privada: a divulgação de fatos ou imagens referentes à sua vida íntima; de seus dados bancário ou fiscais, seja do acesso ao seu domicílio, pessoal ou profissional, ou nas comunicações por ele efetuada. E que, mesmo quando imprescindível o franqueamento do acesso a informações privadas para a própria realização do fim pretendido – tal como operações bancárias ou comunicação telefônica – os envolvidos nessa operação – bancos e empresas telefônicas – têm o dever de sigilo e confidencialidade.

Com esse fundamento, direito à intimidade e à vida privada atua como elemento de limitação visando apartar a simples curiosidade sobre questões individuais, ou seja, interesse do público, das efetivas informações relevantes a coletividade, normalmente chamada de interesse público. Nesse sentido, singular é a explanação de Paulo Gustavo Gonet Branco⁷⁹:

“Cobra-se, além disso, que a divulgação não se destine meramente a atender à curiosidade ociosa do público, mas que vise a se constituir em elemento útil a que o indivíduo que vai receber o informe se oriente melhor na sociedade em que vive. Haverá sempre, ainda, que aquilatar o interesse público com o desgaste material e emocional para o retratado, num juízo de proporcionalidade estrita, para se definir a validade da exposição.”

⁷⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direito à intimidade e à vida privada. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 420.

⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 426.

Em nosso ordenamento e jurisprudência é inconteste o direito à indenização, assegurado pela constituição no inciso X do artigo 5º, por dano material ou moral decorrente da violação do direito à intimidade e à vida privada, sendo que nesse ponto a controvérsia repousa no *quantum* e na efetividade da reparação. Contudo esses aspectos fogem ao escopo do presente trabalho.

4.4 Colisão na Publicação Nominal de Rendimentos

A publicação nominal de vencimentos dos servidores ultrapassa a questão de simples publicação de despesas do ente público e adentra a esfera de intimidade do servidor. No que diz respeito à limitação ao direito à intimidade e à vida privada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁸⁰ questionam:

“Ora, é sabido que a vida privada encontra-se em incessante conflito com outros direitos. Basta pensar nas colisões entre a privacidade e o direito de informação, da liberdade de pensamento e da liberdade profissional dos jornalistas ou nos conflitos cotidianos entre a privacidade e o dever de tributação. Como se satisfazer com a afirmação de que o constituinte não vislumbrou conflitos nessas hipóteses quando se sabe que esses conflitos fazem parte da substância dos referidos direitos?”

Desta forma, a limitação a direitos fundamentais deve ser operacionalizada dentro dos contornos prescritos no texto constitucional, seja por meio da concretização do direito, seja por meio da reserva legal, ainda que tácita. Portanto, o legislador ordinário deve observar quando da formulação da lei definidora dos direitos fundamentais (concretização) ou da lei restritiva (reserva legal), a efetivação do direito fundamental em si, pois sua concretização aquém do almejado pelo constituinte ou a sua limitação além do necessário, frustrará a eficácia do direito fundamental que se pretende regular.

Entretanto, a elaboração de decretos regulamentares não se constitui processo legislativo formal, uma vez que não é destinada especificamente à inovação legislativa, desta forma, seu campo de atuação é necessariamente restrito ao disposto em a lei que se pretende regulamentar. Contudo o Decreto nº 7.724 inovou ao exigir a publicação nominal, ao exigir o detalhamento de informação pessoal, ao traçar por fim novas restrições ao direito à intimidade e à vida privada.

⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 150.

O conflito advém da publicação individualizada e nominal com a divulgação explícita da remuneração e dos respectivos descontos de cunho pessoal, tais como empréstimos e pensão alimentícia, descontos previdenciários e de imposto de renda, que violam, além da intimidade e a privacidade, o sigilo fiscal e bancário dos servidores, bem como a intimidade de suas relações familiares.

É importante frisar essa publicação se faz ao arrepio da própria Lei de Acesso à Informação, pois há uma evidente inovação entre publicação de “registros das despesas” (Lei nº 12.527, artigo 8º, § 1º, inciso III) e a maneira individualizada e pormenorizada de informações de caráter pessoal.

Ainda que se entenda como correta a publicação individualizada e pormenorizada, o detalhamento das rubricas (tais como valor líquido, descontos previdenciários, imposto de renda, pensões alimentícias, etc.) do ponto de vista do ente público é irrelevante, pois, ainda que possuam diferentes destinatários (servidor, Previdência, Receita Federal, Alimentando, etc.), para o ente pagador a totalidade do pagamento é o que compreende seu elemento de sua despesa. Desta forma, o detalhamento viola questões de intimidade e vida privada individual sem necessidade para se publique seus respectivos registros das despesas.

Contudo, essa pormenorização é realizada para se justificar ocorrências de valores que se destacariam (tais como pagamento de férias, adiantamento de gratificação natalina, etc.), pois a publicação do valor bruto quando desses eventos poderia induzir que esse recebimento é o ordinariamente auferido.

Para exemplificar a invasão de privacidade que essa publicação representa, em 23/05/2012, o site O Globo⁸¹ divulgou notícia com a manchete “Cármem Lúcia divulga salário bruto de R\$ 33 mil do TSE e STF”, nessa reportagem, informava a decisão da Ministra Cármem Lúcia em divulgar seu contracheque em atendimento à Lei de Acesso à Informação, pormenorizava cada rubrica, chegando até a destacar que a ministra “tem acesso a um empréstimo consignado de R\$ 7.894,80”. Indiscutivelmente ultrapassa o interesse público o saber limite de empréstimo de qualquer servidor público.

⁸¹ O GLOBO. *Cármem Lúcia divulga salário bruto de R\$ 33 mil do TSE e STF*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/pais/carmen-lucia-divulga-salario-bruto-de-33-mil-do-tse-stf-4985373>>. Acesso em: 17 fev. 2014. 16:38.

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de permitir a publicação nominal da remuneração dos servidores, seja do seu próprio corpo funcional⁸², seja nas decisões e julgamentos que tratam desse tema.

A decisão da Ministra Rosa Weber⁸³ à Medida Cautelar em Mandado de Segurança (MS 32020 MC / DF) sintetiza o atual entendimento do pretório excelso em favor da publicação nominal ainda que ausente sua previsão legal:

“No que se refere à suposta ausência de previsão legal para a divulgação do nome do agente público, parece inequívoco que a conclusão adotada pelo acórdão impugnado só pode ser alcançada mediante interpretação restritiva do texto da lei, em tudo contrária ao regramento constitucional da matéria. Nesse ponto, a conclusão diverge das deliberações deste Supremo Tribunal Federal que, em sede de pedido de suspensão de liminar, afirmaram que Lei 12.527/2011 atende aos princípios constitucionais da publicidade e do direito ao amplo acesso à informação.”

Prossegue ainda a Ministra Rosa Weber⁸⁴, reiterando o entendimento que o servidor público por condição de seu próprio estatuto permite tacitamente a restrição a sua privacidade:

“No que concerne ao resguardo da intimidade, previsto no inc. X do art. 5º, as decisões desta Corte têm assentado que o vínculo funcional com o poder público pressupõe restrição à compreensão daquela garantia em termos absolutos, uma vez que o ingresso no serviço público traz consigo a sujeição a um regime jurídico próprio, no qual se insere o encargo de respeitar de forma ampla o princípio da publicidade, inclusive no que se refere aos detalhes de sua condição remuneratória.”

Esse entendimento, mitigando o direito fundamental à intimidade e à vida privada do servidor público, o trata como objeto do Estado, ignorando sua

⁸² A consulta de remuneração dos servidores do Superior Tribunal Federal está disponível no endereço: <<http://www.stf.jus.br/portal/remuneracao/pesquisarRemuneracao.asp>>.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.020 Distrito Federal. Número Único: 9964265-84.2013.1.00.0000. Decisão Monocrática. Impetrante: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de maio de 2.013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=140400316&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 4 jan.2014. p. 10.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.020 Distrito Federal. Número Único: 9964265-84.2013.1.00.0000. Decisão Monocrática. Impetrante: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de maio de 2.013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=140400316&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 4 jan.2014. p. 11.

condição de cidadão e sua dignidade humana, sob o pretexto de supremacia do interesse público, evidencia do descompasso na ponderação dos valores constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, Daniel Sarmento⁸⁵ pondera:

“Só que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto. Ao invés da procura racional de solução equilibrada entre os interesses público e privado implicados no caso, prestigia-se apenas um dos pólos da relação, o que se afigura também incompatível com o princípio da hermenêutica constitucional da concordância prática, que obriga o intérprete a buscar em casos de conflitos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um em prejuízo do outro.”

Portanto, quando se pretende validar a publicação nominal da remuneração dos servidores públicos mediante a uma renúncia tácita da sua privacidade pela simples condição de ser servidor público, justificada pela supremacia do interesse público, fica evidente a violação aos seus direitos fundamentais.

Deve-se, é claro, assegurar o acesso à informação e o controle social da administração pública buscando conciliar ambos os direitos fundamentais, portanto, a publicação poderia ser referente aos cargos e carreiras públicas, tendo os valores consolidados, ou passíveis de consolidação, por critérios tais como: cargo, função, lotação, órgão, entre outros, mas não vinculados ao nome do servidor.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 83.

5 Conclusão

Os direitos fundamentais têm como objetivo resguardar e assegurar a todos os indivíduos, de forma igualitária, o gozo de uma vida plena e digna, livre de ingerências por parte de outros particulares e em especial do Estado. São frutos de lutas históricas contra abuso do poder, mas não se restringem a determinado período histórico, uma vez que evoluem junto com a sociedade, por meio de adição de novos elementos, reinterpretação e reintegração de seu conteúdo.

Visando garantir a dignidade da pessoa humana em toda sua miríade de aspectos, os direitos fundamentais estão positivados no texto constitucional de forma a conduzir toda a atividade estatal, vinculando a atividade legislativa, judiciária e administrativa.

O direito à intimidade e à vida privada é um desses aspectos da dignidade da pessoa humana, talvez o mais caro, já que é este que permite a percepção do indivíduo como um ser autônomo e único dentro de uma coletividade, resguardando de terceiros sua vida privada e familiar.

O direito de acesso à informação pública é elemento essencial para o controle social da administração pública que busca garantir a transparência da atividade do Estado, de forma que esse seja voltado para atender aos anseios da sociedade e não para que seja um fim em si mesmo.

O presente trabalho teve por objetivo analisar a violação ao direito à intimidade e à vida privada frente à publicação individualizada e nominal dos rendimentos dos servidores públicos.

Conforme exposto, a Lei nº 12.527, também conhecida como Lei de Acesso a Informação, foi publicada com o intuito de regulamentar os dispositivos constitucionais que asseguravam o direito fundamental de acesso à informação pública, determinando entre outras coisas, a publicação de despesas dos órgãos públicos.

Por sua vez, o Decreto nº 7.724 estabeleceu procedimentos para persecução dos dispositivos da Lei de Acesso à Informação. Contudo, nesse mister o decreto extrapolou os limites da lei que pretendia regular ao demandar a publicação individualizada e nominal da remuneração dos servidores públicos.

Cabe destacar que tão importante quanto o direito fundamental de acesso à informação pública é o direito fundamental à intimidade e à vida privada do servidor público violada pelo decreto regulamentador.

Havendo colisão de direitos fundamentais, como no presente caso, a limitação de um direito fundamental somente se justifica na exata medida em que se revela necessária a consecução de outro direito fundamental.

Portanto, a limitação não pode ser irrestrita, devendo ser analisada sob o princípio da proporcionalidade, devendo a medida adotada ser capaz de alcançar o objetivo pretendido de forma menos gravosa e ponderada no que diz respeito ao custo imposto e ao objetivo a ser atingido.

Desta forma, a regulamentação exigindo a publicação individual e nominal dos vencimentos dos servidores públicos é desnecessária para que se determine o montante gasto com despesa de pessoal por um determinado ente estatal. Bastando para tanto, a publicação de despesas com pessoal vinculadas aos cargos e funções sem vinculá-la aos nomes dos servidores.

A presente regulamentação mostra-se, portanto como uma medida desproporcional e desarrazoada, uma vez que invade a esfera privada dos servidores e os trata como simples objetos, expondo-os aos mais diversos interesses.

Em que pese o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não se pode sob o argumento da supremacia do interesse público fulminar direito fundamental, sendo necessário encontrar o “caminho do meio”, baseado na moderação e na harmonia dos direitos fundamentais em conflito, sem cair em extremos. Sendo que um modo eficaz de se alcançar esse objetivo, garantindo ambos os direitos fundamentais, é a publicação de despesas com pessoal sem a identificação nominal dos mesmos.

Importante frisar que a proposta do presente trabalho não foi esgotar todas as potenciais questões que tangenciam o Direito de Acesso à Informação.

Referências

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 abr. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 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: 09 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm> Acesso em: 09 abr. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 3 de 2012*. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104212. Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.020 Distrito Federal. Número Único: 9964265-84.2013.1.00.0000. Decisão Monocrática. Impetrante: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de maio de 2.013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=140400316&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 4 jan.2014.

CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito. *Direitos Fundamentais Revisitados*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Zulmar. *Curso Direito Constitucional*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

O GLOBO. *Cármem Lúcia divulga salário bruto de R\$ 33 mil do TSE e STF*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/pais/carmen-lucia-divulga-salario-bruto-de-33-mil-do-tse-stf-4985373>>. Acesso em: 17 fev. 2014. 16:38.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil*. São Paulo: Baraúna, 2011.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

STUMM, Raquel Denize, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.