Hélcio Corrêa

A DIVULGAÇÃO NOMINAL DOS VENCIMENTOS DOS AGENTES PÚBLICOS E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: análise legal e constitucional

NOMINAL PUBLICATION OF FEDERAL EMPLOYEES' SALARIES AND FREEDOM OF INFORMATION ACT: legal and constitutional assessment

Fábio Soares Pereira

RESUMO

Afirma que, com a edição da Lei n. 12.527/2011, União, Estados e Municípios, no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm promovido a publicação nominal dos vencimentos de seus agentes.

Demonstra que, embora a medida adotada tenha sua legalidade ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, a nova lei, além de não contemplar expressamente a intepretação que lhe vem sendo dada, comporta interpretação diametralmente oposta.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527/2011; – vencimento – divulgação nominal; agente público; proporcionalidade.

ABSTRACT

The author states that the nominal publication of federal employees' salaries has been promoted by the Union, federal states and municipalities, within the scope of the Legislative, Executive and Judiciary branches, since the enactment of Law 12,257/2011.

Although the adopted measure has been legally ratified by the Brazilian Supreme Court, he shows that interpretation assigned to the new law not only is not explicitly contemplated therein, but also may be a diametrically opposite one.

KEYWORDS

Constitutional Law; Brazilian Freedom of Information Act – Law 12,257/2011; salary – nominal disclosure of; federal employee; proportionality.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade cada vez mais perceptível de controle social da atividade estatal, que demonstra a evolução da democracia brasileira, demanda, como consequência, a maior transparência possível por parte dos poderes estatais em relação aos gastos públicos.

Partindo de tais premissas, o Congresso Nacional editou a Lei n. 12.527/2011 (em vigor desde 16 de maio de 2012), conhecida nacionalmente como "Lei de Acesso à Informação".

Dentre as providências administrativas concretamente tomadas com base no recente diploma normativo está a divulgação nominal de vencimentos dos servidores públicos, determinada, no âmbito do Poder Judiciário, pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 151/2002.

No âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, a medida tem sido paulatinamente adotada, ainda que certas esferas de poder, como ocorre com o Poder Executivo do Rio Grande do Sul, ainda resistam à publicação nominal.

Neste ensaio, busca-se determinar se a Lei de Acesso à Informação contempla, realmente, a possibilidade de divulgação nominal dos vencimentos e, ainda, examina-se a questão sob a ótica dos direitos fundamentais envolvidos.

Na primeira parte deste trabalho, procura-se situar, na Constituição Federal, os direitos fundamentais contrapostos. Na segunda parte, são mencionados, com os respectivos argumentos centrais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Por fim, examina-se a publicação nominal de vencimentos sob a ótica da proporcionalidade.

2 EM QUE PONTO O DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO SE ENCONTRAM NO TEXTO CONSTITUCIONAL

O art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal prevê que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*.

A primeira parte do texto trata das informações de interesse particular[1]. Pretende-se neste trabalho tratar, apenas, da (forma de) divulgação de vencimentos[2] dos agentes públicos – como concretização do direito fundamental de acesso à informação e, via reflexa, cumprimento do dever estatal de informar.

Note-se que o direito à obtenção de informações de interesse público não é um fim em si mesmo – objetiva fomentar maior participação popular nas ações estatais (o controle social dos gastos públicos)[3]. Não é por outra razão que o art. 37, § 3º, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98), estabelece que a lei disciplinará formas de participação do usuário na Administração Pública, regulando especialmente (inc. II) *o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII*.

Por outro lado, em relação ao direito fundamental à privacidade, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, 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*.

Embora não se trate de tarefa fácil definir o alcance da norma extraída do referido inciso, nem mesmo pareça possível, ao menos sem propiciar margem a críticas, diferenciar privacidade e intimidade no texto constitucional[4], é possível afirmar que o direito à privacidade[5] envolve, pelo menos, como observa Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2012, p. 321), *a pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral*.

Mais do que, em poucas linhas, foi dito até aqui não é necessário para demonstrar que, se de um lado, a divulgação nominal dos vencimentos concretiza o direito à informação (e o dever *fundamental* de prestá-las), de outro, invade a esfera de privacidade dos agentes públicos[6].

3 DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO TEMA

Embora não haja nenhum pronunciamento de caráter definitivo a respeito do tema, ao menos após a entrada em vigor da Lei n. 12.527, em maio de 2012[7], o Supremo Tribunal Federal parece ter adiantado suficientemente, em inúmeras liminares, o entendimento que deverá ser adotado pela Corte.

Antes da vigência da nova Lei de Acesso à Informação, o então Presidente da Corte, Ministro Ayres Britto, examinando pedido de suspensão de segurança formulado pelo Município de São Paulo (enfrentava-se, no caso, legislação estadual, e não federal), que visava à derrubada de liminar do Tribunal de Justiça que suspendera a divulgação nominal de salários, afirmou: [...] *Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo 'nessa qualidade' (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores,*

[...] *busca-se determinar se a Lei de Acesso à Informação contempla, realmente, a possibilidade de divulgação nominal dos vencimentos e, ainda, examina-se a questão sob a ótica dos direitos fundamentais envolvidos.*

seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. (SS 3.902-AgR-segundo, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-6-2011, Plenário, DJE de 3-10-2011.)

Naquela oportunidade, o Plenário referendou decisão anteriormente proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que estava (quando do exame do pedido liminar, em 08/07/2009) na Presidência da Corte.

Após a publicação da lei, diversas foram as causas que chegaram à Brasília. Em todas de que se tem notícia, a Corte máxima do país não limitou o direito à informação, ratificando a possibilidade de publicação nominal.

Na suspensão de liminar 630, que tratava da divulgação nominal de vencimentos dos agentes públicos do Município de Porto Alegre, decidiu, outra vez na condição de presidente, o Ministro Ayres Britto (decisão publicada em 08/08/2012): *a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral, nos exatos termos da primeira parte do inc. XXXIII do art. 5º da Constituição Federal*.

Após a publicação da lei, diversas foram as causas que chegaram à Brasília. Em todas de que se tem notícia, a Corte máxima do país não limitou o direito à informação, ratificando a possibilidade de publicação nominal.

Da mesma forma, ao deferir o pedido de suspensão de liminar 689 (decisão proferida em 15/04/2013), o Presidente atual da Corte, Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a vedação à publicação nominal só poderia *ser alcançada mediante interpretação restritiva do texto da lei, em tudo contrária ao regramento constitucional da matéria*.

Argumentou, também, que *em nenhuma passagem a Constituição ou a Lei 12.527/2011 vedam a divulgação dos nomes dos agentes públicos e de sua respectiva remuneração*. Em relação ao direito previsto no inc. X do art. 5º, registrou 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*.

No mesmo sentido, aliás, o Ministro já decidira em relação a pedido de suspensão da divulgação nominal formulado pela Associação dos Juízes do Trabalho (Amatra IV), nos autos da Reclamação 14739.

Finalmente[8], no Mandado de Segurança n. 32.020, impetrado pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, a Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática (publicada em 16/05/2013), indeferiu a liminar que visava à derrubada da determinação de publicação nominal imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, sob o argumento (dentre outros) de que *o CNJ, aparentemente, se limitou a tomar um dado fático – a coexistência de regulamentações – e a estipular, nos estritos limites de sua competência administrativa, qual seria a medida a ser adotada para que se atingisse a máxima efetivação do direito público à publicidade dos dados estatais*.

Registrou, ainda, em seu voto, que a ponderação dos valores constitucionais envolvidos na ação já havia sido devidamente realizada, em inúmeros processos anteriores, pela Corte.

A partir de tais decisões, que vêm formando jurisprudência (conquanto a maior parte delas tenha sido monocrática e em sede de pedidos de suspensão de liminar ou de segurança), e da quantidade cada vez maior de órgãos que têm promovido a publicação nominal, é possível antever que tal posição muito provavelmente será ratificada, quando houver julgamento de mérito, pelo Supremo Tribunal Federal.

4 EXAMINANDO OS ARGUMENTOS EXPOSTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pode-se dividir a argumentação exposta pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes citados em três linhas principais: 1) a Lei de Acesso à Informação permite, em estrita consonância com o texto constitucional, a divulgação nominal de vencimentos; 2) o âmbito de proteção da privacidade do agente público é fortemente reduzido em razão da natureza da função ocupada; 3) a ponderação dos princípios conflitantes já se encontra devidamente sedimentada no âmbito da Corte.

4.1 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO CONTEMPLA A PUBLICAÇÃO NOMINAL DE SALÁRIOS?

A edição da Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – decorreu da exigência constitucional (arts. 5º, XXXIII, 37, §3º, II, e 216, §2º) de regulamentação do acesso a informações de interesse público. Antes dela, a Lei n. 11.111/2005 tratava da matéria, nada dispondo acerca da publicação nominal de salários.

Pois bem, a recente **Lei de Acesso à Informação**, por maior surpresa que possa causar tal afirmação (não deixe o leitor de perceber a ironia), também **não contempla a publicação nominal de salários.**

A conclusão de que os salários deveriam ser divulgados nome por nome não decorreu, pois, de determinação legal concreta (muito menos de expressa previsão constitucional), mas, possivelmente[9], de uma leitura combinada do art. 5º, XXXIII, da Constituição, com as determinações constantes da Lei n. 12.527/2011, dentre as quais se podem destacar as seguintes: *Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter* [...]*: VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:* [...] *III – registros das despesas*.

Essas, em essência[10], as normas constantes da Lei n. 12.527/2001, que tratam da prestação de informações relacionadas a despesas públicas[11]. Pode-se perceber facilmente, da leitura delas, que não se trata de situação em que a divulgação nominal de salários foi resultado de ponderação de valores feita pelo legislador[12] – hipótese em que o debate fatalmente teria de

ganhar novos – e muito mais profundos – contornos[13].

Pelo contrário. A Lei n. 12.527/2011 manteve, nos mesmos moldes em que se desenvolvia a lei por ela revogada, visível preocupação com a privacidade, tanto que, em seu art. 31, *caput,* dispôs que *o tratamento das* ***informações pessoais*** *deve ser feito de forma transparente e* ***com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas,*** *bem como às liberdades e garantias individuais* (grifos nossos).

Veja-se que a lei define como informação pessoal (art. 4º, IV) ***aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável*** (grifos nossos). Por força do art. 31, §1º, II, tais informações pessoais *poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem*.

Prevê a lei, ainda, que a divulgação de tais informações poderá dispensar o consentimento, para fins de estatísticas e pesquisas científicas de interesse público; sendo, no entanto, ***vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem*** (§ 3º, inc. II, do art. 31 – grifos nossos).

Ora, da própria Lei de Acesso à Informação, invocada como fundamento normativo suficiente para a divulgação nominal de salários, pode ser extraída interpretação diametralmente oposta à que chegou o Supremo[14].

Nos autos da SL 689, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou (com razão, no ponto, vale frisar), que *em nenhuma passagem a Constituição ou a Lei 12.527/2011 vedam a divulgação dos nomes dos agentes públicos e de sua respectiva remuneração*.

É verdade. Mas é igualmente verdadeiro o argumento de que, se, de um lado, não vedam, de outro, **não a autorizam**. À falta de norma específica – e suficientemente concreta – não parece possível invadir, de modo tão significativo, a esfera de privacidade dos agentes públicos.

Ao que tudo indica, a lei deve ser interpretada em sentido diverso. Os fundamentos para tanto podem ser assim sintetizados: (1) a possibilidade de enquadramento dos vencimentos dos agentes públicos, porque relacionados à pessoa natural, no conceito de informação pessoal (art. 4º, IV); (2) a exigência de respeito a informações pessoais, visando à proteção da vida privada, como a regra (art. 31, *caput*); (3) a previsão de um catálogo de exceções que não contempla, expressamente, a divulgação nominal de vencimentos (art. 31, §1º e §3º).

Não pode a Administração Pública (ao menos não deveria poder), ainda que munida das melhores intenções, determinar, por meio de ato administrativo pretensamente interpretativo de lei – lei que, cabe reforçar, em caráter abstrato, formula proposições visivelmente genéricas acerca do tema – tamanho grau de restrição à privacidade de seus agentes.

Pois bem, a recente Lei de Acesso à Informação, por maior surpresa que possa causar tal afirmação (não deixe o leitor de perceber a ironia), também não contempla a publicação nominal de salários.

No âmbito do Poder Judiciário[15], por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça, por ocasião da edição da Resolução n. 151/2012, houve por bem determinar, em suposto exercício do poder regulamentar, que os vencimentos dos membros e servidores do Poder Judiciário deveriam ser publicados nominalmente[16].

À vista dos "considerandos"[17] constantes da Resolução, percebe-se que o Conselho, a pretexto de dar aplicação à nova lei de regência da matéria, inovou na ordem jurídica, "regulamentando"[18] aquilo que não poderia ter sido objeto de mera regulamentação, pois acabou por determinar (em caráter vinculante aos Poderes Judiciários estaduais e federais) invasão à esfera de direitos fundamentais dos membros e servidores do Poder Judiciário.

4.2 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE DO AGENTE PÚBLICO É TÃO REDUZIDO A PONTO DE PERMITIR A DIVULGAÇÃO NOMINAL DE SUA REMUNERAÇÃO?

Ao prever o dever de informação, a própria Lei Maior encarregou-se de estabelecer limites explícitos ao acesso (potencial) a informações referentes aos "atos do governo": ressalvou as informações protegidas por sigilo e determinou observância da privacidade (art. 37, §3º, II).

Assim, para investigar a possibilidade de publicação nominal, estritamente à luz do texto constitucional, cabe ao intérprete determinar se o âmbito de proteção do direito à privacidade dos agentes públicos seria efetivamente reduzido – e em que medida – em virtude da natureza da fonte pagadora.

Uma leitura sistematizada da Constituição Federal – que não deve ser jamais interpretada "em tiras, aos pedaços" (GRAU, 2004, p.166) – permite afirmar, com suficiente segurança, que a privacidade de todo aquele que recebe, administra e/ou destina recursos públicos efetivamente não é idêntica à de quem não mantém qualquer relação com a atividade estatal. Essa constatação decorre não apenas do direito à informação, mas, também, das inúmeras disposições constitucionais que tratam – de forma analítica, inclusive – da atividade administrativa, de onde se pode extrair especial preocupação com a destinação dos recursos públicos[19].

Não obstante, da constatação de que a privacidade do agente público realmente pode sofrer restrições maiores do que a dos demais não decorre, *ipso facto*, a possibilidade, ainda que a pretexto de efetivar o dever constitucional de informar, de esvaziar por completo o direito à privacidade[20].

Na primeira decisão do Supremo sobre o tema, ainda antes da legislação atual, o Ministro Ayres Britto chegou a afirmar que a publicação nominal *poderia ensejar risco à segurança física ou corporal dos servidores*. Mas, segundo o ministro, seria o *preço que se paga pela opção por uma carreira pública* (SS 3.902-Agr, DJE 03/10/2011).

Em que pese o respeito que mereça a posição exposta, o exercício de uma função pública não implica, de forma alguma, tão grave conclusão[21]. Os "preços" que devem ser "pagos" em virtude do ingresso na carreira pública estão devidamente descritos na Constituição Federal (art. 37 e seguintes) e nas leis de regência de cada categoria. Dentre eles, não está, evidentemente, o de ser exposto desnecessariamente[22].

De modo semelhante, em outro pre-

cedente (SL 689), o Ministro Joaquim Barbosa referiu *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*.

Pode-se afirmar, com absoluta segurança, que nenhum dos agentes públicos tinha conhecimento (e nem poderia razoavelmente prever), quando de seu ingresso no serviço público, de que poderia vir a ter seus vencimentos nominalmente publicados[23]. A construção de que o regime jurídico público implica tal possibilidade decorre de compreensão recentíssima de lei há pouco vigente.

Seja como for, e muito embora se pretenda mais bem avaliar a desproporção da medida no tópico seguinte, pode-se adiantar que é por demais conhecida a lição de interpretação constitucional no sentido de que, *cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio* (ALEXY, 1994).

Não se está diante de situação em que a *medida extrema* – pode-se assim chamar a publicação nominal – poderia ter sido adotada. Ainda que a transparência e a participação social sejam de fundamental importância para a democracia de um país, sobretudo por conferirem legitimidade à atuação estatal, de tais valores não decorre, necessária e diretamente, como pretendem fazer crer aqueles que advogam a tese, a possibilidade de publicação nominal de vencimentos dos agentes públicos. Tais princípios satisfazem-se plenamente, como se pretende demonstrar a seguir, com uma publicidade menos invasiva, protegendo-se[24], nesse caso, sem dúvida, o núcleo essencial[25] da privacidade.

4.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUBMETEU A MEDIDA EXAMINADA AO CRIVO DA PROPORCIONALIDADE?

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se, em matéria de direitos fundamentais (assim como em outras tantas matérias, como, por exemplo, quando trata do Sistema Tributário Nacional ou do regime jurídico dos servidores públicos), por indubitável caráter analítico. Essa inegável constatação implica, como consequência inseparável – e óbvia –, frequentes espaços de tensão[26] entre direitos.

Ora, da própria Lei de Acesso à Informação, invocada como fundamento normativo suficiente para a divulgação nominal de salários, pode ser extraída interpretação diametralmente oposta à que chegou o Supremo.

Em determinadas situações envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, sempre tomados como direitos *prima facie*[27], a concretização de um passará, necessariamente, pela significativa redução – ou mesmo pelo afastamento por completo – do direito contraposto. É o que ocorre, por exemplo, quando se trata da legítima defesa da vida implicando a perda da vida do agressor, da interrupção da gestação em caso de feto anencefálico[28] ou mesmo do aborto em decorrência de violência sexual[29].

Não obstante, em outros tantos casos, será perfeitamente possível satisfazer (suficiente e adequadamente) um direito fundamental sem afetar excessivamente o outro direito.

O "princípio" proporcionalidade – para alguns, regra[30]; para outros, postulado normativo específico[31]; para a maior parte da doutrina, e para o Supremo Tribunal Federal[32], princípio – surge, nesse contexto, como indispensável vetor de interpretação/aplicação[33], possuindo a precípua função de *fazer concordar os princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre o outro, mister salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, os valores em colisão* (FREITAS, 2004, p. 195).

A proporcionalidade – que tem sido utilizada, reiteradamente, pelo Supremo Tribunal Federal[34] para a solução de inúmeros casos, e não apenas "casos difíceis"[35] – significa, como ensina Ingo Sarlet (2003, p. 111), que *o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio*.

Feitas tais considerações, ratifica-se que a divulgação nominal de vencimentos, ainda que concretize o direito à informação – e o correspondente dever estatal de prestá-las –, invade o âmbito de proteção[36] do direito à privacidade dos agentes públicos, produzindo um conflito (real) entre direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha afirmado que "ponderou"[37] suficientemente os valores contrapostos (veja-se, por exemplo, o que restou afirmado na decisão tomada no MS 32.020, já referida, de relatoria da Ministra Rosa Weber), não avaliou, em nenhum momento, a possibilidade de adoção de medidas alternativas, menos gravosas e igualmente eficazes, de concretização do direito à informação; deixou de verificar, igualmente, se o fim visado justificava a restrição imposta.

É dizer, não examinou a medida concretamente adotada em nome do direito à informação[38] sob a ótica da proporcionalidade – que se estrutura logicamente em três "subprincípios"[39] de aplicação potencial e sequencial (nessa ordem): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se iniciar[40] a avaliação da proporcionalidade da medida[41] pelo subprincípio da adequação (em que se investiga se o meio eleito é adequado à consecução do fim); superada a etapa, deve-se partir para o exame da necessidade (em que se verifica se não havia outros meios menos gravosos e igualmente eficazes para a obtenção do fim); e, finalmente, caso a medida seja "aprovada" nos dois momentos anteriores, passa-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, que será a "prova real" do processo de avaliação[42].

Em relação à ***adequação***, pode-se concluir, tranquilamente, que o meio utilizado (divulgação nominal de salários) é adequado à consecução do fim pretendido (obtenção da maior transparência possível em relação aos gastos com os agentes públicos). Há, portanto, adequação (ou correspondência lógica) entre a medida adotada e a finalidade buscada.

O exame da questão sob a ótica da ***necessidade***[43] revela, no entanto, a excessiva (e, portanto, *desnecessária*) investida em face da privacidade dos agentes públicos.

A divulgação via *internet*, de modo didático e acessível, dos vencimentos por matrícula, com referência à função ocupada, seria tão eficaz quanto à divulgação nominal, pois permitiria ao

cidadão não apenas saber quanto estaria sendo gasto pelo órgão com seus agentes, mas, também, quanto se gasta com cada um e, ainda, quais os vencimentos que cabem a cada função pública[44]. Nesse caso, o ingresso no âmbito de proteção[45] do direito à privacidade do agente seria mínimo[46].

Eventuais interesses pessoais – como o de alguém que pretende acionar um servidor público para haver alimentos – poderiam ser resolvidos pontualmente, mediante simples requerimento administrativo. Interesses outros, de caráter geral, como, por exemplo, de alguém que deseje ingressar com ação popular (em decorrência de ter verificado, por exemplo, distorções na folha de pagamento de determinado órgão) poderiam seguir o mesmo caminho.

Em tais casos, a informação poderia, em princípio, ser disponibilizada, à vista do que prevê a própria Lei de Acesso à Informação (art. 31, §3º), que estabelece, em relação à divulgação de informações de caráter pessoal, ser dispensável o consentimento quando determinado ao cumprimento de ordem judicial (inc. III), à defesa dos direitos humanos (inc. IV) ou, ainda, à proteção do interesse público e geral preponderante (inc. V).

De qualquer sorte, a negativa administrativa sempre estaria submetida a controle jurisdicional, inclusive pela via do mandado de segurança[47]. Ainda que assim não fosse, ainda que se considerasse que a divulgação nominal fosse realmente um meio "muito mais eficaz" para a promoção da transparência pretendida (implicando sacrifício estritamente necessário à privacidade), remanesceria o exame da questão sob a ótica da **proporcionalidade em sentido estrito**: as vantagens obtidas com a promoção da finalidade a que se destina a medida seriam proporcionais às desvantagens dela decorrentes? (ÁVILA, 2003, p. 116).

A resposta deve ser igualmente negativa. Embora seja difícil (ou até mesmo impossível) escapar, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, de certo grau de subjetividade[48], argumentos racionais podem demonstrar a ausência de "sintonia fina" na solução encontrada (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002. p. 251).

A divulgação nominal implica, aos agentes públicos, um custo muito caro à privacidade (tal como restou reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como visto anteriormente). Não se trata, apenas, do custo de ter um "segredo" contado, até porque a divulgação por matrícula desvelaria o sigilo de vencimentos – que, aliás, realmente não deveria, por razões maiores (as mesmas razões constitucionais que justificaram a promulgação da Lei de Acesso à Informação) ser concretamente protegido.

Igualmente, parece não promover, apenas, mais transparência. Fomenta, também, a curiosidade, e não necessariamente a curiosidade decorrente de um interesse saudável pelos gastos estatais – que poderia envolver maior participação do povo no espaço público, injetando maior significado prático nos conceitos de cidadania e de participação popular.

roda de mulheres num bar passando de mão macia para mão macia a lista dos salários de seus amigos, e quiçá pretendentes, que trabalham no serviço público. – Prefiro sair com este, que ganha R$ 928,52 a mais do que esse outro. – Olha aqui esse chinelão: me convidou para beber um vinho na casa dele, mas só ganha R$ 950. Vai ver é vinho de garrafão. Ou quem sabe a faxineira de um servidor, discutindo com ele: – O senhor pode me dar mais 20 por faxina: o seu salário é R$ 3.269,88. Ou o vizinho na reunião de condomínio: – Uma vez que o seu salário é de 10.974, você pode aumentar a contribuição mensal, já que nós ganhamos muito menos [...]. (COIMBRA, 2012)

Não se ignora que a posição adotada pelo jornalista e, aliás, recentemente por ele ratificada em outro texto igualmente

Os "preços" que devem ser "pagos" em virtude do ingresso na carreira pública estão devidamente descritos na Constituição Federal (art. 37 e seguintes) e nas leis de regência de cada categoria. Dentre eles, não está, evidentemente, o de ser exposto desnecessariamente.

A respeito, bem observou André Ramos Tavares (2012), em artigo sobre o tema: *Há nítida confusão entre transparência ou acesso, de um lado, com exposição pública indevida ou desnecessária, de outro. A publicidade administrativa e a informação de interesse público ou coletivo, presentes no art. 5º, referem-se aos gastos da entidade pública, isto é, quanto e como essas entidades utilizam seus recursos. Não há necessidade e nem adequação de medida tão extrema, pois é possível – por inúmeras maneiras – agir com ampla transparência sem subtrair a privacidade de seus servidores, nem colocá-los em risco de segurança. As pessoas não vivem isoladas, pois são conhecidas pelos seus nomes, profissão e locais de trabalho e residência*.

Essa questão foi muitíssimo bem apreendida, com feliz ironia, pelo jornalista David Coimbra: *os servidores públicos são idênticos à maioria da população brasileira, mas, com a lei que pretende divulgar-lhes os nomes e os salários, levarão uma vida diferente de todos, levarão uma vida igual ao seu trabalho: pública. Posso imaginar uma* interessante[49], não representa a "opinião geral" ou "opinião pública" – ainda que se saiba, com apoio em Schopenhauer que, *muitas vezes, o que se chama de opinião geral não é mais do que a opinião de duas ou três pessoas, e disso nos convenceríamos se pudéssemos testemunhar como se forma tal opinião, universalmente válida* (SCHOPENHAUER, 2009, p. 43).

As inúmeras matérias jornalísticas produzidas sobre o tema, em rádio, televisão, jornal e internet, partem (deliberada ou inconscientemente)[50], de premissa equivocada: a de que a Lei de Acesso à Informação determina indubitável e peremptoriamente a publicação nominal dos salários[51].

Deve-se admitir, a bem da verdade, que interpretações bem intencionadas que extraiam do dever geral de informação a possibilidade (ou mesmo a necessidade) de publicação nominal de salários não podem, sem fortes argumentos, ser pronta e rapidamente afastadas (embora, como visto até aqui, devam). Mas não é disso que se trata. A imprensa sempre partiu da pré-compreensão[52] de que a lei

é "clara e objetiva" e, assim, os órgãos que não publicaram, ainda, os vencimentos de seus agentes, nome por nome, estão agindo ilicitamente[53].

Não se sabe, e jamais será possível saber-se, se, **devidamente informados**, aqueles que devem **informar informariam** de forma diversa. É fácil perceber, no entanto, que a "opinião pública" parte de um dado inexistente para chegar a uma verdade aparentemente "evidente".

Ao menos até o momento, o resultado perceptível da divulgação nominal foi, apenas, a satisfação midiática. Para ficar apenas em um exemplo, o Jornal Zero Hora, em 16/05/2013, logo após o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul permitir a consulta em seu endereço eletrônico, publicou os vencimentos dos desembargadores nome por nome, em lista[54], como se estivesse a tratar de um verdadeiro "listão" de aprovados (ou melhor, de reprovados) no vestibular[55].

É possível (e será salutar se assim realmente vier a ser) que, futuramente, a médio ou longo prazo, e à medida que a transparência for se tornando rotina em todas as esferas de poder, o interesse pelos vencimentos dos servidores públicos possa ganhar novos – e mais democráticos, mais verdadeiros – contornos. Até lá, no entanto, a privacidade já terá sido devassada, sem possibilidade de reparação, pois pouco adiantará "despublicar" o que já foi publicado.

Diante de tudo o que se expôs, conclui-se, também sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito, que a promoção do acesso à informação não justifica o sacrifício do direito à privacidade.

A título de encerramento deste trabalho, propõe-se, como reflexão, que nos imaginemos reunidos, ainda que por um breve instante, com o objetivo de firmar um novo contrato social, ocupando o que o filósofo John Rawls chamou, em sua Teoria da Justiça[56], de "posições originais" de equidade (em que todos seriam plenamente iguais e aptos a decidir). Estaríamos vestidos, é claro, do "véu da ignorância", ou seja, não saberíamos que posições sociais ocuparíamos, nem mesmo a que classes, gêneros e raças pertenceríamos, mas, saberíamos, evidentemente, que poderíamos vir a ser agentes públicos. Teríamos, então, a função de estabelecer parâmetros para uma sociedade justa.

E, imaginando que assim fosse, determinaríamos que os vencimentos dos agentes públicos fossem nominalmente divulgados na mídia ou, como proposto ao longo deste texto, estabeleceríamos formas menos gravosas e igualmente eficazes de concretizar o direito à informação?

5 CONCLUSÃO

Eis as principais conclusões a que se chegou neste trabalho:

1º A divulgação nominal dos vencimentos (supostamente determinada pela Lei de Acesso à Informação) produz colisão entre o direito à informação (e o dever **fundamental** de prestá-las) e o direito à privacidade dos agentes públicos.

2º O Supremo Tribunal Federal, em que pese não possua, ainda, nenhum pronunciamento de caráter definitivo a respeito do tema, parece ter adiantado suficientemente, em inúmeras liminares, o entendimento que deverá ser adotado pela Corte no sentido de que a divulgação nominal de vencimentos está em harmonia com a lei de regência da matéria e com a Constituição Federal.

3º A Lei de Acesso à Informação não determina a publicação nominal de salários. Pelo contrário, de suas normas pode ser extraída interpretação diametralmente oposta à que chegou o Supremo Tribunal Federal.

4º Da constatação de que o âmbito de proteção do direito à privacidade do agente público realmente pode sofrer restrições maiores do que o dos demais, não decorre, *ipso facto*, a possibilidade de esvaziá-lo por completo, ainda que a pretexto de efetivar o dever constitucional de informar.

5º O Supremo Tribunal Federal não avaliou, em suas decisões, a possibilidade de adoção de medidas alternativas, menos gravosas e igualmente eficazes, de concretização do direito à informação; deixou de verificar, igualmente, se o fim visado justificava a restrição imposta.

6º Sob a ótica da proporcionalidade, a publicação nominal de vencimentos, embora adequada ao fim pretendido, permite excessiva (e, portanto, desnecessária) investida em face da privacidade dos agentes públicos.

Ressalte-se, por fim, que não se tem, a partir da exposição ora realizada, a pretensão de promover novos contornos em relação à divulgação nominal dos vencimentos dos agentes públicos – procedimento que, uma vez iniciado, tem sido seguido por inúmeras esferas de Poder ao longo do país e parece não estar acoplado de marcha ré –, mas, apenas, demonstrar que, em um determinado trecho do caminho que percorreu a interpretação que hoje parece consagrada, direitos fundamentais relevantes foram esquecidos – e, como delineado neste trabalho, desnecessariamente, uma vez que havia possibilidade de obtenção de fins igualmente satisfatórios, sem tamanho sacrifício.

NOTAS

1 O acesso a informações pessoais é objeto de proteção pela via do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF/88).

2 Aqui, emprega-se a expressão "vencimentos" para abranger não apenas o vencimento básico do cargo, mas, também, as vantagens (em sentido amplo) incidentes. Pode-se substituir o termo "vencimentos", sem prejuízo da compreensão, por remuneração. A propósito, recomenda-se: Mello (2003).

3 A Constituição Federal prevê, ainda, no art. 216, que trata do patrimônio cultural brasileiro, que *cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem*. No § 1º do art. 216, inc. IX, consta, ainda, o princípio da *transparência e compartilhamento das informações*.

4 *Embora concordemos com o fato de que, tecnicamente, há uma diferença entre esses conceitos* [...] *fazer essa distinção não oferece qualquer benefício prático*. (TEIXEIRA; HAEBERLIN, 2005, p. 82).

5 O Código Civil brasileiro ratifica a previsão constitucional ao dispor, em seu art. 21 (no capítulo II – Direitos de personalidade), que *a vida privada da pessoa natural é inviolável*. A respeito, refere Facchini: *Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais* [...]. *Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil* (FACCHINI NETO, 2003, p. 32).

6 O emprego do termo "agente público" (de alcance amplo) está em consonância com a melhor doutrina administrativista. Como refere Di Pietro, *agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta*. (DI PIETRO, 2005, p. 443).

7 Embora publicada em 18/11/2011, a lei entrou em vigor 180 dias após a publicação (art. 47).

8 Trata-se da última decisão tomada pelo Supremo até o encerramento deste trabalho.

9 Sem a pretensão de determinar, em caráter conclusivo, se a divulgação dos salários nome por nome atende essencialmente a anseios midiáticos – inúmeras empresas jornalísticas fizeram, e ainda vêm fazendo, forte pressão sobre órgãos estatais – ou se, de fato, decorre da pretensão de dar maior efetividade possível ao direito à informação, este trabalho partirá da ideia de que a publicação nominal decorre da intenção de dar a maior efetivida-

de possível o direito à informação, sobretudo porque, ainda que não fosse esse o intento, seria, sem dúvida, o resultado.

10 A tais previsões, pode-se acrescentar que, dentre as diretrizes estabelecidas na lei, estão (art. 3º): *I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública*.

11 Ressalte-se ser obrigatória a divulgação das informações de que trata a lei em sítios oficiais da internet (art. 8º, §2º, 3º e 4º).

12 [...] *Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas* (ÁVILA, 2009).

13 *Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.* [...] *Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes* (BARROSO, 2009).

14 A lei exigiu, ainda, a edição de regulamento para dispor sobre o tratamento da informação pessoal (art. 31, §5º).

15 Ratifica-se que não vem sendo substancialmente diversa a forma (ato administrativo, ainda que de caráter regulamentar) adotada para a publicação nominal em outras esferas de Poder.

16 A forma de divulgação foi assim determinada corresponde ao conceito mais amplo de remuneração: *as remunerações, diárias, indenizações e quaisquer outras verbas pagas aos membros da magistratura e aos servidores a qualquer título, colaboradores e colaboradores eventuais ou deles descontadas, com identificação nominal do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta os seus serviços*.

17 A resolução foi editada com base nas seguintes premissas: *considerando as competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça;* [...] *a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.157, de 18 de novembro de 2011);* [...] *a necessidade de regulamentar a referida Lei, no tocante à publicação da remuneração dos membros, servidores e colaboradores do Poder Judiciário;* [...] *o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, na 150ª Sessão Plenária, realizada em 4 de julho de 2012; resolve* [...].

18 O Supremo Tribunal Federal possui orientação tranquila no sentido de que o órgão deve atuar nos estreitos limites de seu poder regulamentar: [...] *II – No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de 'expedir atos regulamentares'. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. III – O Conselho Nacional de Justiça pode, no lídimo exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa*. (BRASIL, 2012)

19 Citem-se, apenas a título exemplificativo, as normas que tratam dos princípios da Administração Pública (previstos no art. 37, *caput*, dentre outros artigos), bem como as que regulam os orçamentos (art. 165 e seguintes).

20 [...] *Princípio da concordância prática ou da harmonização : os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto*. (COELHO, 2001).

21 *Podemos mencionar otras reglas interpretativas negativas, como pueda ser la de evitación del absurdo, regla que aparece muchas veces bajo la denominación indistinta de argumento ad absurdum o apagógico. Formulada como aquí proponemos, dispondría que de entre las interpretaciones posibles debe descartarse aquélla (o aquéllas, en su caso) que llevarían a que la aplicación de la norma así interpretada produjera consecuencias marcadamente absurdas o claramente contraintuitivas, contrarias, pues, al elemental sentido común o a la "naturaleza de las cosas", en el sentido menos metafísico de la expresión. No hay espacio aquí para extenderse más sobre esta nueva regla o sobre otras similares que se podrían traer a colación.* (GARCÍA, 2008).

22 Os efeitos negativos da publicação nominal serão mais bem abordados no próximo ponto, ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.

23 Excetuam-se, obviamente, os que ingressaram no serviço público recentemente.

24 *O princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais*. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 243). A título de referência, cumpre relembrar que, a respeito da proteção ao núcleo essencial, há duas teorias principais amplamente conhecidas: absoluta, a partir da qual se entende o núcleo essencial como um espaço livre da intervenção legislativa, definível em abstrato, *a priori*; e relativa, a partir da qual a preservação do núcleo essencial há de ser definida em cada caso, mediante ponderação, com base no princípio da proporcionalidade.

25 Não se pretende afirmar, peremptoriamente, que a medida fere o núcleo essencial do direito à privacidade, pois isso significaria afirmar que qualquer lei futura que determinasse a publicação nominal dos salários seria inconstitucional. Neste trabalho, pretende-se, sim, tomar posição em relação ao que ora se vê, atualmente, no quadro normativo brasileiro, em que a publicação nominal foi determinada diante de lei visivelmente genérica, que não fornece suporte de validade ao regulamento.

26 *Um lance de olhos sobre a Constituição Brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete*. (BARROSO, 2010, p. 205).

27 O conteúdo, *prima facie*, de um direito pode não ser o seu conteúdo definitivo quando, em virtude de um juízo de ponderação concreto, houver necessidade de restringi-lo conferindo maior peso a outros bens ou direitos (CANOTILHO, 2003, p. 349).

28 Ao examinar a possibilidade de interrupção da gestação em caso de feto anencefálico, o Supremo Tribunal Federal *esclareceu que a integridade que se colimaria alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso seria plena e que eventual direito à vida do feto anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (CF, arts. 1º, III, 5º,* ***caput*** *e II, III e X, e 6º, caput). Por derradeiro, versou que atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, determinaria garantir o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em possível ação por crime de aborto*. (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12/4/2012, Plenário, Informativo 661.)

29 O Código Penal brasileiro contempla duas formas de aborto não puníveis (art. 128): realizado por médico, para salvar a vida da gestante, ou em caso de gravidez decorrente de estupro.

30 Por todos: Silva (2002).

31 Por todos: Ávila (2003).

32 Cite-se, como exemplos de situações em que se referiu a "princípio da proporcionalidade", dentre outras, as seguintes: HC 117457 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013; ARE 727225 ED, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013; RE 609184 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013; ARE 707292 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012.

33 *Interpretacão e aplicação não se realizam autonomamente* [...] *não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém à frente de uma só operação* (GRAU, 2003, p. 84).

34 Em inúmeros casos, como refere George Marmelstein, os tribunais cometem *o erro de gastar muita tinta e papel para justificar a existência da colisão de direitos fundamentais e a sua consequente relativização, mas, na hora do pega pra capar, esquece-se de fundamentar consistentemente a escolha. Por isso, todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Entre nós, vigora a teoria da Katchanga, já que ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos* (LIMA, 2012). A crítica é compartilhada, em termos diversos, por Lênio Streck (2012). Note-se que "o mal" não é exclusivo ao Poder Judiciário brasileiro. Veja-se, por exemplo, crítica feita por Santiago Sanchez Gonzalez (2003) ao Tribunal Constitucional Espanhol: *El juicio de*

ponderación –y las técnicas asimilables aquí estudiadas- han ampliado el ámbito de actuación del Tribunal Constitucional y le han permitido alterar la distribución de poderes prevista por el poder constituyente, invadiendo esferas atribuidas a otros órganos constitucionales y mutando la Constitución. Como consecuencia de ello, no podía ser de otra manera, se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de su actuación.

35 A expressão "*hard case*", bem como a parábola do Juiz Hércules, associadas a conflito entre princípios ficaram amplamente conhecidas na comunidade jurídica brasileira a partir das obras do filósofo americano Ronald Dworkin.

36 Acerca das teorias interna e externa das restrições a direitos fundamentais, indica-se a obra de Silva (2011b, p. 126-167).

37 Em Alexy (2012), *a Lei da Ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três estágios O primeiro estágio envolve o estabelecimento de um grau de não satisfação de, ou detrimento a, um primeiro princípio. Este é seguido por um segundo estágio no qual é estabelecido o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é estabelecido se a importância de satisfazer o último princípio justifica o detrimento a ou a não satisfação do anterior. Se não fosse possível fazer julgamentos racionais sobre, primeiro, intensidade de interferência, segundo, graus de importância e, terceiro, sua relação um com o outro, então as objeções levantadas por Habermas seriam justificadas*.

38 [...] *é mais do que óbvio que deve haver uma medida concreta". Se não houver, deve ser feito apenas um 'sopesamento' entre os valores*. (SILVA, 2011b, p. 179).

39 As aspas decorrem da divergência terminológica em torno da natureza do "princípio" da proporcionalidade.

40 *A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub- regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida importância*. (SILVA, 2002, p. 34).

41 *A regra na proporcionalidade, em qualquer das suas fases (adequação, necessidade e proporcionalidade em estrito sentido), tem por óbvio pressuposto a existência de colisão de normas. De fato, de um lado, enquanto a adequação afirma que a restrição a um princípio deve se mostrar adequada para proteção de um outro princípio ou bem com ele colidente, de outro, a necessidade dispõe que entre duas possibilidades de restrição de um princípio em colisão com outro princípio, deve-se optar pela restrição menos gravosa ao princípio que será preterido. Já na proporcionalidade em estrito sentido (que R. Alexy corretamente iguala à ponderação de bens), o método pressupõe, precisamente, uma ponderação dos bens envolvidos em colisão, cujo resultado apenas será alcançado após um longo processo de argumentação e justificação dos princípios em colisão, tudo em consideração às circunstâncias ou possibilidades do caso concreto*. (GUEDES, 2012)

42 *Um sopesamento, entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar*. (SILVA, 2011b, p. 175).

43 Como refere Humberto Ávila, a dificuldade do exame da necessidade reside no fato de que *os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico". Cabe ao Poder Judiciário, segundo bem observa ao autor, todo o cuidado possível ao comparar os meios utilizados com meios alternativos, pois, "se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle da necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado* (ÁVILA, 2009, p. 114).

44 Ressalte-se que o Ministro Gilmar Mendes, na já mencionada decisão nos autos da SS 3902/SP, ainda em 08/07/2009 (antes, portanto, da Lei de Acesso à Informação), em que pese tenha determinado a suspensão da segurança, permitindo a publicação nominal de vencimentos naquele caso, ponderou: [...] *A Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional. Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores (e daqueles que dele dependem*.

45 A invasão ao âmbito de proteção seria mínima se adotada a teoria ampla do suporte fático. Poderia ser considerada até mesmo inexistente em uma concepção restritiva do suporte fático do direito à privacidade, a partir da qual se poderia argumentar que a divulgação de salários de pessoas que recebem dinheiro público, sem referência ao nome, sequer estaria protegida pelo direito à privacidade. A respeito, a título de referência, cite-se a posição de Canotilho: *se alguma diferença hoje existe, talvez seja a de que a teoria externa e do tatbestand alargado permitem adaptar-se melhor os desafios da inclusividade e da multiculturalidade com que hoje se defronta a justiça constitucional* (CANOTILHO, 2003, p. 357).

46 O Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul (http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2013/05/governo-do-estado-omite-lista-com-nomes-e-salarios-de-servidores-por-cautela-4140567.html), assim como vem ocorrendo em outros estados (http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1273265-estados-resistem-a-divulgar-salarios-de-servidores-publicos.shtml), ainda não determinou a publicação nominal.

47 Desde que, é claro, não houvesse – hipótese que seria, aliás, pouco provável – necessidade de dilação probatória.

48 *Aquele que imagina que objetividade tem que ser algo mais do que isso, ou que há métodos mais objetivos e racionais do que o sopesamento e que, ao mesmo tempo, sejam adequados para a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais em um Estado constitucional contemporâneo tem o ônus para demonstrar a viabilidade metodológica, teórica e institucional dessa suposição*. (SILVA, 2011a, p. 378).

49 Em *Maldito desembargador Alberico*, David Coimbra escreve: [...] *Eu, como contribuinte, entendo que deva saber quanto pago para os funcionários públicos, o salário máximo e o mínimo, a média salarial, tudo isso. Porque, ao fim e ao cabo, o contribuinte é o patrão do servidor público, ele tem de saber se está pagando muito ou pouco. Mas por que saber os nomes? Qual o sentido da publicação dessa informação? Saber o salário não bastaria? É preciso associá-lo a quem recebe? O que senti, ao ver no jornal a lista dos desembargadores com seus nomes e salários discriminados, foi constrangimento*. (COIMBRA, 2013)

50 Não há dúvida de que o fenômeno que aqui se percebe é o que o Prêmio Nobel de Economia em 2002, Daniel Kahneman, sintetizou, didaticamente, com a frase *what you see is all there* ("WYASIATI"): o equívoco de *tirar conclusões precipitadas com base em evidência limitada*. (KAHNEMAN, 2012, p. 112)

51 É evidente que as decisões do Supremo Tribunal Federal contribuem para a formação dessa consciência e justificam que hoje se pense que a publicação nominal é um verdadeiro **imperativo categórico**. Não obstante, a **exigência**, por parte da mídia, é anterior à ratificação da exigência pela Corte.

52 *Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto, Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade em relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes* (GADAMER, 1999, p. 405).

53 Trata-se de questão de conhecimento geral que o agir ilícito interesse muito mais ao público do que o lícito. É sabido que notícias boas não vendem jornais.

54 Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/banco_img/doc_salarios.pdf>. Acesso em: 28 maio 2013.

55 No dia anterior, fora publicada pelo jornal matéria de feição meramente descritiva: http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2013/05/tribunal-de-justica-do-estado-divulga-nomes-e-salarios-de-juizes-e-servidores-4138678.html

56 As ideias centrais da obra do autor são muito bem sintetizadas, em poucos parágrafos, pelo brilhante filósofo americano Michael Sandel (2012, p. 178).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional.* Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 1, octubre 1994, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], p. 37-49. Disponível em: <bib.cervantesvirtual.com/bib/portal/doxa>. Acesso em: 28 maio 2013.

_____. *Ponderação, revisão constitucional e representação*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 28 maio 2013.

_____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. Alicant: DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 5, 1988. Disponível em: <bib.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 28 maio 2013.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 maio 2013.

_____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205.
_____. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 maio 2013.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo. 12. ed. Malheiros. 2002.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 27621*. Relatora Min. Cármen Lúcia. Relator p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 07/12/2011. Acórdão eletrônico DJe-092. Divulgado em 10/05/2012. Publicado 11/05/2012.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
_____. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28 de maio de 2013.
COIMBRA, David. *Maldito desembargador Alberico*. 24 de maio de 2013. Disponível em : <http://wp.clicrbs.com.br/davidcoimbra/2013/05/24/maldito-desembargador-alberico/?topo=13,1,1,,,13> Acesso em 28 de maio de 2013.
_____. *O salário público dos servidores*. 13 de julho de 2012. Disponível em : <http://wp.clicrbs.com.br/davidcoimbra/2012/07/13/o-salario-publico-dos-servidores/> . Acesso em: 28 maio 2013.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 2001.
FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32.
FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999
GARCÍA Amado, Juan Antonio. Interpretar, argumentar, decidir. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28 maio 2013.
GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a mídia*: reflexos no processo. São Leopoldo: Unisinos, 2012.
GONZALEZ, Santiago Sanchez. De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 12/13, 2003. Disponível em: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf>. Acesso em: 28 maio 2013.
GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
_____. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.
GUEDES, Néviton. A ponderação e as colisões de normas constitucionais. *Revista Consultor Jurídico*, dez. de 2012. Disponível em: <http:// http://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais >. Acesso em: 28 maio 2013.
KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
LIMA, George Marmelstein. *Controle judicial dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2008. (Currículo permanente: Caderno de Direito Constitucional: módulo 5)
_____. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21646>. Acesso em: 28 maio 2013.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 111, 2003.
_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Livraria do Advogado: 2005.
_____. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32.
_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28 maio 2013.
SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, n. 91, p. 1-800, abril de 2002.
_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011a.
_____. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.
STRECK, Lênio Luiz. A Katchanga e o bullyng interpretativo no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 28 maio 2013.
TAVARES, André Ramos. Publicidade dos salários de servidores públicos: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, set. de 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/publicidade-dos-salarios-de-servidores-publicos-posicao-contraria/9320>. Acesso em: 28 maio 2013.
TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. *A proteção da privacidade*: sua aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

Artigo recebido em 31/5/2013.
Artigo aprovado em 5/8/2013.

Fábio Soares Pereira é juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.