

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS - GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

RENÉE CRISTINA HERLIN RITTER

**O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A
DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS DOS AGENTES PÚBLICOS: UM
CONFLITO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA**

**SÃO LEOPOLDO
2015**

Renée Cristina Herlin Ritter

O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A
DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS DOS AGENTES PÚBLICOS: UM
CONFLITO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientadora: Prof.^a Dra. Têmis Limberger

São Leopoldo

2015

R615d Ritter, Renée Cristina Herlin

O dever de transparência da administração pública e a divulgação de informações pessoais dos agentes públicos: um conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada / Renée Cristina Herlin Ritter -- 2015.

153 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientadora: Profa. Dra. Têmis Limberger.

1. Direitos fundamentais. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Administração pública - Transparência. 4. Interesse público. I. Título. II. Limberger, Têmis.

CDU 342.7

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS DOS AGENTES PÚBLICOS: UM CONFLITO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA”, elaborada pela mestranda Renée Cristina Herlin Ritter, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de novembro de 2015.

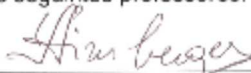


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger



Membro: Dr. Pedro Henrique Poli de Figueiredo



Membro: Dra. Regina Linden Ruaro



Membro: Dr. Marciano Buffon



Dedico este trabalho ao meu amado esposo, Diógenes Marques, meu porto seguro; aos meus queridos pais, Rudy Elmario Ritter e Carmen Renée Herlin Ritter, por serem a fonte inspiradora de minha trajetória profissional e acadêmica e a quem devo a educação pautada na honestidade e na integridade; e à minha avó, Ziléa de Araújo Herlin (in memoriam), por ter me ensinado que o amor deve estar presente em tudo que pretenda realizar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da perseverança e pela sabedoria, que foram imprescindíveis para a conclusão desta etapa, permitindo-me conciliar os estudos com as inúmeras atividades que envolvem a vida familiar e profissional.

Ao meu querido esposo, pela paciência e pelo carinho indescritíveis, pela compreensão em minha ausência, pela aceitação de minha escolha e por nunca ter me deixado só. O meu coração e a minha admiração sempre serão teus, pois tu és a minha vida.

Aos meus pais e irmãos, pelas palavras de ânimo e de conforto, pelas discussões que me conduziram ao caminho que hoje se encerra e pelo incentivo para que não abandonasse os sonhos, independentemente do tamanho dos obstáculos que os precedam.

Aos amigos e demais familiares, pela compreensão a cada ausência e pelo carinho a cada encontro.

À tia Bernadete Edith de Rosa Pinto, pelas valiosas palavras proferidas nos momentos compartilhados e por fazer com que eu acredite que todo esforço, por maior que pareça ser, traz consigo a alegria da recompensa.

Aos meus colegas de trabalho, pelo estímulo a crer em tudo que faço e por me proporcionarem bons momentos, diariamente.

Aos colegas Gabriel Joner, Rafael Köche, Sérgio Harris, Vanessa Reichert e Bárbara Costa, que tornaram a trajetória mais leve e o caminho menos tortuoso, e cuja amizade cultivada será levada para todo o resto da minha vida.

Aos amigos Gustavo André Olsson, Lenara Giron e Maria Helena Backes, pelo incentivo imensurável, pela escuta e pelo apoio fraterno em todos os momentos de dúvida ou de dificuldade.

Aos queridos Professores Doutores Marciano Buffon e Wilson Engelman, por quem minha admiração se iniciou já na Graduação, e cujos inesquecíveis ensinamentos me oportunizaram refletir criticamente sobre a vida e seus desdobramentos, dentro e fora do ordenamento jurídico.

À minha afetuosa orientadora, Professora Doutora Têmis Limberger, pelos ensinamentos transmitidos, pela parceria - dentro e fora de sala de aula - e pela confiança depositada.

E a todos que, de alguma forma, contribuíram para que esta etapa fosse concluída: muito obrigada!

Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. [...]

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. [...]

Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

Luiz Roberto Barroso¹

¹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

RESUMO

As transformações ocorridas na seara dos Estados Democráticos de Direito, ainda que positivas, também contribuíram para a crise do poder público que, ao não corresponder às novas expectativas, acarretou a fragilização da credibilidade do cidadão e o desmotivou a integrar o sistema cuja representação perdeu o *status* de instrumento capaz de enfrentar tantos desafios. Diante disso, a maior provocação proposta às democracias atuais consiste em permitir, por meio de uma rede de comunicação entre a Administração Pública e os cidadãos, o fortalecimento da participação popular ao ponto de obter-se a eficiência da atividade pública, assim como um modo de governar que está em sintonia com o povo, maior e real interessado. Nesse contexto, a transparência administrativa emerge como meio apto para fortalecer tal relação, especialmente ao fazer uso dos instrumentos tecnológicos disponíveis, estabelecendo assim a publicidade como regra e o sigilo como exceção. É por meio do método teórico-analítico, portanto, que se pretende interpretar este quadro social a partir das teorias vigentes, a fim de verificar se a divulgação de informações nos sítios da internet efetivamente contribuirá para o cumprimento do dever de transparência e do direito dos cidadãos em obter informações acerca da Administração Pública e se resultará – em contrapartida – em limitações aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade dos agentes públicos, que têm dados pessoais disponibilizados em cumprimento a referidos deveres constitucionais. O que, abrindo-se na justificativa proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para tanto, convida à discussão acerca da validade de se restringir direitos fundamentais em detrimento do que se chama de interesse público.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Publicidade administrativa. Direitos fundamentais. Interesse público.

ABSTRACT

The changes occurred in the field of Democratic States of Law, while positive, also contributed to the government's crisis by failing to meet the new expectations, leading to the weakening of the credibility of the citizens and demotivating them to integrate the system whose representation lost status of a capable instrument that faces so many challenges. Therefore, the most provocative proposal to current democracies is to allow, via a communication network between the Public Administration and the administered, the strengthening of popular participation as to obtain the efficiency of public activity, as a way to rule that fits in with the people, the ones who are the most interested. In this context, administrative transparency emerges as a suitable means to strengthen such relationship, especially by making use of the available technological tools, thus establishing public accessibility as a rule and secrecy as the exception. It is through the theoretical and analytical method, therefore, that we aim to verify whether the disclosure of information in websites effectively contribute to the fulfillment of the obligation of transparency, as well as the citizens' rights to obtain information on the Public Administration, resulting - in return - in limitations to fundamental rights to the privacy of public officials, who have personal data provided because of constitutional duties. What - sheltering on the justification rendered in the Supreme Court to do so - leads to discussion about the validity of restricting fundamental rights at the expense of what is called public interest.

Keywords: Democratic rule of law. Public accessibility. Fundamental rights. Public interest.

SUMÁRIO

ORIENTADORA: PROFA. DRA. TÊMIS LIMBERGER	0
1 INTRODUÇÃO	10
2 DO ESTADO LIBERAL À SOCIEDADE TECNOLÓGICA: O LUGAR OCUPADO PELOS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE	16
2.1 Da Modernidade à Pós-Modernidade: a evolução da organização política estatal a partir dos diferentes contextos sociais	17
2.1.1 O Estado Liberal de Direito	18
2.1.2 O Estado Social de Direito	23
2.1.3 O Estado Democrático de Direito	25
2.2 O Estado Pós-Moderno: as exigências da atualidade e o advento da sociedade tecnológica	28
2.3 Direitos Humanos: breves noções da sua origem e do seu reconhecimento	36
2.4 Os Direitos Humanos no Contexto de uma Sociedade Tecnológica: revisitando conceitos para efetivar novos direitos	42
2.5 Os Direitos Fundamentais no Cenário Brasileiro: a diferenciação conferida pela norma constitucional à intimidade e à vida privada do cidadão	50
3 A PUBLICIDADE COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO VIÉS DEMOCRÁTICO: A NECESSÁRIA RETOMADA DA COMUNICAÇÃO ENTRE O ESTADO E SEUS INTEGRANTES, A PARTIR DAS NOVAS TECNOLOGIAS	60
3.1 A Efetivação do Dever de Transparência Administrativa como Alternativa para a Crise Política do Estado Pós-moderno	62
3.2 A Participação Social para Efetivação do Estado Democrático	72
3.3 O Uso das Novas Tecnologias para a Participação Social: riscos e benefícios na formulação do viés democrático pós-moderno	78
3.4 Breves Considerações quanto aos Mecanismos de Controle Vigentes a partir das Novas Tecnologias para Fins de Democratização do Estado	85
4 A DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS EM REDE: O (DES) ENCONTRO ENTRE A TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS	100
4.1 A Vida Privada e a Intimidade do Agente Público	100

4.2 A Matéria no Judiciário Brasileiro e a Recente Decisão no Recurso Extraordinário com Agravo nº 652777	106
4.3 Interesse Público <i>Versus</i> Intimidade e Vida Privada dos Agentes Públicos: o conflito entre regras e princípios constitucionais	113
4.3.1 O Conflito entre Interesse Público e Direitos Fundamentais: breves considerações a partir das teorias tradicionais de Rawls, Dworkin e Alexy	120
4.3.2 O Direito Brasileiro e a Proposta de Relativização do Interesse Público	125
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS	142

1 INTRODUÇÃO

Ao romper com o modelo absolutista, o poder político estatal se transferiu paulatinamente das pessoas às leis, o que representou sua conversão em Estado Constitucional de Direito, segundo a formação liberal, social e democrática. Concomitantemente, também a concessão de direitos mínimos aos cidadãos foi se tornando relevante, conduzindo a garantia dos direitos humanos a toda a humanidade, assim como dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos na seara de cada Estado de Direito.

A inserção da tecnologia nas relações humanas, a industrialização e os efeitos decorrentes da globalização acabaram então por exigir dessa mesma formação política - definida como Estado - a reformulação suficiente para torná-lo capaz de atender às exigências requeridas por uma sociedade inovadora, complexa e multicultural, assim delineando a nova forma de organizar-se em comunidade, sob os contornos da chamada pós-modernidade.

Isso ocorre porque, embora as referidas transformações tenham papel significativo num todo, abarcam consequências negativas - como a poluição, a individualização, a insegurança, a exclusão digital e real - além de descaracterizarem elementos clássicos do Estado, como a soberania, o território e o povo, que se substituem gradativamente pela comunidade global, do mesmo modo como os territórios físicos pelos espaços virtuais indeterminados, ou como o povo pelas novas características e miscigenações.

Em igual sentido, a corrupção e a falta de ética governamental contribuem para que a credibilidade do cidadão na organização política vigente seja abalada, desmotivando-o a integrá-la, já que a representação acaba por perder o *status* de instrumento capaz de enfrentar novos desafios. Nesse contexto, a publicidade do poder público, que se corrobora pelo direito ao acesso do cidadão às informações de interesse de toda a coletividade, exercido por meio do dever de transparência da Administração Pública, se destaca como alternativa para o (re) estabelecimento da comunicação entre o Estado e o cidadão, legitimando o viés democrático que o reveste.

Ademais, embora não esteja expressamente previsto, o dever de transparência no âmbito da Administração Pública decorre dos princípios estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, com o intuito de obrigar o Estado a publicizar

os seus atos - excepcionando-se apenas aqueles revestidos de caráter sigiloso - o que acaba por gerar concomitantemente aos cidadãos a possibilidade de verificar o que está sendo feito com o dinheiro público efetivamente em seu benefício. A partir disso, podem ser apontados novos mecanismos que, através das novas tecnologias disponíveis, visam assegurar efetividade aos deveres supramencionados, tanto no cenário brasileiro, quanto nos outros países do globo terrestre.

Contudo, os mesmos dispositivos resultam em um aparente conflito entre o dever de transparência da gestão pública - assim como a prestação de informações requeridas a quem se pronuncia como interessado - nos termos da lei, e de outro lado, o direito fundamental à intimidade e à vida privada dos agentes públicos, como preconiza o art. 5.º, X, da Constituição Federal de 1988, mesmo que seja um dos preceitos a serem observados por determinação expressa do art. 37, § 3º, II, deste diploma legal.

Acompanhando-se o movimento, constata-se, em diversos ordenamentos jurídicos, a obrigatoriedade de que órgãos e entidades públicos promovam a divulgação em seus sítios eletrônicos na internet - e sem necessitar de provocação - de informações de interesse coletivo que estejam sob sua responsabilidade, dentre as quais, o valor recebido por seus agentes a título de remuneração e de subsídio, as eventuais ajudas de custo, as parcelas indenizatórias e as pensões previdenciárias, quando for o caso.

Ocorre ainda que, no contexto de uma sociedade marcada pelo uso das novas tecnologias, da mesma forma que se salienta como meio de facilitar a participação dos cidadãos e a fiscalização dos atos administrativos - efetivando-se o poder democrático ao devolver ao povo a sua titularidade corrompida pelos partidos políticos e sua forma distorcida de exercer o poder - tal procedimento também poderá resultar em retrocesso no que tange à efetivação dos direitos individuais, uma vez que a divulgação de dados pessoais na internet, ainda que em prol do bem comum, retira de seu proprietário a segurança e o controle sobre os mesmos, posto que alcançam distâncias inimagináveis em um espaço de tempo incalculável, tamanha a velocidade para percorrer todo o globo terrestre.

Por conseguinte, o presente trabalho tem como escopo examinar se a publicidade dos atos do Estado na rede mundial de computadores ao tempo que dá efetividade ao dever de transparência e ao direito dos cidadãos em obter - livremente ou mediante provocação - informações acerca da Administração Pública, também

resulta em restrições aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade dos agentes públicos, que têm dados pessoais disponibilizados em cumprimento a referidos deveres constitucionais. Leitura feita por meio de uma análise que decorre do direito e o envolve, mas não se preocupa com ele em si, já que está posto, possui validade e é eficaz.

Permite-se, portanto, enquadrar esta dissertação na linha de pesquisa intitulada *Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos*, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), ao buscar reconhecer a capacidade do Estado Democrático de Direito em atender às novas demandas sociais, marcadas pela virtualização das relações, mantendo-se incólume a concretização de direitos fundamentais - em especial, o da intimidade e o da vida privada. Insere-se ainda no grupo de pesquisa denominado *Administração Pública e Cibertransparência: a construção democrática dos direitos humanos*, de coordenação da Professora Doutora Têmis Limberger, ao se ocupar do enlace entre as noções de Estado e de Administração Pública, propostas pelas concepções e teorias atuais sobre poder público.

Para tanto, o estudo se subdivide em três capítulos, cujo inicial versa sobre a construção histórica, o segundo, a contextualização da hipótese apresentada, e o último, a reflexão crítica quanto ao problema proposto. À vista disso, no primeiro momento, propõe-se a delimitação histórica das sociedades até alcançarem as formas da pós-modernidade, sucessivamente passando pelos Estados modernos liberal, social e democrático. Discorre-se também sobre a evolução dos direitos humanos, acompanhando o desenvolvimento do poder político, na intenção de legitimar os direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade a toda a humanidade.

Delineado o caminho percorrido pelas sociedades até alcançarem as formas da pós-modernidade, em um segundo momento, passa-se à análise da sociedade que se forma e que enseja o que alguns estudiosos conceituam como pós-modernidade, marcada pela ruptura com antigas formulações para oportunizar espaço ao novo, ao policontextualizado, ao multicultural e ao irreversível - o que também se refletirá nos direitos humanos e no modo como se efetivam. Ao final do capítulo, analisa-se o tratamento dispensado pela Constituição Federal brasileira aos direitos fundamentais por ela considerados - em especial, à intimidade e à vida privada - que, com o passar dos tempos, revelam diferentes patamares de um mesmo direito, como o de guardar para si o que é considerado mais valioso e inatingível. Para tanto, será oportunizada

a construção histórica dos conceitos, justificando-se, ao final, sua utilização de forma não sinônima, como se detecta na teoria alemã das esferas, possivelmente utilizada pelo legislador brasileiro a prevê-los como duas hipóteses distintas dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Após as considerações iniciais, estrutura-se um estudo acerca da publicidade administrativa com base na necessidade de que a comunicação entre o Estado e o cidadão seja retomada a partir de novas tecnologias, como meio de legitimação do viés democrático fragilizado em decorrência das transformações sociais. Logo, mensura-se a transparência administrativa como forma capaz de fortalecer tal vínculo, assim como de buscar a garantia de direitos mínimos verificados no capítulo inicial.

O intuito da referida etapa do trabalho consiste em propor a releitura acerca da soberania popular a partir do uso das já mencionadas novas tecnologias disponíveis nas sociedades da informação, com o objetivo de - superados os riscos - ofertar um canal de comunicação eficiente para o fortalecimento do controle do poder público e para a efetivação dos direitos fundamentais. Ao final, o capítulo abordará os mecanismos atuais de controle social, tanto no Brasil, como em outros ordenamentos jurídicos - em especial, as Leis de Acesso à Informação que compelem órgãos e entidades públicos a divulgar em seus sítios eletrônicos na internet - e sem necessitar de provocação - informações de interesse coletivo e que estão sob sua responsabilidade, dentre as quais, o valor recebido por seus agentes a título de remuneração e de subsídio, ou eventuais ajudas de custo, ou parcelas indenizatórias, ou pensões previdenciárias, quando for o caso. Como não se trata de uma postura presente em todos os ordenamentos, os comentários priorizarão o tratamento destinado à matéria nos cenários mexicano, espanhol e colombiano, numa escolha que se justifica pela forma como se organizou nessas normas e pela excelência na aplicação que pode ser acusada em comparação às demais, ainda que sejam realidades distintas, mas que guardam traços da civil *law*.

Por fim, o último capítulo opera por meio da análise crítica da situação dos agentes públicos (ao terem divulgadas em rede informações de sua titularidade) além das consequências que o procedimento traz para a efetivação da tutela da intimidade e da vida privada - sua e de sua família. Com o objetivo de apurar a discussão no contexto do poder judiciário, parte-se para o exame da matéria especialmente após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 652777, através do qual a Corte Constitucional entendeu plenamente

legítima a divulgação da remuneração nominal dos agentes públicos - eis que fundamentada de interesse público.

A partir de então, a discussão se encaminhará para o estudo dos conflitos entre regras e princípios, revelando-se a hipótese em estudo como um caso difícil, nos termos de Ronald Dworkin, recomendando a releitura da ideia de supremacia do interesse público como frágil para a restrição de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, inclusive, se apura que, ao contrário dos doutrinadores tradicionais do Direito Administrativo, um grupo de estudiosos da atualidade tem manifestado a necessidade de que o princípio se adapte às características da pós-modernidade, tendo em vista que seu uso como fundamento para a adoção de determinados procedimentos se revela inadequado no novo contexto social que se forma.

Outrossim, a presente proposta de pesquisa se justifica à medida que busca verificar a efetivação dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada diante das obrigações impostas tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelas normas esparsas de que a Administração Pública forneça dados e informações de seus agentes públicos, para que se mantenha fiscalizada pela população e pelos órgãos específicos, através de sua constante inserção em sistemas públicos e de acesso ilimitado. Fundamentando-se em tais considerações, ao final, pretende-se responder satisfatoriamente aos seguintes questionamentos:

- a) a publicidade dos atos da gestão pública consiste em um meio adequado de concretização da soberania popular no seio dos Estados Democráticos?
- b) podem as novas tecnologias contribuir positivamente para o estabelecimento da publicidade efetiva?
- c) a falta de critérios específicos poderá resultar na violação de direitos fundamentais dos agentes públicos, em especial, o da intimidade e o da vida privada?
- d) o interesse público serve como justificativa adequada para a restrição destes direitos em prol do bem comum?

O método adotado para o desenvolvimento da pesquisa é o teórico-analítico, que visa à interpretação da realidade social em consonância com o ordenamento jurídico vigente no Brasil e em outros países. Para isso, se alicerça em matrizes teóricas que tratam da afirmação do Estado Democrático de Direito no novo contexto proposto pelo

uso das novas tecnologias da informação, tanto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como internacional. Não obstante, ainda são consultados aportes doutrinários que tratam dos direitos fundamentais - em específico, do direito à intimidade e à vida privada - no contexto de uma sociedade marcada pela tecnologia da informação.

2 DO ESTADO LIBERAL À SOCIEDADE TECNOLÓGICA: O LUGAR OCUPADO PELOS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE

A passagem histórica entre os séculos XVIII e XX foi marcada por inúmeras manifestações sociais resultantes das relações estabelecidas entre o homem e o Estado para com os demais - e a última delas, com o globo terrestre - o que fortaleceu, respectivamente, os ideais de igualdade, de liberdade e de fraternidade, e que paulatinamente (e sem significar necessariamente uma ruptura conceitual e temporal) também se refletiu no poder político estatal, passando das pessoas às leis e representando a conversão do absolutismo no poder político constitucional, com desdobramentos que resultaram em diferentes versões do Estado moderno.

Na atualidade, contudo, os desafios apresentados demandarão deste mesmo Estado uma nova reformulação, para que seja capaz de atender às exigências feitas por uma sociedade complexa e multicultural no mesmo momento em que será evidenciada a presença das tecnologias de informação, da globalização e dos outros mecanismos sociais que refletirão, inclusive, nos direitos humanos até então tutelados. Diante disso, e considerando-se que o presente trabalho abarca como escopo o de apontar a existência - ou não - de um conflito entre a proteção da intimidade de agentes públicos² que têm seus vencimentos divulgados em rede e o dever de transparência da Administração Pública em cumprimento ao princípio da publicidade, é mister descrever, ainda que brevemente, referida evolução histórica. A partir disso, se tornará possível apurar a influência das transformações sociais no desenvolvimento dos direitos humanos em cada contexto para que, ao final, se verifique a necessidade de que sejam mais uma vez adaptados à sociedade que se configura na atualidade, especialmente tecnológica.

² Para facilitar a abordagem, optou-se pela expressão *agentes públicos*, trazida por Bandeira de Mello, que bem refere: “Esta expressão - agentes públicos - é a mais ampla que pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 248.

2.1 Da Modernidade à Pós-Modernidade: a evolução da organização política estatal a partir dos diferentes contextos sociais

Os diversos aportes doutrinários disponíveis hodiernamente ainda não são suficientes para que se conceitue, de forma única, a noção de Estado. Todavia, o que não se questiona é o fato de ter sido a primeira organização política da sociedade moderna anunciada inicialmente no final da era medieval europeia, com a decadência da sociedade feudal, posto que as dificuldades encontradas na vigência do feudalismo oportunizaram o surgimento de um ideal de Estado enquanto instituição caracterizada por elementos materiais - a saber, território e povo; formais - como governo e soberania; e, para alguns doutrinadores, pelo elemento da finalidade - como a busca que justifica a sua formação, enquanto poder político. Nesse contexto, o Estado moderno resultou da passagem do poder privado representado pelos senhores feudais para o poder público - então personificado pela figura do rei - fazendo do ideal absolutista sua primeira aparição enquanto ordenamento *stricto sensu*³.

Com isso, a burguesia iniciou a incessante luta por seus interesses, encontrando na monarquia - incapaz de detê-la e interessada na arrecadação decorrente do crescimento econômico de sua responsabilidade - o amparo e o incentivo à modernização de suas atividades. Na realidade, à medida que foram conquistando forças, os burgueses mais exigiram dos monarcas, ao ponto de as demandas se tornarem moeda de troca para a sua manutenção no poder⁴. Em determinado momento, no entanto, a presença do capitalismo - resultado do fortalecimento de um novo meio de produção - requereu do poder político a elaboração de normas com equidade de aplicação que fossem capazes de garantir segurança à burguesia como classe detentora do poder econômico e, diferentemente do decisionismo do senhor feudal, que se voltava exclusivamente para os seus interesses⁵. Por essa razão, ao final do século XVIII, fomentado pelas teorias individualistas postuladas por Rousseau e pelo interesse em deixar para trás a condição de dependente da boa vontade do monarca, o movimento burguês, aliado às classes sociais menos favorecidas, propôs a Revolução Francesa.

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 28-50.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 35-71.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 51-67.

À vista disso, como principal discurso, destacou-se o de ocupar e de controlar o poder estatal a fim de operacionalizar as mudanças institucionais necessárias para o favorecimento do livre desenvolvimento do capitalismo. Ademais, a busca pela liberdade em relação ao Estado para associar-se, para expressar-se e para locomover-se também ganhou relevância: acreditava-se que, livres, os cidadãos teriam seus direitos reconhecidos e garantidos por um poder político cuja atuação estaria limitada em prol do bem comum⁶. Assim, tendo como ápice a Queda da Bastilha, a Revolução Francesa pôs fim ao ideal absolutista e, com ele, à primeira forma do Estado moderno, caracterizada por injustiças e por privilégios. Por outro lado, se fortaleceram a ascensão burguesa e o poder popular para o amadurecimento político e civil enquanto classes sociais⁷.

2.1.1 O Estado Liberal de Direito

Após a derrocada do absolutismo monárquico, surgiu a primeira manifestação do Estado de Direito que, respaldada por cartas constitucionais e fundamentada pelo fortalecimento das teorias liberais, ensejou a formação do denominado Estado Liberal. O ideal político se caracterizou pela visível separação entre a sociedade e o Estado, por meio da organização hierarquizada e da subordinação, visível pela aplicação de normas abstratas, pela divisão dos poderes, assim como pela Administração Pública burocratizada e preocupada com a segurança da propriedade e do indivíduo⁸. Na realidade, para a consolidação do Estado Liberal, a intervenção do poder político só era aceita quando necessária para a defesa da ordem social, assegurando a cada um o pleno exercício da liberdade individual, assim como a criação e a manutenção de serviços públicos indispensáveis à vida em comunidade. Assim como a ideia de que todos eram livres e iguais em direitos⁹, ainda embasou as noções contratualistas em

⁶ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-13.

⁷ Pertinentes são as palavras de Bonavides: “[...] foi no caldo desses conflitos que se fez paulatinamente a ascensão da classe burguesa, até o dia em que, levando a cabo por via revolucionária o desafio ao absolutismo, pôde ela decretar o fim da caduca sociedade de privilégios ainda presente por corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, qual apêndice morto ou cadáver de um a ordem econômica extinta: a dos feudos medievais”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 43.

⁸ Nesse aspecto, importa considerar o posicionamento de Macridis, para quem o ideal liberal deve ser denominado como ética individualista, pois manifestou-se por meio dos direitos naturais, pela qual o indivíduo devia lutar para alcançar situações de prazer e para reduzir os momentos de dor. Dessa forma, ao Estado restava o papel de defesa da ordem, e em razão disso, ao direito ordenar as relações sociais que resultassem do exercício da liberdade individual. MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1982. p. 34-63.

⁹ A igualdade liberal, segundo Dworkin, estaria acompanhada das noções de liberdade e de

que o Estado não deveria interferir na vida econômica, já que os negócios resultariam de contratos celebrados entre sujeitos livres e iguais em direitos, consolidando assim o Estado Liberal como eminentemente burguês¹⁰.

No entendimento de Araguren, a soberania do Estado se manifestou pela manutenção da ordem por meio da liberdade de mercado e pela criação de normas de direito público capazes de legitimar a segurança jurídica e a participação popular nas decisões do governo. No mesmo contexto, a Constituição representou um meio de vincular “[...] la organización estatal de acuerdo com esas características, porque el fin del constitucionalismo há sido el de poner el limite de la ley a quien tiene de hecho el monopolio de la fuerza, erigiendo así en soberanas a las leyes y no a los hombres”¹¹. A partir disso, a legalidade da administração e a separação dos poderes representaram noções marcantes.

Ao parlamento burguês cabia a elaboração de normas hábeis para representar a vontade de todos - o que se detectou apenas por um período, em que a vontade, de fato, correspondeu à da maioria da população - a serem executadas pelo Estado, cuja atuação se restringia a tal exercício. Pode-se referir ainda que o direito positivo, na ordem jurídica burguesa, também teve como escopo assegurar a previsibilidade e a racionalidade nos trâmites dos interesses econômicos privados, além de substituir a vontade do soberano nesse sistema liberal. Por tudo isso, se diz que o novo estado burguês não governou por meio de atos individuais em proteção a determinados grupos, mas de leis gerais aplicadas de forma igual a todos¹².

Especificamente no que tange à separação de poderes, como aludido, o intuito era o de proteger o poder político e os direitos e as liberdades que o efetivaram, e que se fortaleciam nas teorias de Locke, de Rousseau, de Montesquieu e de Kant, partindo de diferentes conceitos que acreditavam que o enfraquecimento por meio da divisão da soberania em diversos poderes engrandeceria um sistema plural e corroboraria a tutela dos direitos do indivíduo frente ao Estado. Nesse panorama, Locke (crente na

comunidade, pelas quais a igualdade seria o valor decorrente dos recursos do indivíduo e das oportunidades que a ele são oferecidas, enquanto a liberdade estaria calcada na realização de vontades individuais respeitando-se os direitos dos demais e, por fim, a comunidade, que consistiria na aplicação destes outros dois sentimentos de forma compartilhada em sociedade, sem que isso resultasse na limitação da liberdade de cada indivíduo. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 291-329.

¹⁰ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-27.

¹¹ ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madri: Civitas, 2004. p. 39.

¹² NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

ideia de preservação de direitos naturais do homem por meio da limitação do exercício do poder) foi o primeiro dos teóricos a impetrar sua separação em esferas - quais sejam, a executiva, a federativa e a legislativa. A justificativa consistia em robustecer o poder decisório em prol da conveniência e do interesse público quando as leis não fossem suficientes, afastando-se o arbítrio dos governantes absolutistas que, diante da insuficiência de normas escritas, ofendiam o bem comum¹³. Contudo, para o pensador, referida limitação decorreria do bom senso e da virtude dos governantes como um consentimento resultante do direito natural - o que, embora considerado utópico, fortaleceu a Revolução Gloriosa e resultou no advento do Estado Liberal inglês em que o poder do rei se manifestou efetivamente limitado pelos demais¹⁴.

Já Montesquieu defendia a visão mais extrema em relação ao absolutismo: contrariamente à tradição e às manifestações moderadas, lecionou que a divisão de poderes deveria ser prática, efetivamente delegada a agentes públicos, independentes entre si e divididos em:

- a) executivo (das coisas que dependem do direito das gentes);
- b) legislativo; e
- c) judiciário (daquelas que dependem do direito civil).

Como a partir da sua teoria um poder controlaria o outro, nenhum ficaria desprovido de controle, dificultando a ofensa aos direitos humanos que surgiriam posteriormente¹⁵.

Rousseau, por sua vez, compartilhava do entendimento de Montesquieu, em especial, acerca da discordância das arbitrariedades do Estado, controlável por uma separação entre os poderes que o compunham. Suas ideias nasceram do valor indisponível da igualdade conferida a um cidadão naturalmente livre e da soberania popular como legitimadora da vontade do Estado¹⁶. E, por fim, Kant admitia em todo Estado a presença de uma única vontade geral, voltada à proteção jurisdicional, assim como de três poderes políticos, sendo i) o primeiro deles o executivo, que,

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-88.

¹⁴ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-84.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-88.

¹⁶ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-84.

representado pelo governante, se concretizaria pelo exercício do cumprimento à lei; nessa linha, ii) o segundo decorreria da soberania e corresponderia ao papel do legislador; e iii) o terceiro estaria personificado na pessoa do juiz e teria como atribuição a de dar aplicabilidade à norma¹⁷. Sua teoria - principalmente no que diz respeito ao imperativo categórico - ainda respaldou a formulação de direitos fundamentais embasados na liberdade e na dignidade como qualidades inerentes à natureza humana¹⁸.

Além da separação de poderes¹⁹, como visto, os estudiosos e suas ponderações contribuíram para o fortalecimento do conceito de direitos individuais - o que será objeto de estudo, posteriormente - inicialmente manifestados pelo direito à liberdade e à propriedade, sendo a primeira entendida como a possibilidade de aquisição e posse, e a segunda de ser um agente economicamente inserido²⁰. Em suma, o Estado Liberal pode ser definido a partir do que Macridis denominou como núcleos do liberalismo, em que um consistiu no núcleo moral e visou garantir ao homem o respeito e a realização pessoais, por meio da concessão de um grupo de valores e de direitos essenciais à própria natureza humana, como a liberdade, a dignidade e a vida. O outro núcleo apontou para os direitos políticos voltados à democracia representativa, à participação popular e ao sufrágio, que designaram a noção i) de consentimento individual; ii) de representação - políticos eleitos pelo povo para a tomada de decisões; iii) de constitucionalismo - documento capaz de formalizar a limitação e a divisão do poder e de validar a tutela de direitos fundamentais; e iv) de soberania popular.

O consentimento individual (cuja essência encontra origem na teoria de Locke) decorreria da assunção de contratos para a proteção dos direitos clássicos, aceitando suas cláusulas e suas consequências. O indivíduo aceitava se sujeitar aos poderes - o executivo, o legislativo e o judiciário - apenas porque eram os responsáveis pela

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 89-118.

¹⁸ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-84.

¹⁹ Posteriormente, a separação dos poderes foi respaldada pela Declaração dos Direitos do Homem, que por expressa previsão no art. 16, a definia como condição de validade da própria Constituição ("Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão -1789. [S.l.], 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

²⁰ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das a venturas e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-27.

tutela de seus direitos²¹. Por consequência, o núcleo econômico voltou-se para os direitos econômicos e de propriedade - ideais basilares da própria ideologia liberal. Aqui, procurou-se fortalecer o direito de os cidadãos consumirem, estabelecerem contratos, acumularem riqueza, herdarem bens, produzirem, disporem livremente no mercado e sobre sua propriedade. Destarte,

O ponto de encontro de várias vontades individuais, onde são feitas as relações contratuais, é o mercado. Aí, o indivíduo - o célebre 'homem econômico' -, motivado pelo auto-interesse (sic), compra e vende, contrata trabalhadores, toma emprestado e empresta dinheiro, investe em companhias de sociedade anônima ou empresas marítimas, e encontra emprego. O mercado reflete a oferta e a procura de bens, e isto, por sua vez, determina os seus preços²².

Nessa perspectiva, detecta-se uma gama de liberdades pessoais (de expressão, de pensamento e de religião, pelas quais o homem se protegeu do governo); civis (que autorizaram a participação e a autonomia); e sociais (que ofereceram ao homem condições de alcançar seus objetivos de acordo com suas virtudes e potencialidades), as quais se preocuparam com a possibilidade de progresso e de mobilidade do cidadão em determinada carreira profissional, alcançando certa posição na comunidade em consonância com os seus investimentos pessoais²³.

Entretanto, a tese liberal de que a economia e a sociedade proporcionariam condições de liberdade igual para todos, de forma natural, superando as noções de justo e de injusto, acabou não se confirmando. A mesma força despertada pela burguesia nas demais camadas sociais acabou formando uma massa reivindicadora que, diante da falta de resposta do Estado às novas necessidades, passou a impor direitos de cunho social. Por tudo isso, pode-se deliberar que a proposta de Estado liberal foi estritamente formal, voltada à tutela de direitos da personalidade, ao individualismo e à livre economia, neutro e alheio à iniciativa social, alcançando seu ápice com a Revolução Francesa contra a ordem monárquica e aristocrata vigentes, até então. Segundo Schmitt, nada mais se formalizou do que a visão burguesa do

²¹ MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1982. p. 34-63.

²² MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1982. p. 41.

²³ MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1982. p. 34-63.

poder político, sustentada pela soma de átomos entre Estado e sociedade, pela qual esta deteria o poder apenas teoricamente²⁴.

2.1.2 O Estado Social de Direito

Já no curso do século XX, percebendo que sua força havia sido utilizada para o crescimento econômico sem ter alcançado, em contrapartida, a liberdade efetiva, as classes proletárias se uniram para reivindicar melhores condições de trabalho, de saúde, de educação, dentre outros direitos sociais, levando o ideal liberal ao declínio e a burguesia a dar espaço ao diálogo e à intervenção do Estado para confirmar políticas públicas mínimas aos marginalizados que - quisessem ou não - sintetizavam a força que mantinha o crescimento econômico²⁵.

Ademais, a formulação de um Estado do bem-estar - também chamado, na nomenclatura americana, como *welfare state*²⁶- destinou-se basicamente a conceder ao Estado de Direito um viés social não apenas incomodado com a miséria de algumas classes, mas também a distribuir igualmente bens, a promover o bem-estar de todos, além de viabilizar educação, lazer e desenvolvimento. Nas palavras de Streck e Bolzan de Moraes, sintetizou um modelo que garantiu “[...] tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”²⁷.

Além do que, o Estado deixou de cumprir sua condição de *laissez faire* para fomentar o potencial econômico das sociedades em que se fazia presente, através da modernização de escolas e de fábricas e da promoção da educação técnica adaptada às necessidades do novo contexto industrial que se revelou²⁸. Doravante, as primeiras formas do Estado de bem-estar se sucederam no âmbito alemão, o qual procurou garantir indenizações por acidente de trabalho e seguro-saúde ao proletariado e aos menos favorecidos. Como principal objetivo, as medidas preconizavam a manutenção

²⁴ SCHIMITT, Carl. *Verfassungslhre* apud BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-88.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 22-184.

²⁶ A fim de evitar repetição no texto, serão empregadas diversas terminologias utilizadas pela doutrina, a fim de denominar o Estado Social, dentre as quais, Estado providência, Welfare State ou até Estado do bem-estar social.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 79.

²⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1-76.

da renda, mesmo diante da incapacidade para gerá-la (oriunda de problemas de saúde ou etários do trabalhador) e a adoção de noções de previdência pública ou até de aposentadoria - inicialmente concebíveis aos deficientes irreversíveis e aos idosos empregados - o que se expandiu para os demais países, semelhante e sucessivamente²⁹.

Como ponto comum, os defensores do *welfare state* visaram às condições adequadas de existência, o que tomou especial forma nas Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), pelas quais se direcionou ao Estado o dever legal de intervir positivamente na economia e na forma de organização social, ao ponto de promover a consolidação da sociedade solidária - diferentemente daquela em que, organizada na ideologia do Estado Liberal, o papel se restringia à manutenção da ordem, da paz e da liberdade dos indivíduos. Outrossim, a partir do momento em que se autorizou ao Estado referidas intervenções (anteriormente, de responsabilidade do setor privado e cujo custeio ficava a cargo da burguesia) verificou-se avanço na qualidade dos serviços básicos e das infraestruturas sociais, como a construção de estradas, a ampliação de fábricas, a criação de redes de saneamentos, dentre outras questões que colaboraram ainda mais para o crescimento econômico. Assim, entre 1945 e 1975, vivenciou-se o fortalecimento significativo desse modelo, o que leva Kerstenetzky³⁰ a cognominar o período como os “anos dourados do Estado do bem-estar”, mediante a noção universalista de direitos - e não mais exclusivamente voltada aos mais pobres ou aos trabalhadores³¹.

O contexto de reconstrução de muitos países atingidos pela Segunda Guerra Mundial - caracterizado por baixos níveis de desemprego, em contraponto às altas ofertas no mercado de trabalho - também cooperou para a idealização de reformas políticas valendo-se dos ideais keynesianos³², a fim de fomentar o emprego, a

²⁹ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 5-57.

³⁰ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 5-57.

³¹ No âmbito brasileiro, a formação desse ideal político, mesmo que não exatamente na mesma época que os demais, seguiu a lógica dos precursores, estando o Brasil entre os primeiros países - no âmbito da América Latina - a estabelecer um sistema de seguridade social. Contudo, durante o século XX, os primeiros integrantes a instituírem seus Estados de bem-estar o seguiram expandindo-se em todas as searas, enquanto neste a ampliação seguiu mais vagarosa. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 177-210.

³² Termo utilizado para referir o ideal econômico difundido pelo economista britânico John Keynes, nos anos de 1930, que defendia um Estado intervencionista em que os mercados livres proporcionariam emprego e desenvolvimento social. Suas ideias tomaram força, em especial, após a Segunda Guerra

economia e, em consequência disso, a instituição de serviços públicos básicos. Contudo, mesmo que o cenário tenha incentivado o aperfeiçoamento das sociedades envolvidas, também ensejou situações que o enfraqueceram, como a poluição, a destruição da natureza, o subemprego, o trânsito, dentre outras demandas que geraram reflexão quanto à necessidade de uma forma de Estado capaz de gerir os custos dessa nova sociedade crescente - e até então, produtiva - razão pela qual

O desafio não estaria em escolher entre sistemas universais e focalizados como antes, mas em criar uma infraestrutura dentro da qual fossem oferecidos serviços seletivos aceitáveis, baseados em critérios de necessidades de categorias, grupos e territórios específicos, e não tendo como escopo teses de meio, portanto, sem promover um 'assalto à dignidade humana', e divisões sociais que gerassem dois padrões de serviços para uma nação dividida³³.

No segundo pós-guerra, as manifestações sociais passaram a sinalizar a necessidade de se acrescer ao ideal de Estado de Direito um viés democrático, com o intuito de garantir a concretização de direitos sociais, sem postergar a legalidade. A intervenção pleiteada estaria amparada na garantia de melhora na situação social dos cidadãos, em especial, no que tange à igualdade. Com a democratização das relações (e até da política), formam-se novos grupos e conseqüentemente novas necessidades e reivindicações, impulsionando um movimento pela adoção de posturas políticas suficientes para respondê-las, num quadro que, especialmente entre as décadas de 1980 e de 1990, se converteria em dificuldades a serem enfrentadas pelo *welfare state* para a sua própria manutenção e desenvolvimento, abrindo espaço ao Estado caracteristicamente democrático e voltado à participação popular.

2.1.3 O Estado Democrático de Direito

Superando-se a forma de Estado Liberal de Direito e inspirando-se pelos ideais do Estado Social (mas sem se reduzir à posição de garantidor de melhores condições de existência aos indivíduos), surge um modelo democrático do Estado de Direito como transformador da realidade, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck, cujo

Mundial, podendo ser verificadas principalmente em grandes economias ocidentais. NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³³ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 27.

[...] conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto de democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência³⁴.

Em vista disso, a democracia assume uma postura que não se resume a um valor-fim, mas como meio e como instrumento de concretização de princípios indispensáveis para o bom convívio em sociedade. Oposta à noção abstrata e estática, confirmou-se como processo garantidor das noções de povo e de direitos básicos e indisponíveis que se fortaleceram ao longo da história. Dentre as características que marcaram o advento do novo momento na evolução do poder político, ganham destaque i) o uso da Constituição como instrumento basilar do ordenamento jurídico; ii) a organização da sociedade de forma essencialmente democrática; iii) a garantia de direitos fundamentais - tanto individuais, quanto coletivos - previstos neste diploma normativo; iv) a busca pela justiça social a fim de proporcionar a redução e/ou a correção das desigualdades, com igualdade substancial e mais justa separação de poderes, segurança jurídica e legalidade

Igualmente e diferentemente do modelo do Estado Liberal de Direito - em que não há correspondência entre o interesse do povo e o visado pelo Estado - ou do Estado Social de Direito - que se fundamenta pela noção de distribuição igual de direitos mínimos sem necessidade de clamar-se por eles, embora sejam inerentes à condição humana - no âmbito do Estado Democrático, vê-se a busca constante pela prevalência da soberania popular, contando com a intervenção efetiva de seus integrantes, não apenas quanto ao exercício da representação consubstanciada na ida eventual às urnas. Isso se dá porque o conceito clássico de separação entre os poderes em que estavam autorizados controles verticais e horizontais, como desenvolveu Karl Loewenstein, também manifesta modificações. O outro, presenciado em momento anterior, se operava mediante o controle recíproco entre os poderes (interorgânico) ou entre os órgãos integrantes de um mesmo poder (intraorgânico). Porém, com a democratização que delega a fiscalização da gestão

³⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98.

pública à sociedade, se fortalece o controle vertical, caracterizado por uma linha ascendente e outra descendente entre os componentes da comunidade e do Estado³⁵.

O modelo, portanto, além de se propor a aperfeiçoar os moldes anteriores com o uso de textos constitucionais vigentes e a oferta de condições de transformação da realidade social também proporcionou a retomada das promessas não cumpridas pelo Estado moderno³⁶, visto que o viés democrático por ele assumido o manteve (e mantém) em constante lapidação. Nesse sentido, ainda que de difícil conceituação, se propôs que as regras autorizassem a tomada de decisões fomentada no interesse comum e ditassem os procedimentos que deveriam ser observados para isso³⁷.

Como consequência, retoma-se a ideia de cidadania que, inicialmente presente na Grécia clássica, refletia a situação do homem como integrante da *pólis* e que se constatava na própria conceituação do indivíduo como animal político, pela qual Aristóteles expressava a noção de humanidade e de pertencimento a uma comunidade. Já no contexto romano, a ideia de cidadania se amplia, emergindo como decorrência do vocábulo latino *cives*, pelo qual se denominava a posição ocupada pelo homem na *civitas*, acompanhada de um grupo de direitos e de deveres dos seres livres da República³⁸.

Segundo Fustel de Coulanges, a cidade simbolizou a primeira tentativa de organizar a *vida boa* dos indivíduos, ou seja, a possibilidade inicial de contar, mesmo que de modo rudimentar, com uma série de elementos que contribuíram para tornar a convivência mais agradável, principalmente marcada pela existência de comércio, de ruas, de praças, de mercados, dentre outras possibilidades de convívio e de lazer de

³⁵ LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública, uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti dos (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 203-218.

³⁶ Bobbio apresenta o termo a fim de denominar as promessas apresentadas pelos idealizadores da intervenção democrática no Estado, mas que, ao longo de dois séculos, mostram não terem sido realizadas. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

³⁷ Ao referir-se à forma mais recente de Estado Democrático de Direito, Afonso da Silva o conceitua como Estado de Justiça Material, pois dá origem a um processo de adesão de toda sociedade no controle aos atos da Administração Pública. Mais que a coesão entre os modelos democrático e o de direito, o Estado Democrático de Direito propõe um novo conceito, presente em uma sociedade livre, solidária e justa, em que o poder é exercido pelo povo, dele emana e visa à concretização de direitos para o seu próprio bem. Concomitantemente a isso, essa sociedade democrática é crescentemente participativa, como referido, observada a diversidade de ideais e um constante diálogo de opiniões, convergentes ou não. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112- 46.

³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2003. p. 24-26.

seus cidadãos³⁹. Foi com o iluminismo europeu, no entanto, que o conceito de cidadania recebeu novo significado. Se observada sua formação, a cidadania da era iluminista representou uma importante ferramenta para a alforria política e jurídica daqueles considerados cidadãos para a época, refletindo, inclusive, em seus processos revolucionários, embora também tenha fortalecido o abismo existente entre a concretização de direitos dos titulares dessa condição social e os não assim considerados.

Para Kant, a cidadania reflete o sentimento de pertencer a um Estado de Direito por parte de seus nacionais, oportunizando um conjunto de direitos e de deveres. O vínculo se corrobora posteriormente pelo desenvolvimento da doutrina publicista, assim como do constitucionalismo dos Estados de Direito, como o direito à nacionalidade e à participação política que emergem dessa relação jurídica, o que ganha força na Revolução Francesa, a qual, vista como a revolução dos cidadãos, consolidou o conceito como denominador de um conjunto de direitos e de liberdades que correspondem aos membros de um Estado de Direito⁴⁰.

Com a percepção de que o Estado de Direito é a forma política em que os poderes atuam divididos e submetidos à legalidade garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos, os quais passam a formar o fundamento da sua própria legitimidade e o conteúdo inseparável da consciência cidadã, Kant destaca que a situação de cidadãos - considerada como puramente jurídica - ainda encontra fundamento i) no princípio da liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem; ii) na igualdade dele mesmo frente a qualquer outro; e iii) na independência que possui, ao assumir a condição de indivíduo inserido e atuante em um modelo democrático de poder⁴¹.

2.2 O Estado Pós-Moderno: as exigências da atualidade e o advento da sociedade tecnológica

Delineada a evolução histórica do Estado moderno em sua roupagem constitucional, e definidos os direitos e os valores que se alinham ao

³⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁴⁰ KANT, Immanuel apud PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 30-47.

⁴¹ KANT, Immanuel apud PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 30-47.

desenvolvimento, reúnem-se os aportes necessários para que se avalie criticamente a sociedade atual, em que a tecnologia se incorporou à vida e à sociedade de tal forma que, para que sejam entendidas, dela dependam. Por conseguinte, nas palavras de Moreira Neto,

[...] os processos sociais já não mais fluem conectados linearmente, sob a lógica de uma comunicação hierarquizada, transmitida em forma de pirâmide, o que se afeiçoava e servia de conveniente modelo a uma disposição estamentária das sociedades, mas, distintamente, se interconexionam, organizados em redes, o que delas faz, na tersa expressão de Manuel Castells, [...] ‘a grande morfologia social de nossas sociedades’ e, por isso, “fonte de drástica reorganização das relações de poder”⁴².

Com efeito, a atualidade se evidencia pela constante alteração nos contextos político e social, responsáveis por relativizar conceitos jurídicos anteriormente inquestionáveis. Igualmente, a luta pela concretização de direitos humanos e o surgimento de órgãos normativos e/ou de tribunais internacionais ensejam situações que enfraquecem a soberania dos Estados à medida que transferem para o espaço transnacional o local de decisão e a tutela de direitos⁴³. No mesmo sentido, a diferenciação clássica entre as esferas pública e privada, assim como entre os contextos nacional e internacional, é relativizada. Ao se deparar com o processo de globalização que proporcionou a aproximação entre as diferentes realidades locais (e também mundialmente, entre as mais diversas realidades nacionais) se desperta a preocupação de atores sociais antes silentes, ainda que distantes fisicamente do problema apresentado. Em razão disso, submetido à interconexão com os demais países, da forma como atualmente se apresenta, o Estado-Nação se vê superado, para revestir-se de um viés transnacional⁴⁴.

No mesmo tema, Bobbio examina a ideia de fortalecimento de um superestado mundial superior a todos os existentes, capaz de reduzir conflitos globais e, por meio da noção de *domestic analogy*, entende que assim como foi necessário abrir mão da

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327.

⁴³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz et al. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 09-31.

⁴⁴ RODRIGUES, Saulo Tarso. O direito Internacional dos direitos humanos e racionalidade ocidental (razão indolente): a epistemologia e a política ocidental no novo modelo hegemônico de democracia (governança) global. **Direito em Debate**, Ijuí, ano 12, n. 21, p. 91-107, 2004.

força individual para a extinção do estado de natureza, transferindo-a ao Estado, hoje se observa a necessidade de transferir-se a autoridade do Estado-Nação a um poder superior, global e assimilador de todos os demais ordenamentos, com a mesma soberania vivenciada pelos cidadãos em relação aos de que fazem parte⁴⁵.

Como postula Bauman, “[...] o tripé da soberania foi abalado nos três pés”, sendo, de todos, o da economia o mais atingido, uma vez que, sem condições de guiar-se fundamentado apenas em seus interesses políticos, o Estado nacional passou a depender de outros ordenamentos nos quais não conseguiu interferir a fim de fazer prevalecer exclusivamente seus interesses. E conclui que

O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’ de Jowitt com outro nome⁴⁶.

O que se verifica com tranquilidade, como aponta Held, é que os efeitos da globalização⁴⁷ e da evolução tecnológica que dela decorre efetivamente fragilizaram a limitação territorial do Estado. Sua capacidade de inserir ou de excluir indivíduos da tomada de decisões locais nesse novo contexto o deixa inabilitado para responder às demandas relevantes para todo o globo terrestre, cujo tratamento dispensado internamente poderá refletir em um espaço normativo além do espaço nacional. Ademais, ao contrário do que muitos esperam, a globalização pode não contribuir para a integração universal entre os países, tampouco proporcionar uma sociedade homogênea nos diferentes setores, porque ainda que possa corroborar o seu desenvolvimento em algumas situações, em outras poderá fragmentá-la, como se pode atestar que

⁴⁵ BOBBIO, Norberto apud ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Florianópolis: Conceito, 2010.

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 63-67.

⁴⁷ Para Moreira Neto, a globalização pode ser vista a partir de duas linhas interpretativas. A primeira delas, enquanto fato, refere-se à ampliação dos interesses do homem na condição de agente social e de possível detentor do poder. Já a segunda, como valor, poderá se apresentar como algo bom ou ruim, como um movimento contrário ou a favor de um mundo melhor. Assim, não sendo possível precisá-la, seja como valor ou como fato, a globalização está sujeita a diferentes interpretações, ficando em cada caso e dadas as circunstâncias concretas a critério do interlocutor a sua leitura. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 325 a 350.

Las consecuencias son preocupantes, no sólo em lo que atañe al consentimiento y la legitimidad, sino también a todos los elementos clave de la democracia: la naturaleza de la circunscripción electoral, el significado de la representación, la forma y el alcance adecuados de la participación y deliberación política y la relevância de la nación-estado democrática como garante de los derechos, los deberes y el bien estar de los sujetos. El próprio proceso de gobierno parece escapar a las categorías de la nación-estado. La interconexión regional y global impugna las tradicionales soluciones nacionales a las cuestiones básicas de la teoría y la práctica democráticas⁴⁸.

A globalização e sua irreversibilidade, logo, levam o Estado atual à crise, ao fracasso e à incapacidade para gerir um ordenamento suficientemente eficaz para o enfrentamento dos novos desafios. Simultaneamente ao processo político e econômico de integração do globo terrestre e de flexibilização de valores e de princípios há muito vigentes, se nota a generalização de um processo de virtualização da informação e da comunicação, marcado pela presença de novas tecnologias, o que, como defende Lévy, irá afetar, não apenas o funcionamento da sociedade atual, da economia, da sensibilidade dos indivíduos e do exercício da sua inteligência, como também a forma de se relacionar enquanto seres humanos e de se organizar enquanto comunidade. Calha ponderar que não se trata de um processo bom ou ruim, mas neutro, o qual deve ser entendido e pensado como um todo, indispensável para a formação da realidade moderna⁴⁹.

A sociedade que se apresenta, portanto, denominada como “sociedade da informação”, “sociedade informatizada” ou “era da internet”⁵⁰, entre outros termos, ao ponto em que estabelece uma nova forma de viver os valores democráticos que reforça a participação dos indivíduos na atuação dos governos, também traz novos riscos à proteção de direitos e de liberdades, em especial, no tocante à violação da intimidade e da vida privada de cada cidadão. Inclusive por isso, a nova estrutura se faz necessária à atuação transdisciplinar de searas - como direito, ciência, economia e política - ao tempo em que exige de seus usuários a atitude crítica, consciente, responsável e reflexiva em rede. Por exemplo, não há, como ao descobrir-se a eletricidade, a certeza de uma transmissão local, estável e inerte. Em razão disso, especificamente no âmbito dos Estados democráticos, os quais transbordam em

⁴⁸ HELD, David. **Modelos de democracia**. 3. ed. Madrid. Alianza, 2007. p. 410.

⁴⁹ LÉVY, Pierre **¿Qué es lo virtual?** Tradução de Diego Levis. Barcelona: Paidós, 1999. p. 13-28.

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Valores democraticos y redes sociales. In: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Org.). **Construcción Europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2013. p. 117-240.

desafios oriundos destas e de outras tantas exigências, as novas tecnologias podem vir ao encontro da sua reformulação, aperfeiçoando-os e tornando-os aptos a concretizar seus deveres, já que se espera que facilitem a comunicação entre o poder público e o cidadão, fortalecendo a democracia que os embasa.

Todas as questões supracitadas resultarão no que Chevalier chama de pós-modernidade e refletirão nas organizações político-jurídicas da sociedade ao ponto de anunciarem um novo modelo de Estado - qual seja, o Estado pós-moderno. A opção pela denominação - justifica o estudioso - objetiva afirmar as tendências presentes nos Estados, adequadas à intensidade com que as transformações se revelam em cada um deles⁵¹. Para isso, parte do pressuposto de que as modificações sociais da atualidade não podem ser analisadas isoladamente, pois definem a crise do Estado moderno como um todo, de seus valores e de suas instituições, ao tempo em que também proporcionam a construção de um novo modelo disposto a dar conta dessas transformações. Nesse espectro, depreende que

[...] as sociedades contemporâneas parecem ter entrado numa nova fase. De um lado, assistimos à perturbação do conjunto dos equilíbrios sociais: revoluções tecnológicas (expansão das tecnologias de informação e de comunicação, desenvolvimento de biotecnologias...), mutações do sistema produtivo (papel crescente desempenhado pela informação, declínio da indústria em proveito dos serviços, deslocalização das unidades de produção, adaptação das formas de trabalho...), transformações da estratificação social (refluxo do campesinato, explosão do mundo do operariado, multiplicação de empregos ditos 'intermediários'...), inflexão dos comportamentos [...] e de relações sociais que, nas sociedades dominadas pela urgência e caracterizadas por uma dinâmica permanente de mudança, tendem a ser vividas sob o modo da instantaneidade, sob o signo do efêmero. Por outro lado e correlativamente, assistimos a um movimento contraditório de concomitante radicalização e enfraquecimento do sistema de valores que foi a vanguarda e a base da modernidade⁵².

Beck assim propugna que não se estabelece a pós-modernidade, mas a segunda modernidade: tardia, reflexiva e caracterizada pelo mundo polarizado, pelos riscos, pelos contextos diversos e pelas inúmeras demandas sociais que, embora frequentemente sejam enfrentadas por todas as sociedades, assumem um processo administrativo e técnico de decisões com consequências universais⁵³. Nesse sentido,

⁵¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 10-22.

⁵² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16-17.

⁵³ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997. p. 11-72.

ênfatiza o fim da sociedade industrial para a ascensão de outra, significativamente global, em que a ação humana se mostra produtora de ameaças e de danos, em lugar e tempo diversos daquele oriundo do fato (e que antes parecia impossível).

Os fenômenos da globalização, da individualização, da revolução do gênero e o surgimento de riscos modificam os paradigmas da sociedade industrial, tornando questionáveis os fundamentos de uma ordem política e econômica inerte e supostamente inalterável, que acaba clamando por mudanças de referenciais, até então imprevisíveis. Isso posto, cumpre dizer que a modernização reflexiva não ocorre com o distanciamento do modelo anterior, mas se deriva do superdesenvolvimento da sociedade industrial. Em razão desse pressuposto, Beck divide o modelo de modernização em dois estágios: o da reflexividade e o da reflexão, em que o primeiro se refere à passagem autônoma e inesperada do modelo social anterior para o de produção de riscos, sem reflexão ou intencionalidade, ultrapassando a consciência e o saber; enquanto no segundo passa-se a ter monitoramento reflexivo, com a verificação dos acontecimentos e a sopesagem de suas consequências, o que se aconselha para a obtenção de resultados mais positivos⁵⁴.

Chevalier se mantém contrário ao entendimento, ao inferir que, da mesma forma que se pode falar em hipermodernidade, com a potencialização das questões sociais que marcaram a modernidade (com o individualismo como principal exemplo) também pode ser vista como a antimodernidade, pois, ao desvincular-se de alguns dos valores anteriormente vigentes, revela-se insuficiente a ideia de continuidade para defini-la, num posicionamento em que se respalda o presente trabalho, ainda que seja válido e aceitável, para algumas questões em discussão, aquele manifestado por Beck.

Não obstante, alguns pensadores apontam benefícios decorrentes dessa nova reformulação social, notavelmente no que concerne ao uso das novas tecnologias no âmbito dos Estados Democráticos de Direito que se mantêm na pós-modernidade como meio capaz de oportunizar o seu fortalecimento. Tal hipótese revelará, conforme assevera Pérez Luño, uma versão forte da cidadania, mais sólida e presente em um maior número de searas da vida pública, num viés do Estado pós-moderno que se

⁵⁴ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997. p. 11-72.

configura, por isso, como opção de aperfeiçoamento do processo político das sociedades ditas democráticas, valendo-se, para tanto, das tecnologias existentes⁵⁵.

No âmbito ético/moral, aponta-se a utilização das redes de comunicação para auxiliar na construção de preocupações coletivas, aumentando o senso de solidariedade e estimulando o respeito aos serviços públicos, aos bens comuns e à condição de cidadão⁵⁶, até porque a ideia de bem comum se volta aos recursos que pertencem a todos e a ninguém simultaneamente, ou como nas palavras de Martín, “[...] las cosas que heredamos y creamos conjuntamente y que esperamos legar a las generaciones futuras”⁵⁷.

Esse ideal solidário há muito é trabalhado por Rosanvalon, que concebe a pluralidade como única forma para a manutenção do Estado, ou seja, por meio da combinação de diferentes conceitos como o de Estado, de igualdade, de mercado, de lucro e de desigualdade. Sua essência deve fitar, em razão disso, “[...] aproximar a sociedade de si mesma. Trata-se de torná-la mais densa, de multiplicar os locais intermédios de composição social, de reinserir os indivíduos em redes de solidariedade direta”, o que exige, conforme o estudioso, a multissocialização que resulta na ampliação da liberdade de cada indivíduo - parte integrante, dependente e indispensável para a existência do poder político democrático⁵⁸.

Contempla-se no contexto, uma sociedade marcada não apenas pela emergente necessidade de que a atuação do poder público seja revista, como também pelo desenvolvimento das tecnologias da informação, ao ponto de permitir aos diferentes grupos, interconectados, inibir fórmulas políticas prontas e reiteradamente presentes, porque levaram - e levarão - sempre a um mesmo caminho: um modelo de representação antidemocrático, a favor de um único grupo e de seus interesses⁵⁹.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2003. p. 49.

⁵⁶ Termo utilizado por Sunstein, para quem a conclusão evidente é de que, se os indivíduos vivem em um sistema no qual buscam exclusivamente a satisfação de seus interesses individuais, não terá acesso (tampouco resposta) no que diz respeito ao bem comum. Em contrapartida, as experiências vivenciadas em rede tornam possível uma coesão social, facilitando a solução de problemas comuns, incentivando a participação mútuas e, inclusive, garantindo uma melhor resposta aos problemas identificados e de necessidade de toda a comunidade. SUNSTEIN, Cass R. **República.com**: internet, democracia y libertad. Barcelona: Paidós, 2003, p. 102.

⁵⁷ MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva Declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015. p. 24.

⁵⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad.: Joel Pimentel de Uihôa. Goiânia: UFMG; Brasília: UnB, 1997. p. 90-93.

⁵⁹ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, posfácio à edição brasileira.

De qualquer sorte, como alude Chevalier, a instituição do Estado não deve ser vista como forma de organização política ultrapassada, mesmo que confrontada pela globalização e pela obrigação de atuar em um novo contexto de relações informatizadas, até porque “[...] ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local de formação das identidades coletivas”⁶⁰. Evidentemente, essa necessidade em adaptar-se traz consigo um universo de transformações estruturais que, de forma muito concreta, vão se redesenhando.

Especificamente no ordenamento jurídico, deve-se fortalecer o direito que parte da complexidade, a fim de convertê-lo em um “[...] instrumento flexible de regulación, en médio para gobernar las sociedades complejas y en útil para un gobierno más abierto e participativo”. E prossegue Aranguren que “La posmodernidad significa que todo derecho es relativo, que existe una heterogeneidad y complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas y que se impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación”⁶¹.

Assim, na seara do Estado pós-moderno, em se tratando da sociedade virtualizada que dele emerge, observa-se a constante troca de dados, os quais percorrem imensuráveis distâncias em milésimos de segundos, não só ensejando insegurança a quem deles faz uso, como também, em contrapartida, se utilizados de forma adequada também o poder, a força e o mecanismo insuperável de evolução em diferentes âmbitos sociais⁶².

⁶⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23.

⁶¹ ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004. p. 169.

⁶² Nesse aspecto, merece destaque a crítica elaborada por Sartori: “Até o advento da televisão, em meados do nosso século XX, a capacidade visual do homem se desenvolvera em duas direções: sabíamos, por um lado, ampliar o que era extremamente pequeno (por meio do microscópio) e, por outro, aumentamos a nossa capacidade de ver longe (com binóculo e mais ainda com o telescópio). A televisão, porém, oferece-nos a possibilidade de ver tudo sem necessidade de irmos ver os objetos onde se encontram. Agora, pela televisão, tudo o que existe e é visível pode entrar praticamente de graça em nossa casa vindo de qualquer parte do mundo. E não foi só isso que aconteceu. Em algumas décadas o progresso tecnológico nos introduziu na era da cibernética, ultrapassando assim – afirma-se – a própria televisão. Na realidade já passamos, ou estamos passando, para uma era “multimídia” na qual, com diz a própria palavra, os meios de comunicação são múltiplos e a televisão deixa de ser a rainha desta multimídia. Enquanto isso, porém, o novo soberano passou a ser o computador. De fato, o computador (e junto com ele a digitalização de todos os mídia) não só unifica a palavra, o som e as imagens, mas introduz nos objetos “visíveis” realidades simuladas, isto é, realidades virtuais. [...] a distinção que importa fixar é que há duas formas diferentes de ver as coisas e que estas são extremamente diversas. A televisão, por um lado, faz-nos ver imagens de coisas reais, é fotografia e cinematografia de coisas existentes. Por outro lado, o computador cibernético (por assim resumir) faz-nos ver imagens imaginárias. A assim chamada realidade virtual é, na verdade, uma irrealidade que é criada no vídeo e que é realidade somente no vídeo. Desse modo, o virtual e as simulações ampliam sem limites as possibilidades do real; mas, na sua essência,

2.3 Direitos Humanos: breves noções da sua origem e do seu reconhecimento

Assim como o desenvolvimento do Estado moderno e os movimentos resultantes da sua evolução política e social, como visto inicialmente, também os direitos humanos não permaneceram estáticos, mas passaram por crescente aperfeiçoamento. Como será possível apurar neste estudo, sua evolução se refletiu em cada contexto político em busca por determinados valores definidos como fundamentais para o exercício da cidadania em cada Estado de Direito. Isso porque, com o passar do tempo, o indivíduo iniciou um importante processo de reconhecimento, tanto dele consigo mesmo, dele em relação ao Estado, quanto dele em relação a todo o universo que o cerca. Assim, também os valores sociais foram se adaptando a tal reconhecimento, fortalecendo o papel do cidadão frente ao Estado e garantindo a ele as condições mínimas da existência calcada na dignidade.

As atrocidades contra os direitos humanos ocorridas no curso da história ensejaram previsões legais, inclusive naqueles ordenamentos jurídicos regentes dos Estados totalitários, percebendo-se claramente que a realidade social e econômica desses contextos não era suficiente para embasar direitos fundamentais, já que os valores morais contradiziam o direito vigente, sendo a legislação interna das nações insuficiente para dar conta de tamanhas violações.

Diante disso, em 1945, houve uma movimentação universal contrária a referidas atrocidades que acabou por fomentar a formação de um órgão internacional em defesa dos direitos humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1948, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou-se o processo de proteção de valores mínimos fundamentais em nível internacional, o que foi seguido de outros instrumentos de grande abrangência global, como a Convenção Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambas no ano de 1966⁶³.

Todavia, do mesmo modo como em outras tantas normas em defesa dos direitos supramencionados, isso igualmente não foi suficiente para que deixassem de ser violados, resumindo um paradoxo que, para Barreto, leva à conclusão de que “[...]

não são realidades”. SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: televisão e pós-pensamento. São Paulo: Edusc, 2001, p. 20-21.

⁶³ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-271.

enquanto os direitos humanos expressam valores inerentes aos seres humanos, o seu reconhecimento e a sua efetivação dependem do poder político estatal, que pode assumir o papel de seu garantidor ou de seu violador”⁶⁴.

A alternativa para tamanho contrassenso, para alguns estudiosos, reside no controle do poder estatal pela participação dos cidadãos e pelo fortalecimento de ordenamentos jurídicos democráticos, pois sua legitimidade seria transferida aos cidadãos (reais interessados no deslinde de determinados conflitos), assim dirimindo sua transgressão. Entretanto, mesmo que pareça a alternativa adequada para a garantia dos direitos humanos, não se deve desconsiderar a existência de valores que se mantêm presentes nas sociedades, independentemente do regime adotado pelo Estado, seja ele democrático - ou não. Outrossim,

[...] os procedimentos políticos da sociedade, tais como o procedimento eleitoral, o procedimento parlamentar legislativo e o próprio processo judicial, entre outros, formariam um quadro, uma zona de delimitação onde ocorreriam as discussões que formariam o conjunto de regras que limitariam e controlariam o poder do Estado. Dentro desse espaço procedimental democrático é que ocorreria a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, sendo que a legitimidade dos valores que se referem à dignidade humana seria avaliada, não pelas regras jurídicas consideradas isoladamente, mas pelo procedimento democrático⁶⁵.

A partir disso, assim como a questão proposta, a terminologia utilizada para caracterizar os direitos humanos também é de difícil definição. Comumente, a maior dificuldade se explicita em diferenciá-los dos direitos fundamentais, o que levará Bonavides a absorver as ideias de Hesse e a entender os segundos como aqueles que objetivam a manutenção dos pressupostos indispensáveis para uma vida livre e digna, considerados pelo ordenamento jurídico vigente como direitos essenciais⁶⁶.

Ao mesmo parecer, Sarlet acrescenta o de que os direitos fundamentais guardam relação direta com aqueles valores cuja relevância decorre de uma previsão constitucional, enquanto a expressão *direitos humanos* estaria reservada à

⁶⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 260-261.

⁶⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 261.

⁶⁶ SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 162-182.

incumbência de designar as garantias formalmente estabelecidas em ordens internacionais e direcionadas à humanidade como um todo, independentemente da previsão em um ordenamento jurídico específico⁶⁷.

De qualquer sorte, o que se deve ter claro é que não há entre os direitos humanos e os direitos fundamentais uma relação de superioridade. O que ocorre na prática é que aqueles são mais abrangentes, enquanto estes decorrem da realidade cultural em que se encontram, da mesma forma que, quando previstos, não excluem aqueles que não o estão. No intuito de solucionar o impasse conceitual, portanto, Pérez Luño propõe o que denomina como esboço de conceituação, pelo qual os define como “[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁶⁸.

Como justificativa, esclarece que os três ideais referidos em seu conceito ali se encontram por terem sido objeto de reivindicação nas diferentes fases da história humana. Nesse sentido, exemplificativamente, manifesta que a importância da dignidade humana é de tal forma elevada que representa “[...] el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”⁶⁹.

Da mesma forma, a liberdade se expressa de tal modo relacionada com a noção de direitos humanos que, por muito tempo, confundiu-se com ela. Por fim, quanto à igualdade, se apresenta como “[...] el derecho humano más importante en nuestro tempo, a ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales”⁷⁰. Por outro lado, pondera que o fato de estarem historicamente presentes nas lutas humanas por garantias sociais - e previstos em declarações em âmbito internacional e em constituições dos Estados Democráticos - não faz deles valores respeitados, como visto, pois ainda o que se vive na prática são tempos de imensuráveis violações,

⁶⁷ SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 162-182.

⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 49.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 49.

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 49-50.

levando a crer que não apenas se tem dificuldade em conceituá-los, como também em garanti-los.

Clarificando o impasse quanto à sua classificação, o entendimento doutrinário dominante é de que os direitos fundamentais possuem em seu âmbito de atuação um elemento básico comum: a dignidade humana, o que Buffon sintetiza como o “[...] elemento comum, em maior ou menor grau, de todos os direitos fundamentais. Por decorrência lógica, à medida que tais direitos forem concretizados, o referido princípio constitucional alcançará sua máxima eficácia”⁷¹.

O princípio da dignidade humana ainda se reveste de um caráter orientador de toda a ordem constitucional, e não apenas dos direitos fundamentais (motivo pelo qual é considerado como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa do ordenamento jurídico)⁷², tendo em vista a abrangência de aplicabilidade e de intersubjetividade que justifica a dificuldade para conceituá-lo abstratamente. Talvez, como argumentam alguns teóricos, sejam encontrados mais exemplos de situações em que há desrespeito ao princípio do que propriamente sua observância.

Durante a vigência do Estado Liberal, as constituições e as declarações correntes pouco se preocupavam com a noção de dignidade, voltando suas atenções aos direitos clássicos de liberdade e de igualdade. Nesse momento, também os direitos fundamentais se caracterizavam pela proteção de direitos liberais, enquanto os direitos humanos vislumbravam a ideia de humanidade, independentemente do direito local. Barreto então menciona que, naquele contexto,

[...] a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos. Enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie⁷³.

Resta inferir que princípio estaria muito mais voltado à humanidade do que ao próprio indivíduo, alterando-se o foco da proteção social das arbitrariedades do Estado para a humanidade contra o crescimento do mercado e as consequências negativas

⁷¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109.

⁷² BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109-147.

⁷³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60.

que dele decorrem⁷⁴. Ademais, foi após a Segunda Guerra Mundial que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser previsto nas Constituições até alcançar seu ápice com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Atualmente, admite-se que a importância do princípio seja tamanha que, sem ele, uma ordem jurídica carecerá de legitimidade. A partir de então, a condição de base moral dos ordenamentos se concretiza pela ideia de princípio jurídico superior dotado de força normativa. Em verdade, do mesmo modo que os direitos individuais confirmaram inicialmente os direitos fundamentais, tal legitimação passou a ser conferida pela dignidade da pessoa humana, tanto a estes, como aos posteriormente validados pelo constitucionalismo - como direitos sociais, culturais, políticos e econômicos presentes na atualidade⁷⁵.

No cenário brasileiro, o compromisso social e político assumido por meio da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o que se alinha ao que prescreve o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, à época, já determinava como condição para que uma Constituição fosse válida tal reconhecimento como garantia fundamental. Dessa feita, ainda que de difícil conceituação, a ideia de dignidade humana se apresentou diante do ordenamento jurídico como princípio normativo fundamental vigente tanto no âmbito local, quanto internacional, daqueles Estados que compartilham de semelhantes preocupações sociais. Isso porque, ao reconhecer o princípio como basilar do Estado Democrático brasileiro, o legislador assumiu a noção de que o Estado existe em decorrência da pessoa (e esta é a sua finalidade, e não um meio pelo qual exerce seu poder, como instrumento garantidor dos indivíduos sozinhos e/ou enquanto parte integrante de uma comunidade)⁷⁶.

Não obstante, como aduz Sarlet - ao optar pela classificação das normas jurídicas em princípios e regras de Alexy, como será visto posteriormente - não é viável que o ordenamento jurídico estabeleça um direito fundamental à dignidade humana, pois ainda que reiteradamente violada, a dignidade é inerente à condição humana,

⁷⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57-73.

⁷⁵ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109-147.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. p. 31-86.

não podendo sequer ser retirada. Nesse prisma, o que o especialista pontua é que quando se está falando em direito à dignidade, deve-se entender como a proteção e o reconhecimento desse valor, e não em um direito normatizado, assim como

[...] quando se fala - no nosso sentir equivocadamente - em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se em um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Por essa razão, consideramos que neste sentido estrito - de um direito à dignidade como concessão - efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental⁷⁷.

Pode-se então afirmar que, embora não se excluam também não se confundem, uma vez que, na prática, os direitos fundamentais encontram embasamento na própria dignidade humana, como sua decorrência lógica, ainda que em diferentes intensidades⁷⁸. Com base nessa concepção, a promoção e a tutela da dignidade humana na relação estabelecida entre o Estado e o cidadão - e do cidadão com os demais - se revela como obrigação de todos os entes políticos e sociais.

O que se deve evitar, entretanto, é que a consagração do princípio da dignidade humana como aporte do texto constitucional brasileiro resulte no seu uso indiscriminado para justificar diferentes situações, sem a reflexão crítica que sua

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. p. 80.

⁷⁸ Nesse sentido, pontua Sarlet: “Aliás, é justamente para efeitos de indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada por muitos como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação (e, por conseguinte, também de uma hierarquização) de bens, que aqui vai apenas referido e que merecerá uma abordagem específica mais adiante. Assim, precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida. Vale dizer, nesta linha de pensamento e finalizando este segmento, que os direitos fundamentais, assim como e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana à qual se referem, apresentam como traço comum – e aqui acompanhamos a expressiva e feliz formulação de Alexandre Pasqualini –, o fato de que ambos (dignidade e direitos fundamentais) “atuam, no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. p. 95-96.

aplicação carece. Se assim o for, como sustenta Barreto, se estará esvaziando a tradição histórica que envolve sua aplicação, deixando-se de pontuar o espaço que realmente ocupa frente aos direitos fundamentais⁷⁹.

2.4 Os Direitos Humanos no Contexto de uma Sociedade Tecnológica: revisitando conceitos para efetivar novos direitos

Com o intuito de perpetuar as exigências jurídicas e políticas atemporais da natureza humana e do convívio do homem em sociedade, foi no curso do Estado Liberal que puderam ser sinalizadas as primeiras previsões legais de direitos humanos que, com o passar do tempo, foram se aperfeiçoando, acompanhando as circunstâncias políticas, sociais e culturais de cada época, inclusive alterando, em alguns sentidos, seu enfoque. Da mesma forma, os Estados que buscavam na norma a sua legitimidade passaram da condição inicial de ordenamento jurídico voltado à tutela de liberdades para um conjunto de instituições adaptadas às novas demandas sociais (ainda que nem sempre de modo suficiente, o que refletiu diretamente nos direitos fundamentais previstos em seus ordenamentos)⁸⁰.

Nesse contexto, alguns teóricos propuseram a definição de quatro gerações de direitos - também denominadas como dimensões - que se desdobram de forma constante e crescente e reúnem, para cada um dos ideais, os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de fraternidade, acrescentando, na definição, o direito à democracia como a geração de direitos da condição política do indivíduo⁸¹. Assim, iniciando-se pelos direitos humanos de primeira geração, verifica-se que acompanharam a formação do Estado Liberal e resultaram da primeira fase do constitucionalismo, consistindo em direitos políticos e civis do indivíduo frente ao

⁷⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57.

⁸⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 13-37.

⁸¹ A classificação dos direitos humanos em diferentes gerações hoje é aceita pela doutrina com tranquilidade, inclusive tendo sido normatizada em algumas oportunidades, como ocorreu com a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida em oito de setembro de 2000, em Nova Iorque. O texto atenta para a importância que deve ser dada para a boa convivência planetária, possível por meio de ideais, como liberdade, igualdade, solidariedade, sendo de responsabilidade com o outro, a garantia de um meio ambiente equilibrado e a tolerância entre os povos. Nesse sentido, o texto não exclui os direitos vigentes no curso das demais gerações, como referido, mas alerta para a necessidade de que sejam revistos a partir dos desafios decorrentes da sociedade tecnológica atual. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

Estado. Ou seja, da mesma forma que os ideais liberais se voltaram à proteção social em relação às arbitrariedades do poder político estatal, também os direitos de primeira geração se caracterizaram como negativos, visto que o impediam de intervir na autonomia individual⁸². Fazendo uso das palavras de Jellinek⁸³, Bonavides salienta que, como precursores das previsões constitucionais, apoiaram-se na ideia de liberdade negativa, pois se referiam à inexistência de interferência do Estado na vida dos indivíduos, mantendo-se neutro perante as relações sociais, embora ficasse claro o atendimento exclusivo às classes dominantes em contrapartida à protelação das necessidades efetivas dos trabalhadores.

Mesmo assim, com seu fortalecimento, a classe operária passou a reivindicar melhores condições culturais, sociais e econômicas, oportunizando o surgimento de uma segunda geração de direitos fundamentais que, definidora de direitos sociais, aprimorou aqueles anteriormente previstos - característicos do ideal liberal. Logo, os direitos de segunda geração vieram marcar o segundo pós-guerra, resultando das reflexões antiliberais para fazer valer o princípio da igualdade e se mostrando presentes nos diferentes Estados Sociais que se preocupavam com a garantia de direitos culturais, sociais e econômicos de toda a coletividade. Nas palavras de Bonavides, finalmente,

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aquele que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.⁸⁴

Paulatinamente, a segunda dimensão de direitos cede espaço aos considerados de terceira geração, ou seja, uma gama destinada à universalidade e ao humanismo que ultrapassa interesses individuais (ou de um Estado) para alcançar toda a humanidade, haja vista que se voltam à solidariedade entre os povos, ou seja, à fraternidade clamada na Revolução Francesa⁸⁵ - dentre os quais elencam-se os

⁸² SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais:** um reexame fenomenológico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 162-182.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 561-578.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 565.

⁸⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica.** Madrid:

direitos à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente equilibrado⁸⁶.

Os direitos de solidariedade exigem da sociedade a participação ativa em sua defesa, pois, consagrando à tutela do bem comum, os reflexos coletivos e difusos de sua violação fazem emergir também o dever de obediência de todo cidadão⁸⁷. Pérez Luño ainda inclui, dentre os direitos da terceira geração, o direito à qualidade de vida, à liberdade informática e à cibercidadania, os voltados à esfera biotecnológica, ao desenvolvimento e à igualdade de gêneros. Nesse aspecto, atenta para a existência de outros menos representativos, uma vez que seu elenco não se exaure e engloba todos aqueles relacionados à tutela das liberdades individuais e coletivas⁸⁸.

Bonavides aduz que ainda é viável delimitar uma quarta geração de direitos humanos que decorre, em sua compreensão, da atual globalização política e que, ao contrário dos dois primeiros (que seriam interpretáveis), estariam ao lado dos terceiros, como concretizáveis e como legitimadores do futuro da política global⁸⁹.

O pensamento se respalda pelos ideais de Martín, para quem uma quarta geração poderia ser observada a partir da noção de cidadania digital, em que se listam o livre acesso à rede, o direito de livrar-se da exclusão digital - denominada como brecha digital - a partir do preparo de pessoas capacitadas para o novo mercado de trabalho que se forma, assim como com o ensino voltado ao uso da tecnologia para a obtenção de informações - definida como alfabetização digital⁹⁰.

Aqui, se instiga a reflexão quanto à necessidade de que seja estabelecida uma nova geração de direitos humanos que se relaciona à inteligência artificial - como a adoção de procedimentos tecnológicos de controle de criminosos, o uso de tornozeleiras eletrônicas, a filmagem de locais públicos, dentre outras práticas que se

Editorial Universitas, 2012. p. 13-37.

⁸⁶ SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 162-182.

⁸⁷ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109-147.

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 13-37.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 561-578.

⁹⁰ MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva Declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015. p. 13 -39.

relacionam diretamente com a fragilização das ideias de intimidade e de vida privada de cada cidadão⁹¹.

Nessa seara, Sarlet discorda e pontua que os direitos globalizados nada mais são do que a utópica esperança de um futuro melhor para a humanidade, não permitindo que se atribua a eles uma classificação específica⁹². O sentimento é compartilhado por Pérez Luño, para quem, ao fim e ao cabo, os direitos de quarta geração são aqueles cuja denominação se confunde com a sociedade em que se fazem presentes como direitos da sociedade global. Na realidade, defende que se devem observar os direitos resultantes dos fenômenos jurídicos e sociais presentes nas sociedades da informação, e não entendê-los como direitos em si, ao tecer a crítica que diz que

[...] parece particularmente desafortunado el uso de términos tales como: ‘derechos de la cuarta generación’ o, incluso, ‘derechos de la quinta generación’. Tales expresiones incurren en el vicio lógico del quod erat demonstrandum, o sea, en dar por demostrado lo que, precisamente debe probarse. En otros términos, estas denominaciones evocan una cierta ingenuidad o ligereza intelectual, al dar por resuelta la problemática de los derechos de la tercera generación y abogar por otras generaciones sucesivas, cuyo status teórico constituye nebulosa⁹³.

Relevadas as opiniões de cada teórico, é indiscutível o fato de que, juntamente com as grandes modificações sociais, a busca por respeito aos direitos e às garantias fundamentais nos cenários de cada Estado-Nação, consubstanciado em tratados e em legislações internacionais e nacionais nas diversas searas do conhecimento, ganhou força nos últimos anos, tendo em vista que, como refere Barreto, procurou-se “[...] positivar e ressaltar a necessidade do respeito aos seres humanos como condição para a própria sobrevivência da humanidade”⁹⁴.

Não obstante - como já se comentou nesta dissertação - também se revelou o período em que tais direitos sofreram as maiores e mais diversas violações, como por

⁹¹ MARTÍN, Nuria Beloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015. p. 13 -39.

⁹² SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 162-182.

⁹³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 19.

⁹⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-271.

exemplo, na ocorrência das duas guerras mundiais e seus desdobramentos, em que, mesmo depois de ser decretado seu fim, ainda que os governos tivessem aderido às declarações de direitos humanos, mantiveram práticas de tortura, de medo, de preconceito e de distinção entre classes e cores, raças e religiões⁹⁵.

Ademais, o Estado Democrático tem despendido esforços com as estruturas partidárias, a burocracia, a fragmentação do poder e a governabilidade, deixando de lado “[...] os fundamentos de uma nova ordem estatal e qual o papel do Estado nacional no âmbito do processo de globalização”, o que gera seu enfraquecimento. Assim, desponta a necessidade de que reveja seu funcionamento, concedendo especial atenção aos direitos humanos e avaliando a latente pertinência de que exerça sua atribuição de contribuir para a formação de uma ordem global que atenda às demandas da nova sociedade multicultural, tanto em seu âmbito nacional, como também internacional, pela observância de direitos universalmente consagrados⁹⁶.

Não obstante, hoje, os indivíduos estão constantemente sujeitos ao uso irrestrito de suas informações na rede desde o momento em que são produzidas, o que viola a dignidade e a liberdade para dispor livremente sobre sua identidade e tudo que dela decorre. Na realidade, a individualidade de cada ser humano passa a submeter-se diuturnamente ao julgamento do outro, uma vez que, ao serem fornecidos dados para o preenchimento dos mais variados cadastros (sejam eles fiscais, médicos ou para uma simples compra *on-line*) ainda que involuntariamente, dá-se margem para o controle desavisado de sua vida privada⁹⁷.

A importância da modernização dos meios de comunicação e a necessidade de que a informação esteja disponível, em meio eletrônico e em tempo real, constituem indubitavelmente situações presentes na sociedade tecnológica e que muito cooperam para o seu desenvolvimento. O que merece cuidado, todavia, é que em face do avanço tecnológico e do advento de uma constituição consagradora de direitos fundamentais, os direitos da personalidade também representem objeto de transformação e deleguem aos pensadores do direito a tarefa de refletir sobre sua

⁹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-271.

⁹⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-271.

⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 13-37.

efetivação, diante dessa nova realidade social. Destarte, tais direitos, em uma sociedade virtualizada, devem buscar resguardar o cidadão de ser visto como um conjunto de dados ou de números, ou como um produto social, para que efetivamente ocupe a condição de indivíduo detentor de subjetividade, não bastando unicamente para a manutenção do seu sossego a não intromissão em sua vida particular⁹⁸.

No que tange às relações entre os homens, as novas tecnologias da informação possibilitaram uma comunicação global jamais vista, seja pela escala de agentes envolvidos, pela aproximação de diferentes pontos no globo, ou pela rapidez com que as informações são divulgadas e espalhadas na rede mundial de computadores. Mas, por outro lado, a igualdade pode acabar deixando de ser concretizada, caso o acesso ao mundo informatizado não seja concedido de forma igualitária a todos, ao deixar cidadãos às margens da conexão digital com o mundo que os cerca⁹⁹.

Outrossim, as descobertas da biotecnologia e da engenharia genética oportunizam ao homem deixar de ser um estranho para si mesmo, ao tempo em que também afloram questionamentos quanto à segurança das informações genéticas e a forma como serão utilizadas, da mesma forma que ocorre com a busca pela prolongação da vida humana e as questões disso resultantes para a saúde e a economia públicas¹⁰⁰.

O desenvolvimento da indústria bélica igualmente se revela como ameaça à vida humana. A crescente evolução tecnológica de armas para destruição em massa (como decorre com o avanço da energia nuclear ou com o arrojado estudo de armas químicas) hoje se mostra capaz de destruir o globo terrestre por meio de um único disparo, abalando o direito à paz fundamental e ressaltando a necessidade de que o investimento dos países em ditas atividades seja entendido como alerta para a qualidade de vida e o bem-estar de toda a humanidade.

Na prática, da mesma forma com relação ao que se discorreu, a criação de um espaço de discussão e de decisão quanto às questões de relevância universal em

⁹⁸ LIMBERGER, Têmis. Ciberespaço: a necessidade de regulação jurídica no âmbito nacional e internacional, como forma de concretizar os direitos do cidadão. **Estudos jurídicos**, Porto Alegre, n. 1, p. 16-21, 2007.

⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 13-37.

¹⁰⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 13-37.

uma sociedade policontextual¹⁰¹ como a pós-moderna (e que tem sido buscado através de organizações internacionais em prol dos direitos humanos) pode impor entendimentos não prevalentes no Estado-Nação, como aqueles referentes à cultura e à religião, fomentando a exclusão com o intuito de incluir. Isso se dá porque a necessidade de que se proceda a sua universalização não afasta as diferenças existentes entre os povos, com suas características históricas e culturais, e impossibilita, de pronto, que se preestabeleçam situações de proteção, sem que não resultem, concomitantemente, na violação de outros direitos - que também deveriam ser tutelados¹⁰².

Nesse ponto de vista, o cidadão representa uma peça importante no espaço existente fora do seu Estado de origem, da mesma forma como questões que não são atendidas adequadamente no âmbito nacional - mas que detêm relevância mundial - são submetidas ao julgamento de órgãos internacionais. A cidadania fortemente presente no ideal democrático do Estado de Direito, como visto, está exposta a novas formas de gozo, uma vez que, de acordo com Pérez Luño, os fenômenos característicos da atualidade como o multiculturalismo, a globalização, os constantes fluxos migratórios e os impactos da tecnologia avançada e ilimitada “[...] inciden diretamente en las formas de ser ciudadano en las sociedades democráticas del presente. Pero, conviene reiterarlo, ese ámbito externo que contextualiza la actuación de la ciudadanía no es el contenido conformador de la misma”¹⁰³.

Também o avanço da economia colaborou para a vulnerabilidade social - e até do mercado - o que interfere no monitoramento local e interestatal, fortalecendo laços entre as nações ou o seu rompimento¹⁰⁴. Há especialistas que pontuam que, no âmbito das ideias, são grandes as transformações na trajetória dos direitos humanos. Inicialmente, se realça que os aportes racionalistas - que antes eram tidos como imutáveis - acabam reavaliados, assim como os paradigmas culturais e filosóficos, que são provocados a repensar, de forma dinâmica, sobre as liberdades vigentes, em detrimento daquelas estáticas, em vigor anteriormente. Pérez Luño enfatiza, dentre

¹⁰¹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura do texto: ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. **Direitos Culturais**, v. 4, 2009. p. 11-24.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁰³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2003. p. 49.

¹⁰⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-271.

as dificuldades até aqui alinhavadas, a presença de um renascimento dos direitos e das liberdades do cidadão, assumindo-se a ideia de que sintetizam o fundamento do Estado de Direito, ao explicar que

El renacimiento de los derechos está propiciando uno de esos periódicos ‘renacimientos’ o ‘eternos retornos’ del Derecho natural. Se assiste en los últimos años al replanteamiento de tesis, tácita o expressis verbis, neo iusnaturalistas que invocan los clásicos argumentos esgrimidos por los autores del Derecho natural racionalista de la ilustración como ideología informadora del orto del Estado de derecho: a) existência de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal (tesis de los derechos humanos como derechos naturales); b) fundamento de la legitimidade política en la participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular (tesis contractualistas); y c) exigência de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de los derechos (tesis de constitucionalismo)¹⁰⁵.

Portanto, no contexto da sociedade tecnológica e da circulação de informações sem limites temporais e/ou espaciais, o cidadão assume sua condição de “homem de cristal”¹⁰⁶, já que os avanços industriais, tecnológicos e econômicos interferem na sua vida, na sua intimidade e na sua privacidade, tornando-o frágil e suscetível a agressões diversas¹⁰⁷. A efetivação de direitos assim exige embasamento teórico hábil para satisfazer às dificuldades do novo contexto social apresentado - contraditório e complexo da pós-modernidade. Dentre as questões que disso decorrem, ressalta-se a necessidade de fundamentá-los e de defini-los de modo que deem conta dos diferentes valores sociais dessa nova sociedade - dinâmica, multicultural, globalizada e tecnológica, em incessante modificação - além de adaptá-los aos ordenamentos políticos que a partir dessas realidades passam a se formar.

¹⁰⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 15.

¹⁰⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 22.

¹⁰⁷ Conforme Pérez Luño, “En una sociedad como la que nos toca vivir en la que la información es poder y em la que esse poder hace decisivo cuando, em virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones em masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la información reviste um interés prioritário. Es evidente, por tanto, que para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tempo constituye um problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y assalto tecnológico de sus derechos y libertades”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 23.

2.5 Os Direitos Fundamentais no Cenário Brasileiro: a diferenciação conferida pela norma constitucional à intimidade e à vida privada do cidadão

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente, em seu título II¹⁰⁸, os direitos considerados como fundamentais em seu ordenamento jurídico, por expressa previsão do art. 1º, III, do diploma legal sobre a dignidade da pessoa humana - também descrita anteriormente. A ideia de definir constitucionalmente direitos e garantias fundamentais se estruturou nos ordenamentos português, alemão e espanhol, sendo o brasileiro o primeiro documento a tratar do tema com o fim de invocar direitos sociais, individuais, coletivos, políticos e referentes à nacionalidade¹⁰⁹. Outrossim, a partir do momento em que passaram a figurar na Constituição, assumiram a condição de prevalência hierárquica em relação aos demais, estabelecidos infraconstitucionalmente no contexto de cada Estado, relacionando-se com a realidade que neste se apresenta.

Acerca disso, Sarlet enumera três características à previsão constitucional brasileira no que toca à previsão dos direitos e dos deveres fundamentais, i) primeira se refere ao pluralismo presente na Constituição Federal de 1988, decorrente do compromisso assumido por meio de seus dispositivos em resposta às manifestações políticas ocorridas em seu processo de formação e que resultaram em previsões nem sempre uniformes, mas que remetem à aceitação de diversas teorias dos direitos fundamentais. Ainda assim, as normas possuem aplicação imediata - como dispõe o §1º, do artigo 5º. A supressão de direitos mediante reforma constitucional - cabe orientar - está vedada, uma vez que são consideradas cláusulas pétreas dispostas no rol do artigo 60, §4º, da Constituição Federal; ii) como segunda característica, enfatiza-se o caráter analítico da previsão constitucional, já que, mesmo que tenha sido estabelecido um elevado rol de direitos, acusa-se um sistema constitucional de direitos fundamentais; e iii) por fim, seu caráter dirigente, posto que não apenas apresentam forte viés subjetivo, como também objetivo, pois constituem os propósitos

¹⁰⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁰⁹ SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183-212.

mínimos que, como atribui Alexy, demandam a prestação de direitos (atuação positiva) e a sua tutela (atuação negativa) do Estado¹¹⁰.

A doutrina tem abrangido o efeito irradiante dos direitos fundamentais, visto que a aplicação das demais leis depende da sua consonância com eles, e sua objetividade tem sido trabalhada a partir da ideia de que são deveres de proteção conferidos ao Estado, pelos quais - de acordo com Sarlet - assume a obrigação de “[...] zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados”¹¹¹.

Especificamente no que trata dos direitos da personalidade (assim como ocorreu com os direitos humanos como um todo) vê-se que passaram do viés negativo representado pelo direito a não ser molestado no Estado Liberal, para o positivo, o qual demandou do Estado Social ações positivas para que sua tutela fosse garantida. No caso em tela, os direitos são considerados como aqueles relacionados à subjetividade, ao que é intrínseco à natureza humana, como bens primeiros do indivíduo, personalíssimos e sob os quais se desenvolve a personalidade. A esses valores - exemplificados pela vida, pela honra, pela privacidade, pela liberdade, dentre outras virtudes - é que se concede a tutela, justificando-se no fato de que a personalidade humana possui tamanha complexidade que o seu tratamento e a sua proteção devem considerar o fato visando ao seu desenvolvimento e afastando interpretações simplistas em sua aplicação¹¹².

Para definir a trajetória histórica da noção geral de privacidade, Coulanges parte do espaço denominado pelos gregos como *érkos*, o qual abrangia um ambiente amplo em que as famílias viviam com seus rebanhos e cultivavam suas plantações. No meio desse cenário se encontrava a morada sagrada onde os indivíduos exercitavam seus momentos de intimidade com os entes próximos, protegidos dos olhares alheios¹¹³.

¹¹⁰ SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183-212.

¹¹¹ SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

¹¹² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114.

¹¹³ COULANGE, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 3. ed. Lisboa: Clássica, 1929. p. 146-169.

Posteriormente, com a transferência da população para os centros, as casas passaram a ser construídas próximas umas das outras, ainda que observada certa distância entre elas, e o que antes era reservado para o desfrute familiar foi reduzido, sendo demarcado por pequenos muros ou por valas, na tentativa de delimitar certo espaço sagrado. Tempos depois, o crescimento das cidades impossibilitou a manutenção desse espaço que, muitas vezes, viu-se confundido com o próprio local de trabalho dos progenitores, fazendo com que, já no medievo, afastar-se dos demais consistisse em benefício concedido apenas aos nobres ou aos que abdicavam do convívio em comunidade por imposição de suas atividades - como pastores e monges - ou por determinação legal - como bandidos, pelos crimes que cometiam.

Com a formação dos centros urbanos, assim como o poder político que fomentou o surgimento do Estado Liberal, a privacidade também fez parte dos desejos burgueses, já que visivelmente vinha sendo uma regalia apenas dos mais afortunados. Em razão disso, vai se construindo uma nova ideia - caracteristicamente moderna e individualista - vinculada aos interesses da classe burguesa de definir e de proteger o que é seu¹¹⁴. Com o fortalecimento burguês, portanto, a privacidade desejada potencializou-se pelas novas condições de vida, levando, como anteriormente, à positivação desses direitos na seara do Estado Liberal, fundamentados no controle do homem sobre suas coisas e na necessidade de que a personalidade - como um bem - fosse tutelada. Para a doutrina, a formação desse direito, por vezes, esbarrou na importância de sua limitação, a fim de evitar que acabasse tão abrangente que se tornasse ineficaz, representado pela pluralidade de direitos imprecisos¹¹⁵.

Tempos depois, as noções de vida privada emergiram das relações entre direito e moral elaboradas pelos pensadores da época - especialmente fundamentados em Kant e em Thomasio - como as situações ocorridas fora da intervenção do Estado e da própria comunidade, sendo a vida privada o reflexo do direito ao isolamento e à solidão, num cenário que dá origem à expressão inglesa

¹¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317-344.

¹¹⁵ Nesse cenário, alguns pensadores espanhóis, como Antônio Truyol e Serra e Ramón Villa Nueva Etcheverría, apontam que, antes mesmo desse momento histórico, já havia alguma preocupação com direitos como estes, relacionados com a Igreja cristã, vinculada à ideia de intimidade pregada por Santo Agostinho, voltada ao autoconhecimento e à subjetividade de cada cidadão. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317-344.

minha casa é meu castelo (my home is my castle), que traduz o direito a reservar-se concedido apenas à classe burguesa. Nesse momento, a privacidade se fortalece juntamente com os primeiros direitos do homem como reflexo do cenário liberal¹¹⁶.

A partir de então, desponta o ano de 1890 como o marco para a preocupação com o direito à privacidade no Direito Americano: Samuel Warren e Louis D. Brandeis (posteriormente nomeado juiz da Suprema Corte), após a análise dos precedentes envolvendo a violação de direitos autorais, as situações de difamação, as quebras de confiança, assim como as intervenções na vida privada do indivíduo, ocasionadas pelos exageros da imprensa local ou da invasão da propriedade privada, reconheceram na seara do *common law* um direito geral à *privacy*. Com a publicação de sua obra, intitulada *The Right to Privacy*, a noção de privacidade constituiu-se como valor social abrangente e relevante para a tutela da personalidade.

Anteriormente, Mill¹¹⁷ já defendia a privacidade como um desdobramento da liberdade, enquanto autonomia individual independente e soberana em relação à formação física e psíquica, como único elo estabelecido em relação aos demais e como resposta aos deveres individuais do cidadão. Todavia, é com Warren e Louis que se baliza o embasamento jurídico que faltava para a noção de privacidade como o direito do indivíduo de isolar-se, a fim de se proteger da invasão de qualquer outro no íntimo de seu de seu lar e de sua vida privada. Os estudiosos evidenciaram a importância de se reavaliar, de tempos em tempos, a abrangência da matéria, para que a evolução da sociedade fosse acompanhada pela adequação da proteção da individualidade e da propriedade, adaptando-se constantemente às novas situações. Como cerne, se tinha o direito de ser deixado em paz, que partia das noções clássicas de liberdade e de propriedade, nas quais a primeira destaca os direitos civis, e a segunda evolui da posse material até alcançar o intelecto, a propriedade por suas criações e obra, até o ápice consubstanciado na noção de *privacy*.

¹¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317-344.

¹¹⁷ MILL, John Stuart apud PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 323.

Ao se especificar a relação entre *privacy* e *property*, o indivíduo emergiu como o único detentor de sua vida privada, estando livre para dela dispor quando entendesse adequado e afastando dessa faculdade terceiros estranhos à sua vida particular. Limberger sublinha que “[...] a vulnerabilidade era verificada somente por meio de intromissões físicas. Posteriormente, a *privacy* se associou com a ideia de liberdade, configurando-se a inviolabilidade da personalidade humana”¹¹⁸. Assevera ainda que, para o Direito Americano, a privacidade se manifestou a partir de quatro especificidades, a saber, i) a primeira, que afasta qualquer conduta que resulte em invasão na vida íntima de cada cidadão; ii) a segunda, que reflete no direito ao esquecimento, quando o registro de alguns acontecimentos relacionados à intimidade de um indivíduo ou de sua família são divulgados e, posteriormente, quando não são mais pertinentes e permanecem acessíveis a quem quiser procurá-los; iii) a terceira ocorrência se dá quando as informações transmitidas sobre determinada situação ou pessoa não correspondem à realidade ou foram distorcidas pelo informante; e iv) a quarta - e última delas - quando um terceiro se apodera da imagem ou de dados do cidadão, e as utiliza sem a sua autorização¹¹⁹
120.

Cronologicamente, no âmbito internacional, dentre as normas de destaque, parte-se da já referida Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que, dentre outras premissas, estabeleceu por expressa previsão do seu artigo 12 que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra interferências ou ataques”¹²¹.

¹¹⁸ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-56.

¹¹⁹ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29-62.

¹²⁰ No mesmo sentido, Frosini, ao discorrer sobre a vida privada como a possibilidade de uma pessoa isolar-se temporariamente e espontaneamente do meio em que vive, com o intuito de ficar sozinho ou reservado em relação aos demais, também entende que ela se revela de quatro diferentes formas. A primeira dela consiste no afastamento de qualquer contato físico, denominado como solidão; a segunda, em que o cidadão mantém-se inserido, mas estabelece uma relação especial de convívio, como o que ocorre no espaço familiar, e que denomina-se de intimidade, especificamente; a terceira, que se dá pelo anonimato, em que o indivíduo está acessível a um grande número de pessoas, sem perder a liberdade em relação à sua individualidade; e, em quarto lugar, a reserva como o bloqueio psicológico criado pelo ser humano, a fim de proteger-se dos contatos que não deseja. FROSINI, apud PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317-344.

¹²¹ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, jan. 2009. Disponível em: <<http://e25.d32.myftpup load.com/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

No contexto americano, exemplificativamente, tem-se o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, firmado em Nova Iorque, em dezesseis de dezembro de 1966, pela Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, promulgado no cenário brasileiro pelo Decreto nº 592, de seis de julho de 1992, também na linha de proteção à vida privada, como se depreende de expressa previsão do art. 17, dentre outros¹²². Nesse mesmo momento, países como o Uruguai, a Argentina e a Colômbia também promulgaram leis de proteção aos dados pessoais¹²³.

Já especificamente no contexto europeu, em vinte e três de janeiro de 1970, por meio da Resolução nº 428, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa ventilou a necessidade de que, por meio da *Declaração sobre os meios de comunicação em massa e os Direitos Humanos (Declaration on mass communication media and Human Rights)*, fossem retomadas as discussões quanto à proteção dos direitos da personalidade pelo fato de os meios de comunicação da época estarem apresentando reflexos nas relações sociais, emergindo a necessidade de que fosse dada especial atenção à vida privada¹²⁴. Em 1978, a Constituição espanhola também logrou êxito, ao reconhecer expressamente os direitos à honra, à intimidade familiar e pessoal e à imagem como manifestação dos direitos da personalidade, inseridos como direitos fundamentais decorrentes da ideia de dignidade humana.

No Brasil, a legitimação dos direitos da personalidade seguiu seu trajeto intercalando-se temporalmente com o cenário mundial, haja vista que os primeiros indícios de uma normativa referente aos direitos da personalidade foram detectados na Lei Federal nº 5.250, de nove de fevereiro de 1967 - conhecida como Lei da Imprensa - que visou regulamentar a liberdade do pensamento e da informação, o que posteriormente passou a ser previsto pelo Título II - Dos direitos

¹²² 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹²³ RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Têmis. Administração pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 121-134, out. 2011. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3276>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

¹²⁴ RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Têmis. Administração pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 121-134, out. 2011. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3276>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

e garantias fundamentais - da Constituição Federal de 1988, por expressa previsão do seu art. 5º, X, que determina a vida privada e a intimidade como direitos individuais invioláveis¹²⁵.

Com a breve retomada histórica que se promoveu, acusa-se, tanto nas normas dispostas, quanto na doutrina especializada, uma confusão terminológica entre as ideias de privacidade, de vida privada e de intimidade. Em algumas oportunidades, são consideradas como situações sinônimas, enquanto em outras são diferenciadas ao ponto de se elevar a privacidade a um patamar superior e mais amplo - do qual a intimidade faz parte - voltado à proteção dos sentimentos internos e da subjetividade humana. Até porque, hoje, a expansão na aplicação de tais conceitos nas relações diárias se deve a uma sociedade que, como visto, consome desenfreadamente os insumos de informática, gerando, na prática, o debate quanto à existência de um único direito ou de diversos por ele representados, e o indiscutível impasse quanto à tutela de ambos os direitos - ou de um só. Assim, se considerados sinônimos, necessitam de urgência, independentemente da sua abrangência¹²⁶.

Destarte, ao dispor quanto à tutela dos direitos da personalidade, verifica-se que o tratamento dado à matéria no âmbito da Constituição Federal Brasileira de 1988 é de que a intimidade e a privacidade são situações que ensejam dois diferentes direitos, como se observa do seu art. 5º, X, que preconiza que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

¹²⁵ Acompanhando a movimentação constitucional, o Código Civil Brasileiro de 2002 também estabeleceu a vida privada e a intimidade como direitos da personalidade, previstos nos art. 20 e 21, embora tenham tido sua aplicação condicionada à interpretação conforme a Constituição, pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode observar:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

¹²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317-344.

peçoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Da leitura do dispositivo, depreende-se que não há na norma constitucional uma cláusula geral que abarque os direitos da personalidade de forma ampla, mas assinalam-se aquelas categorias que carecerão de tutela especial¹²⁷. Não obstante, ainda que a intimidade e a vida privada venham expressamente descritas, a matéria se apresenta de forma bastante desarmônica, pois alguns doutrinadores lidam como bens jurídicos sinônimos, aos quais pode ser dispensado igual tratamento, ao contrário de outros tantos, que o fazem de forma totalmente diversa. Cumpre também indicar que a indefinição conceitual segue para o judiciário, com julgamentos em diferentes sentidos, mas com igual intuito decisório.

Para aqueles que optam, por exemplo, pela diferenciação conceitual, o fundamento se concentra na teoria das esferas de Heinrich Hubmann, pela qual a privacidade e a intimidade devem ser tratadas como bens jurídicos distintos, carecedores de tratamento específico. Ao discorrer sobre referido estudo, Sampaio esclarece que o doutrinador alemão parte da relação inversamente proporcional existente entre o indivíduo e o grau de sociabilidade que desenvolve com o meio. Em razão disso, sua proteção deve ser maior para as hipóteses em que a situação menos disser respeito ao exterior, e mais próxima estiver da subjetividade do homem, uma vez que a personalidade humana estaria dividida em três diferentes esferas concêntricas, desenvolvendo-se dentro delas¹²⁸.

A obra de Hubmann é vista como a precursora na apresentação da teoria cuja primeira esfera - chamada de *Geheimnisphäre* - seria mais restrita que as demais e estaria voltada ao secreto, à intimidade e ao envolvimento do indivíduo com um restrito círculo de pessoas. Já a segunda esfera - denominada como *Privatsphäre* - seria mais ampla que a anterior e, por sua vez, se dirigiria à privacidade. Por fim, a esfera restante seria aquela em que o indivíduo desenvolveria a sua identidade em relação ao meio, contemplando as questões públicas da sua vida¹²⁹. Nesse sentido, inclusive,

¹²⁷ Corroborando esse entendimento, Szaniawski esclarece que: “[...] a Constituição brasileira em vigor, edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da dignidade humana, que funciona como uma cláusula geral da tutela da personalidade”. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 138.

¹²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 254-259.

¹²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 254-259.

Szaniawski exemplifica que, no contexto alemão, as decisões proferidas pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE) aplicam a teoria com maior tutela, quanto maior for a restrição da esfera a que se referir. Com isso, a intimidade seria a esfera cuja proteção seria indisponível e absoluta, com o espaço íntimo fora do alcance dos demais. Por outro lado, a esfera privada dependeria do caso concreto para que a sua proteção fosse definida, estabelecendo-se clara discussão entre a indisponibilidade do direito da personalidade ou a prevalência do interesse público existente nas informações em questão¹³⁰.

Evidentemente, a classificação dos direitos da personalidade especificados conforme a teoria das esferas não é aceita unanimemente entre doutrinadores e julgadores, percebendo-se, da leitura das obras estrangeiras, que nos países de língua espanhola não há tal distinção, sendo utilizados de forma indiscriminada os diferentes conceitos a fim de se referirem unicamente à proteção de situações que interferem externa ou internamente na subjetividade humana, observada a cultura social a que está inserida. O que se verifica, de forma pacífica, é o fato de que o cidadão deve ter espaço - ainda que mínimo, inacessível e inviolável - para exercer sua identidade com liberdade e segurança das intromissões alheias à sua vontade. A diferença vai se descortinar na forma como será considerada: se um elemento essencial da própria privacidade, podendo ser utilizadas como sinônimos, ou parte dela, como um fim específico.

Em verdade, a proteção da vida privada e da intimidade - independentemente de como tratadas - carece da análise específica que defina diante de quais hipóteses se está, no caso concreto, especialmente diante da informatização das relações, isso porque, à medida que alguns dispositivos estabelecem a vida privada como direito, não se pode afastar também a proteção da intimidade que disso decorre. A solução parece estar em aceitar-se a semelhança, ou então, ao falar-se na privacidade, entendendo-se dentro dela a intimidade, o que pode não ocorrer no inverso, dada sua especificidade.

Diante disso, para o deslinde do presente trabalho, acompanha-se a previsão constitucional em que - propositalmente ou não - o legislador optou por utilizar os termos *intimidade* e *privacidade* simultaneamente, no entanto, sem distingui-los na prática, conforme o grau de inserção na vida privada do agente público. Logo, parte-

¹³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-364.

se do conceito proposto por Szaniawski, para quem a intimidade é considerada “[...] como o direito que a pessoa possui de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros [...]”¹³¹. Quanto à vida privada, consiste, via de regra, no “[...] direito que cada pessoa tem de assegurar a paz, a tranquilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada como pública¹³².

Limberger ressalta ainda que, em relação à informática, tais direitos revelam um lado negativo e outro positivo, em que “[...] o primeiro se configuraria com relação ao resguardo de dados, em particular os dados sensíveis. Já o segundo se caracteriza pelo direito de acesso aos dados e pelo direito ao esquecimento”. Importa comentar que a última hipótese se torna cada vez mais difícil de operacionalizar, já que os dados podem ser armazenados por longos períodos, não havendo controle sobre o tempo¹³³.

Por todo o exposto, na condição de direito constitucional, constata-se que hoje esses valores deixam de versar como preocupação exclusivamente individual, para se revestir de um caráter coletivo, em se tratando da necessidade de se prestar informações pessoais à Administração Pública e de perceber até que ponto são necessárias à manutenção de alguns vínculos sociais sem adentrar na seara privada do cidadão, causando-lhe angústia e descontentamento.

Assim, se consideradas como direito do cidadão - natural e fundamental - a intimidade e a privacidade não são exclusivamente manifestações de suas liberdades individuais, assumindo uma dimensão social como condição da própria existência de toda a coletividade¹³⁴. Dentre os direitos, como será apurado a seguir, a intimidade e a vida privada serão objeto de estudo nos termos constitucionais, por referirem-se diretamente aos direitos fundamentais colocados em questão quando se fala sobre a divulgação de informações de agentes públicos em rede, no cenário brasileiro.

¹³¹ Com um caráter ainda mais subjetivo, apenas a título de curiosidade, já que não contribui para o presente estudo, o especialista propõe a esfera do segredo, que consiste “na não divulgação de determinados fatos da vida de alguém, cujo conhecimento foi obtido lícitamente”. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 300.

¹³² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 300-305.

¹³³ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

¹³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317 - 344.

3 A PUBLICIDADE COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO VIÉS DEMOCRÁTICO: A NECESSÁRIA RETOMADA DA COMUNICAÇÃO ENTRE O ESTADO E SEUS INTEGRANTES, A PARTIR DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Ao final do movimento do poder público que também influenciou na consolidação de Cartas Constitucionais - consagradoras inclusive de direitos fundamentais - averiguou-se que as transformações ocorridas, ainda que positivas por um lado, também contribuíram para a crise do próprio modelo de Estado vigente, associando-se, como ensina Chevalier, às crises i) social, com o aumento das diferenças entre as classes sociais, da miséria, da baixa qualidade na educação e da sensação de perpetuação das situações de preconceito e de exclusão; ii) econômica, em virtude dos efeitos da industrialização e do fortalecimento do mercado global; e iii) moral, devido ao multiculturalismo, à exclusão das minorias, à liquidez e à informatização das relações e à insegurança que disso resulta¹³⁵.

Como se não bastassem estas e outras tantas mazelas, a corrupção passou a rondar constantemente as administrações públicas, ocasionando escândalos motivadores de vultosas investigações acerca do desvio de verbas - originariamente destinadas às mais diversas finalidades sociais. Montantes de dinheiro consideráveis que pertenciam, não apenas ao contribuinte (que vê a sua obrigação tributária ser desviada dos devidos objetivos) como também ao que deixou de acessar o serviço público adequado e disponível em razão da suposta insuficiência de recursos para tal aplicação. Tudo isso passa a colocar em xeque a credibilidade do cidadão no poder público, e o desmotiva a integrar um sistema debilitado que dará causa ao que alguns estudiosos chamam de crise política¹³⁶, em que a representação perde o *status* de instrumento capaz de responder a tantos clamores. Não só em razão do número elevado de atores políticos, como também de situações calamitosas que dependem da resposta efetiva do Estado, o indivíduo - cuja participação legitima o próprio viés

¹³⁵ Ademais, se esclarece que “[...] aparentemente se encontram reunidos os elementos que permitem caracterizar o contexto de crise política, essa crise indo mais além de simples disfunções e pondo em questionamento a pertinência de um certo modelo de organização política herdado da modernidade: tudo se passa tal como se a ordem política liberal estivesse doravante confrontada com elementos de desestabilização, indissociavelmente ligados às mudanças radicais de toda a ordem que afetam as sociedades contemporâneas; através da crise do liame político, sustentado pela lógica representativa, perfilha-se uma crise mais ampla do liame cívico. Falta, no entanto, medir a exata dimensão desses diferentes elementos”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 185-270.

¹³⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

democrático - se sente isolado e não correspondido, deixando para trás a crença de que participar ativamente mude o quadro que se desvela¹³⁷.

No presente capítulo, portanto, procura-se analisar a transparência administrativa como meio hábil para fortalecer o vínculo fragilizado pelas transformações sociais presentes na pós-modernidade, assim como para buscar a garantia de direitos mínimos verificados no capítulo inicial, o que só será possível mediante o aperfeiçoamento da participação popular, já que a efetivação da administração transparente e eficaz necessita que o mesmo cidadão se interesse pelas informações prestadas e contribua para revigorar o seu vínculo com o poder político.

Para tanto, propõe-se então o uso das já referidas tecnologias disponíveis nas sociedades da informação, com o objetivo de, superados os riscos, oferecer um canal de comunicação com o Estado - quer-se crer - capaz de roborar seu controle pela efetivação de seus direitos e, principalmente, pela prevalência da ideia de soberania popular decorrente do ideal democrático. Ao final, o capítulo enfoca o advento das leis de acesso à informação pública como mecanismo atual de controle social das decisões do poder político, tanto no Brasil, como em outros ordenamentos jurídicos, para que, a partir de então, seja possível colocá-las frente a frente com os direitos fundamentais - singularmente, o da privacidade e o da intimidade dos agentes públicos.

¹³⁷ Os problemas que vêm sendo enfrentados pelas Administrações Públicas, segundo Barreda, resultam das precárias condições de *accountability* democrática, ou seja, não existem critérios adequados de avaliação qualitativa da população em relação ao governo que a representa. Isso porque, a qualidade da democracia depende não apenas dos procedimentos disponíveis para controle do poder político pelo povo, como também de objetivos claros do que pretende alcançar. Dentre estes critérios, o autor propõe mecanismos verticais (relacionados com a realização de eleições ou do controle direto por cidadãos individuais ou em grupos) e horizontais (voltados às ações de instituições autorizadas para o controle do Estado e de seus atos), dentre os quais não há uma separação extrema, mas uma relação que contribui para o aprimoramento da representação política. Assim, constata que no cenário das democracias latino-americanas o Estado está pouco sujeito ao controle social ou não são utilizados meios adequados para isso, o que resulta em um elevado número de decisões autoritárias, em governos corruptos e em pouca impunidade daqueles políticos que infringem às legislações a que são submetidos, corroborando os problemas existentes na região. O que atribui a determinantes históricos, à estrutura social e econômica, aos fatores culturais e às instituições encontradas na região. BARREDA, Mikel; CERILLO, A. **Governanza, Instituciones y desarrollo**: homenaje a Joan Prats. Valencia: Tirant to Blanch, 2012. p. 29- 44.

3.1 A Efetivação do Dever de Transparência Administrativa como Alternativa para a Crise Política do Estado Pós-moderno

Não se discute doutrinariamente o fato de a democracia ser considerada o governo em que o poder político atua de modo visível, não sendo aceitos procedimentos que visem a manutenção do segredo, pois como refere Bobbio, “Com um aparente jogo de palavras pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público”¹³⁸.

Nesse aspecto, as primeiras noções de governo transparente são atribuídas à Platão, na seara da Grécia antiga, que defendia como requisito para a obtenção de um governo ideal - capaz de dirigir a pólis e atender às suas demandas - a eleição de um representante que atuasse com clareza e sinceridade. Como fundamento para sua teoria, o filósofo utilizava-se da metáfora do navio, em que o seu capitão, assim como o governante, deveria proteger a embarcação já que o povo não possuía conhecimento suficiente para isso, o que justificava o fato de os atos do governante não necessitarem ser motivados. Com efeito, para o autor, os integrantes da República eram incapazes de decidir o melhor, confiando em um soberano a tomada das decisões para o bom desenvolvimento da pólis. Assim, a omissão de informações estava justificada quando viesse a fortalecer o poder político, atender ao interesse público ou, até, manter o soberano no poder, como uma omissão útil ao bem comum¹³⁹.

Posteriormente, serão percebidas em Roma grandes manifestações do sigilo do Estado por meio de conspirações e segredos. O que será absorvido pela cúpula da Igreja católica, a fim de controlar e direcionar os atos de seus seguidores, principalmente com o fim do império romano, o que levará os atos do poder político a serem justificados pela religião. Posteriormente, a figura de Maquiavel trará um período de passagem do poder da Igreja ao poder soberano do monarca, e que, a partir do iluminismo será transferido ao povo, como titular das decisões políticas e em prol de quem as decisões administrativas devem ser pensadas. Opondo-se a

¹³⁸ A descentralização do poder público também decorre da busca pelo poder visível, pois a transparência do Ente local se dá de forma muito mais efetiva que o próprio Ente central, já que está mais próximo do cidadão, de seus anseios e mais fácil é a divulgação de seus atos. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 134.

¹³⁹ SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

atividades secretas, portanto, busca-se na publicidade a legitimação do poder político¹⁴⁰.

Nesse caminho, Kant irá propor, tempos depois, que a justiça estará na transparência dos atos do Estado, como um diálogo entre as noções de política, moral e poder. Para o autor, a visibilidade do poder público, muito mais do que uma necessidade política, decorre de um dever moral, consubstanciado nas ideias iluministas onde o público deve revelar a sua própria razão. Nesse sentido, aquilo que não pode ser publicizado deve ser considerado injusto e, portanto, impraticável. Assim, o público opõe-se ao privado, assim como ao segredo, diante da necessidade de que sejam evidenciados os atos do Estado que proponha revestir-se deste viés¹⁴¹.

Kant então retoma a discussão sobre a razão pública ao estabelecer as leis da razão prática, possíveis pelo que denomina de esclarecimento dos atos do Estado para com a sociedade, com o enlace entre política e moral. Nesse aspecto, Habermas refere que para o Kant a iniciativa para esclarecer seus atos deve partir do poder político, já que o homem, sem provocação, tem dificuldades em buscar dados que vêm desde sua essência, o que chama como menoridade. E assim discorre que o uso público é pessoal e livre, capaz de oportunizar o esclarecimento para toda a sociedade, diversamente do uso privado que pode ser limitado, ainda que isso não interfira no seu desenvolvimento¹⁴².

Com efeito, aquilo que for público entre os cidadãos os torna capazes de entender e manifestar-se, formando o que se denomina como esfera pública e que, submetida aos ditames constitucionais, formará a primeira manifestação do Estado de Direito, consubstanciada nos ideais liberais. Neste, as leis públicas permitem a liberdade do homem e igualdade de aplicação em relação aos demais, até porque a norma resulta da razão pública, como manifestação escrita da vontade do povo que concorda em termos de razão pública.

Habermas então aponta que, posteriormente, a teoria kantiana do uso da razão pública para manifestação da vontade do povo passará a ser chamada de opinião pública, como tudo aquilo que pode ser feito por estar em consonância com o direito

¹⁴⁰ SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 133-168.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 264-287.

e a moral. Por meio da filosofia da história, Kant então trabalha a publicidade como uma possibilidade de independência do povo das decisões autoritárias do poder público, corroborada pela busca do bem-estar de toda a sociedade. Como fundamento, sua teoria busca na razão pública a própria opinião social, cujo exercício tende a contribuir para um Estado melhor¹⁴³.

Diante disso, no contexto da Revolução Francesa, a democracia pleiteada, ainda que não necessariamente praticada, era vista como um novo ideal político calcado em um governo público nos dois sentidos acima referidos, como uma categoria política embasada nos ideais iluministas e voltada à derrocada do reino das trevas. Havia a obrigação, desde aquela época, de que as decisões fossem informadas ao povo, pois este era o poder soberano, ressalvadas apenas as questões relacionadas com a segurança pública¹⁴⁴.

Dessa forma, verifica-se que a discussão sobre as diferenças entre as esferas pública e privada - em que a primeira diz respeito aos bens do Estado e a segunda, aos demais - eminentemente do particular, vem desde a Antiguidade, quando ainda a noção *res publica* abarcava a ideia de publicidade e, desta, a necessidade latente de o cidadão manter-se inteirado sobre o uso público, como cumprimento ao princípio da democracia e, conseqüentemente, à afirmação do Estado de Direito que dela faz uso. Afinal, o poder democrático, diverso do autocrático, se forma com a participação da sociedade e se permite ser controlado por ela, a real detentora do poder político¹⁴⁵.

Kelsen¹⁴⁶, ao versar sobre o ideal político, o traduz como a transferência da vontade coletiva para um destinatário abstrato, que se revela sujeito da política,

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 264-287.

¹⁴⁴ Bobbio estabelece a relação entre governante e governado a partir da ideia de troca entre obediência e proteção, em que aquele que cumpre as determinações não necessita ter o mesmo conhecimento da realidade, que o outro que tem como dever a tutela do primeiro. A partir disso, o autor acredita que naquelas nações onde o poder político se mantém oculto, é possível que também seja encontrado um anti-poder em segredo, articulado em locais inacessíveis aos olhos alheios. Disso depreende-se o fato de a democracia ser aberta para o povo, para que esse seja também o seja ao seu governante, estando autorizada a reserva um espaço privado para que o cidadão possa exercer a sua liberdade voluntariamente. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 133-168.

¹⁴⁵ LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública, uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; DOS SANTOS, André Leonardo Copetti. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 203-218.

¹⁴⁶ KELSEN, La Démocratie, p. 23 apud ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Civitas, 1997. p. 55-56.

personificado no então Estado. A democracia, a partir disso, não é suficientemente apta a evitar que o povo se submeta aos mandamentos de seus semelhantes, contudo, como refere Enterría, “[...] la conciencia política protesta contra esta dominación”, o que possibilita a identidade entre o sujeito e o objeto do poder, regida pela ordem política estatal. E para que haja identificação, cabe ao povo a escolha de seus governantes, através da voz ativa que se dá pela representação política, pois a democracia só se revela com o reconhecimento do outro, combinando-se valores, recursos, interesses e oportunidades de inserção política¹⁴⁷.

Importa também realçar que tais situações, no contexto brasileiro, decorrem da expressa previsão do Preâmbulo da Constituição Federal, assim como de seu art. 1º, § único¹⁴⁸. Contudo, diante da crise política que se descortina nos contextos democráticos, verifica-se justamente o baixo grau de credibilidade da sociedade em relação aos seus representantes, desestimulando a participação social e resultando no que Rosanvallon chama de sociedade da desconfiança. As causas podem variar desde a desqualificação dos governantes para atender às demandas sociais e garantir direitos humanos mínimos ao abalo da soberania dos Estados com o fortalecimento de organizações transnacionais, como visto, ou ainda, pelo aumento da corrupção, que se vislumbra por escândalos fiscais e antiéticos por todo o mundo e que reduz o interesse da comunidade em envolver-se com as decisões do poder político¹⁴⁹. Nesse cenário, a credibilidade social assume especial lugar diante da democracia - como seu

¹⁴⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Civitas 1997. p. 62-72.

¹⁴⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁴⁹ ROSANVALLON, La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance apud CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.185-270.

sustentáculo - enquanto as eleições se evidenciam apenas como instrumento para que a representação seja praticada. Para Enterría, conseqüentemente,

La falta de confianza en la clase política es la expresión de que el pueblo se siente, literalmente, alienado por un poder extraño, que no es capaz de interiorizar o sentir como suyo y cuya actuación no considera que se realiza en su próprio beneficio, sino en el de los propios titulares de la gestión, que han pasado así a apropiarse de ésta y de sus fines. Supone, así, la ruptura de la relación de trust, confianza o fidúcia y, con ello, de la legitimidad del sistema mismo, la más grave, pues, de las deficiências imaginable sen una democracia¹⁵⁰.

À vista disso, identifica-se o envelhecimento precoce da democracia representativa, ainda que recorra a instrumentos recentes, pois não se dá pela racionalidade do próprio relógio, mas pelo aceleração das relações, fomentadas pela mídia e pela rapidez tecnológica (como ocorre com a democracia vivenciada no contexto brasileiro, que ainda está em formação e em aperfeiçoamento e se vê abalroada por tantos desafios)¹⁵¹. No mesmo ponto de vista, o direito administrativo característico do século XIX, embasado na ideia de prestação de serviços, desnuda uma nova realidade, sem criar na mesma velocidade mecanismos adequados para a sua regularização.

Nesse cenário, o dever de transparência da Administração Pública emerge não unicamente como a necessidade de conferir publicidade a seus atos, mas - mais que isso - de ter por escopo a demonstração do que é planejado e executado em prol do

¹⁵⁰ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Civitas 1997. p. 105.

¹⁵¹ Segundo Wolkmer, “[...] a viabilidade da participação popular comunitária depende de determinadas “condições” e de “instrumentos operacionalizadores”. Quanto às “condições”, são necessárias estruturas individuais e coletivas, com certo grau de institucionalização e reconhecimento, habilitadas a abarcar os diferentes níveis da sociedade que têm interesses a serem defendidos e que estão em confronto e negociação. [...] Na medida em que se amplia politicamente a pluralidade de esferas sociais, o espaço político unificado e homogêneo das formas de representações tradicionais (partidos políticos e sindicatos) cede lugar a uma proliferação de práticas coletivas canalizadas agora pelos movimentos sociais, associações voluntárias em geral, corpos intermediários, comitês de fábricas, conselhos comunitários [...] É nessa nova forma de fazer política que se institui a cidadania coletiva. Uma cidadania que nasce com a participação democrática dos diversos setores da sociedade na tomada de decisões e na solução dos problemas pela descentralização de competências, recursos e riquezas e pela criação de mecanismos de controle sobre o Estado, assegurados pela real efetividade de um pluralismo político jurídico firmado em novas bases de legitimação E, ainda, essas situações ainda dão ensejo à crise da administração da justiça, uma vez que uma proposta de transformação do quadro jurídico-social também perpassa por novas propostas democráticas, corroboradas, nas palavras do autor, por situações de “descentralização”, “participação popular”, “poder local”, “controle das bases” e “sistema de conselhos”. WOLKMER, Antonio Carlos. Direito, democracia participativa e nova cidadania. In: PIRES, José Luiz Fernandes (Org.). **Direito em debate**. 3. ed. Ijuí: Unijuí Editora, 1993. p. 19.

bem comum, assim como as razões que justificam tais medidas, como meio de afirmação da gestão governamental no modelo de Estado vigente. Em verdade, como define Martins Júnior,

A transparência é a resposta racional à crise de legitimidade no contexto de uma Administração Pública com elevado grau de penetração na vida cotidiana dos cidadãos, pois a explicação das medidas intervencionistas e a formação de opinião pelo conhecimento do interior administrativo aumentavam os níveis de adesão e de consenso dos administrados, de eficiência e de equidade. [...] é princípio intimamente ligado à própria concepção de Estado Democrático de Direito. Para além da clássica escolha dos governantes, a democracia é mais efetiva quando o uso do poder tem visibilidade (embora, em cada ordenamento jurídico, haja uma variação da intensidade da transparência administrativa, desde a publicidade das decisões governamentais à participação da população na condução dos negócios públicos).¹⁵²

Por essa razão, o dever de transparência se confirma como necessidade indisponível das sociedades atuais, conforme leva ao conhecimento dos cidadãos as ações de seus representantes. Com isso, o que antes se supria com serviços públicos adequados, hoje se substitui por ações positivas constantes, pelas quais o poder público demonstra a efetividade de seus atos e se mantém exposto às críticas da sociedade democrática que nele se retrata. Assim, como manifesta García, “[...] se erige en un elemento central e irrenunciable de la democracia misma, que no puede ser verdaderamente tal cuando lo público se mueve furtivamente por la oscuridad de los despachos”¹⁵³.

No contexto brasileiro, o diálogo entre cidadãos e seus representantes, evidenciado no dever de transparência da Administração Pública, não se apresenta de forma expressa na Constituição Federal de 1988, mas decorre especialmente do princípio da publicidade, estabelecido pelo art. 37, *caput*¹⁵⁴, e pelo direito fundamental à informação, insculpido no artigo 5º, XXXIII, deste diploma legal¹⁵⁵, além do que se

¹⁵² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7-8.

¹⁵³ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Transparencia y acceso a la información pública*. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUNÓS, Jaime et al. (Org.). **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno**. Granada: Comares, 2014. p. 93.

¹⁵⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁵⁵ XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de

comprova pela necessidade de o administrador manter a moralidade e a eficiência em seus atos. Existe, em verdade, uma obrigação constitucional do Estado em dar notoriedade a suas atividades - excepcionando-se apenas aquelas sigilosas - o que acaba por gerar também aos cidadãos a possibilidade de ver o destino dado ao dinheiro público efetivamente em seu benefício.

Acerca do tema, ainda García designa duas faces para o conteúdo jurídico do princípio da publicidade, quais sejam, i) a primeira, como uma obrigação ativa do Estado em informar os cidadãos daqueles atos que lhes dizem respeito, como a publicidade *ex officio*, automática e obrigatória no exercício da gestão pública, prevista para situações específicas, ou como as divulgações que normalmente ocorrem por determinação legal na imprensa oficial, a fim de tornar eficazes determinados atos administrativos¹⁵⁶; e ii) a segunda, que se refere a uma obrigação passiva, pela qual é demandado a disponibilizar aos interessados os documentos, as informações ou outras questões que satisfaçam interesses pessoais, ainda que de posse do Estado. Ademais, diretamente relacionado à atuação transparente, se exhibe pela publicidade provocada e que vem da obrigação da Gestão Pública em responder aos questionamentos que a ela são direcionados, como um direito subjetivo do cidadão¹⁵⁷.

A partir de então, nota-se que a transparência transita entre as duas faces, já que o cidadão pode verificar os atos efetuados para contestá-los, quando entender necessário, ou então, provocar o Estado a prestar alguns esclarecimentos que, motivados pelo interesse público, julgue adequado, até porque, diferentemente do contexto liberal, a informação transmitida na seara do Estado Democrático confere-lhe a própria legitimidade, sendo - ou devendo ser - os atos divulgados, antes de tomados, o objeto de diálogo com a sociedade a que dizem respeito, significando, em razão disso, a manifestação da sua vontade. Não só se fomenta assim a divulgação de dados públicos espontaneamente com fundamento na publicidade, como se garante à sociedade o direito para a existência da própria democracia.

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. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁵⁶ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Transparencia y acceso a la información pública*. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUNÓS, Jaime et al. (Org.). **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno**. Granada: Comares, 2014. p. 93-196.

¹⁵⁷ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Transparencia y acceso a la información pública*. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUNÓS, Jaime et al. (Org.). **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno**. Granada: Comares, 2014. p. 93-196.

Com efeito a diferenciação entre publicidade e transparência pode ser observada a partir da definição de Sales, para quem:

Publicidade é uma atividade, uma ação, que se utiliza de vários instrumentos e técnicas para tornar algo público. Já a transparência é meramente uma qualidade daquilo que é visível. Tornar público é mais do que ser visível. A publicidade se realiza e a transparência se constata. Falar em uma atividade administrativa ter a característica de transparente remete à dimensão negativa do direito de informação. Quando o Estado disponibiliza, sem embargo, todos os seus dados, sua atuação pode ser considerada transparente. Já a publicidade, significando uma ação para tornar algo público, visa, por vários meios, fazer com que a atividade administrativa seja conhecida (seja pela abertura de informações ou pela divulgação), mas também apreendida pelo cidadão como pública. Historicamente, a Administração tem sido usada como um bem privado pelos detentores do poder. A publicidade é um dos instrumentos, decorrentes do Estado Democrático de Direito, para a garantia de que se possa, efetivamente, publicizá-la, torna-la, de fato e de direito, uma entidade pública, um ente ao alcance de todos¹⁵⁸.

No contexto europeu, podem ser reparados padrões mínimos para a liberação de informações em poder da Administração Pública, ao tempo em que também se estimula a difusão de questões relevantes como um dever de governo, visto que são condições necessárias ao aprofundamento da democracia, através da participação da população e da transparência administrativa¹⁵⁹. Dentre os textos existentes - e que ressaltam tal entendimento - enfatiza-se a recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de vinte e um de fevereiro de 2002, que trata do acesso à informação oficial, do qual se apreende que o alcance ilimitado aos documentos oficiais deve se fundamentar em regras claras e se sustentar no princípio da igualdade - válido para ambas as partes - isso porque permite que os indivíduos construam uma opinião crítica sobre os caminhos percorridos por seus representantes e estejam conscientes da situação em que efetivamente se encontram.

O documento ainda estabelece que a participação popular é motivada pela discussão de assuntos de interesse comum, auxiliando na eficiência e na eficácia dos governos, evitando atuações corruptas, legitimando seus atos e contribuindo

¹⁵⁸ SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 292.

¹⁵⁹ GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 271-384.

para a sua integridade. Para isso, o Estado deve procurar atender à transparência, mas sem deixar de lado a observância a outros direitos já consagrados pela comunidade como essenciais e legítimos. Destaca-se que a grande importância do documento reside no fato de que os padrões delineadores da divulgação de informações não interferem nas demais legislações, na medida em que autorizam, de um lado, a concessão de amplas informações a qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade ou da exposição de justificativas; e de outro, limita o deferimento delas pela tutela de interesses legítimos, como a intimidade daquelas cujos dados dizem respeito¹⁶⁰. Ao discorrer sobre o tema, Ruiz aduz que “[...] la democracia representativa, sin dejar de serlo, ha de ser también participativa y contemplar la existencia de dos derechos básicos, aquí y ahora, del ciudadano: el derecho a saber y el derecho a preguntar”¹⁶¹.

Considerada um elemento estratégico para a retomada da confiança do cidadão no poder público, a transparência da atuação administrativa ainda possibilita ao Estado que agregue informações relevantes para o desenvolvimento de seus próprios projetos. Para isso, defende-se a ampliação do acesso, assim como a redução da sua complexidade, para facilitar a avaliação constante pela população das medidas adotadas¹⁶².

Por conseguinte, o estabelecimento de meios para o questionamento da população vem a corroborar a ideia de participação como direito da pessoa humana, tornando-se o acesso à informação pública um requisito prévio que facilita o diálogo com o poder público não apenas no que concerne às questões políticas, como também às econômicas, às sociais e às culturais. No mesmo sentido, autoriza a responsabilização dos atores públicos por seus atos - evitando que sejam arbitrários - e assegura a igualdade, mesmo em um contexto plural, dentre outras tantas questões. Igualmente, ao abordar o contexto doutrinário português, Antunes descreve o tratamento dedicado à transparência Administrativa, em que observa que

¹⁶⁰ GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 271-384.

¹⁶¹ RUIZ, José Luis García. Ley de transparencia: algunas reflexiones. **El Notario del Siglo XXI**, Madrid, n. 49, p. 19-21, mayo/jun. 2013.

¹⁶² SOMMERMANN, Karl-Peter. La exigencia de una administración transparente em la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 11-25.

A utilização da palavra transparência não é, portanto, neutra: ela comporta um substrato afectivo (sic), que se revela, por vezes, reactivo (sic), ritualista; contém ainda imagens simbólicas, desejos latentes de legitimação de instituições, provocando efeitos difusos, esperanças, expectativas nas pessoas. Por estas razões, a transparência acede ao estatuto de um verdadeiro mito no sentido forte do termo, isto é, uma imagem simplificada e ilusória, capaz de produzir uma série de efeitos sociais tangíveis pelas ressonâncias que produz na consciência coletiva.¹⁶³

Não obstante, além de conceder efetividade ao princípio da legalidade em sentido estrito, esse perfil ativo reflete nos demais princípios da gestão pública - a saber, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, eficiência, economicidade e proporcionalidade - que se outorgam como resposta a um processo ambivalente em que se nota de um lado, os questionamentos da sociedade ativa aliados às novas formas de exercício da cidadania e, de outro, a obrigação que criam para si de justificar suas ações, numa constante prestação de contas¹⁶⁴¹⁶⁵.

Por tudo isso, incita-se ao ordenamento jurídico, assim como às sociedades por ele regidos, que estabeleçam uma rede de comunicação (entre o poder público e os cidadãos) capaz de propiciar o fortalecimento da participação social ao ponto de obter-se uma transparência efetiva e de governar em escuta e em sintonia com o povo, maior e real interessado. Até porque, em consonância com Habermas, “[...] somente uma cidadania democrática, que não fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas em nível mundial”¹⁶⁶.

Importa salientar ainda que não se desconsidera o fato de que a efetivação da transparência acabe entendida como meio de despistar outros grandes

¹⁶³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Mito e realidade da transparência administrativa. Boletim da Faculdade de Direito. Número especial. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró. Vol. 2. Coimbra (Portugal), 1993, p. 4-5 apud MAGALHÃES, Marco Tulio Reis. Controle via publicidade e o mérito do tema 483 da repercussão geral. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/observatorio-constitucional-control-e-via-publicidade-tema-483-repercussao-geral>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

¹⁶⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.

¹⁶⁵ Apesar disso, para Atienza, a efetividade do dever transparência do poder público está abrigada no âmbito subjetivo da obrigação daquele que deve proporcionar a informação, assim como no âmbito objetivo do direito de quem pode requerê-la e em que situações a fazer. O que poderá esvaziar-se diante dos limites estabelecido em lei para sua efetivação. ATIENZA, Manuel. Una modesta proposición en favor de la transparencia. **El Notário del Siglo XXI**, Madrid, n. 49, p. 22-23, mayo/jun. 2013.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 304.

acontecimentos envolvendo as administrações, no entanto, acredita-se que se dita ferramenta for utilizada da maneira correta, poderá se revelar como recurso para se alcançar a otimização do serviço público e a efetivação de direitos - e não como mera estratégia política¹⁶⁷.

3.2 A Participação Social para Efetivação do Estado Democrático

Acredita-se que a palavra soberania tenha sido utilizada inicialmente pelo escritor francês Beaumanoir, em sua obra *Costumes de Beauvaisis*, considerada o primeiro tratado do direito consuetudinário do século XIII, embora se aponte que seu delineamento tenha efetivamente ocorrido no absolutismo como definição da condição de subordinação dos súditos ao soberano, em que, nos dizeres de Pérez Luño, “[...] era concebida como el carácter a él perteneciente. El soberano - son palabras de Bertrand de Jouvenel - era lo esencial; la soberanía, la sombra que proyectaba, o, para hablar con más exactitud, el atributo del soberano”¹⁶⁸.

A soberania popular, por sua vez, pode ser vinculada à Rousseau no contexto dos Estados modernos como a vontade geral em que o indivíduo deixa de lado seus interesses pessoais para aderir aos da comunidade a que se insere. Com isso, no âmbito dos Estados Democráticos, se reconhece que a soberania popular se manifesta como o princípio legitimador do poder político, pois a partir dela presume-se o consentimento do povo para a tomada de decisões, fortalecendo o Estado de Direito e afastando a ocorrência de governos totalitários.

¹⁶⁷ Com efeito, para Piñar Mañas, a ideia de publicidade dos atos públicos enseja três diferentes situações: a primeira delas, referente ao processo de decisões do Estado, que exige deste que seja aberto e permita a avaliação pública de suas razões; a segunda, no que tange à necessidade de que as decisões sejam motivadas e estejam calcadas na razoabilidade; e a terceira, diretamente relacionada com a publicidade, que consiste na necessidade de que a falta de publicidade reserve-se aos atos efetivamente sigilosos ou cuja divulgação incorra na violação de outros direitos. PIÑAR MAÑAS, José Luís. *Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario*. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 81-101.

¹⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 189.

Com efeito, da leitura do art. 14 da Constituição Federal de 1988¹⁶⁹, assim como do art. 37, *caput* e §3º, II¹⁷⁰, dentre outros dispositivos, pode-se afirmar que a soberania popular leva à parcela de poder dos cidadãos em detrimento do próprio poder do Estado, como um direito constitucionalmente reconhecido. Na realidade, a liberdade política passa a relacionar-se diretamente com a fiscalização da Administração Pública ao ponto de inibir exageros na sua autonomia, principalmente pelo indivíduo que se sente apto para manter o controle do poder governamental.

Resta claro, por isso, que para a transparência efetiva, é indispensável que assim também se comporte a participação dos integrantes de determinado contexto social, posto que, como visto, a mudança de paradigmas pela qual passou o Estado (e que levou muitos estudiosos a denominar a sociedade que se formou como pós-moderna) refletiu diretamente na estrutura e nos princípios que antes a delineavam, num contexto a partir do qual Dromi irá indicar a participação política como condição de definição do Estado, ao caracterizar um compromisso do habitante de um país, nas diferentes esferas de governo, em que

La participación es, cada vez más, no solo una seña identificatoria característica del Estado Nación, sino que además se confunde instrumentalmente con su misma razón de ser, en la medida que se generaliza la conciencia social de su íntima conexión con El mejoramiento de la calidadde vida y la consecución del bien común¹⁷¹.

¹⁶⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁷⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁷¹ E assim a define como “[...] la intervención organizada de la ciudadanía em la actividad pública, en tanto manifestación de sus intereses sociales. Esta participación constituye, por um lado, un médio de socialización amplia de la política – no meramente desde la política electoral o representativa,

Por outro lado, Bonavides acusa, ao discorrer sobre a importância das massas para a democracia, o fato de a atualidade ser marcada justamente por problemas relacionados às contradições internas de seu elemento político basilar - qual seja, a própria massa - assim como também de seus governantes que utilizam o poder para suprir seus próprios interesses. Deslinda que o constitucionalismo democrático torna politicamente independente a massa com o direito ao sufrágio, contudo isso não se mostra suficiente para que ela se convença a seu favor¹⁷².

Assim, a participação nada mais é senão decorrência lógica da transparência que, por sua vez, é fundamento indispensável à manutenção de um Estado que se diz democrático. É a partir da interação que o cidadão toma conhecimento das decisões do Estado, das justificativas para que existam, aceitando - ou não - seus argumentos e interessando-se a exercitar seu direito de cidadania.

Nas palavras de Martins Júnior, “[...] essa sociedade participativa não se embasa na tradicional escolha dos governantes pelos cidadãos, nem se satisfaz com o afastamento da sociedade, obra da ditadura, da burocracia e da tecnocracia”. O que se tem, na realidade são sujeitos que “[...] demandam a oitiva na tomada de decisões objetivas envolvendo diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos”¹⁷³.

Pondera-se - todavia - que o conceito de informação - de origem latina, *informatio* - tem como significado a lapidação de conhecimento interior feita por meio da educação e da formação pessoal¹⁷⁴. Por isso, a legitimação da participação popular depende, no mais das vezes, de condições mínimas de cultura e de educação daquele que recebe a informação, para que possa analisá-la criticamente e, sendo interessante, transmiti-la aos demais.

Portanto, o exercício de direitos fundamentais igualmente depende do conhecimento mínimo para que tenham efetividade na prática, já que - embora necessários - doutrinadores, juízes e normas sozinhos não são capazes de

que se manifesta en la elección cívica de los representantes – que possibilita la democracia; y es además una forma de ampliar lo público hacia la sociedad civil. Es un valor que peralta la eficacia, la transparencia, el control y la ética del compromiso en la actuación cívica”. DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madrid: Hispania Libros, 2005. p. 16-17.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 191-200.

¹⁷³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p 7-8.

¹⁷⁴ INFORMAÇÃO. In: MICHAELIS: dicionário de português online. São Paulo: Melhoramento, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=informa%E3>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

concretizar direitos e garantias mínimas, se o cidadão atuante não se posicionar frente a eles. Diante disso, alguns pensadores sugerem a concepção de democracia significativa,¹⁷⁵ inserindo, dentre os aspectos característicos básicos dessa forma de governo, determinados de cunho subjetivo-psicológico. O ideal é pensado a partir do momento em que busca despertar a vontade, assim como a noção de que o envolvimento do indivíduo refletirá em bons resultados para toda a sua comunidade, motivando a luta por interesses comuns - e não apenas diretamente individuais.

Articulado um novo espaço descentralizado, a característica social a ser concretizada deve estar formulada como ponto de partida de novas ações de transformação social, em que a participação dos indivíduos - agora prontos para dialogar - passa a ser significativa. Deve-se alcançar, como leciona Caldera, um movimento de via dupla, em que estará de um lado a vontade social - fonte da soberania do Estado - e de outro, o poder em si, voltado à solução de problemas e à concretização de interesses comuns a ambos os lados. Não há uma ruptura ou uma divisão clara entre as vontades, mas o cruzamento e a sintonia entre elas ¹⁷⁶.

A importância de engendrar cidadãos educados e conscientes ainda remete ao entendimento quanto à importância do acesso em rede e dos dados que ali são trabalhados, reduzindo-se o risco de transferirem-se as relações para o mundo virtual, formando indivíduos alheios aos problemas reais que os cercam, desinteressados em solucioná-los e que contribuirão para a sociedade meramente de consumo que já se anuncia. Dessa forma, a preocupação deve se concentrar em oferecer um sistema de ensino capaz de constituir a opinião pública crítica que não aceite situações politicamente impostas, como mera expectadora que aguarda os novos passos de um sistema alheio à sua vontade, como também estimule a participação nas decisões que são tomadas em prol do grupo de que faz parte¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Conceito utilizado por Rosabeth Moss Kanter, com o intuito de demonstrar a necessidade de valorarem-se os aspectos subjetivos necessários para a concretização da democracia. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa - administrativa - judicial - fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 31.

¹⁷⁶ CALDERA, Alejandro Serrano. **Razão, direito e poder**: reflexões sobre a democracia e a política. Trad. Antonio Sidekum. Ijuí: Editora Unijuí; São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

¹⁷⁷ O que é retratado de forma crítica e precisa por Alves, quando refere que “[...] Por isso, sendo um país tão rico, somos um povo tão pobre. Somos pobres em ideias. Não sabemos pensar. Nisto nos parecemos com os dinossauros, que tinham excesso de massa muscular e cérebros de galinha. Hoje, nas relações de troca entre os países, o bem mais caro, o bem mais cuidadosamente guardado, o bem que não se vende, são as ideias. É com as ideias que o mundo é feito. Prova disso são os tigres asiáticos, Japão, Coréia (sic), Formosa que, pobres de recursos naturais, se enriqueceram por ter se especializado na arte de pensar”. ALVES, Rubem. **A alegria de ensinar**. 3. ed. São Paulo: ARS Poética, 1994. p. 66.

Destarte, a existência da participação popular (mesmo que positiva e necessária à concretização da sociedade democrática) se condiciona, como propugna Moreira Neto, a um viés subjetivo - e a outro, objetivo - da ação do indivíduo, em que pese sejam âmbitos de atuação autônoma e ajam em conjunto, modificando-se e alterando a perspectiva em cada sociedade. O viés subjetivo é o que conduz o cidadão a participar, pois, de ordem psicológica e social, o motiva a interagir na condução da comunidade a que está inserido. Na hipótese de o cidadão se manter desinteressado pela política, ou dela não querer participar, assumindo uma atitude abúlica, ou então, sem condições de fazê-lo em uma atitude acrítica, acaba por prejudicar a democracia, pouco importando se há - ou não - canais de efetiva participação e pelos quais são possíveis resultados socialmente relevantes¹⁷⁸.

Em contrapartida, o viés objetivo possui natureza política e jurídica, admitindo ao cidadão a condição e a necessidade de intervir no meio em que vive. Instituir-se a participação sem que haja a intervenção dos integrantes de uma comunidade a torna sem sentido, pois os poucos que contribuem para a tomada de decisão são aqueles cujos interesses são alcançados e observados. Logo, vê-se que a participação

[...] meramente decorativa, simula uma aparência de democracia, funciona em nível formal, quando, efetivamente, não existe motivação, disposição, vontade, interesse, estímulo para que cada um dê sua contribuição possível nos assuntos de interesse coletivo.¹⁷⁹

Kliksberg¹⁸⁰ então sugere, de modo mais elaborado, uma gestão social eficiente e diferente daquela vivenciada nas esferas privada e pública e que afastaria inicialmente as divergências entre os diversos atores envolvidos (como governos dos três âmbitos de poder, organizações não governamentais, interessados da sociedade civil, comunidades a serem atendidas, dentre outros setores) unindo esforços a fim de alcançar bons resultados em conjunto, independentemente das restrições burocráticas que dificultam, na prática, a concretização de ideais e o bom andamento em conjunto.

¹⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa - administrativa - judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 21-24.

¹⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa - administrativa - judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 21-24, p. 12.

¹⁸⁰ KLIKSBURG, Bernardo. **Por uma economia mais humana**. Brasília: UNESCO, 2003.

Uma alternativa também estaria na conscientização das comunidades cientes da importância de sua participação ao ponto de acolherem os programas como ideais - seus e de seus grupos - embasadas nas vivências de outros Estados, com a participação das comunidades no desenvolvimento dos programas sociais pretendidos, mesmo que num processo mais lento em razão disso, já com um número considerável de resultados positivos arrecadado.

Como terceira possibilidade, se investiria na descentralização, aproximando-se os programas da comunidade assistida, enquanto que, em quarto lugar, se fomentaria a cultura, as crenças e os hábitos daquela comunidade, para o seu próprio fortalecimento. Já a quinta característica da gestão solidária aponta questionamentos quanto à adequação da forma assumida pelos governos atuais que, formais e rígidos, acabam inacessíveis ou pouco entendem dos problemas enfrentados na prática pelas comunidades carentes - as quais deveriam ser por eles ouvidas. Por fim, a sexta ideia sintetiza que a gestão dos programas seja transparente ao ponto de manter seus participantes informados acerca do que está acontecendo, inclusive facultando a eles a interferência direta no controle do programa. Nesse panorama, não deve ser vista como escolha, mas sim como escassez de oportunidades de desenvolvimento, o que levará à necessária multiplicação da solidariedade¹⁸¹.

Considerando-se o redigido até aqui, vale afirmar que a avaliação da participação popular de modo sistematizado e regido pela efetivação do ensino público pertinente à formação de cidadãos é possível desde que o ponto de partida seja o fortalecimento da condição do cidadão e do sentimento de pertencimento a determinado grupo social. O ponto de chegada será a noção da responsabilidade pela condição de cidadão e da capacidade para exercê-la e modificá-la, seja por meio do voto, do diálogo com seu representante no poder político ou da fiscalização das medidas adotadas pelos governos¹⁸².

¹⁸¹ KLIKSBURG, Bernardo. **Por uma economia mais humana**. Brasília: UNESCO, 2003.

¹⁸² Na prática, essa ideia é confirmada por meio de um estudo realizado no ano de 2010, pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), em que se concluiu que naquelas sociedades em que são apresentados melhores índices de escolaridade, igualmente se observa um cenário político bastante positivo, pois como aponta a instituição, por trás de uma sociedade democrática bem desenvolvida se pode verificar ampla participação política e cidadãos críticos, cultos e civicamente conscientes. A pesquisa confirma a ideia de que a educação, desde o princípio das etapas escolares, deve ser a principal preocupação da gestão pública, a fim de se promover maior participação inclusive dos grupos menos favorecidos economicamente e que, na maioria das vezes, sequer concluem os estudos. COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **A hora da igualdade**: brechas por fechar, caminhos por abrir. Brasília, DF, 2010.

Já a participação política deve ser buscada nos diferentes âmbitos - legislativo, administrativo e judiciário - haja vista que todos expressam, em sua natureza jurídica, ser uma forma de exercício do poder. A diferença reside, no fato de que, segundo Moreira Neto,

[...] a participação política, em nível individual é uma expressão originária do poder, ao passo que a participação política em nível grupal e a condução política estatal da sociedade são expressões derivadas do poder. Poder este que, próprio da condição natural do homem só passa ao Estado, na medida em que aquele o permite¹⁸³.

Além do mais, o prejuízo de se ter participação eventual na atuação do poder Público se evidencia no desinteresse e na acomodação que decorrem da falta de habitualidade, fazendo emergir um cidadão às margens do Estado e de suas decisões - o que poderia ser revertido se houvesse interesse constante em inteirar-se, assim como educação que o estimulasse.

3.3 O Uso das Novas Tecnologias para a Participação Social: riscos e benefícios na formulação do viés democrático pós-moderno

Diante do cenário que se vislumbra, a utilização de novas tecnologias para a informação pode se confirmar como meio adequado e dinâmico de publicidade e de interação, quando se disponibilizam em rede informações sobre a gestão pública e os recursos destinados ao desenvolvimento social e não particular dos governantes, o que se reveste de tamanha importância que acaba superando os riscos que dessa divulgação decorrem¹⁸⁴, como ferramenta indispensável e irrenunciável para a manutenção de princípios éticos básicos da democracia¹⁸⁵.

Além de amparar o aperfeiçoamento do Estado Democrático no cenário pós-moderno, a transparência dos atos do governo e das contas públicas e o

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa - administrativa - judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 57.

¹⁸⁴ Riscos que serão trabalhados no decorrer imediato do texto.

¹⁸⁵ Inclusive, nesse sentido, se verifica pela Convenção Contra a Corrupção, firmada em setembro de 2003, no âmbito das Nações Unidas, que a transparência é considerada uma das medidas preventivas mais eficazes, especialmente vinculada à participação social para garantir o acesso às informações do governo, e que levam os Estados Democráticos a serem considerados aqueles em que o índice de desvios criminosos do dinheiro público é menor. LIMBERGER, Têmis. El planteamiento de la ciber ciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparência. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Construcción europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 243-28.

aprimoramento da gestão administrativa ainda representam meios para o desenvolvimento da representação política e da participação social. O cidadão pode suprir o denominado déficit da legitimidade (vivenciado pela crise da representação política) e contribuir para o fortalecimento da democracia, - numa hipótese denominada por Chevallier como “democracia deliberativa” - já que o aumento da atuação social devolve ao cidadão a condição de responsável pelas decisões tomadas pelo Estado, não proporcionando apenas o exercício efetivo da cidadania, mas também a retomada da titularidade do próprio poder, que teria sido subtraído pelos partidos políticos e sua forma abusiva de exercê-lo¹⁸⁶.

Nesse ângulo, destaca-se que o uso da palavra *cyberespaço* ocorreu inicialmente com a novela de ficção científica intitulada *Neuromante*, de Willian Ford Gibson, em 1984, com o objetivo de indicar um novo espaço digital de conflitos culturais e econômicos entre as nações. Por sua vez, a noção de cibercidadão passou a ser trabalhada em livros como *Republica.com* e *Ciberciudadanía o ciudadanía.com*, de Sustain e Pérez Luño, respectivamente, a fim de delinear uma nova forma do exercício da cidadania, agora por meio da disponibilização de informações públicas pelos governos em rede, para facilitar a intervenção e o desenvolvimento das gestões caracteristicamente democráticas¹⁸⁷.

Logo, a partir do momento em que se faz uso da cibercidadania para a efetivação da transparência na Administração Pública e, conseqüentemente, o fortalecimento da condição de cidadão, formou-se o que Pérez Luño denominou como cibertransparência, validando a ideia de que as democracias atuais precisam se adaptar à nova realidade, usando-a a seu favor à medida que contribui para o estabelecimento de uma linha direta entre a sociedade e o poder público¹⁸⁸.

No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, países predominantemente europeus trabalham com a ideia de *e-government*, em que, semelhantemente à de administração digital, se aplicam as tecnologias da informação e da comunicação como ferramenta de melhora dos Estados e de suas administrações. A ressalva que se faz a partir de tal comparação somente abrange a ideia de que administração eletrônica é muito mais que um simples aperfeiçoamento

¹⁸⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 185-270.

¹⁸⁷ LIMBERGER, Têmis. El planteamiento de la ciberciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparência. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Construcción europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 243-288.

¹⁸⁸ LIMBERGER, Têmis. El planteamiento de la ciberciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparência. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Construcción europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 243-288.

da Administração Pública por meio do uso de algumas tecnologias, mas uma grande transformação capaz de aprimorar áreas básicas de atendimento ao cidadão pela modernização de procedimentos na saúde pública, no meio ambiente, na segurança e em todos os demais âmbitos de atuação pública¹⁸⁹.

Com efeito, Masuda¹⁹⁰ - um dos idealizadores da informatização da sociedade japonesa e estudioso constante das sociedades informatizadas - recomendou a diferenciação entre o uso dos avanços tecnológicos por um Estado autoritário automatizado, em contraponto a uma sociedade livre por meio da tecnologia da informação, por ele definida como *computopía*. Nesse horizonte, refere que, para que tal sociedade realmente seja possível, cabe que se observem algumas questões, como por exemplo:

- a) a participação direta de todos os cidadãos na decisão de assuntos de interesse;
- b) a preocupação dos indivíduos com o desenvolvimento do seu grupo;
- c) a garantia do ensino das novas tecnologias como forma de inserção social;
- d) o estabelecimento com os cidadãos de um laço de responsabilidade entre os benefícios e os encargos do desenvolvimento local;
- e) a eliminação de eventuais conflitos entre os cidadãos, o Estado e entre si;
- f) a cooperação para a implementação das propostas aprovadas após substancial discussão.

Esses achados foram considerados como propulsores de uma série que resultou na noção de *teledemocracia*, em que o exercício da participação política nas sociedades democráticas se retrata mediante o uso de novas tecnologias. Como método, aparecem diferentes meios de comunicação em rede - televisão, informática, internet, telemática, dentre outros recursos - enquanto como objeto, se tem o processo de participação política dos cidadãos, o que corresponderia ao seu exercício de cibercidadania. O contexto de aplicação estará restrito aos Estados de Direito, mais especificamente, em cenários democráticos¹⁹¹.

¹⁸⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luís. Revolución tecnológica y nueva administración. In: PIÑAR MAÑAS, José Luís (Org.). **Administración electrónica y ciudadanos**. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 25-52.

¹⁹⁰ MASUDA, Yoneji. La sociedad informatizada como sociedad post-industrial apud PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique **¿Cibercidadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2003. p. 60.

¹⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Valores democraticos y redes sociales. In: PÉREZ LUÑO, Antonio

A partir de então, ao se abordar as novas tecnologias para fins de participação popular direcionada aos processos eleitorais, não é essa unicamente a proposta para sua utilização, tampouco se restringe às hipóteses elencadas em lei e na Constituição. Pelo contrário, uma das possibilidades da projeção se direciona ao fortalecimento dos meios de acesso à representação parlamentar, sem substituir a democracia direta, mas fundamentando-se em uma democracia indireta, que se articula através dos partidos. Com isso, o protagonismo político dos representantes é transferido aos cidadãos, devolvendo a eles sua titularidade e evitando que os sistemas eleitorais se contaminem¹⁹².

Através de denúncias de irregularidades e de discussões permanentes, se oportuniza a correção dos descaminhos tomados pela representação, incentivando que os muitos grupos sociais esquecidos também tenham voz. É possível dizer ainda que se controla a manipulação política e de opinião quando o cidadão se sente livre para manifestar seus anseios em nome da comunidade a que pertence¹⁹³. Por fim, como pontua Dromi,

Modernización no significa transformación compulsiva de lo preexistente, ni abandono de todo precedente. Es un proceso durante el cual las instituciones, normas y funcionarios que se hayan probado eficaces y eficientes deben ser mantenidos hasta tanto se tengan serios fundamentos para proceder a su reemplazo, de manera de

Enrique (Org.) **Construcción Europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2013. p. 117 -240.

¹⁹² Como pontua Limberger, “El carácter virtual modifica la noción de ciudad física, pero continua necesitando del carácter cívico de la educación para que este contacto en red sirva a la civilización. El desafío consiste, de este modo, em que el espacio virtual no sea uma mera reproducción de las vilezas existentes em la vida cotidiana, sino que haga posible um debate cualificado y no una simple manipulación de la opinión pública. Así, la información disponible en red y la posibilidad de que el ciudadano solicite uma rendición de cuentas se presentan como aspectos importantes de la ciudadanía”. A partir do primeiro congresso on-line, ocorrido em setembro de 2002 e denominado como Observatório para a Cibersociedade, passou a vigorar mundialmente um programa com o intuito de contribuir para o exercício da cidadania responsável e comprometida, por meio do uso das novas tecnologias e com o objetivo de fomentar a formação da sociedade solidária e justa, fundamentada em valores, como a igualdade, a liberdade e a democracia. Ao analisar esse movimento, Pérez Luño o descreve a partir de três objetivos: a) a importância de os governos e os órgãos internacionais adotarem mecanismos capazes de garantir a igualdade e a liberdade no exercício da cibercidadania, iniciando-se pela amenização dos índices de desigualdade no acesso à rede; b) a necessidade de que se fomente a educação cívica apropriada, que proporcione acesso responsável e consciente da rede para o exercício da democracia; c) o suprimento de barreiras no ciberespaço, proporcionando meios de proteção do cidadão interessado em contribuir através do ciberespaço. LIMBERGER, Têmis. El planteamiento de la cibercidadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo em la cibertransparencia. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Construcción europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 243-288.

¹⁹³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 185-270.

garantizar la vigencia constante de la fiscalización pública a través de la continuidad, la permanencia y la pertenencia¹⁹⁴.

Sincronicamente com o ensino cívico adequado, o uso de novas tecnologias poderá contribuir para a participação consistente dos cidadãos, não apenas nas atividades do poder público como também nos processos de formação do direito. Por meio de subsídios conscientes na elaboração das leis, Frosini defende que, munidos das ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente, os cidadãos terão a norma como, de fato, reflexo da sua vontade, o que também facilitará o seu cumprimento¹⁹⁵. Nesse diapasão, Sunstein também atenta para o fato de se verificar hoje muito mais sítios com a nomenclatura final *.com* do que propriamente *.edu.*, o que leva à conclusão de que o usuário se revela predominantemente egoísta, consumidor e preocupado exclusivamente com a lógica do mercado, em detrimento daquele que, solidariamente, assume seu lugar em busca do bem comum¹⁹⁶.

Dessa feita, não se descarta que a utilização de novas tecnologias e a virtualização da fiscalização dos atos do poder público acabem por anular o pensamento crítico daqueles que dela fazem uso, uma vez que, para a atuação política responsável, necessita-se de reflexão e de cautela na tomada de decisões, o que pode ser incompatível com a velocidade e com a não limitação espacial - decorrentes, por exemplo, dos meios de comunicação disponíveis na contemporaneidade.

Ademais, como defende de forma irredutível Sartori¹⁹⁷, dentre outras questões - mais precisamente, a da informação externada por meio da televisão - empregar o avanço tecnológico poderá resultar na eliminação do juízo de valor sobre as informações, pois toda manifestação responsável deve ser precedida de reflexão e de ponderação, o que parece estar em dissonância com a velocidade da informática e dos demais meios de comunicação da atualidade. Alude ainda que “[...] o problema de fundo é que a televisão criou e está criando um homem que não lê, que revela um alarmante entorpecimento mental, um molóide criado pelo vídeo, um viciado na vida dos videogames” - imagine-se então como não o será o cibercidadão.

¹⁹⁴ DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madrid: Hispania Libros, 2005. p. 8.

¹⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique **¿Cibercidadanía o ciudadanía.com?**. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 81.

¹⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique **¿Cibercidadanía o ciudadanía.com?**. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 65-67.

¹⁹⁷ SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. São Paulo: Edusc, 2001. p. 24.

Já dentre as intercorrências no âmbito político, a virtualização do processo de participação poderá cooperar para a estruturação vertical das relações sociais, despersonalizando o cidadão e o tornando refém de sua própria alienação. Cumpre aqui arrolar que, distante de fortalecer a democracia efetivamente participativa, talvez, o uso das novas tecnologias acarrete o descompromisso político do indivíduo que, ao não encontrar um grupo que o represente, poderá despolitizar-se¹⁹⁸. Igualmente, pode-se comentar que, a título exemplificativo, o âmbito do processo legislativo - mesmo que possa configurar instrumento extremamente importante - seria insustentável a adoção da tecnologia pela população para a apreciação *on-line* e irrestrita de todas as leis, antes de serem aprovadas, até porque isso poderia resultar não só no transcurso de muito tempo desde o lançamento dos projetos na rede e na difícil operacionalização em massa de todos eles, como também reduzir sua qualidade técnica. A alternativa consistiria na divulgação para a discussão popular daquelas normas referentes a matérias e valores culturais, de interesse atual e indiscutível do grupo correspondente, facilitando até que fosse observada posteriormente¹⁹⁹.

Aliás, a falta de contato físico não deve significar ausência de diálogo, e sim deve fomentar a troca de ideias em rede, afastando eventuais desigualdades econômicas, o que demanda cautela no que diz respeito à exclusão digital, já que, como um novo espaço de desenvolvimento social, a rede deve contribuir para o fortalecimento da democracia e não ocasionar o que Limberger conceituará como “farwest informático”²⁰⁰.

E, por fim - mas não menos relevante - repara-se que a facilidade em violar direitos humanos fundamentais se dá especialmente porque os dados informados podem ser armazenados rapidamente, independentemente da distância a que estão do local em que foram lançados em rede. Ressalta-se ainda que as informações em questão podem não só se relacionar com a vida presente do indivíduo, mas também a passada, de seus familiares, com seus gostos e com sua personalidade, com suas crenças e com suas preferências (que podem contribuir, mas também dificultar o

¹⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 85-86.

¹⁹⁹ Aqui se repisa a discussão acerca da educação cívica não apenas para fins de participação coerente, crítica e reflexiva, como também conhecedora dos direitos criados ou tolhidos após o advento da lei em debate.

²⁰⁰ LIMBERGER, Têmis. El planteamiento de la ciberciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo em la cibertransparência. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Construcción europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 243-288.

convívio em grupo, a obtenção de um emprego ou o estabelecimento de relações de consumo)²⁰¹. Assim,

Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas²⁰².

Para Martín, as situações se resumem a partir da formação de uma nova ideia de cidadania, descolada do espaço físico, que cede espaço a processos dinâmicos de deslocalização. Destarte, cada usuário hoje é capaz de formar um ponto de conexão com todos os demais, universalmente falando. Esse movimento resulta em duas situações opostas, as quais se definem como hipocidadania e hipercidadania. A primeira resultaria na redução da consciência cidadã e do poder do homem frente às instituições; a segunda possibilitaria o exercício pleno dos direitos já consagrados, por meio de um contexto que contribui para o interesse e a participação dos integrantes de determinada sociedade, estabelecendo maior comunicação entre as esferas pública e privada²⁰³.

Ainda assim, quer-se crer que, superados os riscos e ressaltando-se as contribuições das novas tecnologias no fortalecimento da democracia (em especial, onde há postura participativa que vise à comunicação entre Administração e cidadãos, por meio de uma rede direta) permite-se também maior transparência e eficiência dos atos públicos. Isso porque, acredita-se, o uso das novas tecnologias poderá auxiliar a transparência administrativa, não só por despertar a participação rápida e efetiva do cidadão, como pelo fato de o próprio perceber o atendimento às suas manifestações expressas na rede, por meio de dados de titularidade pública.

²⁰¹ PIÑAR MAÑAS, José Luís. Revolución Tecnológica y nueva administración. In: PIÑAR MAÑAS, José Luís (Org.). **Administración electrónica y ciudadanos**. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 25-52.

²⁰² O que aponta também a fragilização da noção de território, já que a anteriormente vigente, no contexto das gestões públicas tradicionais, a partir da revolução tecnológica, deixa de limitar-se no espaço, independentemente do âmbito de atuação do poder público. PIÑAR MAÑAS, José Luís. Revolución Tecnológica y nueva administración. In: PIÑAR MAÑAS, José Luís (Org.). **Administración electrónica y ciudadanos**. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 31.

²⁰³ MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva Declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015. p. 13 -39.

Com efeito, se todos puderem e tiverem o interesse em participar diretamente, será possível alcançar novos resultados, pois é somente pela intervenção ativa do cidadão concedente do poder do Estado que se poderá aproximar da ideia de que o governo irá buscar decidir em consonância com a vontade de seus governados e no limite por eles impostos, rompendo-se a presunção de que estão de acordo com as decisões fixadas e o rumo tomado em suas diferentes searas.

3.4 Breves Considerações quanto aos Mecanismos de Controle Vigentes a partir das Novas Tecnologias para Fins de Democratização do Estado

No contexto brasileiro, o uso da internet especificamente com o intuito de conferir publicidade aos atos públicos como um dever do próprio Estado ocorreu principalmente a partir da Lei Complementar nº 131/09, que acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, determinando a disponibilização, em tempo real, de informações referentes à execução orçamentária e financeira de todas as esferas de governo.

Inicialmente, a Lei Complementar nº 101, de quatro de maio de 2000, justificou-se de acordo com a noção de *accountability*²⁰⁴, visando i) ao menor índice de corrupção dos governos; ii) à proteção do patrimônio público; iii) à redução da dívida das administrações públicas e iv) à adoção de uma política tributária nacional, valendo-se, para isso, da divulgação eletrônica de dados à população. A decorrência lógica da análise de seus dispositivos é o entendimento de que o mandato político não pode correr conforme as vontades do seu titular, mas tencionar o atendimento das diretrizes estabelecidas pela Constituição, assim como de outras normas esparsas, para o adequado implemento das políticas sociais.

Com o advento da sua alteração, no entanto, proposta por meio da Lei Complementar nº 131/09 é que se procurou regulamentar as finanças públicas e torná-las acessíveis a toda população, em atendimento à publicidade imposta pela Constituição Federal de 1988. A norma não apenas tornou efetiva a divulgação de dados de gestão, como atendeu à transparência administrativa que, embora não

²⁰⁴ “Accountability, em seu sentido mais abrangente, pode ser definida como a responsabilidade do governante de prestar contas de suas ações, o que significa apresentar o que faz, como faz e por que faz”. CUBAS, Viviane de Oliveira. ‘Accountability’ e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil. **DILEMAS**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 3, n. 8, p. 75-99, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas8Art3.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

expressamente prevista como princípio constitucional, decorre da leitura sistêmica de seus dispositivos, como referido anteriormente²⁰⁵.

Dessa forma, a transparência do poder público, por meio da divulgação eletrônica de relatórios fiscais - sem adentrar, todavia, diretamente na esfera privada do agente público - já vinha sendo praticada no cenário brasileiro, entretanto, com a modernização desenfreada, o próprio controle estatal foi questionado, necessitando assumir roupagem preventiva e de divulgação ampla de toda informação, como meio indispensável à fiscalização popular.

Nesse patamar, outros mecanismos se fazem presentes, vigentes antes mesmo das normas acima descritas ou posteriores a ela, como exemplificativamente i) a Lei nº 9.507/97, que regulou o direito de acesso a informações e disciplinou o rito do *habeas data*; ii) a Lei nº 9.784/99 que, ao regular o processo administrativo no âmbito federal, preconizou a prestação de informações pelo cidadão quando necessário; iii) a Lei nº 10.520, que instituiu para todas as esferas de governo o pregão como modalidade de licitação cabível para a aquisição de bens e serviços comuns, inclusive na modalidade eletrônica; iv) sem contar a utilização pelo Tribunal Superior Eleitoral da rede, para a divulgação de gastos de caráter eleitoral.

Todavia, o ápice para a discussão sobre a matéria ocorreu com o estabelecimento da Lei Federal nº 12.527, de dezoito de novembro de 2011, conhecida como a Lei de Acesso à Informação Pública e que corroborou a noção de transparência em estudo, uma vez que a população passou a ser parte atuante da fiscalização administrativa, com a informação como direito, a publicidade como regra e o sigilo de alguns atos de gestão como exceção. A norma objetivou dar cumprimento ao inciso XXXIII, do art. 5º, ao inciso II, § 3º, do art. 37 e ao § 2º, do art. 216 da Constituição Federal de 1988²⁰⁶.

²⁰⁵ LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública, uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti dos (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 213.

²⁰⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Até a edição da norma referida, ainda podiam ser encontradas outras que visavam a manutenção do sigilo, mesmo após a Constituição Federal de 1988²⁰⁷ e da previsão expressa na mesma do direito à informação enquanto direito fundamental. Assim, acredita-se que o fato propulsor para a sua promulgação tenha sido a condenação do país perante à Corte Americana de Direitos Humanos, em razão do caso da Guerrilha do Araguaia²⁰⁸.

Esta situação pode ser brevemente disposta como um movimento guerrilheiro ocorrido ao longo do Rio Araguaia em meados de 1960 até a década de 70, abrangendo os estados de Maranhão, Pará e Goiás, com o objetivo de propor uma revolução socialista para o fim do governo militar. A grande discussão iniciou pelo fato de manter-se a sua ocorrência escondida dos demais estados brasileiros, passando a ser debatida apenas após vinte anos do seu término. Isso porque, qualquer acesso a informações que lhe dissessem respeito era negado, ainda que em desobediência ao artigo 5º, XXXIII da Constituição vigente²⁰⁹.

Diante disso, em agosto de 1995, as famílias dos guerrilheiros buscaram providências junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de um pedido de solução às atrocidades ocorridas na Guerrilha e que representaram imensuráveis violações aos direitos humanos. Pedido que foi acatado pela Corte e considerado por Sales como:

[...] uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial, além da

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; [...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁰⁷ Verifica-se que a Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a prever expressamente o direito de acesso à informação pública dentre os direitos e garantias individuais. Após o golpe de Estado em 1937, esta previsão foi retirada, inclusive inserindo-se hipóteses de restrição a estes direitos. Assim, é em 1946 que esta previsão voltou a estar constitucionalmente presente, mas sendo novamente suprimida no texto de 1967.

²⁰⁸ SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²⁰⁹ SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

consequente obrigação dos Estados de promover o conhecimento da verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos²¹⁰.

Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil a indenizar às famílias das pessoas desaparecidas na Guerrilha, fomentando à necessidade de que se estabelecesse um regramento próprio de acesso a informações de posse do Estado. Ainda assim, o governo brasileiro manifestou que a lei nº 12.527/11 já havia sendo discutida antes mesmo da decisão, o que não consistiu em argumento capaz de afastar a condenação.

Sem deter-se às críticas cabíveis, mas partindo como um instrumento de concretização dos princípios constitucionais pertinentes, pode-se dizer que houve o fortalecimento do direito de acesso de qualquer brasileiro - inclusive com a oferta de orientações sobre como fazê-lo - como um dever, e não uma faculdade do poder público, em que a violação de dados poderá resultar na responsabilização criminal, em ilícito administrativo ou na configuração de ato de improbidade do gestor e demais envolvidos²¹¹.

Em verdade, ao aperfeiçoar o acompanhamento dos atos administrativos e suas implicações pela população, a norma brasileira acompanhou a movimentação internacional em prol da transparência efetiva - tanto espontânea, quanto mediante provocação - observados os limites previstos em seu texto e na Constituição. Isso porque, importa salientar, dados da Corregedoria Geral da União indicam que atualmente mais de noventa países contabilizam leis específicas de acesso à informação pública, dentre as quais, a mexicana, a espanhola e a colombiana, para fins de breve análise e de comparação²¹².

²¹⁰ SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 154.

²¹¹ Nesse diapasão, importa refletir quanto à ausência de justificativas mínimas que alcancem a possibilidade de fornecimento de dados não disponíveis voluntariamente, além de ser imprevisível o uso que se dará aos dados, se questiona até que ponto podem ser considerados, de fato, públicos, ou apenas de interesse pessoal do cidadão, da Administração e/ou dos órgãos de fiscalização, o que reforça a necessidade da educação moral e cívica mínima para a formação de indivíduos capazes de participar ativamente na busca por interesses comuns, e não apenas particulares.

²¹² Em verdade, aponta-se que, em 1766, a Suécia já possuía o primeiro documento legal sobre a matéria, seguida apenas duzentos anos depois pelos Estados Unidos, ao aprovarem a Lei de Liberdade de Informação, conhecida como *Freedom of Information Act*. Já no contexto latino-americano, a Colômbia foi a precursora em 1888, e posteriormente, a Lei Mexicana de 2002, considerada a melhor elaborada, dentre as vigentes. BRASIL. Controladoria-Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. **Manual da lei de acesso à informação para estados e municípios**. 1. ed. Brasília, DF, 2013. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lei_estados>

Nessa perspectiva, no contexto mexicano, cumpre nomear a Lei de Acesso à Informação Pública Governamental, criada em 2002, e considerada mundialmente como uma das mais precisas e bem formuladas especialmente por dispor quanto à obrigatoriedade de que partidos políticos também disponibilizem relatórios e informações relevantes em rede. Alterada em oito de junho de 2012²¹³, possui, dentre outras finalidades, a de promover o acesso de toda a informação de posse do poder público, dos órgãos constitucionais autônomos ou de semelhantes e/ou de qualquer outra entidade federal, espontaneamente, restando a provocação popular apenas em hipóteses específicas nela elencadas.

Diante da rápida leitura de seus dispositivos, averigua-se, dentre suas finalidades essenciais, i) que a manutenção de procedimentos simplificados para que qualquer indivíduo se comunique com o poder público; ii) que os atos proferidos por agentes e por colaboradores sejam amplamente difundidos; iii) que os cidadãos, ao terem conhecimento das contas públicas, possam aferir o desempenho de seus representantes e funcionários; iv) que os documentos sejam organizados a fim de facilitar seu manejo por qualquer integrante da população; v) que a democracia que fundamenta o Estado de Direito vigente seja fortalecida; e principalmente, vi) que seja garantida a tutela dos dados pessoais de posse do Estado.

No âmbito europeu, igualmente os países que contam com mais de um milhão de habitantes foram compelidos a editar normas que, de certa forma, estabeleceram um meio de acesso dos cidadãos aos atos da Administração Pública. Uma exceção à regra consiste no contexto espanhol, em que apenas recentemente houve a edição da denominada Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno - Lei Federal nº 19²¹⁴ - entendida, para muitos, como a solução aos desafios que acometem a democracia marcada pela falta de informação, pela corrupção, pelo segredo e pelo medo da liberdade²¹⁵. Assim como as demais, pretendeu a máxima publicidade e sua interpretação deverá

municipios. pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²¹³ MÉXICO. **Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental**. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244_140714.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2015.

²¹⁴ ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 295, 10 dic. 2013 Sec. I, p. 97922. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²¹⁵ ONETO, José. Una ley de transparencia con luz e taquígrafos. **El Notário del Siglo XXI**, Madrid, n. 49, p. 16-18, mayo/jun. 2013.

corresponder aos ditames constitucionais e demais instrumentos compromissados internacionalmente.

No que tange ao cenário colombiano, as previsões normativas iniciaram em 1888. Posteriormente, com o intento de regulamentar o constante no art. 74 da Constituição Política da Colômbia de 1991 (acerca do acesso aos arquivos governamentais e aos documentos públicos²¹⁶, por qualquer pessoa, exceto nos casos especiais estabelecidos em lei), ocorreram inúmeras reformulações que culminaram na Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información nacional - ou Lei Federal nº 1712, de seis de março de 2014²¹⁷. A regra, a fim de regulamentar o acesso à informação pública e os procedimentos necessários para sua obtenção e suas exceções, inovou ao inserir as novas tecnologias como instrumentos pelos quais a divulgação deve ser feita. Para tanto, também fundamentou seus dispositivos, dentre outros princípios, na publicidade máxima, sendo o sigilo - assim como na norma brasileira - a exceção dependente de previsão em lei ou na própria Constituição, bem como em critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

Ocorre, porém, que, além de visar à manifestação de interesses unicamente econômicos e/ou individuais (e assim perder a importância no âmbito político) e à virtualização dos processos de participação - em especial, com o advento das leis mencionadas - as normas poderão ensejar a inobservância dos direitos fundamentais insculpidos nas respectivas Constituições, sem contar no vasto cenário para a proliferação de crimes *on-line*. Esses impasses se fortalecem quando se verifica o cumprimento às normas por meio da divulgação dos vencimentos dos agentes públicos acompanhados de informações pessoais - como nome, endereço, cargo ocupado, lotação no serviço público, dentre outros dados - que atingem não só o direito à privacidade e à intimidade dos agentes públicos, senão também elevam o risco à segurança pessoal e de sua família.

Exemplificativamente, no contexto brasileiro, ao regulamentar a Lei Federal nº 12.527/11, o Decreto 7.724, de dezesseis de maio de 2012, determinou por

²¹⁶ ARTICULO 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable. COLOMBIA. **Constitucion politica de Colombia**. 1991. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²¹⁷ COLOMBIA. **Ley 1712 de 2014 (marzo 6)**. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1712_2014.html>. Acesso em: 30 jun. 2015.

expressa redação do seu art. 7º, § 3.º, VI, a divulgação na Internet, pelas administrações públicas, de informações referentes à

[...] 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 [...]²¹⁸.

O dispositivo indiscutivelmente fez emergir o conflito entre o princípio da publicidade dos atos públicos - em relação à transparência da gestão pública - e os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada dos agentes públicos, designados pelo art. 5.º, X²¹⁹, da Constituição Federal, pelo qual “[...] 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”.

Por conseguinte, a Lei de Acesso à Informação, por expressa previsão do art. 31, §1 e incisos²²⁰, especifica a cautela na publicidade de informações pertinentes “[...]”

²¹⁸ Art. 7º-É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei no 12.527, de 2011. [...]

§ 3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre:
[...]

VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, **jetons** e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão BRASIL. **Decreto n. 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: 05 jul. 2015.

²¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²²⁰ Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no

à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”, o que instiga o exame do procedimento que vem sendo utilizado ao aplicar-se a lei, já que seus dispositivos estão claramente dispostos.

Posteriormente - mas, no mesmo sentido - com o escopo de regulamentar a matéria no âmbito do judiciário, cita-se o fato de o Conselho Nacional da Justiça ter editado a Resolução nº 151, de cinco de julho de 2012, a qual altera a redação do inciso VI, do artigo 3º, da Resolução nº 102, de 2009, para determinar que os órgãos por ela disciplinados divulguem em seus sítios na internet e informem ao Conselho Nacional de Justiça

[...] 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, na forma do Anexo VIII.

Alguns estudiosos assinalam que ambos os regulamentos buscaram abarcar questões que excedem aquelas englobadas pela própria Lei Federal nº 12.527/11, principalmente no que toca à divulgação de informações nominais, excedendo, com isso, seu poder regulamentar, sujeitando-se à invalidação e à inconstitucionalidade de sua aplicação²²¹.

O próprio nome - adotado constantemente nos portais de transparência das diferentes esferas de governo - se confirma como um dado pessoal diretamente relacionado com os direitos da personalidade, e cujo uso indevido - e/ou não consentido - poderá acarretar a violação direta da vida privada e da intimidade do seu titular. Conforme Ruaro e Limberger,

Por tais motivos, goza de uma proteção específica que somente pode ser afastada quando diante do interesse direto ou ainda por questões de interesse público [...] o nome constitui-se em um direito de

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: 30 jun. 2015.

²²¹ BOZZERRO, Roberto Adil. A divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos à luz dos princípios constitucionais da publicidade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada: uma análise da Lei 12.527/2011 e da sua regulamentação pelo Decreto 7.724/11 e pela Resolução nº 151 do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2012. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Roberto_Bozzetto.html>. Acesso em: 20 maio 2015.

personalidade indisponível ao Estado quando, sem o consentimento do titular, exceto os casos de bancos de dados específicos a finalidades as quais somente tenham acesso pessoas cadastradas e previamente autorizadas como, por exemplo, os bancos de dados do setor bancário e comercial de saúde²²².

Nos ordenamentos supracitados, também podem ser vistas questões atinentes à tutela dos direitos da personalidade de seus agentes. Nesse ponto de vista, iniciando-se pela lei mexicana, identifica-se que, em seu art. 7º, elenca o acesso público e atualizado de diversos documentos, dentre os quais, em seu inciso IV, sinaliza “[...] la remuneración por puesto, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes”²²³. Diante disso, ainda que a norma não tenha optado pela divulgação nominal dos dados, tampouco por individualizá-los, o Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales²²⁴, em situação semelhante, entendeu que o art. 7º não é taxativo, pois mediante requerimento deverão, sim, ser disponibilizadas ditas informações, uma vez que são consideradas de natureza pública, como se depreende do art. 18, II, do mesmo diploma legal, que menciona que “[...] no se considerará confidencial la información que se hallen los registros públicos o enfuentes de acceso público”.

Dito isso, ainda que a norma faculte um capítulo específico à proteção de informações (como interpretação vigente e proferida pelo Instituto responsável por resolver eventuais questões sobre a matéria) o mesmo se destina à tutela de dados

²²² RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Têmis. Administração pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 130, out. 2011. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3276>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²²³ Artículo 7. Con excepción de la información reservada o confidencial prevista en esta Ley, los sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar, en los términos del Reglamento y los lineamientos que expida el Instituto o la instancia equivalente a que se refiere el Artículo 61, entre otra, la información siguiente:

[...]

IV. La remuneración mensual por puesto, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes. MÉXICO. **Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental**. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244_140714.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2015.

²²⁴ Referido instituto formou-se por imposição expressa do art. 33, da Lei Federal, nos seguintes termos: Artículo 33. El Instituto es un órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades. MÉXICO. **Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental**. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244_140714.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2015.

personais de seus titulares, de pessoas físicas ou jurídicas da sociedade, e não enquanto indivíduos a serviço do Estado visto que são considerados como parte do serviço público, necessitando suas informações de constante publicidade.

Portanto, no contexto mexicano, a norma determina que órgãos e entidades da Administração Pública divulguem - ativamente ou mediante provocação - determinadas informações referentes a seus agentes públicos ou a terceiros em colaboração. Entretanto, ainda que não exija precisão em algumas delas, a regra acaba fragilizada diante do entendimento de que a máquina pública deve estar aberta à população, o que também serve com a relação que mantém com os seus funcionários. A tutela de dados pessoais - ressalte-se - é importante, mas serve para evitar intromissões, nos termos da lei, a pessoas físicas ou jurídicas que não atuem diretamente no serviço público.

Especificamente no que concerne à preocupação quanto à utilização da transparência administrativa sem observar-se a intimidade e a vida privada dos agentes públicos, a norma espanhola, já em seu preâmbulo, comenta sobre a necessidade de que ambos sejam relevados de forma equilibrada,

[...] dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios. Así, por un lado, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso, mientras que, por otro, se protegen –como no puede ser de otra manera– los datos que la normativa califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, el consentimiento de su titular²²⁵.

Ademais, a prevalência de um ou de outro entendimento dependerá da análise precisa, em cada caso em concreto e em conformidade com o que elege a expressa previsão do art. 7º, da Lei Orgânica nº 15, de treze de dezembro de 1999, pela qual já se previa a proteção aos dados pessoais, às liberdades públicas e aos direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo-se, dentre seus dispositivos, a tutela da honra e da intimidade, tanto pessoal quanto familiar.

²²⁵ ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 295,10 dic. 2013 Sec. I, p. 97922. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Ainda assim, o que emana claramente da leitura de seus dispositivos é que se deve visualizar em cada situação a pertinência da sua disposição, sendo impossibilitadas aquelas desproporcionais ao fim que se pretende alcançar²²⁶. Na realidade, a norma quis disciplinar o art. 18, nº 4, da Constituição da Espanha de 1978, pelo qual se estabelece que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”²²⁷.

A partir de então, a Agência Espanhola de Proteção de Dados passou a divulgar decisões em que já se discutia o conflito entre o direito à vida privada e à intimidade dos agentes públicos e a transparência imposta aos órgãos públicos. Um exemplo disso pode ser encontrado na Resolução R/00847/2010²²⁸ que, ao analisar

²²⁶ 1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. 2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado. 3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. 4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. 5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras. 6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2y3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento. ESPAÑA. Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 298, 14 dic. 1999. Disponible em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

²²⁷ ESPAÑA. **Constitucion Española**. 1978. Disponible em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2015.

²²⁸ [...] En conclusión, de acuerdo con lo expuesto se considera que el Ayuntamiento de La Salzadella ha vulnerado el deber de secreto al comunicar los datos referentes a los datos personales de los funcionarios y personal contratado (nombre y apellidos), así como el puesto de trabajo que desempeñan en el Ayuntamiento, las horas trabajadas, el c. Jorge Juan 6 28001 Madrid www.agpd.es sueldo íntegro mensual y el total de pagas extras anuales Se trata de una información que no permite realizar una evaluación de la personalidad de los denunciantes, de modo que se considera que el Ayuntamiento ha incurrido en la infracción leve anteriormente descrita. [...]. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Procedimiento n. AP/00007/2010. Resolución:** R/00847/2010. Madrid, 12 abr. 2010. Disponible em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/admon_publicas/ap_2010/common/>

as informações contidas em um boletim impresso por determinado ente público municipal da Espanha (que continha nome, cargo, horas de trabalho, salários mensais, dentre outras informações da mesma espécie) concebeu que o direito fundamental à proteção de dados pessoais de seus funcionários estaria sendo violado, visto que, na hipótese, careceu do consentimento de seus titulares²²⁹. Assim, observa-se no contexto espanhol que, ainda que a publicação se mantenha fundamentada no interesse público, sua efetivação dependerá, em cada caso, do livre exercício de dados pessoais por seus titulares, ainda que vinculados ao Estado.

Quanto à legislação colombiana, a letra “c”, do artigo nº 9²³⁰, trata da obrigatoriedade de publicação, dentre outras questões, de uma relação em que se inclua o cargo, o correio eletrônico, o telefone de contato, as escalas salariais correspondentes à categoria funcional dos agentes públicos e outras pessoas que, de forma permanente ou temporária, contribuam para o andamento do serviço público. E nesse sentido, em seu parágrafo segundo, atesta que referida publicação deverá relatar nomes e sobrenomes completos, cidade de nascimento, formação acadêmica, experiência profissional, omitindo-se apenas informações relacionadas à privacidade e à boa reputação de agentes públicos e de cidadãos contratados pela Administração, nos termos da lei e da Constituição.

Dentre as exceções de acesso à informação pública, o art. 18 sublinha a necessidade de que quaisquer informações que acarretem violação a pessoais

pdfs/AAPP-00007-2010_Resolucion-de-fecha-12-04-2010_Art-ii-culo-10-LOPD.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²²⁹ No mesmo sentido, a Corte Constitucional espanhola, por meio da sentença 292/2000 já havia manifestado esta necessidade, como se observa do trecho que segue: [...] 1º Declarar contrario a la Constitución y nulo el inciso "cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o" del apartado 1 del art. 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2º Declarar contrarios a la Constitución y nulos los incisos "c" y "o administrativas" del apartado 1 del art. 24, y todo su apartado 2, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=13751>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²³⁰ Artículo 9. Información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan:

[...]

c) Un directorio que incluya el cargo, direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y funcionarios y las escalas salariales correspondientes a las categorías de todos los servidores que trabajan en el sujeto obligado, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas;

[...]. COLOMBIA. **Ley 1712 de 2014 (marzo 6)**. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1712_2014.html>. Acesso em: 30 jun. 2015.

naturais ou jurídicas possam ser negadas, nas hipóteses listadas - quais sejam, o direito à vida, à saúde e à segurança - bem como os segredos comerciais, industriais e profissionais. Além disso, a alínea “a” especifica expressamente “[...] el derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordância com lo estipulado”, ou seja, em se tratando das informações aos funcionários públicos, deverão consultar estatuto próprio acerca da intimidade e da vida privada, sendo regra a divulgação, por tratar-se de informações de interesse de toda a coletividade.

Em igual sentido, um estudo recente através do qual a maioria dos países analisados - a exemplo dos Estados Unidos e da Austrália - indica que os dados de posse da Administração Pública sejam considerados públicos, ainda que digam respeito à vida privada de seus colaboradores, e que o procedimento padrão de que qualquer negativa de disponibilização nesse sentido amplamente se justifique. Em contrapartida, acusa-se a Inglaterra como o país em que a intimidade e a vida privada ganham relevância diante do interesse público, ainda que também dependa de despacho fundamentado da autoridade competente. Não obstante, igual procedimento foi adotado pelo governo da Nova Zelândia que, ao deparar-se com interesses públicos e privados dos agentes públicos em um mesmo caso, favoreceu sua prevalência, com o ensejo de fazer valer os direitos fundamentais em voga²³¹.

Com base nas breves considerações construídas e contextualizadas no cenário internacional, constata-se significativa preocupação dos países em contribuir para o desempenho de gestões públicas acessíveis, que em instrumentos legais empregam novas tecnologias para a comunicação com seus integrantes ativa e rapidamente, independentemente de motivação e com publicidade máxima.

As normas, porém, não são claras e, ao que parece, tendem à predominância do interesse social em detrimento da intimidade e da vida privada dos servidores públicos, genericamente dispondo. De qualquer sorte, resta claro que nenhum dos valores se estabelece em quaisquer dos ordenamentos de forma plena, mas que, ao contrário, procura aplicá-los de modo condizente com a realidade que se estabelece mundialmente, em que se clama pela efetivação de direitos fundamentais.

²³¹ RODRIGUES, Amaury de Matos. **A controvérsia sobre a divulgação da remuneração dos servidores públicos**: uma análise à luz da privacidade como integridade contextual. Dissertação (mestrado). Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1527>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

Independentemente disso, o que merece cuidado é que, em face do avanço tecnológico pelo qual a atualidade está envolvida e da existência de uma Constituição consagradora de direitos fundamentais (ao mesmo tempo em que a divulgação de dados em rede proporciona maior participação da sociedade nos atos de governo), o direito à intimidade e à vida privada também constitui objeto de transformação, levando aos pensadores do direito a tarefa de refletir sobre sua efetivação diante dessa nova realidade social.

A proteção de dados também decorre de tais fundamentos quando se vê prevista dentre os direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos. Logo, apesar de acabar como direitos opostos, carregam, em comum, a indefinição quanto às situações que os limitam, restando aos aplicadores do direito defini-las em seu próprio juízo, correndo o risco de se exceder no exercício da discricionariedade, em cada hipótese em concreto. Até porque, do contrário, acabar-se-á tendo a eficácia de direitos fundamentais apenas em relações horizontais, e não mais quando se conceder a um dos polos maior importância. Enfim, Limberger e Ruaro destacam que

A sociedade democrática reivindica o pluralismo informativo, o livre acesso e a circulação de informações como regra geral a propiciar o controle. No entanto nem sempre o que é 'publicizado' na rede mundial compõe a transparência. Tal fato impele à necessidade de estudar-se em que medida o princípio da publicidade e a transparência da administração devem atender aos direitos à intimidade e à privacidade dos cidadãos. A discussão passa, certamente, pela definição do que está na esfera do público ou do privado. O que faz parte da transparência e o que não a integra para chegar-se ao elemento crucial do estudo proposto – princípio da publicidade, transparência dos atos da Administração e direito fundamental à proteção de dados pessoais²³².

Para mais, a inserção da informática na vida humana - assim como na gestão pública - proporciona a releitura de conceitos, como o de direito administrativo e de administração, transformando aos poucos seus paradigmas, quando utilizada como ferramenta de controle, transferindo as relações para um ciberespaço indeterminado²³³. Isso porque, em que pese a adoção de redes a fim de divulgar os

²³² RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Têmis. Administração pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 125, out. 2011. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3276>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²³³ PIÑAR MAÑAS, José Luis. Revolución tecnológica y nueva administración. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Org.). **Administración electrónica y ciudadanos**. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 25-52.

atos de gestão e de aumentar o conhecimento da realidade estatal por seus contribuintes, efetivando a transparência exigida pela Constituição, com o avanço tecnológico, o uso das redes também poderá obter resultados negativos, se ultrapassada a fronteira do interesse público legítimo para o alcance de direitos básicos e fundamentais do agente público.

Finalmente, a intimidade e a vida privada em uma sociedade virtualizada devem resguardar o cidadão de ser encarado como um conjunto de dados ou de números ou como um produto social, legitimando-o como indivíduo detentor de subjetividade, não bastando unicamente para a manutenção do seu sossego a não intromissão na sua vida particular²³⁴.

²³⁴ LIMBERGER, Têmis. Ciberespaço: a necessidade de regulação jurídica no âmbito nacional e internacional, como forma de concretizar os direitos do cidadão. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n. 1. p. 16-21, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000001/000001EB.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

4 A DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS EM REDE: O (DES) ENCONTRO ENTRE A TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

O último capítulo desta dissertação se reserva a responder – tendo como fundamento o estudo desenvolvido nas etapas que o precederam – ao problema formulado na pesquisa, qual seja, o de verificar se a publicidade dos atos do Estado na rede mundial de computadores ao tempo que dá efetividade ao dever de transparência da Administração Pública, também resulta em restrições aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade dos agentes públicos.

Para isso, examinará os reflexos da divulgação de informações acerca dos agentes públicos em rede, observando-se o procedimento adotado pelo Estado em cumprimento à publicidade e, conseqüentemente à transparência dos atos públicos, para a efetivação da tutela de sua privacidade e de sua intimidade enquanto direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988. Na intenção de ilustrar o conflito, parte-se para a análise da decisão emblemática no contexto brasileiro, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 652777, pelo qual a Corte Constitucional avaliou como plenamente legítima a divulgação da remuneração nominal dos agentes públicos, por estar revestida de interesse público.

O cenário em questão concede espaço, ao final, para a clássica separação do ordenamento jurídico em um sistema normativo de regras e de princípios que, ao colidirem em um caso concreto, levam à ocorrência de um caso difícil, que ao ser solucionado (justificando-se o procedimento por meio da supremacia do interesse público) dá margem à sua recorrente discussão com o interesse privado e, diante dela, a possibilidade - ou não - de que sejam restringidos direitos individuais em prol da coletividade.

4.1 A Vida Privada e a Intimidade do Agente Público

Nunca existiu, desde seu surgimento, a necessidade de manutenção de um cadastro de dados atualizado pelo Estado, uma vez que, antes mesmo da Revolução Francesa, a obtenção de informações a respeito dos cidadãos só era possível através dos arquivos conservados pela Igreja - especialmente pelo registro de eventos, como batismo, casamento, óbito, dentre outras atividades - mas não pela Administração.

Com a evolução do Estado e o aumento da complexidade das relações nele presentes, o armazenamento de informações de seus integrantes é que passou a ser imprescindível²³⁵. No mesmo íterim, quando os arquivos se restringiam a documentos em papel, o controle sobre as informações que eram solicitadas e/ou concedidas se dava mais facilmente, o que foi alterado a partir do momento em que houve a utilização de suportes informatizados, emergindo a urgência de que as possibilidades de violações aos direitos da pessoa sejam relevadas - e cuja solução deve constar no equilíbrio entre os diferentes valores envolvidos.

Atualmente, no cenário brasileiro, além de responder a requerimentos, nota-se que o procedimento utilizado pelas Administrações Públicas a fim de dar cumprimento ao dever de transparência - bem como à Lei de Acesso à Informação Pública vigente - tem sido o de manter em seus portais *on-line*, listas nominais dos agentes públicos, com o cargo ocupado, a respectiva remuneração acompanhada de promoções e de outras vantagens, a eventual percepção de diárias, o endereço e a sede de lotação, dentre outras informações²³⁶.

O ápice da situação parece ocorrer quando um indivíduo requer acesso a determinado documento que está nas mãos do Estado e que se refere diretamente à personalidade de um agente público. Nesse momento, consubstanciada no princípio da publicidade corroborado pelo direito ao acesso à informação pública que se contempla na Constituição Federal de 1988, a Administração estaria compelida a fornecê-lo, enquanto, por outro lado, poderia indeferir o pedido, com base na proteção à vida privada e à intimidade do seu titular.

Ocorre que, em se tratando de detentores de cargos, de empregos ou de funções públicas, de mandatários ou de quaisquer terceiros que formalmente contribuam para o melhor andamento dos serviços estatais, tem-se a sensação de

²³⁵ GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 271-384.

²³⁶ Aleatoriamente, cita-se, a título de exemplo, alguns portais de transparência em que se pode verificar informações nominais dos agentes públicos, como se pode observar nos endereços que seguem: SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. **TransParência**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://transparencia.prefeitura.sp.gov.br/funcionalismo/Paginas/BuscaServidores.aspx>>. Acesso em: 30 jun. 2015. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **A transparência na Câmara**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/transparencia/a-transparencia-na-camara>>. Acesso em: 20 jun. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Portal da Transparência**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Transpar%C3%Aancia/Transpar%C3%Aancia>. Acesso em: 20 jun. 2015. RIO GRANDE DO SUL. Transparência RS: consulta aos gastos e receitas públicas. **Portal da Transparência**, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.transparencia.rs.gov.br/webpart/system/PaginalInicial.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

que as garantias individuais são relativizadas, afastando-se deles a condição primeira de cidadãos para revesti-los exclusivamente da posição de funcionários cumpridores de deveres legais, desprovidos de direitos. Ao dispor sobre a matéria, Escola manifesta que ao estabelecer-se a relação entre Estado e agente público, como em qualquer outro contrato estabelecido com a Administração Pública, deve prevalecer o interesse geral em detrimento do interesse particular deste funcionário, justificando-se o procedimento no fato de “los funcionarios y los empleados existen para la función, y non ésta para aquéllos”²³⁷. Com efeito, o autor adverte que a atuação dos agentes públicos tem como escopo atender ao interesse público, voltando-se à excelência administrativa, mesmo que tenha adquirido este posto após submeter-se a um processo exigente de seleção, e esclarece:

Los funcionarios y empleados públicos, de tal suerte, sirven al cumplimiento de una función y a la obtención de una finalidad; son, en verdad, “servidores públicos”, y esta expresión, que a veces se utiliza con un sentido peyorativo, aparece con todo su real significado: servir con idoneidad y con eficiencia, dentro del cuadro normativo establecido, para el logro de los fines del interés público queridos por nuestra comunidad, y con ello al bienestar general, que es resumen de los propósitos de nuestra Constitución nacional²³⁸.

Indiscutivelmente, a remuneração destinada a bonificar os serviços prestados se origina da arrecadação e, portanto, constitui dinheiro público. E ainda, ao optar pela carreira administrativa pública, o agente consente com os desafios que dela decorrem, principalmente pelo fato de integrar a máquina pública e assim estar diretamente vinculado ao manejo de sua receita. Logo, tudo o que fizer deve ser em benefício da sociedade - razão pela qual a mesma o remunera, nos termos da legalidade. A partir disso, o entendimento prevalecente é de que informações que ora se discutem e que se referem à vida privada e à intimidade dos agentes públicos estão diretamente vinculadas ao denominado princípio da moralidade e, contundentemente, à supremacia do interesse público como valor inerente à atuação da gestão pública.

Os argumentos, no entanto, não são suficientes para que se ignore o fato de alguns deles - exemplificativamente os efetivos - terem ingressado no serviço público por concurso, ou seja, meio legítimo e constitucionalmente previsto para isso.

²³⁷ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1989. p. 107.

²³⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1989. p. 91.

Outrossim, estão capacitados para o exercício do cargo e assumem suas atribuições com cautela, responsabilizando-se por seus atos e consagrando através da remuneração a justa contraprestação do trabalho prestado por determinado período de tempo. Pelo contrário, parece de grande extremismo ao reduzir-se a condição de servidor público - ou situação funcional que o valha - à mera opção profissional pela qual são tolhidos direitos, até porque, se assim o for, menores serão as chances de se ter no serviço público pessoas interessadas ou que se aperfeiçoem pelo fim social em troca da sua segurança e da sua privacidade, em sentido amplo.

Não obstante, os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada (embora, em grande parte, abordem sentimentos e situações abstratas, como é a possibilidade de ficar só ou de ser esquecido) têm em comum a noção geral de liberdade e cuja aplicação se dá pela imposição concomitante dos princípios basilares de todo o ordenamento jurídico. Ademais, ao designar-se a dignidade da pessoa humana como base para a efetivação das previsões constitucionais, se reforça a necessidade de que a intimidade e a vida privada sejam protegidas - eis que encontradas em seu âmago.

Importa, nesse paradigma, enfatizar a colocação de Sampaio, ao ponderar que a liberdade que pauta a garantia de direitos fundamentais individuais deve reconhecer o controle de cada cidadão sobre os *inputs e outputs* das informações que são concernentes, isto é, deve-se partir para a autodeterminação informacional - denominada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como *Informationelle Selbstbestimmung* - como a possibilidade de se posicionar frente à circulação de informações particulares²³⁹. Assim, resume que

A vontade é definidora daquilo que deve ser considerado como pessoal e, conseqüentemente, excluído do conhecimento alheio, desde, evidentemente, que conte com o apoio de um consenso social sobre o que é reservado à esfera de cada um. Embora aparentemente difícil identificar os conteúdos desse consenso, na rotina da vida, as manifestações da esfera íntima acabam sendo reconhecidas por todos²⁴⁰.

Com efeito, a justificativa para a divulgação de informações pessoais do agente público consiste no fato de, na condição de homem público, agregar reduzida

²³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276-286.

²⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

expectativa de intimidade e de vida privada, já que determinadas questões envolvendo tais direitos poderão ser reveladas quando também disserem respeito ao exercício da sua atividade profissional. Entretanto, nota-se que, em determinadas situações - como exemplificativamente nas hipóteses de jornalismo investigativo - algumas questões adjacentes são disponibilizadas a fim de atender apenas à maldade alheia, e não de conferir publicidade a questões de interesse social²⁴¹, reafirmando a importância que deve ser dada à educação adequada para a formação de cidadãos conscientes, evitando-se que não só o acesso a portais de transparência, mas a documentos de posse do Estado, seja feito a partir de interesses reais e úteis ao deslinde de situações de interesse coletivo ou pessoal, e não apenas por satisfação do requerente.

Segundo Guichot, tanto os direitos à intimidade e à vida privada, quanto o direito ao acesso à informação pública, em uma sociedade virtualizada, acabam sendo propostos de uma nova forma em que a informação em si passa a ser considerada muito mais relevante que anteriormente. A precisão normativa, nesses casos, se reveste de grande importância já que deve propor, de um lado, o exercício adequado dos direitos constitucionalmente garantidos, assim como o livre desenvolvimento da personalidade de seus titulares; por outro, deve oportunizar maior articulação entre Estado e governados, como pressuposto de existência do Estado Democrático de Direito, o que dependerá, indiscutivelmente, de uma análise detida em cada caso em concreto²⁴².

Outra questão que se apresenta nessa discussão apura a falta de limitação legal quanto ao que consiste efetivamente em informações relevantes publicamente e ao que tange à intimidade e à vida privada dos agentes públicos. Essa ampliação de conceitos imprecisos dificulta a aplicação das normas atinentes aos deveres da Administração Pública, ao tempo que também contribuem para a violação de direitos fundamentais.

Diante disso, não restam dúvidas quanto à necessidade de que se estabeleça equilíbrio entre ambos os valores, e que se evite, de um lado, a proibição absoluta quanto ao acesso de documentos públicos, tampouco de questões pessoais significativas e que elevam não apenas a fragilização desses direitos, senão também

²⁴¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276-286.

²⁴² GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 285-286.

o risco à integridade e à segurança de agentes públicos envolvidos e de seus familiares. Nessa seara, García disciplina que

[...] hay un sector doctrinal que destaca la necesidad de limitar estos datos por su potencial capacidad lesiva para el sujeto afectado, sin que esto suponga la negación de acceso en todo o caso. De tal modo que la concesión debería ser objeto de ponderación, pero teniendo en cuenta que ésta se debe resolver a favor del acceso tan sólo en aquellos supuestos en que su conocimiento sea esencial para la transparencia o el control o haya otros valores o derechos constitucionales em juego que demanden el acceso²⁴³.

Piñar Mañas se alinha ao pressuposto e indica a necessidade de que se observem alguns princípios basilares, por parte dos Estados, no uso das tecnologias para o desenvolvimento de gestões transparentes, como: a) a igualdade; b) o livre acesso às informações públicas; c) a transparência e a publicidade dos atos; d) a simplificação de processos e de procedimentos; e) a legalidade; f) a segurança na utilização das tecnologias; g) a neutralidade tecnológica e a adaptabilidade ao progresso; h) a proporcionalidade; i) a cooperação; j) e, por fim, mas um dos mais importantes: a tutela de dados pessoais, assim como à honra e à intimidade pessoais e familiares. Caso contrário, não será possível um desenvolvimento adequado em consonância com a Constituição e em observância dos direitos fundamentais consagrados no âmbito local e externo ao Estado²⁴⁴.

Pelos motivos catalogados, a divulgação de informações a sujeitos de posse da Administração Pública - pertinentes à vida privada e à intimidade de seus agentes públicos - dada a sua complexidade, leva indiscutivelmente à análise de cada caso, a partir de duas perspectivas, a saber, i) a tutela de dados pessoais; e, em contrapartida, ii) o cumprimento ao princípio da publicidade conferido às informações públicas, o que ganha forma através do dever de transparência do Estado em suas diferentes esferas.

²⁴³ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Transparencia y acceso a la información pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUNÓS, Jaime et al. (Org.). **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno**. Granada: Comares, 2014. p. 172.

²⁴⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luís. Revolución tecnológica y nueva administración. In: PIÑAR MAÑAS, José Luís (Org.). **Administración electrónica y ciudadanos**. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 25-52.

4.2 A Matéria no Judiciário Brasileiro e a Recente Decisão no Recurso Extraordinário com Agravo nº 652777

Diante do desacordo que se revelou - que, como mencionado, ocorre não só no âmbito local, como também pode ser encontrado em outros ordenamentos - se contempla, de um lado, o direito fundamental à intimidade e à vida privada dos agentes públicos e, de outro, o dever constitucional de assegurar transparência aos atos públicos, em razão do princípio da publicidade calcado no interesse público, ainda que esses atos se relacionem aos vencimentos pelos quais são remunerados.

A resposta à tensão dependerá, caso a caso, da avaliação dos aplicadores do direito, considerando-se a existência de dois diferentes preceitos em que não há um de maior ou de menor valor, mas sim diferentes características e aplicabilidades. O que se afirma, de pronto, é que, no judiciário brasileiro, a matéria vinha sendo tratada de forma contraditória.

Alguns tribunais entenderam então pela proteção da intimidade e da vida privada dos agentes públicos, determinando que suas informações fossem suprimidas dos portais *on-line*, bastando a manutenção dos vencimentos acompanhados dos cargos, sem a devida identificação. Dentre os argumentos relevantes, apontam-se i) a necessidade de se proteger os direitos fundamentais de tais funcionários; ii) a desobrigação legal de que referidas informações sejam detalhadas ao ponto de conter nomes e outras informações que ocasionam sua insegurança pessoal e familiar; iii) o fato de que a divulgação de cargos e de salários já cumpriria o princípio da publicidade e, conseqüentemente, à transparência obrigatória na atuação governamental²⁴⁵.

Em contrassenso, outros julgamentos manifestaram a inexistência de ofensa aos direitos constitucionais, mantendo-se as informações divulgadas com fundamento

²⁴⁵ Nesse sentido, cabe consultar, dentre outras decisões: BRASÍLIA, DF. Tribunal de Justiça. **MSG: 20120020171508 DF 0017206-41.2012.8.07.0000**. Impetrantes: Sindicato dos Trabalhadores em Atividade de Trânsito, Policiamento e Fiscalização de Trânsito das Empresas e Autarquias do Distrito Federal – SINDETRAN/DF. Informantes: Secretário de Estado de Administração Pública e outros. Relator: J. J. Costa Carvalho, Data de Julgamento: 28 de maio de 2013, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/07/2013. p. 44. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23665014/mandado-de-seguranca-msg-20120020171508-df-0017206-4120128070000-tjdf/inteiro-teor-111765710>>. Acesso em: 30 jun. 2015; BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **REEX: 201151030006267**. Apelante: Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica e Profissional. Apelado: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense. Relator: Desembargador Federal Jose Antonio Lisboa Neiva, Data de Julgamento: 04 de julho de 2012, Sétima Turma Especializada, Data de Publicação: 16/07/2012. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23376782/apelre-apelacao-reexame-necessario-reex-201151030006267-trf2/inteiro-teor-111701400>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

no fato de que, em se tratando de agentes públicos, assim também devem ser consideradas as informações que lhes dizem respeito²⁴⁶. Todos eles acompanhavam a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente, como se confere no julgado do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual, ainda que concordando com a configuração de risco pessoal e familiar aos funcionários envolvidos, restou em parte assim ementado

[...] 3. A divulgação individualizada e nominal das remunerações dos servidores públicos no Portal da Transparência do Governo Federal, em cumprimento às disposições da Portaria Interministerial ora impugnada, apresenta-se como meio de concretizar a publicidade administrativa, não se contrapondo aos ditames da Lei 12.527/2011, que, ao normatizar o acesso a informações, determinou que todos os dados estritamente necessários ao controle e fiscalização, pela sociedade, dos gastos públicos sejam obrigatoriamente lançados nos meios de comunicação. 4. Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal já assentou que '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, 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 republicano²⁴⁷.

Contudo, o debate de maior destaque iniciou com o julgamento do Processo nº 0025982-08.2010.8.26.0053²⁴⁸, em que a Primeira Turma do Colégio Recursal dos

²⁴⁶ A título exemplificativo: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança n. 1.0000.13.008042-7/000**. Câmaras Cíveis / 3ª Câmara Cível. Relator(a) Des.(a) Kildare Carvalho. Data de Publicação: 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.13.008042-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ= Pesquisar>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo: MS 18847 DF 2012/0149487-1**, da S1 - Primeira Seção. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 12 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068668/mandado-de-seguranca-ms-18847-df-2012-0149487-1>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁴⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo n. 0025982-08.2010.8.26.0053 (053.10.025982-3)**: em grau de recurso. 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública - Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes. Requerente: Ana Maria Andreu Lacambra. Requerido: Prefeitura do Município de São Paulo. Juiz: Leandro Galluzzi dos Santos. Local Físico: Cartório, 29 dez. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0025982-08.2010.8.26.0053&cdProcesso=RH0000YLC0000&cdForo=989&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SPCR&cdServico=190301&ticket=fDp%2Bi94RZh5fopwTZCljnTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvAZ%2BKlvWdg6EbHXbW0ZVr2H01dIp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVhVXF5iCFoERDhuBQCwR7oq5rU2ygesb3kuqi9TTvzQ>>

Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo concedeu parcial provimento ao Recurso Inominado para determinar que informações relacionadas com nome, cargo e vencimento da autora, na condição de servidora pública, fossem excluídas do portal de transparência do Município de São Paulo, intitulada “De olho nas contas”. Para tanto, a Corte valeu-se do fato de o art. 1º da Lei Municipal nº 14.720/2008, regulamentada pelo Decreto nº 50.070/2008, não tratar da publicação desses dados, o que, consubstanciado no princípio da legalidade a que a Administração está adstrita, se desautorizaria.

Nesse panorama, a decisão ainda reforçou que, dentre outros argumentos, havendo celeuma entre a tutela do direito fundamental à intimidade em relação ao princípio da publicidade, o primeiro deveria preponderar, posto que a divulgação em comento resultaria em riscos à segurança do servidor e em violação à sua privacidade. E, por fim, deixou de conceder qualquer indenização por prejuízo material ou imaterial - eis que não comprovada no caso concreto.

Com a publicação de referida decisão, o Município de São Paulo recorreu extraordinariamente com base na alínea a, do inciso III, do art. 102 da Constituição Federal²⁴⁹, para alegar insulto aos art. 5º, incisos XIV e XXXIII, 31, § 3º, 37, *caput* e § 3º, inciso II, 39, § 6º, e 163, inciso V, da Constituição Federal²⁵⁰, apresentando, dentre

atNLzFazvjLUPGnnLPAZQdGdZl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁴⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; [...]. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. [...]

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. [...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

suas razões, que a divulgação de informações em rede, ainda que consista em dados funcionais dos servidores públicos, pretende dar transparência à gestão pública, como se depreende dos artigos citados. Os argumentos ainda se acentuam pelo art. 39 do diploma constitucional em comento, pelo qual, em seu § 6º, “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”, como múnus do Estado disponibilizar os vencimentos de seus servidores, sem ressalvas.

Quanto à privacidade, o recorrente entendeu não restar abalada, eis que os dados seguiriam determinações legais específicas, bem como ao princípio da publicidade, cuja exceção só deve ser consultada nas hipóteses de insegurança para o Estado e/ou para toda a sociedade. Na oportunidade, ainda se pleiteou a repercussão geral da matéria, uma vez que a questão em debate é enfrentada por muitos outros municípios brasileiros, os quais serão prejudicados, se dado seguimento ao pedido da servidora paulista.

Ademais, ato contínuo, a recorrida alegou em contrarrazões a ausência de prequestionamento e reforçou a ideia de que a divulgação de dados referentes ao nome, ao cargo e à remuneração dos servidores causaria afronta direta aos princípios da legalidade e ao direito à privacidade. Ao agravar, portanto, o Município de São Paulo fortaleceu os argumentos apresentados em sede de recurso extraordinário, ter havido prequestionamento e estar presente no caso hipótese de repercussão geral, nos termos da lei, o que foi atacado pela recorrida, reiterando os fundamentos apresentados em contrarrazões.

Em vinte e nove de setembro de 2011, a repercussão geral da matéria restou reconhecida pelo Ministro Ayres Brito, justificada pela ocorrência do fato abarcar o previsto no § 1º, do art. 543-A do Código de Processo Civil²⁵¹, pelo qual, em suma, deve-se ponderar a presença - ou não - de questões políticas, econômicas, sociais

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; [...]

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [...]

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos. [...]

Art. 163. Lei complementar disporá sobre: [...]

V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta. BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁵¹ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso

ou jurídicas que se sobressaiam aos interesses subjetivos envolvidos²⁵². Os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Cármen Lúcia deixaram de se manifestar, restando vencidos os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio (o último, por sua vez, apontou a impossibilidade de decidir pela repercussão geral antes de dar prosseguimento ao recurso, ora em andamento).

Finalmente em vinte e três de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo nº 652777, a fim de praticar a tese de que a publicação pela Administração Pública dos nomes de seus servidores acompanhados dos respectivos vencimentos e vantagens - ainda que por meio de um portal *on-line* - se configura como legítima, não resultando em danos às garantias individuais dos agentes públicos envolvidos²⁵³.

O entendimento manteve inalteradas as linhas decisórias adotadas nas decisões sobre a matéria proferidas anteriormente e que serviram de parâmetro por aquelas que aguardavam seu julgamento pela Corte²⁵⁴. Da leitura do inteiro

extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. [...]. BRASIL. **Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁵² “O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Min. Marco Aurélio e Min. Celso de Mello, mas, no mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento. Não se manifestaram os Ministros Min. Cezar Peluso, Min. Joaquim Barbosa e Min. Cármen Lúcia.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 483**. Divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos, inclusive seus nomes e correspondentes remunerações. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁵³ “O Tribunal, apreciando o tema 483 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na "Brazil Conference", na Universidade de Harvard, e na "Brazilian Undergraduate Student Conference", na Universidade de Columbia, Estados Unidos, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo recorrente Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município de São Paulo, OAB/SP 117181. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 23.04.2015”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 483**. Divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos, inclusive seus nomes e correspondentes remunerações. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 2.198 Paraíba**. Requerente:

teor do acórdão, apreendeu-se que o entendimento seguiu o já proferido na Suspensão de Segurança nº 3.902, em que o Município de São Paulo postulou a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e que a exclusão de informações sobre seus servidores do portal municipal resultaria em considerável lesão à ordem pública.

À época, o relator, Ministro Ayres Britto, enfrentou todos os argumentos listados, destacando o fato de que em hipóteses como a em comento não era possível chamar à baila intimidade e vida privada, pois os dados dizem respeito a agentes públicos - portanto, não privados. Nesse aspecto, no que concerne à sua segurança (e de seus familiares), admitiu-se sua fragilização, embora se trate de um preço a ser pago pela escolha que o cidadão faz ao inserir-se na carreira pública. Assim sendo, utilizar-se destes argumentos para negar prevalência à publicidade da atividade da gestão pública representaria a fragilização da própria ordem pública - o que é, por conseguinte, inadmissível.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal conferiu então provimento para confirmar a tese de que a publicação dos nomes dos agentes públicos, acompanhados de seus vencimentos e vantagens - e ainda que em portal *on-line* da Administração Pública - é legítima²⁵⁵. A decisão seguiu mesma linha interpretativa do Procurador-Geral da República que, ao opinar pelo deferimento, manifestou que a divulgação nominal, via internet, de informações quanto aos agentes públicos, não viola o direito à intimidade e à vida privada, tampouco gera direito à indenização, visto que a publicidade dos atos públicos só pode ser restringida quando o procedimento for necessário para a segurança da sociedade e do Estado.

Em sua pronúncia, o Ministro Marco Aurélio ainda ressaltou que não pode um agente público pleitear a mesma tutela à intimidade e à privacidade que outro cidadão

Governador do Estado da Paraíba. Intimado: Presidente da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli. 14 de fevereiro de 2013. Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2013, Acórdão eletrônico DJe-161 divulg 16-08-2013 public 19-08-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4340310>>. Acesso em: 20 jun. 2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança 28.178 Distrito Federal**. Impetrante: Empresa Folha DA Manhã S/A. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Lit. Pas.: União. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 04 de março de 2015. Acórdão eletrônico DJE-085 divulg 07-05-2015 public 08-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399320>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 483**. Divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos, inclusive seus nomes e correspondentes remunerações. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

comum. Isso porque estão constantemente expostos, como um livro aberto, prevalecendo em qualquer discussão o interesse coletivo. Para corroborar, a Ministra Cármen Lúcia ainda manifestou querer se crer que o sigilo nesses casos deve ser utilizado em prol do próprio serviço público - e não dos seus funcionários - o que foi acatado pela referida autoridade, que ainda sublinhou o fato de que, em suma, a publicação consiste em uma prestação de contas aos próprios contribuintes.

A partir de então, legitimou-se, via judiciário, a publicação - ainda que nominal - de informações relacionadas a servidores públicos, reconhecendo a Repercussão Geral da hipótese, refletindo seus efeitos em todos os demais casos à espera desse julgamento e servindo de referencial para outros que venham a ser propostos. Após a decisão no Recurso Extraordinário com Agravo nº 652777, a tendência é a de que outros direitos prevaleçam sobre o interesse particular de agentes públicos de forma irrestrita²⁵⁶, ainda que dentre estes estejam direitos constitucionalmente estabelecidos, o que conduz à necessária reflexão quanto à discussão entre princípios e regras e, ao final, à possível relativização do conceito utilizado como fundamento para o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal²⁵⁷.

²⁵⁶ Acompanhando o entendimento, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul determinou, por meio do Decreto nº 52.387, de três de junho de 2015, a divulgação, em seu portal de transparência, disponível na rede mundial de computadores, “a relação nominal dos agentes públicos e seus respectivos cargos ou funções, bem como as remunerações, na forma explicitada no art. 2º da Lei nº 13.507, de 31 de agosto de 2010, com a redação dada pela Lei nº 14.255, de 1º de julho de 2013. RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 52.387, de 03 de junho de 2015.** Dispõe sobre a disponibilização do quantitativo dos cargos públicos, das funções gratificadas, dos empregos e dos estágios existentes no âmbito do Poder Executivo Estadual e das respectivas remunerações. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=62100&hTexto=&Hid_IDNorma=62100>. Acesso em: 30 jun. 2015.

²⁵⁷ “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). [...] Plenário, 10.06.2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 4815.** Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL (CF 103, 0IX). Requerido: Presidente da República Presidente do Congresso Nacional. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4815&processo=4815>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

4.3 Interesse Público *Versus* Intimidade e Vida Privada dos Agentes Públicos: o conflito entre regras e princípios constitucionais

Diante da decisão ilustrativa, esta etapa propõe - como já vinha sendo tratado em cenário internacional, reitera-se - reconhecer até que ponto (ou de que forma) poderá o princípio da publicidade roborado pela supremacia do interesse público resultar na limitação dos direitos fundamentais do agente público, os quais encontram seu fundamento na própria ideia inviolável de dignidade humana - base do ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, para Sarmento, sempre se teve a ideia de que quando a prevalência do interesse público fosse considerada incompatível com a de interesses privados, aquele prevaleceria sobre este. Contudo, quer-se crer que, em um contexto social em que se confere a fundamentalidade a determinados direitos, estes passam a ser considerados como interesses supremos, inexistindo sequer fundamento para suposta colisão. Caso contrário, afirmando-se a prevalência do denominado interesse público, não há que se falar em direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, pois carecerão de legitimidade²⁵⁸.

Para principiar a trajetória, impera compreender a análise proposta por Canotilho acerca do sistema vigente como:

- a) um sistema jurídico, dotado de dinâmica entre as normas;
- b) um sistema aberto, com normas passíveis de adaptação às modificações que ocorrem no meio em que se inserem;
- c) um sistema normativo, já que as expectativas sociais são concretizadas por meio da elaboração de normas; e a confirmação como
- d) um sistema de regras e princípios, visto que suas normas podem se manifestar de ambas as formas²⁵⁹.

²⁵⁸ SARMENTO, DANIEL. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 268-314.p. 268.

²⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1157-1190.

A partir disso, tem-se como pressuposto o fato de que normas simbolizam genericamente uma categoria em que se inserem as regras e os princípios²⁶⁰ - razão pela qual diferenciá-los significa cuidar de duas espécies de normas. A distinção relevante resguardada por Canotilho, principalmente quando se está diante de direitos fundamentais, explica que as primeiras permitem observar situações definitivas, autorizativas ou proibitivas, enquanto os princípios são aqueles que conduzem à realização de um ato com excelência e em conformidade com as circunstâncias em que se revela necessário. Além do mais, “Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica”²⁶¹.

De acordo com Alexy, entre ambos os conceitos haverá ainda um critério qualitativo, ou seja, os princípios são normas que determinam o cumprimento de algo da melhor forma possível e dentro dos limites preexistentes, como os mandatos de otimização.

Em contrapartida, as regras são normas que, independentemente de certas condições, são - ou não são - cumpridas, como uma diferença de qualidade em relação aos princípios, que determina seu cumprimento nem mais, nem menos que as demais²⁶². Explicita-se também que tal distinção anteriormente foi objeto de estudo por Dworkin, para quem a diferença parte de uma natureza lógica mais rígida, ou seja, mesmo que, por vezes, ambos tenham padrões semelhantes, a diretriz que darão na solução de cada caso será de natureza distinta, porque há nas regras uma definição, o que considera - contrariamente aos entendimentos manifestados preliminarmente - totalmente aplicáveis ou inaplicáveis, e que impelem que, quando pertinentes ao caso concreto, obrigatoriamente incidam, mas quando não, deverão ser invalidadas, já que em nada contribuirão²⁶³.

²⁶⁰ Não se desconsidera a discussão temporalmente anterior quanto à normatividade dos princípios, mas para fins didáticos, e por entender que não se trata de um assunto pertinente neste momento do trabalho, voltando-se diretamente para a existência de distinção entre regras e princípios, como categorias inseridas na ideia de normas jurídicas. O acompanhamento mais detido sobre a matéria pode ser encontrado em: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 260-302.

²⁶¹ BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015. p. 1255.

²⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81 -172.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 23-72. O entendimento de que a teoria de Dworkin precedeu à proposta por Alexy pode ser encontrado em diversas obras, dentre as quais cita-se o artigo de GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos

No mesmo sentido, os princípios possuem dimensão de peso, tendo em vista que, diante da possibilidade de aplicação de dois deles simultaneamente, deve prevalecer aquele que possuir maior força para a solução do conflito, enquanto as regras podem predominar sobre as outras apenas pela aplicação em determinada hipótese, como critério de coerência e de afinidade com a matéria envolvida. Não obstante à diferenciação que se denota, alguns especialistas filiados às noções de Alexy ainda entendem que, em se tratando de normas de direitos fundamentais, podem ser consideradas como regras - ou como princípios - mantendo duplo viés em algumas oportunidades.

No caso em tela, Barroso narra que alguns direitos fundamentais - como a liberdade e a igualdade - por vezes assumem a condição de princípio, enquanto outros - como a irretroatividade da lei penal - se revestem da condição de regras. Em contrapartida, ainda esclarece que, da mesma forma alguns princípios - como exemplificativamente a livre-iniciativa - não podem ser consagrados como direitos fundamentais diante do ordenamento vigente²⁶⁴.

Proferidas as considerações quanto às diferenças existentes entre princípios e regras - e longe de esgotar-se o tema e deter-se nos desdobramentos dele decorrentes - pretende-se confirmar a existência de tal distinção, e valendo-se disso, afirmar o fato de que se está diante de um princípio constitucional revestido de um peso presente em determinada sociedade e que se configura na publicidade calcada nos valores da moralidade administrativa, no interesse público e na garantia à obtenção de informações públicas, mas, em contraponto, há regras dispostas a fim de assegurar os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada dos agentes públicos.

Disso decorre a discussão motivada por Sarlet, de que as restrições impostas aos direitos fundamentais - seja por regras ou por princípios - de maneira ampla, podem ser definidas como atos ou omissões que, advindos tanto do Estado, quanto da sociedade, obstaculizam a garantia de um bem jurídico constitucionalmente protegido, seja em seu aspecto subjetivo (dificultando o seu exercício) ou objetivo (relacionando-se à diminuição de garantias ou à promoção dos direitos).

princípios. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

Dessa feita, nem sempre se estará diante de uma limitação, até porque, quando uma norma procura especificar um direito, visa por bem defini-lo para melhor aplicá-lo. Em outras oportunidades, as ações podem pretender reduzir sua abrangência, por meio de determinações coercitivas, ou então, por reservas legais, as quais objetivam agir sobre a competência do Estado na realização dessas limitações, ou seja, são mandados constitucionais que concedem ao legislador a possibilidade de estabelecer uma restrição²⁶⁵.

A partir disso, pode-se resumir a situação a partir de três ocorrências, i) a primeira delas, ligada à colisão de princípios, pode ser observada quando por um deles há vedação de determinada conduta, enquanto para outro, portanto, de igual relevância no ordenamento jurídico, está autorizada. Em razão disso, um deles deverá ser disposto, a fim de que o outro prevaleça, ainda que a partir disso não signifique que não possa mais ser aplicado em outras situações²⁶⁶; ii) a segunda consiste no conflito de regras, pelo qual se terá ou a aplicação mais adequada ao caso, invalidando-se a outra, como propõe Dworkin ou, de forma mais flexível, conforme o entendimento de Alexy, uma delas sobressairá em relação à outra devido a critérios específicos, como por exemplo, o da especialidade; iii) como terceira hipótese, Engelmann reitera o que Dworkin denomina como “casos difíceis”²⁶⁷, em que se enquadram aquelas situações em que não é possível averiguar, de forma segura e breve, a aplicação de uma norma em detrimento de outra, ou de um princípio em prevalência ao outro, dada a complexidade da hipótese em concreto. Aqui, não há garantias da resposta correta, pois pode-se ter diversas assim consideradas, já que diferentes normas podem levar a caminhos diferentes, mas não menos legítimos. A melhor resposta dependerá, portanto, do aplicador do direito, analisadas as circunstâncias a partir dos direitos propostos e sem criar novos, servindo-se do que já existe, sem inovar normativamente²⁶⁸.

A situação aventada no presente estudo parece se enquadrar na última referência, até porque, anteriormente, a solução de eventuais conflitos se dava a partir:

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2015. p. 409.

²⁶⁶ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 87-168.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁶⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 87 –168.

- a) de noções tradicionais de hierarquia, em que a lei superior prevalecia sobre a lei inferior;
- b) de tempo, em que a lei posterior prevaleceria sobre a anteriormente disposta; e
- c) de especialidade, pela qual a lei específica teria aplicabilidade no caso concreto em detrimento daquela de caráter geral.

Ainda que não tenham se tornado inaplicáveis - já que utilizadas para a solução de inúmeras situações ainda nos dias de hoje - observa-se que estas disposições não mais se enquadram à Constituição Federal de 1988, ensejando o que Barroso define como “[...] processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico”²⁶⁹. Isso valida o estabelecimento normativo de princípios consoantes com a nova ordem constitucional, através da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público, da interpretação conforme a Constituição, dentre outros aspectos. Destarte,

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance²⁷⁰.

²⁶⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

²⁷⁰ Ademais, a presença de enfrentamentos entre normas constitucionais pode ser conferida constantemente no constitucionalismo atual, uma vez que as Constituições têm proposto o diálogo entre bens jurídicos opostos, ainda que considerados fundamentais. Em razão disso, dependerão da análise cuidadosa do intérprete para solucionar o caso já que verificadas normas de igual hierarquia, no momento em que “(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo

Para o deslinde deste trabalho, verifica-se a possibilidade de serem apontadas duas hipóteses conflitantes. A primeira, quanto à limitação ocasionada pelo procedimento adotado pelas Administrações Públicas ao darem cumprimento à Lei de Acesso à Informação Pública aos direitos fundamentais da intimidade e da privacidade dos agentes públicos. A seguinte, ainda partindo-se dessa hipótese, versa sobre o conflito entre duas normas constitucionais, quais sejam, a regra que abrange os direitos fundamentais, insculpida no art. 5º, X, e o princípio da publicidade, decorrente do art. 37, *caput*, dentre outros, do qual resulta o dever de transparência da Administração Pública. O que todas têm em comum é o atendimento ao consagrado princípio do interesse público - como bem ressaltou o Supremo Tribunal Federal - em suas razões, e o estabelecimento dos direitos fundamentais como cláusulas invioláveis pelo Estado Democrático de Direito²⁷¹.

Em outra instância, Schier entende que sequer poderia se falar em conflito entre os direitos fundamentais e o interesse público, primeiramente pelo fato de que o sistema jurídico tem como regra a harmonização entre direitos públicos e privados, uma vez que se tem, a partir da instituição de direitos fundamentais, a complementação - e não a exclusão - entre ambos²⁷². Uma segunda situação se apresenta com a opção feita pelo constituinte de estabelecer a prevalência de um sobre o outro em casos específicos e expressos na norma - como por exemplo, o art. 5º, XI, em que o interesse privado cede ao interesse público apenas nas situações por ele estabelecidas, ou então, pelo art. 5º, XXX, em que se aponta a predominância da vontade coletiva²⁷³.

possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional". BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

²⁷¹ Nessa linha de entendimento, Piñar Mañas propõe uma discussão quanto à forma a partir da qual se considera a transparência insculpida no direito de acesso à informação: se um direito ou um princípio basilar da atuação do Estado. A partir disso o autor responde que a forma como a questão será tratada refletirá na relação estabelecida entre a tutela de dados pessoais e a divulgação de informações, já que se considerada um princípio, sempre será considerada inferior ao direito fundamental diante de um conflito, enquanto se calcada na ideia de direito fundamental, a solução dependerá de uma análise cuidadosa em cada caso. PIÑAR MAÑAS, José Luís. *Transparencia y protección de datos: las claves de um equilibrio necesario*. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 81-101.

²⁷² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 162 -172, abr. 2007. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²⁷³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 162 -172, abr. 2007. Disponível em: <<http://>

Como terceira hipótese, a própria Constituição Federal de 1988 prevê que, em algumas situações, a norma infraconstitucional poderá estabelecer restrições em prol do interesse público, mas não de forma absoluta, já que condiciona à observância de critérios razoáveis e proporcionais e que se mantenha inalterado o núcleo essencial dos direitos. Um exemplo disso ocorre pela previsão do art. 5º, XII, que preconiza o sigilo da correspondência, de dados e de informações telefônicas, dentre outros elementos. A quarta hipótese se expressa nos casos em que o embate ocorre a partir de interesses não explicitados na Constituição, e cuja solução dependerá da análise precisa da situação em concreto. Ainda assim, não se estará diante da supremacia condicional ao interesse público, mas dependerá de critérios para sua prevalência - ou não²⁷⁴.

Por tudo isso, Piñar Mañas compreende que a necessidade de que se reflita sobre estas questões é latente, uma vez que a publicidade dos atos públicos é necessária para o desenvolvimento das sociedades democráticas atuais, como um requisito imprescindível para sua manutenção, não se justificando que a tutela de informações pessoais interfira negativamente no direito ao acesso às informações públicas. Igualmente, as exceções devem ser resguardadas com cautela, já que a proteção de dados se volta à indisponibilidade dos direitos fundamentais da intimidade e à vida privada dos indivíduos, assim como relaciona-se com a sua segurança e de seus familiares²⁷⁵.

Como alternativas para a solução do conflito, o autor propõe uma avaliação que possibilite a verificação, em cada caso: i) se determinada informação pode estar disponível e em quais meios de comunicação; ii) se estão sendo observados os princípios da legitimidade e a finalidade do ato administrativo; iii) se os envolvidos foram informados quanto aos dados que lhe dizem respeito e que serão disponibilizados ao público, aceitando-se a sua oposição; iv) bem como o uso das novas tecnologias a favor da proteção de dados e não apenas para a sua disponibilização²⁷⁶.

hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²⁷⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 162 -172, abr. 2007. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²⁷⁵ PIÑAR MAÑAS, José Luís. Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 81-101.

²⁷⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luís. Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y**

Em suma, pode-se concluir que, embora aparentemente tais direitos não estejam submetidos a limitações - dada a fundamentalidade que lhes é conferida pela Constituição - a regra se esvazia diante de previsões, em normas esparsas que por ela sejam autorizadas, ou então, em hipóteses que estiverem diante de outros direitos de igual relevância ou hierarquia e que cuja restrição demandará a adoção de critérios cuidadosos para cada decisão. Para ditas situações, a solução explanada por Sarlet não poderá partir da ideia de constituição como uma ordem hierárquica abstrata de valores ou de aplicação isenta de justificativas. Assim, “[...] a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios”²⁷⁷.

4.3.1 O Conflito entre Interesse Público e Direitos Fundamentais: breves considerações a partir das teorias tradicionais de Rawls, Dworkin e Alexy

Ensejando aferir a possível ocorrência de um conflito entre as diferentes normas aplicáveis concomitantemente em um mesmo caso em concreto - especificamente, na presente hipótese, quanto à presença do interesse público em detrimento de direitos fundamentais - inicia-se um levantamento de pressupostos de estudiosos clássicos, como Rawls, Dworkin e Alexy, sobre a matéria. Importa mencionar aqui que embora promovam apontamentos ao longo de suas obras com referências uns às teorias dos outros, em comum aparece a dificuldade em se considerar legítima a restrição do que tratam como liberdades individuais em benefício do interesse público.

Inicialmente, na teoria de Rawls, detectam-se, de pronto, manifestações contrárias ao procedimento, pois seu estudo parte da releitura do contrato social, a fim de avaliar a virtude das instituições por meio de uma estrutura que busca o atendimento de princípios de justiça e a priorização do que ele denomina como liberdades básicas. Para isso, sinaliza-se a ideia de democracia constitucional como a concepção política que mais se aproxima de uma situação ideal, em que são observados pelas instituições os juízos ponderados que auxiliam na aplicação dos

administración transparente. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 81-101.

²⁷⁷ SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201.

princípios. Apontam-se então como princípios da justiça estruturantes da sociedade, a liberdade e a igualdade.

Nessa perspectiva, com o fim de estabelecer uma ideia procedimental perfeita, sugere que se tenha sempre presente a dificuldade em delinear-se um procedimento justo, o que só será possível quando o cidadão possuir direitos e liberdades vinculados ao ideal constitucional e pela Constituição protegidos - dentre eles, a liberdade individual, a igualdade de direitos políticos, a liberdade do pensamento e de consciência. Caso contrário, a probabilidade de que sejam obtidos resultados injustos para as questões sociais será elevada²⁷⁸. Evidentemente, não há como garantir que sejam proferidas decisões injustas, tampouco que as próprias normas não sejam evitadas de equívocos, o que leva à conclusão de que ainda que sejam grandes os esforços e que o melhor sistema de justiça ainda será imperfeito.

Como alternativa, Rawls defende a necessidade de que se parta de dois princípios da liberdade igual, em que i) o primeiro decorrerá da proteção de questões fundamentais individuais, de liberdade de consciência e de pensamento, assim como da busca de um processo político justo; ii) o segundo está na elaboração das leis, que deverão garantir direitos e liberdades e oferecer iguais oportunidades, em especial, aos mais necessitados²⁷⁹.

Concluídos os estudos iniciais, Rawls então elabora uma nova justificação para a sua teoria política, a qual conceitua como consenso sobreposto. Nessa fase, reconhece a existência concomitante de doutrinas abrangentes que, incompatíveis entre si, marcam as sociedades contemporâneas. Aqui, a manutenção dos princípios propostos se dá pela imparcialidade com que são utilizados, contando com a aprovação de diferentes grupos sociais. Ademais, a maior dificuldade nessa etapa “[...] consiste em compreender como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis”²⁸⁰.

Dessa forma, com o fito único de garantir a argumentação política racional em prol de direitos e de liberdades essenciais, emerge o conceito de consenso sobreposto, como a possibilidade de que o cidadão se afaste de suas avaliações, seus critérios religiosos e filosóficos abrangentes, enquanto indivíduos morais devem ter

²⁷⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 239-486.

²⁷⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 239-486.

²⁸⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 25-26.

como valores pessoais basilares a reciprocidade para apurar o que é o bem e como alcançá-lo e a razoabilidade para o aperfeiçoamento do seu senso de justiça, aparando os vícios da racionalidade para colaborar para o bem comum²⁸¹.

Em um regime democrático, esse acordo de vontades resulta do exercício da cidadania conferida a seus integrantes, que exercem seu poder político através do voto para a eleição de seus representantes. Isso se justifica na medida em que, para Rawls, todo indivíduo adota comportamentos em consonância com o que acredita, dentro da lógica de prioridades. Assim também as organizações sociais se moldam conforme uma razão que, como consequência lógica, resultará da capacidade moral de seus integrantes e definirá a noção de razão pública daquela sociedade. Como conteúdo, a razão pública de Rawls possui a denominada concepção política de justiça pela qual são definidos alguns direitos e liberdades, garantidos a todos de forma igual²⁸². Cada indivíduo deve buscar atender à sua noção política de justiça, que estará em consonância com os valores sociais estabelecidos e a favor da qual irá argumentar, se preciso.

Além do que, ainda que cada um possua a sua razão pública, não há conflito, mas coerência de ideias legitimadas pela Constituição, afinal como pontua Rawls, “A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é”²⁸³. O posicionamento, no entanto, pode acabar esbarrando em situações que envolvam diversos valores sociais fundamentais, aceitando mais de uma resposta razoável.

Por esse motivo, partindo-se da razão pública, pode-se reduzir a margem de discussões, sempre que se estiver diante de direitos fundamentais, mesmo porque “Como as várias liberdades fundamentais estão fadadas a conflitar umas com as outras, as regras institucionais que definem essas liberdades devem ser ajustadas de modo que se encaixem num sistema coerente de liberdades”²⁸⁴. Outrossim, “A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou

²⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Consenso constitucional, neutralidade política e razão pública: elementos de teoria da Constituição em Rawls. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181-203.

²⁸² No que tange ao uso público da razão, Habermas e Rawls estabelecem um debate filosófico que se mostra relevante para a compreensão dos acordos morais - assim como dos desacordos - presentes nas sociedades atuais. No entanto, para esta etapa do trabalho utiliza-se como referencial teórico Rawls, optando-se por deixar de esgotar o tema, além de trabalhar com ambos os especialistas nesta oportunidade.

²⁸³ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 288.

²⁸⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 349.

negada em nome de uma ou de outras liberdades fundamentais, e nunca, como eu disse, por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas²⁸⁵.

Na mesma linha de entendimento, Dworkin parte de uma análise da igualdade que, presente em todas as suas obras, concebe que é através dela que se torna viável extrair do direito seu melhor sentido moral. Para tanto, sugere a diferenciação relevante entre as noções de tratar as pessoas como iguais - o que não deixa dúvidas conceituais - e de conferir a elas igual tratamento, o que irá derivar da primeira, o que, portanto, representaria o mesmo que garantir iguais recursos, por exemplo, ao doente em relação ao que não o é. Ou seja, deve-se alcançar a igualdade ao ser humano, de modo que qualquer sentido - válido e não fechado - de igualdade acabará refletindo razões substantivas, distributivas e de reorganização da sociedade²⁸⁶.

Com base em tais ponderações, vale dizer que Dworkin inova ao buscar a formação de uma teoria em defesa da imparcialidade de tratamento das pessoas, em que nenhuma deve valer mais que outra e ninguém valerá menos que um - também livre - sobressaindo disso sua tendência liberal igualitária. Nesse panorama, mesmo que com formas diferentes, seja no talento ou no corpo físico, as pessoas devem ser vistas como iguais em humanidade²⁸⁷.

Diante disso, manifesta-se contrário à restrição de direitos fundamentais visando à tutela de interesses coletivos, iniciando seu posicionamento pela distinção entre as regras e os princípios, anteriormente citados. Em seu parecer, os princípios devem estar voltados à garantia de direitos fundamentais, uma vez que, para que um direito deixe de ser concedido, deve ser necessária a prevalência de outro direito de maior valia - mas nunca questões voltadas ao interesse coletivo - com a ideia de direitos como trunfos, sempre com prevalência em relação aos interesses sociais eventualmente em questão.

Portanto, sempre que optar pela restrição às liberdades do cidadão, o Estado deve avaliar a necessidade e a gravidade por uma questão de igualdade de tratamento - mas não a vontade geral. Isso porque, quando uma liberdade é negada, sempre resultará para o indivíduo um dano, o que o torna ainda mais equivocada, se justificado apenas na promoção do interesse público, e

²⁸⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 349.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 409-446.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 409-446.

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas²⁸⁸.

Alexy também ressalta a necessidade de que liberdades individuais sejam consideradas prevalentes em relação aos interesses coletivos, ao defender que possuem, desde o princípio, peso superior no momento da decisão - inclusive, que se sobressaem em relação a eventuais interesses considerados públicos. Com isso, para que o interesse público prevaleça, insta a cuidadosa análise caso a caso, fundamentada na proporcionalidade e na reflexão acerca dos argumentos a se destacar - se deveriam ser indiscutíveis e de extrema relevância social²⁸⁹. Assevera ainda que a importância dos direitos fundamentais não permite que sejam sopesados ao ponto de serem considerados irrelevantes frente a outros - razão pela qual fica a critério do julgador e do legislador, em algumas hipóteses, buscar protegê-los²⁹⁰.

Não obstante, Alexy ainda recorre a teses - uma fraca e outra forte - para definir a relação estabelecida entre os princípios e as regras. Assim, a primeira aponta a diferença de grau entre ambos, em que aqueles assumem maior generalidade que estas. Já a tese forte delinea a diferença qualitativa, em que estas - como mandatos definitivos - são aplicadas a partir do quanto contribuem para a solução da situação proposta, sendo afastadas, se em nada contribuirão. Por sua vez, os princípios, desprovidos de características específicas, indicam a dimensão de peso, como a razão a ser seguida na aplicação das demais normas diante de situações reais, como mandatos de otimização. Também “[...] cabe observar que não são os princípios que apresentam a ‘dimensão de peso’, mas as razões e os fins aos quais eles fazem referência. Assim sendo, será a decisão que lhes atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto”²⁹¹.

Considerando-se que o Brasil possui uma Constituição social, evidentemente, tais contornos não se aplicam em sua totalidade à realidade brasileira, porém incentivam ao questionamento sobre como - em um contexto como o atual, com mais

²⁸⁸ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 419.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 524-554.

²⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 524-554.

²⁹¹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 109-110.

razão - noções tradicionais como a que emana da ideia de supremacia do interesse público ainda se mantêm inalteradas.

4.3.2 O Direito Brasileiro e a Proposta de Relativização do Interesse Público

Fundamentando-se nos achados das teorias clássicas supramencionadas, volta-se à ideia de supremacia do interesse público como aquela proposta por Rousseau, para quem a vontade do Estado representa a vontade geral, o interesse de todos e a aplicação das leis de forma justa e igualitária. Tais noções embasaram considerável número de doutrinadores que, balizados pelas lições tradicionais do direito administrativo, têm um princípio basilar da gestão pública, que supera interesses privados a fim de garantir o dito bem comum. Logo, lecionam que entender de forma diversa seria desrespeitar a coletividade, apregoando o individualismo liberal²⁹².

Isso porque, ainda que sua origem coincida com o nascimento do Estado Liberal de Direito, aperfeiçoando-se a partir de seu viés social e chegando ao seu ápice na seara do Estado Democrático, verifica-se em Aristóteles alguns indícios da diferença existente entre o atendimento aos interesses comuns e aos pessoais, como formas boas de governo e as más, respectivamente. Na Idade Média, inspirado nas teorias de Tomás de Aquino, o cristianismo prega o bem comum como a máxima a ser buscada por cada cidadão, que deverá abrir mão de seus interesses, dando espaço para aqueles da sua comunidade²⁹³.

Com o advento das teses contratualistas o individualismo é retomado, perdendo espaço apenas em Rousseau, para quem o interesse geral deve corresponder à soma de interesses individuais, como partes que não se separam de um todo. Em razão disso, afirma-se que é no contexto do Estado Social de Direito que o interesse público passa a refletir noções de dignidade, liberdade e igualdade entre todos, a fim de se alcançar um bem-estar efetivo para a coletividade²⁹⁴.

²⁹² Nesse sentido, pode-se verificar apontamentos em: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, n. 28, p. 7-28. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/10896410>. Acesso em: 01 jun. 2015.

²⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86-102.

²⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência

Para esses autores, portanto, o interesse público configura-se no fundamento de todo o direito administrativo, assim como em um meio para garantir a existência e o atendimento de todos os interesses particulares, dentre os quais estão os direitos e garantias fundamentais, estabelecidos pela Constituição em cada um dos Estados Democráticos. Corroborando esse entendimento, refere Escola:

El interés público, de tal modo, es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el derecho administrativo es el derecho de la administración pública, para reemplazarla por la más exacta y general, a nuestro juicio, de que el derecho administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de la actividad administrativa²⁹⁵.

Nesse sentido, entendendo-se interesse público como o conjunto de interesses particulares que coincidem e unem-se com o fito de obter proteção, deve representar um número significativo de pessoas, identificado por uma vontade comum, ainda que respeitando aquelas que não compartilham os mesmos ideais. Ademais, para que seja considerado como interesse público, não se exige a concordância de todos os integrantes de uma comunidade, mas da sua maioria. Assim, não há entre o interesse público e o particular uma diferenciação qualitativa, mas quantitativa.

Por essa razão, para Escola, não é certo que diante de uma colisão entre interesse público e interesse privado, aquele deva prevalecer em relação a este, isso porque, se está correto o entendimento de que todo interesse público é manifestação de um conjunto de interesses privados, estes devem estar naquele inseridos. Se o interesse particular não estiver representado em parcela de determinado interesse público, este não será legítimo. Além disso, como visto, se um particular tem um direito seu violado a fim de atender ao interesse público deverá ser recompensado proporcionalmente²⁹⁶.

Já outros pleiteiam o que Sarmiento chama de teoria fraca da supremacia do interesse público²⁹⁷, uma vez que creem que há, sim, superioridade, pois o Estado

diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010 p. 86-102.

²⁹⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1989. p. 236.

²⁹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1989. p. 235-264.

²⁹⁷ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 311-314.

constitucional vigente parte de normas que tutelam valores coletivos. Contudo, aceitam que eventualmente ocorra conflito entre ambos e acabe por prevalecer o interesse privado. O que ocorre, nesses casos, é que a justificativa utilizada dependerá de argumentos muito mais relevantes e que se mostrem capazes de enfraquecer a aplicação do interesse coletivo²⁹⁸, o que parece se alinhar às palavras de Enterría, para quem o interesse público sintetiza “[...] uma expressão de grande alcance, amplo conteúdo, mas isso não significa, nem pode significar, ausência de um conteúdo mínimo, impossibilidade de controle judicial, licença para arbitrariedades. Ao contrário, se há algum sentido nessa expressão, tal é o sentido limitador”²⁹⁹.

Além disso, desponta uma terceira tendência doutrinária que, aliada às dificuldades da atualidade, acredita na desconstrução desse princípio, a fim de adaptar-se o direito administrativo às demandas da pós-modernidade. Também se acredita que a sociedade que se apresenta - longe de debruçar-se sobre um único contexto social - se revela multicultural, plural, e diversificada em inúmeras questões, enaltecendo, em alguns casos a prevalência de interesses públicos, mas também de interesses sociais - difusos e coletivos - que não se excluem, mas somam-se às diferentes realidades. Resta dizer que não se pretende deixar de aplicar referido preceito, tampouco de aderir à teoria moderada, já que não se discute o fato de que estar diante de direitos fundamentais, por si só, já consiste em uma justificativa relevante - pelo contrário, acredita-se que a sua supremacia deverá ser avaliada caso a caso, valendo-se de critérios proporcionais e razoáveis.

Sarmiento esclarece que a prevalência dos interesses consagrados pela Constituição Federal de 1988 - negando-se a supremacia do interesse coletivo - pode parecer demasiadamente individualista. Entretanto, essa impressão não se mantém quando se tem consciência cívica adequada, que não se entrega condicionalmente às denominadas por ele como causas da coletividade, mas que pressupõem uma atitude cidadã voltada à consolidação da Constituição baseada nos direitos fundamentais nela redigidos, o que se fundamenta no fato de se estar diante de uma sociedade

²⁹⁸ Sugere-se consultar: MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do Interesse Público sobre o privado no direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

²⁹⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Civitas, 1997. p. 230.

pluralista, que não permite voltar-se para uma única identidade, mas que carece de outros pilares³⁰⁰. Dito isso,

[...] um destes alicerces pode ser a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; participe da formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis; sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os interesses legítimos dos seus cidadãos³⁰¹.

Em sentido oposto, para Gabardo e Hachen, o autoritarismo está na proposta de releitura da supremacia do interesse público, pois reflete a natureza dominante do Estado em detrimento da liberdade dos cidadãos, como esclarecem:

A alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da 'supremacia do interesse público' - sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e flexibilização da vida. E embora seja uma 'tese' muito atraente para o indivíduo pós-moderno, que é um sujeito por definição voltado à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial, trata-se de uma teoria de precária capacidade explicativa³⁰².

Para os autores, a aceitação de um direito administrativo submetido à legalidade afasta de si o caráter autoritário, reconhecendo-o como um instrumento de libertação social. Por essa razão, inclusive, é que sua marca está no Estado moderno que, diferente do absolutista, lhe confere independência do poder político do monarca. Nesse sentido, após a revolução francesa é conferida uma elevada importância ao poder legislativo, já que este representava a manifestação da vontade popular. A legitimação de cada norma estava vinculada ao atendimento dos interesses sociais

³⁰⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 115-116.

³⁰¹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116.

³⁰² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

mais relevantes, assim como a Administração Pública voltava-se a ela para colocá-los em prática. Assim, o atendimento ao interesse público no período liberal aparece estritamente relacionado à tutela de interesses privados em detrimento das intervenções do Estado.

Nesse momento, ressaltam Gabardo e Hachem que “[...] o único tipo de interesse que justificaria a restrição de um direito individual seria outro direito igualmente individual, tornando matéria de interesse público a proteção do interesse privado”³⁰³. Com a formação de um Estado Social, o interesse público também se volta para o atendimento das vontades de todos os cidadãos enquanto integrantes da coletividade e à proteção de direitos de segunda geração. O que os leva à seguinte conclusão:

Portanto, a doutrina jusadministrativista contemporânea, ao sustentar a existência e aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico pátrio, nada mais faz do que evidenciar a imperatividade da observância dos mandamentos constitucionais e jurídicos em geral na atividade do Estado, conferindo prevalência e respeito ao conteúdo das normas jurídicas em detrimento de interesses egoísticos que se encontrem em dissonância com os anseios dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade³⁰⁴.

Ainda assim, aceitando-se a necessidade de que a noção de interesse público seja revista diante da efetivação de direitos fundamentais - especialmente da intimidade e da vida privada dos agentes público no contexto de uma sociedade tecnológica - aponta-se para a condição de prevalência do interesse público sobre garantias individuais à sua aplicação quando efetivamente resultantes de uma situação que atenda muitos cidadãos, esvaziando-se sua característica basilar de direito fundamental. Nesse sentido, deve-se entender que a ideia de interesse público deve andar lado a lado com interesses individuais, por decorrerem também de valores sociais relevantes. Se assim não o fossem, não estariam dispostos como intransponíveis, e afastar-se-ia, de pronto, a possibilidade de que, diante de uma hipótese real, se utilizasse de critérios proporcionais a ela.

³⁰³ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 36.

³⁰⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

Por conseguinte, sempre existirão situações em que os interesses ditos públicos entrarão em colisão com os valores constitucionalmente consagrados, isso porque pode-se afirmar que possuem vigência própria, ainda que não se configurem como meio para que aqueles se concretizem. Além disso - e principalmente por isso - como já explicitado, direitos fundamentais, ao serem assim tratados e previstos, refletem os interesses daquela sociedade, não fazendo sentido que se considere sua discrepância do que se diz interesse público. Em razão disso, autoriza-se a afirmar a existência de diversos interesses públicos - e não apenas de um só³⁰⁵.

Como contribuição ao entendimento, Justen Filho refere que, analisado o contexto brasileiro, vê-se que a indisponibilidade do interesse público tem sido utilizada justamente nas situações em que é necessário justificar atos administrativos contrários ao próprio ordenamento jurídico vigente, em especial, o viés democrático e as demais premissas presentes em um Estado de Direito, eminentemente constitucional. Na realidade, por meio dele, concede-se ao Estado ampla possibilidade de escolhas discricionárias que não encontrariam, senão em seu conceito, uma justificativa, o que faz surgir a urgente necessidade de que o próprio conceito seja revisto, a fim de elaborar uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988³⁰⁶. Disso depreende-se a eminência da dimensão objetiva para os direitos fundamentais que, a partir da ideia de subjetividade vinculada exclusivamente ao caráter individualista, forma-se como fundamento para o atendimento aos interesses de toda a coletividade.

Nesse ponto, Sarmiento traz à baila a ideia de que a dimensão objetiva está vinculada à crença de que os direitos fundamentais “[...] cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos”. Com isso, definem-se os bens jurídicos mais importantes para a sociedade de que fazem parte, sendo o dever do Estado protegê-los, proporcionando o seu desenvolvimento e - obviamente - evitando infringi-los. Assim, ao assumir-se como garantidor constitucional desses direitos, torna-se também guardião do interesse público vigente³⁰⁷.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 114 a 122.

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 114 a 122.

³⁰⁷ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO,

Além de tudo, os deveres de tutela insculpidos pelo caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 remetem à Administração Pública como um todo à obrigação de conduzir sua atuação no intento de atingir patamares eficazes de tutela aos direitos consagrados como fundamentais. Cumpre então buscar o cuidado para que sejam evitadas falhas e omissões ou a proteção à altura do bem em questão, pois tais discussões poderão ser submetidas ao Judiciário - ou até, antes disso, são passíveis de controle pelos demais órgãos do poder público. Conseqüentemente, define brevemente Sarlet que “Assim, os deveres de proteção implicam deveres de atuação (prestação) do Estado e, no plano da dimensão subjetiva – na condição de direitos à proteção –, inserem-se no conceito de direitos a prestações estatais”³⁰⁸. E conclui que

Em outras palavras, especialmente levando-se em conta a posição subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais atuam (em muitos casos simultaneamente) tanto como direitos de defesa, ou seja, direitos à não intervenção no âmbito de proteção do direito por parte do Estado ou outros particulares, quanto como direitos a prestações, incluindo prestações de cunho normativo e material (fático). Tal classificação, a despeito das críticas que têm recebido, não é incompatível com o fato de que também os direitos de liberdade, assim como os direitos negativos de um modo geral, dependem de um sistema de prestações, guardando, portanto, direta relação com os assim designados direitos positivos (prestacionais)³⁰⁹.

Em igual sentido, como se lavrou no capítulo inicial, o ordenamento jurídico brasileiro parte de uma Constituição calcada na ideia de dignidade humana, o que afasta qualquer diminuição valorativa dos direitos fundamentais ou sequer a submissão do indivíduo, pura e simplesmente, aos interesses de determinado grupo. Evidentemente, no entanto, constatações assim não afastam a relativização dos direitos fundamentais quando diante de outros bens - também constitucionalmente tutelados - justificando em casos específicos que aqueles acabem sendo limitados.

A dogmática jurídica, em conformidade com Schier, tem indicado um discurso pré-compreensivo, pelo qual a legitimidade de um sistema constitucional deve ocorrer mediante a proteção de direitos fundamentais, uma vez que se evidenciam como o

Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-321.

³⁰⁸ SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

³⁰⁹ SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

centro do ordenamento jurídico. Ademais, isso se respalda na tese de que os direitos fundamentais encontram sua razão na dignidade da pessoa humana - sentido da própria noção de Estado. Descreve ainda que “[...] não há Estado, ou ao menos o Estado Democrático de Direito, desvinculado de uma justificação ética. Ele não é e nem pode ser, destarte, um fim em si mesmo”³¹⁰.

No âmbito do Direito Administrativo, contudo, a tendência doutrinária se move no sentido de concretizar direitos a partir da supremacia do interesse público, confirmando com o que batiza de “cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais”, o que, em verdade, se mostra como estratégia autoritária de efetivação da Constituição Federal de 1988 - como se tudo que lhe dissesse respeito constituísse parte integrante do interesse público, sempre prevalecendo, ainda que frente aos direitos constitucionalmente previstos e nomeados como fundamentos do Estado de Direito, como referido³¹¹. Schier ainda infere que

[...] a racionalidade e ética moderna fundamentam o *telos* constitucional, que se justifica na medida em que permitem aos homens construir um modelo racional de Estado, Direito e Sociedade (e as relações de poder que as permeiam) com autonomia. Daí o fundamento eminentemente humanista da Constituição. Por esta razão, tem-se que qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais (e, logo, com o ser humano e o cidadão), não comprometida com a ética da modernidade e sua racionalidade, não é, propriamente, uma Constituição³¹².

O pensamento concorda com o fato de que o contexto em que se insere a Constituição - marcado pelo constante conflito entre interesses - não pode acabar por transformá-la em um programa político, enfraquecendo suas características de ponto de chegada para o desenvolvimento social e contrariando a ideia de constitucionalização do poder político.

Ainda assim entende-se que o entendimento dos ditames constitucionais precisa nascer da leitura e da efetivação dos próprios direitos fundamentais, enquanto protetores

³¹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 162, abr. 2007. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³¹¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 162-172, abr. 2007. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³¹² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 164, abr. 2007. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

do homem e da sua dignidade, pois eles é que devem se congregarem como limitadores do poder político, enquanto representação da vontade coletiva - e não o contrário - posto que os direitos fundamentais devem estar no centro das ações estatais.

Ao ordenar os parâmetros necessários à avaliação de referidos interesses, Ana Paula de Barcellos ensina que os direitos fundamentais devem - salvo melhor juízo - se sobressair diante das demais normas em sentido *lato*, visto que, dentre outros argumentos percebe-se doutrinariamente e judicialmente a opção feita pelo legislador constitucional, ao redigir a Constituição Federal de 1988 - já a partir de seu preâmbulo e ao considerá-los cláusulas pétreas - qualificando os direitos fundamentais, calcados na máxima da dignidade humana, ao centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A aplicação do interesse público, para que assim se suplante, também deverá estar permeada na máxima axiológica da dignidade da pessoa humana, nos termos supracitados³¹³.

Contrária a esse entendimento, Di Pietro esclarece que a indeterminação do conceito de interesse público³¹⁴, alegada por aqueles que pleiteiam a sua desconstrução, não pode ser aceita para que deixe de ser aplicado. Isso porque, se este for o caminho, outros conceitos indeterminados - como, por exemplo, os conferidos aos princípios da moralidade e da segurança jurídica - também careceriam de aplicabilidade³¹⁵. Além disso, defende que sempre houve um regime de proteção dos direitos fundamentais das arbitrariedades administrativas justamente pelo denominado interesse público como se verifica:

O princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco. Ele encontra fundamento em inúmeros dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância ao princípio da legalidade. A exigência de razoabilidade na interpretação do

³¹³ BARCELLOS, Ana Paula de apud SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 313- 314.

³¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86-102.

³¹⁵ Nessa linha de entendimento, Escola manifesta que, ainda que abrangente, o conceito de interesse público não deve ser entendido como vago ou desprovido de um conteúdo concreto, mas deve representar uma situação ou bem reconhecido e determinável por qualquer cidadão, estando vinculado às condições políticas e morais da sociedade que visar representar. ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1989. p. 251.

princípio da supremacia do interesse público se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado; atua como método de interpretação do princípio (na medida em que permite a ponderação entre o interesse individual e o público) e não como seu substituto³¹⁶.

Ressalvadas suas ponderações, a discussão ainda se fortalece porque o interesse público possui o que administrativistas brasileiros chamam de imprecisão conceitual - e que é reforçado pela autora -, tornando discutível um critério como tal - inespecífico - seja suficiente para restringir direitos fundamentais, previstos em uma Constituição que traz, em seu âmago, a dignidade humana como base³¹⁷, indiscutivelmente se reafirmando por estar diante de uma sociedade plural e multicultural, em que os valores se separam e se mesclam na mesma velocidade, a cada instante criando um interesse público prevalecente.

Na contemporaneidade, para Godoy, numa situação que enseja, em alguns casos, a confusão entre o interesse público - visto como primário - e outros interesses secundários, como aqueles direcionados à satisfação das vontades do governante, do Estado, ou até do agente público envolvido na emissão do ato administrativo, os interesses não mais se direcionam a

[...] conceitos totalizantes, absolutos, apriorísticos. Exige-se reflexão em torno de casos concretos, lidos à luz da ponderação. Não se pode perder de vista também o consentimento do cidadão-cliente, no que se refere à definição de políticas e do agir administrativo³¹⁸

Por isso, ainda que possam ser percebidos como autoaplicáveis, garantir direitos fundamentais nem sempre resulta em atender ao interesse de todos, e pode acabar representando limitadores das práticas pretendidas por alguns integrantes da comunidade. Todavia, no contexto de um Estado Democrático - o qual escolhe a dignidade humana como fundamento - os cidadãos não devem ser utilizados como meio para o atendimento de interesses sociais genéricos³¹⁹. Se assim o for, no seio

³¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 102.

³¹⁷ Sobre isso, recomenda-se conferir em: MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2009.

³¹⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, n. 28, p. 25. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/10896410>. Acesso em: 01 jun. 2015.

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO,

da sociedade informatizada, a intimidade e a vida privada estarão sujeitas, como doutrina Pérez Luño, aos modismos e às tendências do mercado, já que, em muitas vezes, acabam encaradas como mercadoria que atende à lei da oferta e da demanda - ainda mais quando a justificativa para isso provém de um valor geral que está longe de ser definido³²⁰.

Nesse aspecto, e contrária a desconstrução da supremacia do interesse público, Nohara esclarece que em nenhum momento da história da teoria do direito administrativo brasileiro se entendeu pela prevalência absoluta do interesse público, desconsiderando-se a importância constitucional conferida aos direitos fundamentais, pois isso retrocederia a uma forma estatal totalitária³²¹. Ao contrário, a autora refere que a origem do direito administrativo ocorreu justamente com o intuito de frear o poder estatal a partir dos direitos fundamentais, e conclui:

[...] A supremacia do interesse público deve orientar tanto o legislador, na elaboração dos atos normativos, pois na discussão dos projetos de leis ele mensura as restrições que os interesses individuais sofrerão em nome de benefícios coletivos, para que não haja excesso ou falta, dentro da noção do razoável, como o aplicador da lei, seja ele o juiz que, ao resolver litígios envolvendo o Estado, deve considerar que a satisfação de interesses coletivos é o fundamento da existência de poderes administrativos que devem ser exercitados com proporcionalidade/razoabilidade, ou ao administrador, que deve buscar praticar com impessoalidade atos concretos que sejam expressão de interesses públicos relacionados com valores tutelados pelo ordenamento jurídico³²².

Com efeito, entende a necessidade de que o conceito de supremacia do interesse público seja revisto, o que, todavia, não deve resultar na sua desconstrução. Para isso, estabelece dois critérios através dos quais o interesse público deve ser entendido³²³:

Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-321.

³²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La protección de los datos personales del menor en internet. **Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá II**, Madrid, p. 150, 2009. Disponível em: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6441/proteccion_perez_AFDUA_2009.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 jun. 2015.

³²¹ O que se corrobora com o estudo de outros doutrinadores, consubstanciado na obra de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120-154.

³²² NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 131.

³²³ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas**

- a) deve refletir o consenso social, esteja ele formalizado por meio das leis ou apenas resulte de discussões públicas ativas, como a ocorrência de audiências públicas;
- b) sua aplicação não deve ser entendida como irrestrita, mas deve estar fundamentada na imposição de atos que visem tutelar o bem-estar comum, ainda que para isso seja necessária a aplicação de critérios específicos em cada caso em concreto.

Na linha proposta, quer-se crer que o cumprimento dos direitos fundamentais, estruturados no que dispõe a Constituição Federal de 1988, seria possível a partir da aplicação do entendimento razoável e proporcional ao caso concreto. O preenchimento do vazio proposto pela imprecisão conceitual - de que hoje carece o tradicional interesse público - faz saltar avaliações de necessidade e de adequação da prevalência, sem exageros, mas coerente com os desafios que se apresentam, sob a pena de se esvaziar a ideia de cidadão e seu interesse em participar ativamente das decisões do Estado, no intuito de acessar não apenas serviços públicos, mas também direitos mínimos.

Não há resposta prévia. A questão dependerá dos aplicadores do direito diante de cada caso em concreto, verificando a adequação de suas decisões à Constituição vigente, relevadas as consequências que trarão à subjetividade e à segurança dos agentes públicos e de seus familiares.

Essa compreensão que parte da denominada decisão adequada à Constituição tem o fito de oportunizar uma análise do caso concreto que esclareça a existência - ou não - de uma restrição pertinente a um direito fundamental para validar o interesse público - mais precisamente, a necessidade de que se dê publicidade aos atos administrativos em cumprimento ao dever de transparência da Administração Pública em detrimento da intimidade e da vida privada de seus funcionários. Além disso, autoriza sua utilização em novas situações semelhantes e que permitam o uso dos mesmos princípios aplicados, garantindo coerência, a integridade do ordenamento, a tradição e a força normativa da Constituição³²⁴.

relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 142.

³²⁴ Este movimento em busca de uma resposta adequada à Constituição é considerado por Streck de “fundamentação da fundamentação” e decorre da aplicação irrestrita do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988. Isso porque, da mesma forma que há o direito à obtenção de decisões motivadas, também há o de que estas estejam em conformidade com as normas constitucionais vigentes. Complementando-se, portanto, afasta a ocorrência de decisões discricionárias e arbitrárias em sua essência. Referida teoria, como discorre o autor, resulta de uma construção fundamentada nos

Também não se busca o que Sarmento reputa como entrincheiramento constitucional dos direitos fundamentais em prol da dignidade humana, mas que, ao entrarem em choque com questões de interesse público, sejam efetivamente equilibrados os valores prevalecentes e as consequências que a escolha acarretará³²⁵, num entendimento que se renova pelos dizeres de Limberger, para quem se deve avaliar os valores envolvidos. Isso ocorre quanto à prevalência da intimidade e da vida privada sobre o interesse público, ou o contrário, que leva ao judiciário o dever de solucionar o conflito, tendo-se presente a forte carga axiológica de que os primeiros se revestem enquanto direitos fundamentais, assim como o fato de o direito constitucional pós-moderno estar calcado na efetivação de direitos e da dignidade da pessoa humana³²⁶.

Por todo o exposto, constatou-se que há muitos caminhos viáveis, e ainda que se tentasse valer da doutrina antes exposta para provar a fragilidade do interesse público, tem-se certamente o contraponto de outros publicistas que entenderão sempre em benefício do bem comum, ainda que hoje - repisa-se - ele pareça indecifrável, e para quaisquer dos lados que se olhe se estará deixando para trás valores também comuns, mas de outra parte da sociedade. Diante disso, impera refletir-se a cada caso, com pano de fundo na construção de uma sociedade que se movimenta através das tecnologias. Por fim, nesse cenário, a emissão de decisões que envolvem os direitos fundamentais - em especial, os da personalidade - se confirma como desafio de elevada complexidade, no entanto, ao mesmo tempo se mostra igualmente latente para sua validação, extraordinariamente quando considerados como imprescindíveis pela Constituição Federal de 1988, do mesmo modo como o discurso jurídico proferido para legitimar o Estado Democrático vigente.

estudos de Gadamer e Dworkin, em contraponto à teoria da ponderação de Alexy, e difere-se no que tange a visão de que a resposta esperada não é a única, tampouco a melhor, mas aquela que está adequada à Constituição, ou seja, que a justificativa é encontrada em seu texto e dele se depreende sua legitimidade. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 617-622.

³²⁵ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-321.

³²⁶ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as considerações necessárias para a discussão sobre a proposta do presente trabalho, chega-se à conclusão de que efetivamente, ao buscar-se dar cumprimento à publicidade administrativa consubstanciada no direito de todo cidadão ao acesso às informações públicas e no dever de transparência inerente à atuação do poder público valendo-se das novas tecnologias, o Estado poderá dar causa para o conflito entre o princípio referido e o direito à intimidade e à vida privada de seus agentes públicos.

Além do mais, se no caso concreto, a exigência do cidadão estiver vinculada à disponibilização de dados de funcionários ou ao cumprimento independente de provocação das normas de transparência administrativa vigentes não só ordenamento brasileiro, mas em outros, como visto, a resposta deverá ser adequada e razoável, sob pena de acarretar a restrição dos direitos fundamentais tutelados pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, dentre outros documentos mundialmente estabelecidos e estudados ao longo do texto.

Não obstante, nesses casos, a tendência jurisprudencial brasileira parece aceitar tal restrição, justificando-se o procedimento de publicidade administrativa por meio da clássica noção de supremacia do interesse público, firmada desde as propostas liberais de Rousseau (para quem a representatividade em um Estado Democrático depende da manifestação popular e da efetivação, pelo Estado, dos interesses de seus representados). Resta ter em vista que o impasse se mantém nos contextos espanhol, mexicano e colombiano, como se depreendeu da análise das respectivas leis e dos entendimentos administrativos e judiciais relatados durante o estudo.

Entretanto - sabe-se - os tempos são outros e diversos da linearidade do modelo de Estado Liberal, em que era possível observar a tutela de direitos individuais e a elaboração de normas a fim de conter as intromissões do Estado nas diferentes searas da vida privada com tranquilidade. Isso porque, ao superar-se o Estado de Direito, e partindo dos ideais do Estado Social - mas sem condicionar-se ao objetivo exclusivo de conceder melhores condições de existência aos indivíduos - o Estado Democrático de Direito se propôs a transformar a realidade mediante a concessão de uma vida digna a seus integrantes, que agora participam de suas decisões no intuito de construir uma nova sociedade.

Com a pós-modernidade, novamente se altera o cenário, aperfeiçoando-se os modelos vigentes e propondo novos, assim como apresentando-se incalculáveis desafios que são acrescidos à formação de uma sociedade eminentemente tecnológica e aberta ao surgimento de novas preocupações normativas, o que coloca em xeque a credibilidade do cidadão no poder público e acentua a necessidade de que suas ações sejam transparentes. Ademais, as ideias de cibercidadania e de cibertransparência ganharam destaque nesse contexto, ao promoverem a adaptação da democracia à nova realidade tecnológica e a usarem a seu favor, proporcionando o conhecimento de toda a população no que se refere à justificativa e à efetividade de seus atos e estabelecendo a comunicação direta e constante entre representantes e representados.

Contudo, da mesma forma como o movimento é positivo, também fragiliza os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada dos agentes públicos, quando torna viável a divulgação em rede de suas informações pessoais, e ainda mais grave, apura que a participação popular por meio das novas tecnologias pode configurar um instrumento de cometimento de outras violações, caso não conte com uma pátria que eduque e forme cidadãos conscientes de suas obrigações excedentes à ida eventual às urnas, até porque a modernização dos meios de comunicação (assim como a necessidade de que a informação esteja disponível, em meio eletrônico, em tempo real) representa uma situação necessária ao desenvolvimento da democracia que se revela na sociedade atual.

Destarte, o mesmo avanço tecnológico deve ponderar o fato de os direitos fundamentais também se mostrarem como objeto de transformação, ficando a cargo dos estudiosos do direito a reflexão sobre sua efetivação, diante dessa nova realidade. Logo, ao decidir sem maiores reflexões pela legitimidade da divulgação de informações pessoais nos portais *on-line* das Administrações Públicas das diferentes searas do poder público, o Supremo Tribunal Federal parece postergar questões relevantes, como as até aqui elencadas.

E nesse sentido, a própria noção de supremacia do interesse público - há tanto utilizada para justificar decisões políticas - insinua hoje carecer de aplicação imediata, apontando para um caminho tortuoso e indefinido de releitura do conceito, o que o torna frágil como resposta ao conflito entre regras e princípios constitucionais tencionado nesta dissertação. Para estudiosos clássicos - como Rawls, Dworkin e Alexy - tais restrições sequer podem ser aceitas, já que os direitos fundamentais

sempre terão peso superior em relação a princípios e a outras garantias - em especial, em se tratando de eventuais interesses considerados públicos - e sua prevalência dependerá da atenta análise do caso concreto e da elaboração de justificativas proporcionais à decisão tomada, dada a sua relevância social.

Não obstante, há outra parcela de doutrinadores tradicionais de direito administrativo que, ainda hoje, clamam pelo interesse público, e sem o qual as decisões da gestão pública ficam sem legitimidade. Ainda assim, os mesmos doutrinadores admitem, em sua maioria, a abstração desse conceito, o que reforça a sua fragilidade e resulta na sua utilização a fim de confirmar as arbitrariedades do poder político em detrimento de interesses reais de toda a coletividade. Além disso, o uso do termo com o fito de justificar decisões tomadas em prol da sociedade plural, multicultural, policontextual - ou como se queira defini-la - é, no mínimo, insuficiente diante da vigência de interesses coletivos, difusos e outros tantos característicos da pós-modernidade.

Outrossim, ainda que superada referida questão e mantida a sua supremacia, ela esbarrará em uma Constituição que, na condição de documento de maior valor hierárquico no ordenamento jurídico brasileiro, proclama os direitos da intimidade e da vida privada como fundamentais, conferindo-lhes a condição de cláusula pétrea e delegando ao Estado o dever de tutelá-los positivamente, haja vista que, por sua vez, encontram guarida na ideia de dignidade humana - a saber, o norte de toda a ordem constitucional brasileira como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa do ordenamento jurídico.

Acredita-se ainda que o argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal é questionável e, dentre as alternativas possíveis de evitar a ocorrência de conflito inadmissível em um ordenamento democrático e consubstanciado em uma Constituição que legitima direitos fundamentais calcados na ideia de dignidade humana, pode ocorrer com a divulgação apenas dos cargos titulados com as respectivas remunerações, em sentido amplo, suprimindo-se o nome de seu titular e outras informações eminentemente pessoais, como local de trabalho, endereço residencial, telefone, dentre outros dados.

Também poderia se determinar a divulgação de informações específicas apenas de mandatários eletivos e daqueles servidores de sua confiança, mantendo-se incólume a vida privada e a intimidade de servidores efetivos que ingressaram no serviço público por via legítima de admissão, independentemente da vontade popular.

Ou então, estabelecer-se o alcance de direitos enquanto fundamentais, concedendo-lhe indiscutível interpretação conforme a Constituição e suprimindo dispositivos como, exemplificativamente, o preconizado na Resolução 151/2012 do Conselho Nacional da Justiça, que determina a divulgação nominal da remuneração dos servidores do judiciário acompanhada da respectiva lotação.

Por tudo isso, os questionamentos propostos inicialmente podem ser respondidos como segue. A publicidade, indiscutivelmente, consiste em um meio adequado de concretização da soberania popular, como forma de legitimação do Estado Democrático de Direito, e nesse sentido, as novas tecnologias, se utilizadas apropriadamente por cidadãos preparados para isso, poderão contribuir positivamente para o estabelecimento da publicidade efetiva. Contudo, a falta de critérios específicos poderá causar a violação de direitos fundamentais dos agentes públicos - principalmente, o da intimidade e o da vida privada - e o interesse público não se comprova como justificativa pertinente para a restrição de direitos em prol do bem comum, mas requer nova roupagem conveniente às necessidades da sociedade pós-moderna.

Calha ressaltar que não se teve a pretensão de esgotar o tema investigado, pois ainda há muito sobre o que refletir, o que poderá ser realizado posteriormente, por meio de um novo trabalho. De qualquer sorte, por agora, a solução para tal conflito dependerá dos aplicadores do direito, frente ao caso em concreto, consubstanciados na busca por uma decisão adequada à Constituição, para que sejam respeitados os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada dos agentes públicos sem que se esvazie o dever de publicidade da Administração Pública (capaz de proporcionar a comunicação efetiva entre a população e seus governantes) para o fim único de fortalecer o viés democrático do Estado de Direito corrente.

REFERÊNCIAS

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Procedimiento n. AP/00007/2010. Resolución:** R/00847/2010. Madrid, 12 abr. 2010. Disponível em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/admon_publicas/ap_2010/common/pdfs/AAPP-00007-2010_Resolucion-de-fecha-12-04-2010_Art-ii-culo-10-LOPD.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Rubem. **A alegria de ensinar**. 3. ed. São Paulo: ARS Poética, 1994.
- ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004.
- ATIENZA, Manuel. Una modesta proposición en favor de la transparencia. **El Notário del Siglo XXI**, Madrid, n. 49, p. 22-23, mayo/jun. 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARREDA, Mikel. La calidad de la accountability democrática en América Latina. In: BARREDA, Mikel; CERILLO, A. **Governanza, Instituciones y desarrollo:** homenaje a Joan Prats. Valencia: Tirant to Blanch, 2012. p. 29- 44
- BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição:** os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-271.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOZZERRO, Roberto Adil. A divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos à luz dos princípios constitucionais da publicidade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada: uma análise da Lei 12.527/2011 e da sua regulamentação pelo Decreto 7.724/11 e pela Resolução nº 151 do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2012. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Roberto_Bozzetto.html>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. **Manual da lei de acesso à informação para estados e municípios**. 1. ed. Brasília, DF, 2013. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lei_estadosmunicipios.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 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: 05 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. **Lei n. 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: 30 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Portal da Transparência**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Transpar%C3%Aancia/Transpar%C3%Aancia>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo: MS 18847 DF 2012/0149487-1**, da S1 - Primeira Seção. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 12 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068668/mandado-de-seguranca-ms-18847-df-2012-0149487-1>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 4815**. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL (CF 103, 0IX). Requerido: Presidente da República Presidente do Congresso Nacional. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4815&processo=4815>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 2.198 Paraíba**. Requerente: Governador do Estado da Paraíba. Intimado: Presidente da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli. 14 de fevereiro de 2013. Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2013, Acórdão eletrônico DJe-161 divulg 16-08-2013 public 19-08-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4340310>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança 28.178 Distrito Federal**. Impetrante: Empresa Folha DA Manhã S/A. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Lit. Pas.: União. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 04 de março de 2015. Acórdão eletrônico DJE-085 divulg 07-05-2015 public 08-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399320>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 483**. Divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos, inclusive seus nomes e correspondentes remunerações. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **REEX: 201151030006267**. Apelante: Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica e Profissional. Apelado: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense. Relator: Desembargador Federal Jose Antonio Lisboa Neiva, Data de Julgamento: 04 de julho de 2012, Sétima Turma Especializada, Data de Publicação: 16/07/2012. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23376782/apelre-apelacao-reexame-necessario-reex-201151030006267-trf2/inteiro-teor-111701400>>.

Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASÍLIA, DF. Tribunal de Justiça. **MSG: 20120020171508 DF 0017206-41.2012.8.07.0000**. Impetrantes: Sindicato dos Trabalhadores em Atividade de Trânsito, Policiamento e Fiscalização de Trânsito das Empresas e Autarquias do Distrito Federal - SINDETRAN/DF. Informantes: Secretário de Estado de Administração Pública e outros. Relator: J.J. Costa Carvalho, Data de Julgamento: 28/05/2013, Conselho Especial, Publicado no DJE: 09/07/2013. p. 44. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23665014/mandado-de-segurancamsg-20120020171508-df-0017206-4120128070000-tjdf/inteiro-teor-111765710>>. Acesso em: 30 jun. 2015

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALDERA, Alejandro Serrano. **Razão, direito e poder**: reflexões sobre a democracia e a política. Trad. Antonio Sidekum. Ijuí: Editora Unijuí; São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **A transparência na Câmara**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/transparencia/a-transparencia-na-camara>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COLOMBIA. **Constitucion politica de Colombia**. 1991. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

COLOMBIA. **Ley 1712 de 2014 (marzo 6)**. Disponível em: <http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1712_2014.html>. Acesso em: 30 jun. 2015.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **A hora da igualdade**: brechas por fechar, caminhos por abrir. Brasília, 2010.

COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147-165.

COULANGE, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 3. ed. Lisboa: Clássica, 1929.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CUBAS, Viviane de Oliveira. 'Accountability' e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil. **DILEMAS**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 3, n. 8, p. 75-99, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://revistadil.dominio temporario.com/doc/Dilemas8Art3.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão -1789. [S.l.], 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madrid: Hispania Libros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Civitas, 1997.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1989.

ESPAÑA. **Constitucion Española**. 1978. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2015.

ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 295, 10 dic. 2013 Sec. I, p. 97922. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

ESPAÑA. Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 298, 14 dic. 1999. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=13751>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-66.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, n. 28, p. 7-28. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/10896410>. Acesso em: 01 jun. 2015.

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HELD, David. **Modelos de democracia**. 3. ed. Madrid. Alianza, 2007.

INFORMAÇÃO. In: MICHAELIS: dicionário de português online. São Paulo: Melhoramento, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=informa%E7%E3>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed., rev. ampl. e atual.

Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KLIKSBURG, Bernardo. **Por uma economia mais humana**. Brasília, DF: UNESCO, 2003.

LÉVY, Pierre **¿Qué es lo virtual?** Tradução de Diego Levis. Barcelona: Paidós, 1999.

LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública, uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti dos Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 203-218.

LIMBERGER, Têmis. Ciberespaço: a necessidade de regulação jurídica no âmbito nacional e internacional, como forma de concretizar os direitos do cidadão. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n. 1. p. 16-21, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000001/000001EB.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

LIMBERGER, Têmis. El planteamiento de la ciberciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparencia. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Construcción europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 243-288.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1982.

MAGALHÃES, Marco Tulio Reis. Controle via publicidade e o mérito do tema 483 da repercussão geral. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/observatorio-constitucional-control-e-via-publicidade-tema-483-repercussao-geral>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva Declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MÉXICO. **Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental**. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244_140714.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança n. 1.0000.13.008042-7/000**. Câmaras Cíveis / 3ª Câmara Cível. Relator (a) Des.(a) Kildare Carvalho. Data de Publicação: 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.13.008042-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ= Pesquisar>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-27.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa – administrativa – judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 325-350.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, jan. 2009. Disponível em: <<http://e25.d32.myftpupload.com/img/2014/09/DUDH.pdf>>_Acesso em: 20 jun. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120-154.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ONETO, José. Una ley de transparencia com luz e taquígrafos. **El Notário del Siglo XXI**, Madrid, n. 49, p. 16-18, mayo/jun. 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do Interesse Público sobre o privado no direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La protección de los datos personales del menor en

internet. **Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá II**, Madrid, p. 143-175, 2009. Disponível em: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6441/proteccion_perez_AFDUA_2009.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 jun. 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Valores democráticos y redes sociales. En: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Org.). **Construcción Europea y teledemocracia**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2013. p. 117 -240.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?**. Barcelona: Gedisa, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. Revolución Tecnológica y nueva administración. In: PIÑAR MAÑAS, José Luís (Org.). **Administración electrónica y ciudadanos**. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 25-52.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 81-101.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 52.387, de 03 de junho de 2015**. Dispõe sobre a disponibilização do quantitativo dos cargos públicos, das funções gratificadas, dos empregos e dos estágios existentes no âmbito do Poder Executivo Estadual e das respectivas remunerações. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=62100&hTexto=&Hid_IDNorma=62100>. Acesso em: 30 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Transparência RS: consulta aos gastos e receitas públicas. **Portal da Transparência**, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.transparencia.rs.gov.br/webpart/system/PaginalInicial.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo: AI 70054857677 RS**, da Quarta Câmara Cível. Relator(a): Eduardo Uhlein. Quarta Câmara Cível, julgamento: 02 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113449154/agravo-de-instrumento-ai-70054857677-rs>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. In: **Direitos Culturais**, v. 4, 2009. p.11-24.

RODRIGUES, Amaury de Matos. **A controvérsia sobre a divulgação da remuneração dos servidores públicos**: uma análise à luz da privacidade como integridade contextual. Dissertação (mestrado). Disponível em:

<<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1527>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

RODRIGUES, Saulo Tarso. O direito Internacional dos direitos humanos e racionalidade ocidental (razão indolente): a epistemologia e a política ocidental no novo modelo hegemônico de democracia (governança) global. **Direito em Debate**, Ijuí, ano 12, n. 21, p. 91-107, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad.: Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFMG; Brasília, DF: UnB, 1997.

RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Têmis. Administração pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 121-134, out. 2011. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3276>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

RUIZ, José Luis García. Ley de transparencia: algunas reflexiones. **El Notário del Siglo XXI**, Madrid, n. 49, p. 19-21, mayo/jun. 2013.

SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276-286.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. **TransParência**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://transparencia.prefeitura.sp.gov.br/funcionalismo/Paginas/BuscaServidores.aspx>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo n. 0025982-08.2010.8.26.0053 (053.10.025982-3)**: em grau de recurso. 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública - Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes. Requerente: Ana Maria Andreu Lacambra. Requerido: Prefeitura do Município de São Paulo. Juiz: Leandro Galluzzi dos Santos. Local Físico: Cartório, 29 dez. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0025982-08.2010.8.26.0053&cdProcesso=RH0000YLC0000&cdForo=989&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SPCR&cdServico=190301&ticket=fDp%2Bi94RZh5fopwTZCljnTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvAZ%2BKlvWdg6EbHXbW0Zvr2H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVhVXF5iCFoERDhuBQCwR7oq5rU2ygesb3kuqi9TTvzQatNLzFazvjLUPGnnLPAZQdGdZl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

SARLET, Ingor Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183-212.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 268-314.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 115-116.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. São Paulo: Edusc, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, p. 162 - 172, abr. 2007. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1628.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Transparencia y acceso a la información pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUNÓS, Jaime et al. (Org.). **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno**. Granada: Comares, 2014.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOMMERMANN, Karl-Peter. La exigencia de una administración transparente em la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 11-25.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Consenso constitucional, neutralidade política e razão pública: elementos de teoria da Constituição em Rawls. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181 -203.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do**

Estado. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **República.com:** internet, democracia y libertad. Barcelona: Paidós, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz et al. (Org.).

Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 09-31.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direito, democracia participativa e nova cidadania. In: PIRES, José Luiz Fernandes (Org.). **Direito em debate.** 3. ed. Ijuí: Unijuí Editora, 1993.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Método, 2009.

ZOLO, Danilo. **Globalização:** um mapa dos problemas. Florianópolis: Conceito, 2010.