

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS[†]

Luatom Bezerra Adelino de Lima

INTRODUÇÃO



Este relatório analisa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito como técnica de interpretação de normas que expressam direitos fundamentais.

Em um Estado de Direito Democrático a vontade da maioria é condensada em vocábulos síntese, ora positivados ou materializados em expressões normativas, ora esparsadas na opinião geral grandemente aceita, dita direito costumeiro¹.

Nesses Estados, não só a pessoa humana submete-se à vontade coletiva, como também o próprio Estado que a faz originar, por meio de representantes eleitos da própria comunidade destino.

A esta função estatal, Poder Legislativo, espera-se inovar a ordem social com o novo Direito posto.

A partir da Revolução Francesa e Americana do final do Séc. XVIII, essas normas síntese, e que expressam a conformação do Estado e a previsão dos direitos inerentes à pessoa humana, entende-se como normas de Constituição², as quais dão base e são substratos a todo o ordenamento jurídico vigente.

[†] Disciplina – Direito Constitucional I/II (A Justiça Constitucional em debate). Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - 7ª Edição*. 2003. Almedina, p. 379.

² AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*. 2005. Editora Coimbra, p. 13.

Essa vontade política fundante impregna o legislador decorrente dos anseios e áureos objetos fundamentais da nova ordem constitucional que se inicia.

E nesses modelos de Estados constitucionais, os direitos fundamentais da pessoa humana ganham tamanha relevância contra o próprio Poder que são até reconhecidos como *trunfos*, ou cartas especiais de defesa, oponíveis à maioria votante (ideia originalmente concedida por RONALD DWORKIN, e atualmente desenvolvida por JORGE REIS NOVAIS³).

Embora esse texto normativo constitucional não deva se alterar com regularidade, visando o equilíbrio das relações sociais, é certo que a interpretação a que se dá é a dos dias atuais, e não quando da época de sua elaboração, como adverte de RONALD DWORKIN⁴.

Dessas premissas, as questões que se apresentam são: até que ponto tais trunfos podem ser oponíveis ao Estado? Ou, haveriam limites a esta oposição? Haveria espaço à recusa de certos direitos em certas circunstâncias? Em sendo isto possível, quem poderia dar a última palavra neste confronto? E por fim, haverá possibilidade de se ponderar os interesses em conflito?

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Num sentido semântico e em português, proporcional é aquilo que está na mesma relação que (outra coisa) em intensidade, grandeza, grau, ou bem conformado, harmonioso.

E por princípio jurídico, entende-se por normas escritas ou não, que ordenam, iluminam e influenciam o sistema jurídico, muito úteis em momentos revolucionários, como lembra

³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. 2006. Coimbra Editora, p. 17.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução Pedro Elói Duarte. 2012. Almedina, p. 424.

JORGE MIRANDA⁵, já que não mais possíveis de se utilizar das regras normais.

Já como princípio de interpretação de normas jurídicas é comumente usado no sentido sinônimo de ponderação, de equilíbrio frente a um arbítrio, ou daquilo que passa a ser o mais justo em relação a outra medida possível, posição com a qual JORGE REIS NOVAIS não comunga, como se verá⁶.

Mas o que é justo?

Embora como conceito jurídico, ainda seja muito abstrato e maleável às várias possibilidades de utilização, a depender de qual lado de um confronto você esteja vendo o problema, inclusive do judiciário, ser justo parece ser equilibrado, ponderado, proporcional, igual.

Um pai de família precisa ser justo com seus filhos dando-lhes oportunidades iguais, recursos e atenção.

Do mesmo modo, um juiz precisa ser justo, saber ouvir, se deixar influenciar pelos argumentos contraditórios, permitir que seu convencimento seja atingido pelo pensamento que antes lhe era impensado.

Analisando o conceito de direito, H. L. A. HART passou pelo conceito de justiça⁷, quando refletiu sobre a afirmação comum desta de que é tratar da mesma maneira os casos semelhantes, advertindo que somente as leis que asseguram as mais elementares necessidades se aproximam da justiça, já que as outras sofreriam da crítica da parte social não beneficiada.

Por esse ângulo, ser proporcional significaria ser justo, aproximar-se do equilíbrio, da igualdade.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2002. Coimbra Editora, p. 629.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. 2013. Coimbra editora, p. 126.

⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 180.

Já a *igualdade proporcional*, utilizada inclusive como fundamento pelo Tribunal Constitucional Português, quando do julgamento do Acórdão n. 187/2013, para declarar inconstitucionais os artigos 29º e 77º da Lei n. 66-B/2012, de 31 de dezembro, que suspendiam o pagamento de um dos subsídios de férias ou de Natal dos servidores públicos ativos e pensionistas, em destaque no artigo publicado por MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUIS PEREIRA COUTINHO⁸, entende-se o tratar desigual os desiguais na medida de suas desigualdades, princípio de justiça.

Ocorre que é a busca dessa medida de desigualdade que se quer alcançar com a análise da proporcionalidade, evitando-se assim o arbítrio do Estado.

Os autores portugueses acima citados criticaram essa opção do Tribunal Constitucional, porque a igualdade proporcional só é bem aplicada quando o tratamento da desigualdade é de forte intensidade, tornando-se visível uma melhor alternativa que evitasse o arbítrio do Estado, e não no caso julgado, pagamento de subsídios a servidores públicos.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se no Direito como sinônimo de proibir o excesso do Estado frente aos direitos das pessoas, seja no evitar uma omissão estatal desmedida em realizar uma prestação positiva em valor da pessoa ou no sentido mais usual *de evitar cargas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares*, como lembra SARLET⁹ nas justificativas do princípio que desenvolvia.

O argumento ganha relevância quando se almeja que o Estado abstenha-se de impedir o livre exercício de direitos humanos assegurados pela norma constitucional ou por normas

⁸ BRITO, Miguel Nogueira de & COUTINHO, Luís Pereira. *A 'igualdade proporcional', novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 187/2013*. In Revista Direito e Política. N. 4. Julho/Outubro 2013. P. 182/191.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2012. RT, p. 214.

internacionais que assim versem.

Embora possa-se interpretar ser proporcional aquilo que não é abusivo ou excessivo, a compreensão a que se pretende chegar é que a proporcionalidade em sentido mais restrito, ligue-se a medida entre meios e fins.

Para JORGE REIS NOVAIS a restrição a direitos precisa passar pelo crivo da aptidão ao fim visado, e deve ser a melhor dentre as possíveis, desde que aliado os meios e os fins¹⁰.

O autor português critica ainda a ponderação de interesses como técnica interpretativa por considerar não ser ela segura a embasar uma decisão judicial, já que ficaria ao arbítrio do julgador tal escolha.

Assim, em vez de se ponderar direitos, se ponderaria medidas restritivas concretamente.

Ponderar valores assegurados constitucionalmente levaria a tirania desses, como adverte CARL SCHMITT.

INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

À primeira vista, as precípuas funções do Estado pelo modelo proposto por *Montesquieu* são claras: ao Legislativo, ou Parlamento, cabe inovar a ordem social com normas jurídicas de conformação ou de alteração do *status* anterior, bem como fiscalizar o estrito cumprimento desses comandos pelas demais funções do Estado, Executivo e Legislativo; ao Executivo atribui-se a função de gerenciar e implementar os objetivos e metas previstos naquelas normas, exercendo inclusive à vanguarda ou a Chefia deste Estado; e, finalmente, ao Judiciário compete dar a última palavra na interpretação da execução dessa vontade social.

No âmbito Legislativo, esta vontade é dita pela maioria

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. 2006. Coimbra Editora, p. 279.

dos parlamentares eleitos pelo povo. Já no âmbito do Executivo, o Chefe do Poder, também eleito, limita-se a fazer cumprir as opções políticas fundantes. E no âmbito do Judiciário, embora os magistrados, singularmente ou em órgãos colegiados, não sejam eleitos diretamente pelo povo, expressam a vontade desse povo quando dizem o direito com definitividade nas interpretações dos litígios postos em julgamento.

E ao contrário das demais funções do Estado que atuam mesmo sem provocação, o Judiciário permanece inerte frente aos conflitos sociais, e só tem competência para atuar quando provocado por certas pessoas que detêm interesse e legitimidade para tanto.

Posta a questão sob análise do Judiciário, a demanda ganha impulso oficial e só se encerra por decisão terminativa que conhece ou não o mérito do deduzido.

Sendo possível conhecê-lo, e tratando de aparente confronto entre normas de padrão constitucional, sua interpretação precisa basear-se em elementos jurídicos do próprio Direito, como ciência, abstando-se o julgador de critérios políticos, ideológicos ou mesmo de conveniência pessoal.

O julgador deve abster-se também de ingressar no âmbito de atuação das demais funções do Estado, visando manter a harmonia e a independência de seus representantes eleitos majoritariamente.

A complexidade apresenta-se quando certos temas, aparentemente demonstram conflitos entre normais ditas constitucionais ou quando se está diante de aparentes invasões pelo Judiciário das esferas de atribuições dos demais Poderes.

No entanto, tais conflitos são aparentes como se verá, por não haver hierarquia entre normas constitucionais, e nem subordinação de um poder sobre o outro.

Dentre as normas constitucionais, as que expressam direitos fundamentais de uma existência humana digna impõe ao Estado um maior esforço em sua proteção, já que assume pres-

tações ora positivas e ora negativas frente às pessoas destinatárias, tais como os direitos sociais¹¹.

Por dever constitucional, o Estado obriga-se a não só respeitá-los como torná-los factíveis, reais, concretos às pessoas humanas, evitando um tratamento equivalente às coisas.

Da obra de HANS KELSEN, extrai-se certo consenso de que não há direitos irrestritos ou absolutos, nem mesmo frente ao Estado¹², uma vez que a vida de alguém pode ser extinta para salvar a de outrem; a igualdade precisa dar margem à conformação dos mais variados interesses; e a liberdade de ir e vir pode ser restringida nas hipóteses dos ilícitos civil e penal, como também a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade da expressão artística encontram limites na ofensa à honra ou na ofensa à imagem de outrem.

Embora no plano das ideias tais valores constitucionais áureos estejam no mesmo patamar, no plano dos fatos o panorama se altera.

DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO FRENTE AO DIREITO À INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, E HONRA

Exemplo daqueles valores constitucionais áureas é a garantia constitucional de acesso à informações de órgãos públicos ou de carácter público.

O texto constitucional brasileiro de 1988 traz em mais de um comando que o acesso à informação no interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, é um direito a todos assegurado (inciso XIV do art. 5º), e dever dos órgãos públicos em prestá-lo, no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvando no entanto, o acesso a conteúdo cujo sigilo seja impres-

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - 7ª Edição*. 2003. Almedina, p. 477.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 1999. Martins Fontes, p. 58.

cindível à segurança da sociedade e do Estado (inciso XXXIII do art. 5º), ou quando possa prejudicar o direito à intimidade ou ao interesse público (inciso IX do art. 93).

Há ainda o disposto no inciso II do §3º do art. 37 que permite o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, porém respeitados à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em regulamentação a tais previsões constitucionais, a Lei Federal n. 12.527, de 18.11.2011, atribui de forma expressa e ampla aos poderes públicos o dever de garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (art. 5º).

Trata-se pois de um direito prestacional e positivo por parte do Estado, em informar, manter informado ou deixar disponível para que assim possa ser exercido.

O direito fundamental do acesso à informação relativa à pessoa do interessado vincula-se às prestações positivas do Estado quando provocado. Já o direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo, precisa ser disponibilizado antes de ser pedido.

Inclusive, em conclusão de sua obra, FERNANDO GOMES¹³ lembra que as funções Legislativa e Executiva do Estado precisam ser harmônicas entre si no garantir esse direito fundamental antes do solicitado, devendo a Judiciária só ser acionada em casos de negação expressa ou de omissão inconstitucional.

A questão que se apresenta possível é no conflito subjetivo entre o interesse particular de acesso à informação da pessoa do requerente e a pretensão estatal de tutela da segurança da

¹³ GOMES, Fernando. *Direitos Sociais e Concretização Judicial Limites e Possibilidades*. 2008. Nossa Livraria Editora, p. 238.

sociedade e do Estado. Quem decide? E sobre quais fundamentos jurídicos?

Há que se observar, de um lado, o direito fundamental do acesso à informação que poderá estar associado a outros, como a origem genética da pessoa, seu nome, estado de filiação. E do outro lado, o dever do Estado de proteger a sociedade da fragilização das instituições de segurança.

À primeira vista parece haver uma natural tendência da utilização da ponderação de interesses, ou seja, por na balança e ver qual das duas pretensões seria a mais legítima a tutelar, o direito à informação ou o dever de segurança coletiva?

Ocorre que utilizando essa técnica ponderativa, o julgador tenderia a proteger aquela pretensão que menos realização estivesse recebendo, critica JORGE REIS NOVAIS¹⁴.

Sua crítica aliás à *Lei de Ponderação* ou *Lei de Sopesamento* de ROBERT ALEXY, é que estaria vinculada simplesmente ao bom senso do julgador, sem nenhum critério jurídico científico a justificá-la. Por essa lei, cada intérprete apresentaria sua solução pela ponderação que fizesse, sob critérios pessoais e muitas vezes abstratos, sem conformação com a ordem jurídica posta.

No entanto, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ALEXY apresenta sua fórmula de sopesamento ou ponderação afirmando que *quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*¹⁵, porém não menciona naquele momento os critérios para se encontrar tais valores de importância.

Porém, no posfácil dessa mesma obra escrita no ano de 2002, sugere a adoção dos critérios de *adequação e necessidade* para a ponderação de interesses em conflito. Pela adequa-

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. 2013. Coimbra Editora. p. 167.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2012. Editora Malheiros, p. 575.

ção, seria escolhido o meio mais adequado, eliminando-se os menos aptos. E pela necessidade, seria escolhido, dentre os meios aproximadamente adequados, *aquele que intervenha de modo menos intenso*¹⁶.

Admite ainda ALEXY que esta ponderação deve ser moderada e na intensidade da restrição que se almeja, pois entre os extremos há sempre meios.

E rebatendo crítica feita por JÜRGEN HABERMAS a sua Teoria dos Princípios¹⁷, aduz ser necessário um juízo de ponderação quando a norma não tem um sentido único.

Para HABERMAS, ao caso em julgamento deveria ser aplicada tão somente a norma, e não os valores que a ela atribuímos, já *aquelas é que obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente*¹⁸.

De fato, normas que expressam conteúdos de direitos fundamentais possuem grande densidade normativa e ampla capacidade de aplicação a várias hipóteses concretas, necessitando da valorações adequadas.

Aplicar um direito fundamental sem sua carga valorativa seria o mesmo que transformá-lo numa regra, em que não há espaço à ponderação.

Por outro lado, afastar a aplicação de um princípio em favor de uma regra ou mesmo de um outro princípio não implica sua invalidade. Porém, deixar de aplicar uma regra da qual se não se prevê exceções, quando cabível, poderá dar margem à

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2012. Editora Malheiros, p. 588/590.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 1997. Editora Tempo Brasileiro, p. 314/317.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 1997. Editora Tempo Brasileiro, p. 316.

invalidez, como adverte MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO¹⁹.

Desta forma, a crítica feita por JORGE REIS NOVAIS à técnica de ponderação de ALEXY, não se afeiçoa necessária, já que o autor alemão para solucionar um impasse apresentado não só recomenda que se dê preferência à satisfação do interesse previsto em norma fundamental na medida de sua importância, como também sugere a adoção das técnicas de adequação e necessidade, pois sempre haverá um meio mais adequado e necessário dentre vários possíveis.

Parece-me haver mais pontos de convergência do que de divergência entre as obras de ALEXY e NOVAIS, já que ambas não dispensam a adequação e a necessidade.

JORGE REIS NOVAIS analisa a restrição aos direitos fundamentais sob três principais aspectos: 1) se é apta ao fim a que se destina; 2) se é necessária; e 3) e se é proporcional; além de observar se há outra alternativa normativa ao direito fundamental menos restritiva ou menos excessiva?

A aptidão seria a capacidade de atingir o fim a que se destina. A necessidade ou a medida de restrição seria a carga sobre os direitos fundamentais. Já a proporcionalidade em sentido estrito se basearia na possibilidade de uma análise comparativa com uma alternativa menos gravosa, mesmo que hipotética à medida restritiva.

E avança em sua análise quando faz ver a eficácia e o grau de sacrifício produzidos, ou a relação entre o *benefício ou vantagem marginal que a medida restritiva acrescenta e o acréscimo marginal de restrição ou sacrifício na liberdade*²⁰.

Nessa perspectiva, a ponderação admissível seria entre o benefício alcançado pela medida restritiva estatal e o sacrifício na liberdade, na autonomia ou no bem estar. E a inconstitucionalidade estaria presente, por desproporcionalidade, quando o

¹⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte. Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*. 2000. Coimbra Editora, p. 314.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. 2013. Coimbra Editora, p. 130/131.

sacrifício fosse significativamente maior que o benefício mínimo.

Voltando à Lei de Acesso à Informação brasileira, a Lei n. 12.527/2011, vimos que a Constituição da República de 1988 embora garanta o direito ao acesso à informação, remete à lei infraconstitucional sua regulamentação e disciplinamento, ou seja, a Constituição não é bastante por si para se permitir o acesso a certos dados.

Essa lei expressamente revogou integralmente a anterior, Lei n. 11.111/2005, que também regulamentava a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal, e restringia no art. 6º o acesso aos documentos públicos classificados no mais alto grau de sigilo pelo prazo e prorrogação previstos no § 2º do art. 23 da Lei n. 8.159/1991, lei esta que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, porém com esse último dispositivo também revogado pela Lei n. 12.527/2011.

O dispositivo revogado da Lei n. 8.159/1991 restringia o acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado por um prazo de 30 (trinta) anos, a contar de sua produção, prorrogáveis por uma única vez, por igual período. Já o acesso a documentos sigilosos referentes à honra e à imagem das pessoas era restringidos por um período máximo de 100 (cem) anos, a contar de sua produção, e sem previsão de prorrogação.

Por sua vez, o §1º do art. 24 da norma atualmente em vigor, Lei n. 12.527/2011, prevê os seguintes prazos máximos de restrições de acesso à informação, contados da data de suas produções: ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos; secreta: 15 (quinze) anos; e reservada: 5 (cinco) anos.

No entanto, o §1º do art. 31 da mesma lei prevê o prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, quando a informação disser respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, independentemente de classifica-

ção de sigilo.

Ocorre que o §4º do mesmo artigo, exclui a incidência desse prazo centenário de restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa quando invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Dispositivo semelhante a esse não existia na Lei n. 8.159/1991.

Logo, mesmo que a informação diga respeito à intimidade e vida privada de pessoa, será divulgada, independentemente do prazo de sua produção, desde que tenha finalidade de recuperar fatos históricos de maior relevância.

Esse dispositivo foi incluído como norma de exceção visando se conhecer dos arquivos do período da chamada Ditadura Militar brasileira (1964-1985), em que se acusa diversos agentes políticos e da repressão militar da prática de crimes de tortura, morte e ocultação de pessoas acusadas da prática de crimes contra a segurança do Estado.

Por esse panorama, é possível perceber que ambas as leis continham instrumentos restritivos para o acesso a informação, inclusive com prazos idênticos para àquelas hipóteses relativas à intimidade e vida privada, porém a atual com prazos menores que a anterior para as demais hipóteses.

No entanto, a atual lei libera totalmente o acesso, sem exigência de prazo, quando a informação tiver finalidade de encobrir a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Agora, a medida de exceção do §4º do art. 31 da Lei n. 12.527/2011 ao mesmo tempo que facilita o acesso à informação expõe a vida privada e a intimidade de pessoas.

Essa medida restritiva ao direito constitucional de proteção à intimidade e à vida privada da pessoa é proporcional frente ao direito de acesso à informação?

Analisando-a pelo crivo da aptidão e do sacrifício propostos por JORGE REIS NOVAIS teríamos:

<i>Medida restritiva</i>	<i>Aptidão</i>	<i>Sacrifício</i>
A – Após a Lei n. 8.159/1991	9	5
B – Após a Lei n. 12.527/2011	8	8

A *Medida A* seria a circunstância jurídica após a vigência da Lei n. 8.159/1991 e antes da vigência da Lei n. 12.527/2011, e a *Medida B* seria após a vigência desta Lei.

Os critérios de aptidão e sacrifício seriam notas de 0 a 10, onde 10 corresponderia a um alto grau de aptidão ou de sacrifício, e 0 (zero) o sentido diametralmente oposto.

Desta forma, antes da citada Lei n. 12.527/2011, a Lei n. 8.159/1991 seria bastante rigorosa para impedir o acesso a um grande número de dados e informações, impingindo inclusive um prazo de 100 (cem) anos para dados relativos à intimidade e vida privada. E por não prevê regra de exceção à esta hipótese, teria uma pequena carga de sacrifício ao direito fundamental da intimidade e vida privada por só autorizar o acesso após cem anos de sua produção.

Já pela *Medida B*, e após a vigência da Lei n. 12.527/2011, temos também uma norma que prevê a mesma restrição do acesso à informação relativa à intimidade e à vida privada com prazo de 100 (cem) anos, como a anterior, porém traz embutida uma regra de exceção em que permite desconsiderar esse prazo e permitir de logo o acesso, atingindo o direito à intimidade e à vida privada constitucionalmente assegurados. Logo, é igualmente apta à restrição do acesso, por prevê o mesmo prazo, porém é muito mais restritiva quanto à lesão à intimidade e à vida privada, por permitir a excepcionalidade referida.

Assim, a norma atual é altamente restritiva ao direito constitucional da intimidade e da vida privada, porém altamen-

te apta a garantir o direito constitucional de acesso à informação, do que na norma anterior, na hipótese de a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

E para evitar o juízo de inconstitucionalidade pela desproporção entre a aptidão e a restrição, e utilizando-se da técnica desenvolvida por JORGE REIS NOVAIS, seria mais proporcional se a norma atual previsse um prazo menor que os cem anos estipulado, já que o acesso imediato da informação traz evidentes constrangimentos, mesmo que sob a justificativas de direito à informações históricas.

E como apresentado acima, a Lei n. 12.527/2011 tem faixas de prazos menores que cem anos, inclusive algumas de cinco anos.

Outra questão é o conciliar de interesses constitucionalmente assegurados, publicidade de atos administrativos e o direito fundamental à intimidade, como no caso da divulgação de informações relativas aos ganhos dos servidores e autoridades públicas.

Não se trata de ponderação de interesses, nesses casos, mas sim de análise da proporcionalidade da medida restritiva frente a um cenário alternativo.

E também não é o caso de ponderação entre direitos fundamentais, porque tem matrizes de mesma equivalência, já que a Constituição brasileira garante em mais de um dispositivo (art. 5º, inciso X, XI e XII) o direito à intimidade, ao reservado, à vida privada, a honra, ou seja, à esfera do mínimo para uma existência humana digna. Protege-se a pessoa pela pessoa. O que ela pensa, o que ela é, o que ela dispõe.

Inclusive tais normas tem amparo em tratados internacionais sobre direitos humanos, como a *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, promulgada no nosso país em 1992, em que no art. 17, aduz que *ninguém poderá ser objeto 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; e toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Por outro lado há o interesse de todos, coletivamente considerados, em saber a origem, o destino e a forma como os recursos públicos são utilizados. E os recursos são utilizados não só nos gastos de investimentos, como também nos gastos com o pessoal.

Antes das normas que tratam sobre o acesso a informações sobre os pagamentos feitos a servidores e autoridades, Lei n. 11.111/2005 e a atual Lei n. 12.527/2011, nada se sabia a respeito. Era tudo sigilo funcional.

Esses dados era protegidos exatamente pela ausência de lei que regulamentasse o disposto no inciso XXXIII do art. 5º da CR/1988, que garante a todos 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.

Agora com a nova lei, essa medida restritiva de divulgação do quanto auferem os servidores públicos e autoridades fere o direito constitucional à intimidade e ao privado?

Acredito que a solução seja analisar se essa medida restritiva de divulgação é proporcional a manutenção do sigiloso.

Utilizando o critério técnico objetivo adotado por ROBERT ALEXANDER e esclarecido por JORGE REIS NOVAIS, a medida restritiva só não é inconstitucional se passar pelo crivo da aptidão e da necessidade, quando comparada a outra forma de resolução do conflito.

Assim, pode-se comparar a possibilidade de se acessar os contracheques de servidores e autoridades públicas, garantida pela referida norma com a situação anterior, em que tais dados só eram acessíveis por ordem judicial em processo cuja finalidade da prova fosse necessária.

Hoje, o acesso é facilitado a todos pelos órgãos de con-

trole e aos cidadãos de um modo geral, sem restrições. E antes, só por ordem judicial.

Lembrando que a norma atual não prevê o acesso a informações a pessoas que não tenham interesse em seu conhecimento, tal como a declaração de patrimônio dos servidores e autoridades, mas a lei permite dizer quanto os servidores públicos ganham.

Assim, a norma atual é apta a garantir o sigilo de certas informações e garante o acesso de outras. Já quanto a necessidade da restrição, baseia-se no princípio também constitucional da publicidade dos atos administrativos previsto no art. 37, caput da CR/1988.

E a publicidade dos atos administrativos visa exatamente saber se os demais comandos constitucionais estão sendo cumpridos, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Assim, a publicidade é o meio de se atingir outros fins constitucionais.

Por esse ângulo de análise, a medida restritiva é altamente apta ao fim a que se destina, e a carga de restrição é inferior aos fins constitucionais, porque sem ela não é possível o cidadão exercer o controle dos gastos públicos.

Lembrando ainda que o texto constitucional é expresso em afirmar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição (parágrafo único do art. 1º).

Em fim, a divulgação dos ganhos dos servidores e autoridades públicas advindas da administração pública não é inconstitucional por ser proporcional aos fins constitucionais a que se destinam.

CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais são trunfos oponíveis ao Esta-

do, por expressarem meios de defesa a medidas arbitrárias, porém sujeitos a limites de ponderação em última análise pelo Poder Judiciário, entre a aptidão de uma restrição a eles impostas, bem como o grau de sacrifício a que se sujeitam.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se ao proibir o excesso do Estado frente aos direitos das pessoas, seja no evitar uma omissão estatal desmedida em realizar uma prestação positiva em valor da pessoa ou no sentido mais usual *de evitar cargas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares*.

As prestações positivas do Estado em efetivar direitos sociais demandam intensa procura de uma conduta das funções Legislativa, Executiva e Judiciária em favor da pessoa humana.

E quando não for possível encontrar uma relação entre o benefício alcançado com a medida restritiva estatal a declaração de inconstitucionalidade se apresenta, pela desproporcionalidade em sentido restrito a direito fundamental.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2012. Editora Malheiros.
- AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*. 2005. Editora Coimbra.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte. Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*. 2000. Coimbra Editora.
- BRITO, Miguel Nogueira de & COUTINHO, Luís Pereira. *A 'igualdade proporcional', novo modelo no controlo do*

- princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 187/2013. In Revista Direito e Política. N. 4. Julho/Outubro 2013. P. 182/191.*
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - 7ª Edição*. 2003. Almedina.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução Pedro Elói Duarte. 2012. Almedina.
- GOMES, Fernando. *Direitos Sociais e Concretização Judicial Limites e Possibilidades*. 2008. Nossa Livraria Editora.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 1997. Editora Tempo Brasileiro.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 1999. Martins Fontes.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2002. Coimbra Editora.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. 2013. Coimbra editora.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. 2006. Coimbra Editora.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2012. RT.