

EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO

• • • • •

Sergio Urquhart Cademartori

Doutor em Direito; Professor Associado 3 do PPGD da UFSC.

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Doutora em Direito. Professora de Graduação; Mestrado e Doutorado da UNISINOS (RS).

1. INTRODUÇÃO

Existe uma permanente tensão entre os segredos de Estado, regidos pela chamada “*Raison d’État*”, e seu oposto, a transparência, fruto da vinculação do Estado de Direito com o direito fundamental de acesso às informações oficiais consagrado nas diversas Cartas de Direitos. Isto se vê refletido a nível constitucional e legislativo, tendo como consequência uma prática administrativa de opacidade convivendo com tentativas republicanas de desbloqueio de informações. Mas na prática o que se tem é a “metástase” das práticas secretas: o segredo deixa de ser exceção para constituir-se em regra. A Administração fecha-se sobre si mesma. Justamente para quebrar esse manto de sigilo instituem-se normas constitucionais que asseguram o sobredito direito de acesso às informações governamentais por parte do cidadão. Todavia, amiúde a “*arcana praxis*” sobrepõe-se aos esforços de publicidade, pela manipulação retórica de expressões de forte valor simbólico, quais sejam os apelos à Segurança Nacional, ao Bem Comum, ao Interesse Superior da Administração Pública etc.

Neste ensaio, tentar-se-á evidenciar essa tensão irresolvida mediante a apresentação de alguns exemplos constitucionais e legislativos do Brasil e do estrangeiro, mostrando, no caso brasileiro, como o Poder Público enfrenta (ou não) essa dialética.

2. O direito de acesso como direito fundamental

Ao corporificar a norma escrita como máxima de ação impessoal para governantes e governados, o Estado de Direito traçou limites para a ação e abrangência do aparato administrativo, estabelecendo direitos para as pessoas, consubstan-

ciados esses mecanismos nas Cartas de Direitos e Garantias Fundamentais de cada Constituição.

Dentre esses direitos, o que interessa aqui é o de acesso às práticas estatais por parte dos administrados, requisito de publicidade inafastável de um Estado democrático. Esse direito apresenta uma dupla fundamentação,

“De um lado, a preocupação que não é nova – uma vez que advém do surgimento das próprias idéias liberais – de fazer do Estado um ser transparente, banindo-se as práticas secretas. De outro, do próprio avanço das concepções de uma democracia participativa. Se cada vez exige-se mais do cidadão em termos de participação na vida pública, natural que a ele também sejam conferidas todas as possibilidades de informar-se sobre a condição da **res pública**.”¹

Trata-se de um direito que não apresenta um caráter meramente individual, em que “amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais.”²

Como diz Edilson Farias, na esteira de pensadores como Corasaniti e Zaffore, a aquisição plena por parte dos cidadãos de informações, em confronto com a Administração Pública, é uma característica capaz de revelar o grau de evolução das democracias contemporâneas. Na relação comunicativa entre cidadão e Estado configura-se o princípio da publicidade dos atos de governo, impresso na gestão republicana da coisa pública, implicando a divulgação e a fundamentação das decisões administrativas.

A transparência do Poder Público permite, na prática, ao cidadão acompanhar a organização, os métodos, as formas concretas da ação administrativa e avaliar, em consequência, o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publi-

cidade e eficiência, aos quais a Administração Pública está obrigada a obedecer (CF, art. 37).³

3. O direito de acesso e seus limites: normas e critérios constitucionais sobre classificação documental

Assim, encontram-se em algumas Constituições democráticas contemporâneas dispositivos que asseguram o sobredito direito fundamental de acesso a informações governamentais aos cidadãos, bem como plasman suas eventuais limitações. Veja-se, por exemplo, a Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978, a qual preceitua:

Art. 105. A Lei regulará:

[...]

b) O acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, salvo em matérias relativas à segurança e defesa do Estado, investigação e intimidade das pessoas;⁴

De seu lado, a Constituição da República italiana apenas assegura o direito de petição, devendo interpretar-se aí a consagração do direito de acesso aos arquivos oficiais:

Art. 50. Todos os cidadãos podem encaminhar petições às Câmaras para solicitar medidas legislativas ou expor necessidades comuns.⁵

Da mesma forma, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha plasma em seu artigo 17 o direito de petição, não abrindo norma específica ao direito de acesso às informações do Estado:

Art. 17. (direito de petição)

Qualquer pessoa tem o direito de apresentar por escrito, individual ou coletivamente, petições ou reclamações às autoridades competentes e representação do povo.⁶

Nessa linha, as disposições da Constituição da República portuguesa, de 1976, em seu art. 20.1. ("Todos têm o direito de informar e ser informados, sem impedimentos nem discriminações") e 52: ("Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridade petições, representações, reclamações ou queixas para defesa de seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral"). Ressalte-se na Carta portuguesa a forma minuciosa em que o direito à informação é previsto, pela leitura do art. 268:

1. Os cidadãos tem o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeriram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos tem também o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. 3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 4. É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. 5. É igualmente sempre garantido aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. 6. Para efeitos dos ns. 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração.⁷

Já nas Constituições do Estado contemporâneo brasileiro encontram-se dispositivos prevendo o direito de acesso aos documentos oficiais, com o que fica aquele consagrado como direito fundamental, isto é, como direito cujo titular é a pessoa, e do qual emana a pretensão de direito material a ser exercida contra o Estado.

Assim, a Carta de 1934, em seu art. 113, nº 35, dispunha:

A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e as certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimentos dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.⁸

Segundo Pinto Ferreira, este dispositivo veio a inovar a matéria, pois "durante muito tempo no Brasil era comum que determinadas autoridades alegassem motivo de sigilo para negarem informações e certidões."⁹

Ao comentar o mencionado dispositivo, Pontes de Miranda salienta que a lei a que se refere

deve ficar adstrita ao controle de constitucionalidade, nestes termos:

A lei pode definir esse interesse público e mencionar as espécies em que se deve guardar segredo ou reserva. Porém a fixação legal não exclui a apreciação judicial da constitucionalidade dos preceitos legais referentes à matéria, nem, em certas circunstâncias, o procedimento do Senado Federal quando lhe pareça que a atitude do Poder executivo destoe da Constituição ou da lei [...] A 5ª parte do art. 213, parágrafo 5º contém um direito público subjetivo de caráter político, suscetível, portanto, de suspensão e de perda [...] ¹⁰

Sobre a auto-aplicabilidade deste parágrafo, relata Pinto Ferreira a existência de uma decisão favorável e uma contrária, ambas do Tribunal Federal de Recursos (TFR).¹¹

A Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 36), mantém explicitado o direito de acesso:

§ 36. A lei assegurará: [...]

IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo.¹²

Themístocles Cavalcanti¹³, em comentário, diz que o item relacionado no parágrafo 36 afirma o princípio da publicidade administrativa, visto como preceito de moralidade, sem o qual o serviço administrativo não poderá preencher o fim a que se destina. Salienta ainda que

São [os preceitos do § 36] também pressupostos do regime democrático, que considera a administração pública, instrumento da coletividade e não uma organização fechada, insensível aos cidadãos.

A publicidade dos atos administrativos e um regime amplo de informações, importam igualmente em assegurar, a todos os indivíduos, os direitos daí decorrentes, direitos públicos subjetivos, a que correspondem as garantias judiciais adequadas [...].

Mas faz ele uma distinção no que tange ao interesse de agir, frisando que, quando seja requerida certidão para o “esclarecimento dos negócios públicos”, há fundamento discricionário para a recusa por parte do Estado.¹⁴ Além disso, posiciona-se contra o entendimento de Pontes de Miranda de que possa a lei encontrar conceitos gerais para definir o “segredo” ou a “reserva”, por serem estes conceitos muito relativos, logo variáveis no tem-

po, diferindo de acordo com as pessoas e situações. E arremata:

Por isso mesmo, costuma-se afirmar que é a administração o juiz do interesse público, fundado na apreciação discricionária do merecimento de seus atos.

Nada impede, entretanto, que a lei ordinária procure limitar a ação discricionária, restringindo o arbítrio da autoridade – o que se chama de ‘acte discretionnaire réglé par la loi’. ¹⁵

É ainda Pontes de Miranda quem salienta, em seu comentário ao dispositivo, que é a autoridade pública que tem de provar interesse público na guarda do segredo ao negar a certidão.¹⁶

A Constituição ditatorial de 1967 foi mais lacônica no tocante ao tema. De fato, em seu artigo 150, § 34 (renumerado com a mesma redação para o art. 153, § 35 pela Emenda Constitucional nº 1/69), dispôs:

§ 34. A lei assegurará a expedição de certidões requerida às repartições administrativas, para defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações.

Daí entenderem Pinto Ferreira¹⁷ e Pontes de Miranda¹⁸ que a interpretação deveria ser mantida da mesma forma que nas outras Cartas constitucionais, ou seja, com a ressalva para os casos de sigilo.

A Carta de 1988 foi mais enfática que as Constituições anteriores a respeito da sagração do direito de acesso às informações estatais por parte dos cidadãos, impondo prazo de lei para sua prestação e cominando pena de responsabilidade; mas, ao par e contrariamente à Carta de 1967, especifica a ressalva para as informações sigilosas, nestes termos:

Art. 5º, 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;

Acrescenta-se as duas modalidades clássicas de informação – a dos indivíduos externarem livremente seus pensamentos e a de prestar informações através de meios técnicos específicos – o direito de exigir informações. E Celso Bastos acrescenta,

Trata-se, pois, de combater o princípio da **arcana praxis** ou princípio do segredo que,

sendo próprio do Estado de polícia, não deixa, contudo, de manifestar a sua permanência no Estado de Direito, no atuar de uma burocracia que procura encerrar-se em uma prática esotérica de difícil acesso ao cidadão comum.¹⁹

A passagem merece comentário. Em primeiro lugar, entende-se que este “direito de exigir informações” não “nasce” agora, como quer o autor, mas está já consagrado dentro do “direito de petição” ou mesmo normatizado como espécie própria (art. 141, § 36 da Constituição de 1946). Em segundo, se é certo que as práticas secretas são próprias do Estado de polícia, a contrapartida deste Estado não é o Estado de Direito – pois bem pode conceber-se um Estado de Direito policial – mas sim o Estado Democrático de Direito, com as características salientadas acima.

O inciso em análise prevê lei regulamentadora do prazo para que o Estado preste informações, silenciando sobre a necessidade de uma lei regulamentadora das matérias “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. É opinião do autor que

Embora não seja feita aqui uma referência expressa à lei, a verdade é que ela é inteiramente cabível e, mais do que isto, até mesmo indispensável. Deixar à apreciação discricionária do administrador o saber quando uma informação diz ou não respeito à segurança da sociedade e do Estado é conferir uma margem tão ampla de discricionariedade que acaba por, praticamente, descaracterizar o direito individual. Dada a natureza deste, a sua regulamentação há de ser levada a efeito pelo legislador.²⁰

Restava então – como ainda hoje – um manto de sigilo, apenas às vezes descortinado pela imprensa, sobre uma série de ações de governo, bem como informações históricas indispensáveis à compreensão do passado brasileiro, aos quais os cidadãos não têm acesso. Em que medida esse sigilo se faz necessário? A perda de controle pelos administrados ou seus representantes a respeito desses assuntos é danosa para um regime que se pretenda democrático?

Para uma tentativa de resposta a essas perguntas, bem como para uma apreciação mais acurada da questão, torna-se necessário examinar as normas sobre classificação (impedimento, em diversos graus, de acesso público a documentos governamentais) no Brasil, bem como, de maneira sucinta, observar como o assunto é tratado em alguns países estrangeiros que observam o regime democrático.

4. Algumas legislações estrangeiras e histórico recente da legislação brasileira sobre classificação/desclassificação documental

Nos Estados Unidos da América, que tem servido de paradigma para outros países, a matéria acha-se regulada pelo *Freedom of Information Act*, e complementada pelo *Freedom of Information Reform Act*, o primeiro de 1966 e o último de 1986.

Estabelece aquele prazos mais ou menos exíguos para que as agências governamentais prestem informações aos interessados:

Título 5o., § 552, (6) (A) - (i) [...] within ten days (excepting Saturdays, Sundays and legal public holidays) after the receipt of any such request (ii) make a determination with respect to any appeal within twenty days (excepting Saturdays, Sundays and legal public holidays) after the receipt of such appeal.²¹

Mas exclui, dentre outros, os que sejam classificados pelo Executivo no interesse da defesa nacional ou da política exterior:

552 (b) This section does not apply to matters that are (2) (A) specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense and foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order;²²

Cabe destacar, ainda, o Decreto n. 12356, de 2/4/82, relativo às informações de Segurança Nacional, o qual

[...] prescreve um sistema uniforme para a classificação, desclassificação e salvaguarda de informações concernentes à Segurança Nacional [preâmbulo]. Reconhece que é essencial que o público seja informado quanto às atividades do Governo, mas que os interesses dos EUA e seus cidadãos exigem que certas informações relativas à segurança nacional sejam protegidos contra divulgação não autorizada.²³

Em seu corpo, o Decreto estabelece quais serão as matérias classificadas (quando envolverem planos, armas ou operações militares; informações relativas a governos estrangeiros; atividades ou fontes de inteligência; relações exteriores ou atividades internacionais dos EUA, ou que o Presidente ou outras autoridades determinarem, etc – (seção 1.3.), bem como a duração da classi-

ficação (pelo tempo que as considerações de segurança nacional requererem, sendo que a própria autoridade que classifica indicará, quando possível, o prazo; ou no prazo de lei, salvo extensão do período de salvaguarda por autoridade de organização de origem da informação etc.).

Merece destaque a conceituação de “Segurança Nacional” estampada na Sec. 6.1. do Decreto:

(e) ‘Segurança Nacional’ quer dizer a defesa ou as relações **exteriores** dos EUA. (grifo acrescentado)²⁴

Em Portugal a matéria é regulada pela Portaria de 21/08/87, do Ministério de Assuntos Estrangeiros. Segundo o art. 62 da mesma, antes de decorridos trinta anos de sua data de origem, os documentos do arquivo intermédio serão objeto de avaliação por uma comissão presidida por um Embaixador, à qual compete decidir qual a documentação que deverá passar para o arquivo histórico – diplomático e decidir quais os processos que poderão ser abertos à consulta e quais os que deverão permanecer classificados. Na desclassificação deverão ser obedecidas certas regras: não deverão ser facultados ao público, dentre outros, processos que contenham elementos cuja divulgação possa constituir risco para a defesa do país ou de seus aliados.²⁵

No Brasil, a matéria inicialmente havia sido regulada através de Decretos do Poder Executivo. Assim, tem-se o Decreto nº 27.582, de 14 de dezembro de 1949, que aprovou o “Regulamento para Salvaguarda das Informações que Interessam à Segurança Nacional”; o Decreto nº 60.417, de 11 de março de 1967, que aprovou o “Regulamento para Salvaguarda de Assuntos Sigilosos”; o Decreto nº 69.534, de 11 de novembro de 1971, que “Altera Dispositivos do Regulamento para Salvaguarda de Assuntos Sigilosos” (cria os Decretos Secretos); e, finalmente, o Decreto nº 79.099, de 06 de janeiro de 1977, que “Aprova o Regulamento para Assuntos Sigilosos.”²⁶

Este último diploma legal visava a “regular o trato de assuntos sigilosos tendo em vista sua adequada segurança” (art. 12). Preliminarmente, dispunha o Regulamento as conceituações necessárias à instrumentação do sigilo documental no país, alinhando, dentre outras, as seguintes definições:

ASSUNTO SIGILOSO – aquele que, por sua natureza, deva ser de conhecimento restrito, e portanto, requeira medidas especiais para sua segurança [...],

CLASSIFICAR – Atribuir um grau de sigilo a um material, documento ou área que contenha ou utilize assunto sigiloso [...]

DOCUMENTO SIGILOSO – Documento impresso, datilografado, gravado, desenhado, manuscrito, fotografado ou reproduzido que contenha assunto sigiloso. (art.2º)

As conceituações apresentadas giram em torno de um eixo central: o “assunto sigiloso”, definido ali “por sua natureza”. Em face da vagueza do termo, o art. 3º vai especificar graus de sigilo que permitirão elucidar de uma forma-menos im-perfeita o conceito:

Art. 3º Os assuntos sigilosos serão classificados de acordo com sua natureza ou finalidade e em função da sua necessidade de segurança, em um dos seguintes graus de sigilo:

-ULTRA-SECRETO-SECRETO-CONFIDENCIAL -RESERVADO

Parágrafo único A necessidade de segurança será avaliada mediante estimativa dos prejuízos que a divulgação não autorizada do assunto sigiloso poderia causar aos interesses nacionais, a entidades ou indivíduos.

Tem-se aí um critério básico para a necessidade de classificação: a eventualidade de ocorrência de prejuízos a interesses nacionais, entidades e indivíduos. No que tange às conceituações de “interesses nacionais”, podem eles ser definidos como quer Sérgio Pistone, fazendo-se uma distinção entre os contextos internacional e interno:

No contexto das relações internacionais [...] o Interesse Nacional é geralmente entendido [...] como uma necessidade de segurança que cada Estado tem dentro das condições anárquicas das relações internacionais, uma necessidade que faz com que os conflitos entre os Estados sejam resolvidos, em última instância, pelo uso das armas ou com a ameaça de força [...]

Se passarmos ao contexto da política interna, o interesse nacional será então entendido como o interesse da generalidade dos habitantes de um país (obviamente suscetível de diversas definições e realizações, consoante as diferentes situações históricas e as solicitações que emergem da sociedade civil), interesse que se contrapõe aos interesses particulares de cada um dos cidadãos e de cada um dos grupos econômicos-sociais [...].²⁷

Podem-se alinhar assim duas conclusões sobre o conceito de “interesse nacional”, preservado pela ideologia que embasava o decreto: 1) no plano internacional, remete-se ele em última análise à segurança do Estado; 2) no plano interno, ele é indefinível *per se* (já que variável em função de contextos histórico-sociais diversos). Em ambos os casos, são nebulosos os critérios para definir quais sejam os interesses da generalidade dos habitantes ou quais sejam as políticas de segurança de cada Estado. Isso dependerá, em cada caso, de quem detenha o controle do Estado e da doutrina que embase a ação política desse grupo.

Aceita a premissa de que, à época da edição do Decreto (1977), apresentava-se como ideologia governamental a Doutrina da Segurança Nacional, formulada pela Escola Superior de Guerra, é no pensamento de seus doutrinadores que se deverá procurar subsídios para elucidar o conceito de “interesse nacional”. Para esse efeito, ressalta-se a seguinte passagem de um dos ideólogos do regime militar brasileiro, Golbery do Couto e Silva:

O fato primacial que vale considerar, no conjunto do panorama internacional, é que cada estado se move ao impulso potente de um núcleo de aspirações e interesses, mais ou menos definidos com precisão num complexo hierárquico de Objetivos. Para os Estados – Nações de nossos dias, são seus Objetivos Nacionais.²⁸

O “interesse nacional”, cujo conceito encontra-se aqui subsumido ao de “objetivos nacionais”, remanesce sem definição clara. Na verdade, limita-se o Regulamento a enumerar exemplificativamente alguns temas passíveis de sigilo. Veja-se o disposto nos parágrafos do art. 5 do Decreto:

§ 1º São assuntos normalmente classificados como ULTRA-SECRETO aqueles da política governamental de alto nível e segredos de Estado, tais como:

- negociações para alianças políticas e militares;
- hipóteses e planos de guerra;
- descobertas e experiências científicas de valor excepcional;
- informações sobre política estrangeira de alto nível

§ 2º São assuntos normalmente classificados como SECRETO os referentes a planos, programas e medidas governamentais, os extraídos do assunto ULTRA-SECRETO que, sem comprometer o excepcional grau de sigilo do

original, necessitem de maior difusão, bem como as ordens de execução, cujo conhecimento prévio, não autorizado, possa comprometer suas finalidades. Poderão ser SECRETOS, dentre outros, os seguintes assuntos:

- planos ou detalhes de operações militares;
- planos ou detalhes de operações econômicas ou financeiras;
- aperfeiçoamento em técnicas ou materiais já existentes;
- informes ou informações sobre dados de elevado interesse relativos a aspectos físicos, políticos, econômicos, psicossociais e militares nacionais e de países estrangeiros;
- materiais de importância nos setores de criptografia, comunicações e processamento de informações.

§ 3º São assuntos normalmente classificados como CONFIDENCIAL os referentes a pessoal, material, finanças etc. cujo sigilo deva ser mantido por interesse do governo e das partes, tais como:

- Informes e informações sobre a atividade de pessoas ou entidades;
- ordens de execução cuja difusão prévia não seja recomendada;
- radiofrequências de importância especial ou aquelas que devam ser frequentemente trocadas;
- Indicativos de chamada de especial importância que devam ser frequentemente distribuídos;
- cartas, fotografias aéreas e negativos, nacionais e estrangeiros, que indiquem instalações consideradas importantes para a Segurança Nacional.

§ 4º São assuntos considerados normalmente como RESERVADO os que não devam ser do conhecimento do público em geral, tais como:

- outros Informes e Informações;
- assuntos técnicos;
- partes de planos, programas e projetos e suas respectivas ordens de execução;
- cartas, fotografias aéreas e negativos, nacionais e estrangeiros, que indiquem instalações importantes.

O que causa espécie da leitura do texto é a grande quantidade de termos vagos e ambíguos (“tais como”, “planos, programas e medidas governamentais”, “entre outros”, “elevado interesse” etc.), o que numa norma restritiva de direitos é frontalmente contrário à boa técnica legislativa, mesmo em se tratando de legislação ditatorial (e talvez por isso mesmo). De fato, a abrangência desses termos é tamanha que **qualquer** documento público podia ficar sob o abrigo do sigilo pela invocação de um desses parágrafos.

De outro lado, vale ressaltar que, para ter acesso a qualquer documento classificado, os funcionários públicos deveriam estar munidos de credencial de segurança (definida no art. 22), por força do art. 17 do Regulamento, fornecida, no âmbito de cada repartição, pelo respectivo chefe, diretor ou comandante (§2º do art. 17). Para concessão de tal credencial, dispõe o art. 22 que

[...] os seguintes requisitos pessoais, entre outros, deverão ser avaliados através de investigação para credenciamento:

- lealdade e confiança;
- caráter e integridade moral;
- hábitos e atitudes no trato com assunto sigiloso;
- ligações e amizades.

Repete-se a indefinição de termos (“lealdade”, “confiança”, “caráter”, “integridade moral” etc.).

De seu lado, o art. 11 dispõe que o conhecimento de assunto sigiloso depende da função desempenhada pelo servidor, e não de seu grau hierárquico, o que fazia com que muitas vezes os titulares de órgãos públicos – aí incluída a Presidência da República – pudessem ficar à margem do conhecimento de determinados assuntos que somente alguns de seus subalternos detinham. Isto possibilitava a existência de uma verdadeira “Administração marginal” escarnecendo assim do princípio da hierarquia, que deve presidir a Administração Pública.

Quanto à desclassificação, por força do sobredito Regulamento, ficava na inteira discricção da autoridade responsável pela classificação do documento a decisão de desclassificá-lo ou não, sendo que não existia, em nosso país, à época, um diploma legal que previsse prazos de desclassificação. Com efeito, dispunha o art. 82 que a autoridade responsável pela classificação, ou outra mais elevada, poderia cancelá-la. Não havia prazos nem critérios. Assim, a falta de uma diretriz

geral definida em lei para desclassificação – remanescendo o arbítrio burocrático como decisão final a respeito dos segredos – erigia-se em obstáculo à necessária transparência administrativa, que deve caracterizar qualquer regime democrático.

Isto provocava uma verdadeira hipertrofia do segredo na Administração Pública, como salientava o maior administrativista do período da ditadura militar, Hely Meirelles:

Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais, ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos do Decreto federal 79.099, de 6/1/77. Lamentavelmente, por vício burocrático, sem apoio em Lei e contra a índole dos negócios estatais, os atos e contratos administrativos vem sendo ocultados dos interessados e do povo em geral, sob o falso argumento de que são ‘sigilosos’ quando na realidade são públicos e devem ser divulgados e mostrados a qualquer pessoa que deseje conhecê-los e obter certidão.²⁹

Com o advento da Carta de 1988, a qual consagra entre os direitos fundamentais o acesso às informações públicas, através do já mencionado inciso XXXIII do art. 5º, fez-se necessário editar norma infraconstitucional para tratar do tema, já que o próprio inciso refere-se à mesma (“no prazo de lei”).

Assim, vem à luz uma série de dispositivos encartados numa Lei de Arquivos (Lei 8159, de 08 de janeiro de 1991, a qual dispõe sobre “a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências”). Note-se, *prima facie*, que não se trata ainda de lei específica de acesso às informações, documentos e arquivos públicos, mas sim de uma norma genérica, que trata em poucos artigos do assunto. Vejam-se as normas específicas:

CAPÍTULO V

Do Acesso e do Sigilo dos Documentos Públicos

Art. 22. É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguar-

do da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos.

§ 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

Art. 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.

Parágrafo único. Nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo.

Pelo que se pode depreender da leitura dos poucos artigos a tratar da garantia constitucional de acesso, pode-se concluir que: a) a lei remete a Decreto (que, não poderia limitar, pelo estabelecimento de prazos mínimos, o direito de acesso, dado o princípio da legalidade do inc. II do art. 5º, embora a própria lei estabeleça um dos prazos – 30 anos prorrogáveis por mais 30); b) ao Judiciário é franqueado o acesso sempre que indispensável.

Para regulamentar a referida Lei, foi publicado, em 27 de dezembro de 2002, ao apagar das luzes do governo Fernando Henrique Cardoso, o Decreto 4553, o qual dispõe sobre os prazos de desclassificação em seu art. 7º, nos seguintes termos:

Art. 7º Os prazos de duração da classificação a que se refere este Decreto vigoram a partir da data de produção do dado ou informação e são os seguintes:

I - ultra-secreto: máximo de cinquenta anos;

II - secreto: máximo de trinta anos;

III - confidencial: máximo de vinte anos; e

IV - reservado: máximo de dez anos.

§ 1º O prazo de duração da classificação ultra-secreto poderá ser renovado indefinidamente, de acordo com o interesse da segurança da sociedade e do Estado.

§ 2º Também considerando o interesse da segurança da sociedade e do Estado, poderá a autoridade responsável pela classificação nos graus secreto, confidencial e reservado, ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, renovar o prazo de duração, uma única vez, por período nunca superior aos prescritos no caput.

Como se vê, além de aumentar os prazos previstos anteriormente para desclassificação, o Decreto institui a possibilidade, estampada no § 1º do art. 7º, do sigilo eterno, através da renovação por prazo indefinido do sigilo, situação evidentemente inconstitucional por ferir os princípios da publicidade da Administração e da soberania popular.

Ante o escândalo suscitado entre historiadores, jornalistas e demais interessados no acesso aos documentos públicos – tais como os parentes dos desaparecidos durante a ditadura de 1964-85 – o novo governo tentou contornar a situação pela edição de novo Decreto – de nº 5301, de 2004, que dá nova redação ao art. 7º, tendo resultado no seguinte enunciado:

Art. 7º Os prazos de duração da classificação a que se refere este Decreto vigoram a partir da data de produção do dado ou informação e são os seguintes:

I - ultra-secreto: máximo de trinta anos;

II - secreto: máximo de vinte anos;

III - confidencial: máximo de dez anos; e

IV - reservado: máximo de cinco anos.

Parágrafo único. Os prazos de classificação poderão ser prorrogados uma vez, por igual período, pela autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre a matéria.

A questão ainda não estava resolvida: em 5 de maio de 2005, o Congresso promulga a Lei (de conversão de Medida Provisória) nº11.111, que anulou os progressos obtidos rumo à transparência administrativa pelo último Decreto citado. Com efeito, dispõe a nova Lei:

Art. 6º O acesso aos documentos públicos classificados no mais alto grau de sigilo poderá ser restringido pelo prazo e prorrogação previstos no § 2º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

§ 1º Vencido o prazo ou sua prorrogação de que trata o caput deste artigo, os documentos classificados no mais alto grau de sigilo tornar-se-ão de acesso público.

§ 2º Antes de expirada a prorrogação do prazo de que trata o caput deste artigo, a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo poderá provocar, de modo justificado, a manifestação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País, caso em que a Comissão poderá manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular.

Em resumo, a nova Lei prevê a criação de uma “Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas” – instituída no âmbito da Casa Civil, pelo que se lê do art. 4º – a qual terá competência para, discricionariamente, estipular o tempo de classificação. Com isso, mantém-se a possibilidade de sigilo eterno dos documentos ultrassecretos, e logo, remanesce a patente inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Di Pietro³⁰ adverte que a lei não define o que se considera segurança da sociedade e do Estado, sendo que a única indicação dada pelo legislador aparece no art. 6º, § 2º que determina que a sobredita Comissão poderá ser convocada para que “avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do país”. Logo, conclui a autora paulista que não há qualquer critério mais claro fixado em lei. Lembra que José Afonso da Silva conceitua segurança do Estado como “a garantia de sua inviolabilidade especialmente em face de governos estrangeiros: questões militares, questões de relações externas que envolvam interesses externos e o bom relacionamento do Brasil com outros povos, por exemplo.”

Novamente é pressionado o Executivo para sanar esse déficit de democracia e inconstitucionalidade, resultando daí o Projeto de Lei Complementar (PLC) 41, que ora (em 2011) tramita no Senado, tendo já sido aprovado na Câmara dos Deputados. Se aprovado nos termos em que se encontra, o prazo máximo de sigilo dos documentos ultrassecretos será de 25 anos prorrogáveis por apenas uma vez.

Como se pode observar, a história normativa da República brasileira reflete a referida tensão entre o princípio do segredo, remanescente do ab-

solutismo, e o princípio da **publicidade**, inerente às administrações modernas, com gestão democrática da coisa pública, princípio este que adiante exigirá maiores comentários.

5. O direito constitucional de acesso interpretado pela Administração e pelo Judiciário

De fato, aí parece residir o problema principal no que tange ao segredo de Estado nas modernas democracias. O estabelecimento de critérios para considerar-se segredo de Estado uma determinada matéria acaba acarretando infundáveis discussões: de um lado, o Estado tentando ocultar suas ações; de outro, o cidadão tentando decifrar a *arcana praxis* estatal. Tome-se como exemplo o que ocorreu logo após a promulgação da Carta de outubro de 1988: a Constituição instituiu, em sua Carta de Direitos, o “Habeas Data”, instituto inédito em nosso Direito Público, plasmado no inciso LXXII do art. 5º, com a seguinte redação:

LXXII – conceder-se-á habeas-data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo: [...]

Ressalte-se que o instituto veio regular o acesso do cidadão aos bancos de dados, governamentais ou não, para conhecer as informações ali arquivadas que digam respeito à sua pessoa.

Na falta de lei regulamentadora, e tendo sido impetrados vários habeas-data³¹, encomendou o Governo Federal um parecer ao Consultor-Geral da República, Saulo Ramos, o qual foi publicado no Diário Oficial da União em 11 de outubro de 1988, sob o nº SR 71 e que apresenta as seguintes linhas gerais:

- O Estado democrático caracteriza-se pelo controle da atividade estatal por parte da opinião pública;
- a nova Constituição consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais;
- o sigilo da ação estatal contrasta com a natureza pública ou ostensiva de que se deve revestir o exercício do poder;

- a nova ordem constitucional rejeita: a) o poder que oculta; b) o poder que se oculta;
- a publicidade encontra ressalvas em situações de interesse público;
- a publicidade dos atos estatais não constitui valor jurídico absoluto;
- as matérias cujo sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado compõem um núcleo temático que, na lição de Pontes de Miranda, exigem regulamentação por lei, pois, para ele, só há sigilo quando resultante de lei ou da Constituição;
- o princípio da legalidade administrativa impõe ao administrador agir somente em virtude de lei; por isso a existência de *vacuum legis* era fator de inibição da atividade administrativa;
- o art. 2º do Decreto nº 96.876, de 29.09.88, que regulamentava as atividades do Serviço Nacional de Informações (SNI), atribuía a esse órgão a salvaguarda de conhecimentos decorrentes de atividades de informações;
- por isso, os registros do SNI eram inacessíveis ao particular, dada a ressalva do inciso XXXIII do art 5º da Constituição, *in fine*;
- no entanto, a revelação (*disclosure*) dos dados arquivados no SNI seria possível, a juízo do Ministro-Chefe do órgão, procedimento permitido pelo art. 4º, parágrafo único, do Decreto citado;
- o referido diploma legal foi acolhido pela nova Constituição através do fenômeno da recepção, pelo fato de com ela não conflitar;
- isto posto, subsistia o critério subjetivo do Ministro -Chefe do órgão como norteador da prestação ou não de informações;
- mesmo assim, a sua recusa podia ser judicialmente atacada por habeas-data;
- examinando normas constitucionais e infraconstitucionais estrangeiras, o parecerista mostrava que mesmo em outros países o acesso a informações governamentais é limitado em função do interesse público;
- finalmente, tecia considerações sobre o habeas-data como um mandado de segurança nominado.³²

Da leitura do parecer depreende-se que, no entendimento de seu autor, a ressalva feita pelo legislador constituinte no final do inciso XXXIII

do art. 5º da Carta de 88, permite que os órgãos governamentais, quando amparados em norma legal, como era o caso do extinto SNI, neguem o acesso dos cidadãos às informações neles arquivadas. Quanto às informações pessoais, serão elas acessíveis através do instituto do habeas-data, subsistindo a reserva se as informações puserem em risco a segurança da sociedade e do Estado.

Reveste-se de importância o parecer aqui exposto, dado que tais pareceres da Consultoria Geral da República tinham o condão de vincular a Administração, se aprovados por ato subsequente.³³

Em data de 02.05.89, estampa o Diário da Justiça um acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, referente a julgamento de habeas-data impetrado contra o também extinto Serviço Nacional de Informações, julgamento este que, inobstante dar pelo não conhecimento da medida em face da inexistência de antecedente pedido administrativo, acolhe as razões do parecer SR 71 acima referido.³⁴

A certa altura, o voto do Ministro Milton Pereira tece considerações sobre o inciso XXXIII *in fine* do art. 5º da Carta, nos seguintes termos:

Resta comentar a respeito da probabilidade do Requerido [o SNI], sob a conjura de que são imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, valendo-se da cláusula do 'sigilo', venha a negar acesso às informações pretendidas, peticionando administrativamente. [...]

'As limitações ao direito de acesso são normalmente definidas em nome do interesse público, tendo em vista a salvaguarda da confidencialidade de dados relevantes para a polícia e para os serviços de segurança ligados às Forças Armadas. Tais limitações subtraem ao controle dos cidadãos aqueles ficheiros que mais restritivos se apresentam da respectiva liberdade' [...]

Comentando sobre a relatividade do direito de acesso às informações, o Ministro erige a defesa nacional em princípio de filosofia política, aliçado no conceito de segurança nacional:

Como concepção de filosofia política, a defesa nacional resulta de obrigação do Estado de prevenir e proteger a sociedade, diferenciando-se do totalitarismo, na medida em que, estabelecendo justo equilíbrio, reconhece que não existe senão pelo homem e para o homem. Nos termos da doutrina de HELENO FRAGOSO, '... por segurança nacional, em termos jurídicos, entendem-se bens jurídicos e interesses

que se relacionam com a personalidade do Estado e a segurança do regime e do Governo, ou seja, o que se tem chamado de segurança externa e interna. À segurança externa se referem interesses relacionados com a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado, bem como a defesa militar contra agressão exterior. A segurança interna compreende a inviolabilidade do regime político vigente, a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado em sua estrutura jurídica, ou seja, a ausência de perigos e riscos em relação à estrutura jurídica e social do Estado, na forma em que a Constituição estabelece’.

Em comentário à passagem, pode-se dizer que todos os totalitarismos sempre alegaram que existiam somente pelo homem e para o homem. Esse princípio retórico pode abrigar qualquer regime ou sistema, não passando de topos apto a justificar quaisquer desmandos ou arbitrariedades. Em nome do homem podem cometer-se – e se cometem – as maiores violências contra o homem. Ademais, o conceito de segurança nacional dever referir-se à segurança da nação, o que foi olvidado por Fragoso quando se refere ao regime ou Governo como bem a ser juridicamente protegido pelas leis que tenham como base a segurança nacional.

Em seu voto, o Ministro disserta ainda sobre a negativa dos órgãos do Executivo em prestar informações ao particular, aportando remédio judicial para o conflito:

De qualquer modo, prevalece a certeza de que a negativa criadora do conflito entre os interesses coletivo e o privado, até mesmo para poder ser avaliada, deve ser formalmente justificada, existência que espanca a viseira de arbitrária resistência ao pedido, via de consequência, empalidecendo os danosos efeitos do subjetivismo – máscara para tangenciar o direito de acesso aos dados registrados – permitindo a corrigenda judicial ao malfadado ato, ao invés de discricionário, com a amálgama da arbitrariedade.

Sem dúvidas, nessa hipótese, por provocação da parte interessada, impugnado o ato, feito o exame da imprescindibilidade ou não do sigilo à segurança da sociedade e do Estado’ (art 5º, XXXIII, cit.), compatibilizando as medidas restritivas em nome dessa segurança com os direitos individuais garantidos na Carta Política ou expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, caberia ao Judiciário decidir da sua legalidade [...].

O entendimento esposado pelo Ministro Pereira traz para a órbita do Judiciário a apreciação da necessidade de sigilo no que diz respeito a informações **pessoais** arquivadas nos órgãos governamentais, passíveis de impetração de habeas-data. Com efeito, de acordo com o procedimento então em vigor, uma vez efetivado o pedido administrativo de acesso ao Secretário de Assuntos Estratégicos (substituto do antigo Ministro-Chefe do SNI), cabia a este, a seu critério, o fornecimento ou não da informação requerida, em face do parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 96.876:

Parágrafo único. Compete, privativamente, ao Ministro Chefe do SNI, autorizar o fornecimento de informações porventura existentes nos registros do SNI, relativas àqueles que as solicitarem, e decidir quanto aos pedidos de retificação, feitos pelos próprios interessados.

Uma vez denegado o pedido pela autoridade executiva, caberia então o remédio judicial do habeas-data, cabendo ao Judiciário, como se lê do voto acima, a apreciação sobre a necessidade de sigilo ou não. Mas, repita-se, esse procedimento referia-se à informação sobre as pessoas dos requerentes, não se estendendo a políticas ou a ações governamentais.

Enfim, tudo parece convergir para uma decisão de Estado: deve-se cumprir a Constituição Federal, no que ela diz com o direito ao acesso dos cidadãos às informações governamentais ou não? Qual a vontade do constituinte? Tudo leva a crer que este optou pela transparência administrativa, eis que arrolou dentre os princípios constitucionais a reger a Administração Pública o da *publicidade*, como requisito de democracia e soberania popular, como agora se verá.

6. PUBLICIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se se parte da premissa de que uma das principais conquistas do regime democrático consiste em possibilitar o controle dos governantes por parte dos governados, então um dos pré-requisitos a esse controle deve ser a transparência dos atos de governo, eis que somente se controla aquilo que se conhece. Neste passo, bem andou o legislador constituinte de 1988, quando estabeleceu, dentre os princípios que devem nortear a Administração Pública o da *publicidade*, nestes termos:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade moralidade, publicidade [...]

A abrangência desse princípio é vasta e necessária ao exercício do poder num Estado democrático contemporâneo, pois, no dizer de Pereira Júnior,

[...] o Estado, qualquer que seja a premissa ideológica adotada, vai ampliando o conteúdo de seu poder dever de controlar, supervisionar, tutelar os órgãos e entidades de importância para o bem-estar dos administrados ao mesmo tempo em que deve abrir canais de comunicação audível, constante, entre os elaboradores de seus planos e programas de governo e as comunidades para as quais se destinam.³⁵

A implantação dos canais de comunicação referidos implica aumentar o grau de informação do cidadão. É este o primeiro passo para se deflagrar o processo de democracia participativa, como assevera Fernando Henri que Cardoso: "O primeiro passo para que se possa realmente fazer algo mais sólido na direção da participação é aumentar o grau de informação [...]".³⁶

Tem-se assim o princípio da publicidade da Administração Pública como um dos alicerces de um governo democrático e contemporâneo, que sem aquele não poderia subsistir sem degenerar em despotismo.

A publicidade, além de ser princípio norteador da Administração Pública, também é dever da mesma, em face do direito fundamental estampado no inciso XXXIII do art. 5º da Carta de 1988. E mais: é possível ligá-lo a razões de interesse geral, moralidade e responsabilidade de todo e qualquer regime republicano e representativo, como faz Rafael Bielsa:

No sólo deben publicarse los actos administrativos generales en razón de su obligatoriedad, y notificarse los particulares, sino porque muchos de ellos deben ser conocidos en todo régimen republicano y representativo, por razones de interés general, y mucho más cuando existe instituida la acción popular [...]. Además del contralor popular – si puede llamarse así al juicio que los administrados se forman de la idoneidad y moralidad administrativa – interesa saber quiénes son los nuevos funcionarios, en qué condiciones, o por qué razones se ha dado una autorización o concesión, y cómo se ha resuelto un recurso o reclamación de un género dado, por si hay situaciones análogas que puedan ser consideradas.

La ocultación o clandestinidad no se concibe en una administración moral y responsable [...].³⁷

Na mesma linha, Bandeira de Mello entende que "Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam [...]"³⁸

Por sua vez, Carvalho Filho pondera que os atos da Administração devem merecer a maior publicidade entre os cidadãos, já que "constitui fundamento do princípio a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos."³⁹

Já Justen Filho, ao referir-se ao princípio da publicidade como um daqueles norteadores do processo administrativo, refere que "O exercício do poder deve ser acessível ao conhecimento de toda a comunidade [...] A publicidade se afirma como instrumento de transparência e verificação da lisura dos atos predados."⁴⁰

Para Odete Medauar⁴¹, o tema da transparência está estreitamente vinculado à reivindicação geral da democracia administrativa.

Mas apesar do processo de democratização do Estado que vem sendo implementado desde a promulgação da Carta de 1988, restam ainda bolsões de autoritarismo burocrático, que devem ser prontamente eliminados. A exigência de *publicização* do Estado brasileiro prende-se, primeiramente, à ideia de que a própria representação só se pode dar em público, como leciona Carl Schmitt:

La representación no puede tener lugar más que en la esfera de lo público. No hay representación ninguna que se desenvuelva en secreto [...] (un Parlamento tiene carácter representativo sólo en tanto que existe la creencia de que su actividad propia esté en publicidad. [...])

Sem transparência, não teremos um governo democrático, entendido aqui como governo da opinião pública, pré-condição do controle dos governados. É ainda Schmitt que assevera: "parece justificado el designar a la Democracia como imperio de la opinión pública, *government by public opinion*. [...] No hay ninguna Democracia, ni ningún Estado, sin opinión pública."⁴²

Assim, correta a preocupação do legislador constituinte quando consagra, no art. 37 da Carta em vigor, o princípio da publicidade como uma das vigas-mestras da Administração. Igualmente salutar o princípio esposado no inciso XXXIII do art. 5º, ao instituir o direito subjetivo público de

acesso dos administrados. Lamentavelmente, e contra as boas práticas democráticas de gestão da coisa pública, o caráter vago da terminologia empregada nas normas que regem a classificação documental no Brasil, sujeita o cidadão a deparar-se muitas vezes com a barreira do segredo de Estado quando quer obter alguma informação da Administração. Além disso, e mais grave ainda, a possibilidade de manter-se inacessível uma série de documentos classificados como ultrassecretos.⁴³ Urge, assim, a entrada em vigência de uma Lei que, por mais democrática, garanta o direito de acesso do cidadão, evitando assim o surgimento de normas autocráticas, as quais permitem, ainda hoje, que vastos setores da Administração Pública continuem na penumbra e sem controle algum por parte dos administrados ou seus representantes no Parlamento.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinada a dimensão normativa do segredo e vista assim a implementação legislativa da dialética opacidade/transparência na esfera pública, passa-se, nesta parte final, a tecer algumas breves considerações a partir das reflexões que a pesquisa realizada ensejou.

No quadro de monopolização de poder dos Estados Moderno e Contemporâneo, opera-se um processo de separação do público e do privado. Por um lado, a vida cotidiana do cidadão passa a dizer respeito somente a ele próprio, desde que no recesso de sua intimidade. Daí consagrarem-se os direitos de liberdade, tais como os estampados em nossa Constituição no art. 5º.

Paralelamente, e como reflexo da maior participação dos cidadãos na formação da vontade política governamental, dá-se o processo de publicização do poder. Agora, o que é público (não privado), deve ser exercido no meio do público (não secreto). O controle do poder, regra paradigmática das modernas democracias representativas, somente pode ter lugar quando os cidadãos têm acesso às práticas governamentais. Assim, o acesso do grande público ao conhecimento das ações do Governo constitui-se em pilar fundamental para a estruturação de um regime democrático.

Desta forma, ações consequentes com o princípio da publicidade na política têm sido implementadas através de normas jurídicas em diversos países democráticos. Embora o processo de publicização encontre limites – nas legislações compulsadas encontra-se a barreira dos “Segredos de Estado em nome da Segurança Nacional” – é inegável que um tremendo esforço está em de-

envolvimento nesses países em busca da transparência. Assim, no Brasil, têm surgido mecanismos como os Portais da Transparência, ao nível governamental, bem como, na sociedade civil, organizações como a Transparência Brasil, dirigidas ao combate à opacidade. Mas essa luta está longe de ser vencida.

Na verdade, a tendência de generalização do segredo na Administração Pública parece derivar da resistência do poder tradicional, entendido como aquele que vê a política como coisa privada. A própria idéia habermasiana de “Estado neo-mercantilista” parece indicar essa forte tendência.⁴⁴

De qualquer forma, a ideia de “Razão de Estado”, apontada por Schmitt acima, enquanto doutrina que embasa a ação paternalista do governo sobre os súditos, solapa a idéia democrática. Enquanto consequência de uma separação entre a ética e a política (os “imperativos morais” do Estado não são os mesmos que os dos cidadãos), tornou-se nefasta pela sua hipertrofia.

Assim, a luta pela transparência representa, em última análise, uma tentativa de recuperar uma dimensão ética para a política, afastando a ideia de que a finalidade do Estado seja outra que não a de propiciar o aumento do bem-estar dos cidadãos.⁴⁵ No Brasil, a dificuldade para acessar os arquivos oficiais por vezes é imensa. O próprio princípio da publicidade do ato administrativo, como mostrado aqui, longe de ser reafirmado numa Administração que se diz democrática, é cotidianamente solapado através de mecanismos legais anacrônicos, como a norma que atualmente rege a classificação documental.

Isto pode ser atribuído ao fato de que o Estado brasileiro apresenta características de um absolutismo remanescente, evidenciado por traços que aparecem sob a forma de patrimonialismo, concebido como um mecanismo político em que “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente.”⁴⁶

Dessa matriz política deriva a prática clientelística, típica da política brasileira, caracterizada por uma relação de direito privado, um contrato “*do ut des*” entre o eleito e o eleitor ou forças econômicas que o apoiaram na sua eleição.

De fato, como modelo explicativo, pode-se definir o Estado brasileiro como fruto de um “capitalismo politicamente orientado”, na esteira de Faoro⁴⁷, para quem aqueles que comandam a economia junto ao soberano possuem uma denominação própria: trata-se do *estamento político*.

Para ele, a realidade do estado patrimonial (mercantilista), amadureceu num quadro administrativo de caráter precocemente ministerial. Isto porque a direção dos negócios da Coroa exigia gerenciamento econômico, o qual ensejou a criação de um grupo de conselheiros e executores que, ao lado do Rei, arrecada as receitas oriundas da participação real nos empreendimentos comerciais. Estes são os estamentos, que “florescem, de modo natural, nas sociedades em que o mercado não domina toda a economia.”⁴⁸

A existência do estamento impede o desenvolvimento econômico das classes no mercado, orientando politicamente o capitalismo: “Junto ao rei, livremente recrutada, uma comunidade-patronato, parceria, oligarquia, como quer que a denomine a censura pública – manda, governa, dirige, orienta, determinando, não apenas formalmente, o curso da economia e as expressões da sociedade tolhida, impedida, amordaçada.”⁴⁹

A existência deste grupo determina uma tendência “para-capitalista e anticapitalista”⁵⁰ nos

Estados contemporâneos (marcadamente no Brasil), os quais apresentam um “predomínio junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento, que de aristocrático, se burocratiza [...] progressivamente, em mudança de acomodação e não estrutural.”⁵¹

Neste quadro de predomínio de práticas patrimonialistas de exercício do poder, não surpreendente que as “*arcana praxis*” sejam adotadas como instrumento privilegiado, de acordo com as conveniências dos detentores do poder do Estado: o segredo das coisas públicas mantido pelo fato de as mesmas serem tratadas como “negócios privados”.

De qualquer sorte, a transparência apresenta-se hoje como imposição do Estado de Direito, que está a exigir legislação cada vez mais restritiva do sigilo de ações e documentos. Infelizmente, não é o que se tem verificado nos últimos tempos, dada a edição de normas protetivas da classificação documental com prazos longos de desclassificação, até atingir-se a possibilidade de sigilo eterno.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Constituição da República Federal Alemã. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, [19__?]. BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 918 p.
- BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2, 620 p.
- BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 1964. t.II, 553 p.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: maio de 2011
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: maio de 2011
- _____. Diário Oficial da União (Seção 1 – Parte 1) (Suplemento) de 7 de janeiro de 1977.
- _____. Diário Oficial da União de 11 de outubro de 1988, Seção 1, pp. 19804 a 19812.
- _____. Justificativa. Projeto de Lei 878/88. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: maio de 2011.
- CARDOSO, Fernando Henrique. A Democracia Necessária. Campinas: Papirus, 1985. 92 p.
- CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 1369 p.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada. 2.ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1952. 410 p.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Disponível: www.corteidh.or.cr. Acesso em: maio de 2011.
- DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. 864 p.
- ESPANHA. Constituição da Espanha (1978). Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986, 56p.
- EUA. United States Code Annotated, Title 5, Government Organization and Employees – § 1 to 103. St. Paul, Minn. West Publishing Co, s/d.
- FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Porto Alegre: Globo, 1984. 2 v, 750 p.
- FARIAS, Edilson. Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional. São Paulo: RT, 2004. 304 p.
- FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. Traducción de P. A. Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995. caps. 13 e 14.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, 579 p.
- JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. TFR Recebe Habeas-Data, 8 de outubro de 1988, p. 05
- HABERMAS, Jurgen. Mudança Estrutural na Esfera Pública. Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984. 398 p
- ITÁLIA. Constituição da República Italiana. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987. 49 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. 863 p.
- MEDAUAR, O. Direito Administrativo moderno. 7.ed. São Paulo: RT, 2003. 463 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13. ed. São Paulo: RT, 1988. 701 p.
- PEREIRA JR., Jessé Torres. Tutela Administrativa. Rio de Janeiro: Plurarte, 1983. 168 p.
- PISTONE, Sergio. Verbete “interesse nacional”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, 1986. 1328 p.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio: Guanabara Waissmann Koogan, 1937. 741 p.
- _____. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1986. T. V, 661 p.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Texto segundo a Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro do mesmo ano. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987. 152 p.
- REVISTA JURÍDICA SÍNTESE. Porto Alegre: Síntese, Ano XXXVII, nº 142, agosto de 1989. 181 p.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Traducción de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982. 380 p.
- SILVA, Golbery do Couto e. Conjuntura política nacional: o Poder Executivo & geopolítica do Brasil. 2. ed. Rio: José Olympio, 1981.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. 878 p.

NOTAS

1. BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2, p. 163.
2. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259.
3. FARIAS, Edilson. Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional. São Paulo: RT, 2004, p. 174.
4. ESPANHA. Constituição da Espanha (1978). Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986, p. 31.
5. ITÁLIA. Constituição da República Italiana. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 19.
6. ALEMANHA. Constituição da República Federal Alemã. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, p. 10.
7. PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Texto segundo a Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro do mesmo ano. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 26, 40 e 136-7
8. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: maio de 2011
9. FERREIRA, Pinto Luiz. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 136.
10. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara Waissmann Koogan, 1937, t. II, p. 272.
11. FERREIRA, op. cit., pp. 136-7.
12. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em maio de 2011.
13. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada. 2.ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1952, v. III, pp. 267-8.
14. id, ibid.
15. Id. ibid.
16. op. cit., p. 391.
17. op. cit., p. 137. Entende Ferreira que o preceito da Constituição Federal de 1946 foi apenas repetido laconicamente.
18. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1986, t. V, p. 615.
19. Id. ibid.
20. op. cit. p. 164.
21. EUA. United States Code Annotated, Title 5, Government Organization and Employees – § 1 to 103. St. Paul, Minn. West Publishing Co. s/d. pp. 68 e ss.
22. Id. ibid.
23. In: BRASIL. Justificativa. Projeto de Lei 878/88. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: maio de 2011.
24. id, ibid.
25. id, ibid.
26. Publicado no Diário Oficial da União (Seção 1 – Parte 1) (Suplemento) de 7 de janeiro de 1977. pp. 26 e ss.
27. PISTONE, Sergio. Verbete “interesse nacional”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, 1986, pp. 641-2
28. SILVA, Golbery do Couto e. Conjuntura política nacional: o Poder Executivo & geopolítica do Brasil. 2. ed. Rio, José Olympio, 1981, p. 11. Neste trabalho, toma-se este autor como principal formulador teórico das práticas governamentais que orientaram o Estado brasileiro à época da entrada em vigência do Decreto.
29. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13.ed. São Paulo: RT, 1988, p. 65.
30. DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.
31. jornal Folha de São Paulo. TFR Recebe Habeas-Data, 8 de outubro de 1988, p. 05.
32. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de outubro de 1988, Seção 1, p. 19804 a 19812.
33. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13. ed. São Paulo: RT, 1988, p. 152.
34. REVISTA JURÍDICA SÍNTESE. Porto Alegre: Síntese, Ano XXXVII, nº 142, agosto de 1989, pp. 36-57.

35. PEREIRA JR., Jessé Torres. *Tutela Administrativa*. Rio de Janeiro: Plurarte, 1983, p. 14.
36. CARDOSO, Fernando Henrique. *A Democracia Necessária*. Campinas: Papirus, 1985, pp. 64-5.
37. BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1964, t. II, p. 85.
38. BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.
39. CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.
40. JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*; São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225.
41. MEDAUAR, O. *Derecho Administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 141.
42. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 208.
43. Nunca é demais recordar as ponderações da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto, ao julgar o caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) V. Brasil: "El Tribunal también ha establecido que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

Al respecto, la Corte ha destacado la existencia de un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos sobre la importancia del acceso a la información pública. La necesidad de protección del derecho de acceso a la información pública ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA, que '[i]nst[ó] a los Estados Miembros a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y [a promover] la adopción de las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.' Asimismo, dicha Asamblea General en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.

Por otra parte, la Corte Interamericana ha determinado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones."(Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e outros [Guerrilha do Araguaia] v. Brasil. Disponível: www.corteidh.or.cr. Acceso em maio de 2011.)

44. HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 269.
45. Sobre uma concepção instrumental do Estado como aparato político a serviço dos valores, bens e interesses considerados superiores pela sociedade, cf. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Traducción de P. A. Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995, caps. 13 e 14.
46. cf. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Porto Alegre: Globo, 1984, v. II, p. 734.
47. op. cit., v. I, p. 45.
48. id, p. 46.
- 49 id, p. 47
- 50 id, vol. II, p. 736.
- 51 id, ibid.

