

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciara aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES PARA O ACESSO À INFORMAÇÃO ESTABELECIDAS PELA LEI Nº 12.527

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE INFORMATION ACCESS RESTRICTIONS ESTABLISHED BY 12.527 ACT

Vladimir Polizio Junior

Resumo

A Constituição Federal não outorgou ao legislador ordinário a elaboração de normas capazes de restringir ou limitar o direito de acessar informações e, com relação àquelas relacionadas à Administração Pública, o sigilo é admitido apenas e tão somente quando se revelar imprescindível à segurança social e estatal; além dessas hipóteses, de imprescindibilidade à segurança da sociedade simultaneamente à segurança do Estado, não deve existir sigilo, pois o acesso à informação constitui um direito humano fundamental. Todavia, a Lei nº 12.527, que deveria apenas regulamentar a forma pela qual as informações relacionadas com a atuação do Estado seriam disponibilizadas aos interessados, elenca diversas situações de óbice a esse acesso, daí porque eivados tais dispositivos de inconstitucionalidade. A solução, quando possível, consiste na interpretação dos dispositivos infraconstitucionais à luz da Constituição Federal, suprimindo-lhes o sentido de diminuir o exercício da garantia do direito humano fundamental de acessar informações, notadamente quando afetas ao interesse coletivo, ou na declaração de inconstitucionalidade, buscando amparo para a divulgação da informação diretamente na Carta Magna.

Palavras-chave: Lei nº 12.527, Lei de acesso à informação, Artigos inconstitucionais na lei nº 12.527, Restrição no acesso à informação

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Constitution did not grant to the ordinary legislator the elaboration of principles capable of restricting or limiting the right to access information and, with regard to those related to Public Administration, secrecy is allowed if, and only if, it proves being essential to social and state safety's sake; beyond these hypothesis, of indispensability to social and state safety's sake, confidentiality should not exist, because the information access is a fundamental human right. However, the 12.527 Act, which should only regulate how the State related information would be made available to interested parties, lists several situations of impediment to such access, that's why those rules are unconstitutional. The solution, when possible, consists in interpretation of infraconstitutional devices in the light of Federal Constitution, suppressing their meaning of diminish the exercise of guarantee of the fundamental human right to access information, mainly when it's about collective interest, or unconstitutionality declaration, seeking protection for the information dissemination directly in Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 12.527 act, Information access act, Unconstitutional articles in 12.527 act, Information access restriction

1. INTRODUÇÃO

A garantia do direito humano à informação não constitui um direito absoluto porque, como qualquer direito humano fundamental, pode ser relativizado em situações especialíssimas. Entretanto, quando essas informações dizem respeito à atuação da Administração Pública, seja diretamente ou por meio de entidades que recebam aporte do Estado ou desempenhem atividades de interesse coletivo, o sigilo somente encontra amparo nas hipóteses descritas pelo constituinte de 1988 na parte final do inciso XXXIII do art. 5º, ou seja, quando “o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 29-39).

Em 18 de novembro de 2011, com a edição da Lei nº 12.527, cujo escopo era justamente regulamentar o acesso à informação, o exercício desse direito humano fundamental foi prejudicado. Isso porque em alguns dispositivos da norma infraconstitucional foram elencadas hipóteses de restrição ao acesso de informações relacionadas com a Administração Pública além daquelas taxativas erigidas na Constituição Federal. Essa situação acarreta duas possíveis consequências: (i) o intérprete afasta da norma infraconstitucional a parte que viola a Constituição, conferindo-lhe interpretação conforme, ou (ii) reconhece a inconstitucionalidade da norma, buscando diretamente na Constituição Federal o embasamento para a disponibilização da informação de interesse coletivo.

2. INFORMAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Direitos humanos e direitos do homem, como lembra Comparato (2013, p. 71), são expressões que revelam um mesmo signo, pois ambas tratam “de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades de indivíduos ou grupos”, sendo que a real distinção é com relação à obrigatoriedade de sua aplicação:

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos

tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.

Tamanha a relevância da garantia do direito de se acessar informação que o constituinte de 1988 elencou-a expressamente, nos incisos XIV e XXXIII do art. 5º, ao lado de outros direitos e garantias fundamentais.

Na doutrina, a única divergência repousa sobre em qual dimensão, ou geração, deveria figurar a garantia desse direito. Para Bonavides (2013, p. 590), “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”, enquanto Bulos (2012, p. 527) leciona que “Os direitos fundamentais de sexta geração correspondem à democracia, à liberdade de informação, ao direito de informação e ao pluralismo”. Impende dúvidas, contudo, o reconhecimento como direito humano fundamental o direito de se acessar informações.

Dessarte, o acesso a informações constitui um direito fundamental, porque elencado na relação dos direitos fundamentais estatuído na Carta da República. Antes, contudo, dada sua importância para qualquer sociedade, constitui um direito humano, pois oportuniza a transparênciasobretudo dos que atuam em nome do interesse coletivo na administração da sociedade, viabilizando o adequado controle social desse atuar.

3. DOS LIMITES DO ACESSO À INFORMAÇÃO ESTABELECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nenhum direito humano, porém, é absoluto (TAVARES, 2013, p. 384). O direito à informação, assim, pode sofrer limitações em situações especialíssimas, notadamente quando relacionado com informações em sentido amplo, como na hipótese do inciso XIV do art. 5º da Carta Magna, que assegura “a todos o acesso à informação”; nesse caso, a informação é em caráter genérico, e não prepondera sobre outra garantia de direito fundamental como o da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 84-85). A garantia do direito à informação em sentido estrito, contudo, embora mais limitado na sua abrangência, é mais amplo no seu conteúdo (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 85). Isso porque atinge apenas as informações relacionadas, produzidas ou custodiadas pela Administração Pública, e dizem

respeito ao exercício das atividades estatais. Sua previsão está no inciso XXXIII do art. 5º da Lei Maior, que assenta, *in verbis*:

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;

A parte final do dispositivo repele dúvidas quanto ao alcance da transparência a que está sujeita a Administração Pública, fixando que apenas informações imprescindíveis à segurança social e estatal serão sigilosas. E se apenas as informações com esses predicados presentes simultaneamente, daí a importância da conjunção aditiva utilizada no dispositivo, estão ressalvadas do acesso público, de todas as demais não se pode haver sigilo. Com propriedade, Justen Filho (2005, p. 534) dispõe que “Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização *democrática* dos direitos fundamentais”¹.

O constituinte de 1988 não acolheu a possibilidade de que legislação ordinária futura viesse a alargar a incidência da restrição, ao contrário do Chile, onde a Constituição estabelece que “uma lei de quórum qualificado pode estabelecer reserva ou segredo” para a divulgação de informações (art. 8º)², do Peru, em que a Carta Magna permite que lei restrinja o acesso a informações de entidades públicas (art. 2º, nº5), ou da Colômbia, cujo Texto Constitucional assenta que “Todas as pessoas tem direito a acessar documentos públicos, salvo os casos estabelecidos em lei” (art. 74)³. No Brasil, o legislador deve atentar-se aos estreitos limites estabelecidos pelo constituinte, porque a garantia do direito humano fundamental de acessar informação sobre a Administração Pública não pode ter seu âmbito de incidência reduzido ou obstaculizado nem mesmo por emenda constitucional, e muito menos por legislação ordinária; restrições ao acesso de informações estatais, portanto, apenas se imprescindível à segurança da social e, ao mesmo tempo, imprescindível à segurança do Estado.

3.1 CONCEITO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS

¹ Grifo no original.

² Tradução livre.

³ Tradução livre.

A locução “órgãos públicos”, utilizada na redação do Texto constitucional no inciso XXXIII do art. 5º, só pode ser compreendida em sentido amplo, não indicando apenas os órgãos subordinados ao controle estatal, mas também outros que, dada a relevância ou a natureza das atividades desenvolvidas, constituem verdadeiros instrumentos na busca do bem comum. Entidades que exerçam atividade tipicamente pública, ou mesmo pessoas jurídicas de direito privado essenciais na persecução dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito são, na acepção ampla que o direito humano fundamental de informação reclama, “órgãos públicos”.

Logo, “órgãos públicos” devem ser compreendidos como aqueles pelos quais os princípios fundamentais da República se desenvolvem, tenham ou não natureza jurídica de Direito Público. Aliás, os conceitos de Direito Público e de Direito Privado não possuem, hodiernamente, conteúdo antagônicos. Como leciona Barroso (2003, p. 105):

Já não é mais consentânea com a moderna dogmática constitucional e jurídica em geral esta separação entre sociedade e Estado que legitimava em grande parte a dissociação entre Direito Público e Direito Privado. Na verdade, a grande discussão teórica da atualidade é precisamente aquela que procura incorporar às relações privadas estes valores constitucionais e estes Direitos Fundamentais que, portanto, não se aplicam mais somente nas relações entre o particular e o poder público, mas em uma dimensão importante se aplicam também às relações privadas”

Nesse sentido o art. 2º da Lei 12.527, ao estabelecer a transparência de entidades privadas “que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos”; no conceito estreito do termo, jamais poderiam ser consideradas, essas entidades privadas, “órgãos públicos”, mas o são, justamente porque recebem valores do erário.

Dessarte, o conceito de órgão público se conecta ao da Administração Pública, entendida como mecanismo indispensável na estruturação do Estado Democrático de Direito e conseqüentemente na consecução dos fundamentos principiológicos preconizados pela Constituição Federal, englobando também pessoas jurídicas que tenham como fundamento existencial finalidade pública (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 86-87).

4. LEI Nº 12.527

Com a edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o alcance da parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Carta Magna experimentou uma redução indevida. Isso porque o legislador ordinário, em diversos dispositivos, restringiu o acesso a informações que possuem intrínseco interesse coletivo, como no art. 2, no art. 22 e no art. 23, exigindo do intérprete uma análise apurada dessas disposições à luz da Constituição.

4.1 ART. 2º DA LEI Nº 12.527

Diz o dispositivo:

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

Embora o legislador tenha adotado como critério limitador a finalidade não lucrativa da entidade privada, constitui hipótese de interpretação do dispositivo conforme a Constituição (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 222). Isso porque é o interesse público que avaliza o acesso à informação, nos termos assegurados pela Carta Política, de modo que, incorrendo as situações previstas na parte final do art. 2º da Lei nº 12.527, quais sejam, aporte de “recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres”, bastaria para justificar o acesso à informação, que não pode ser obstado pela infeliz disposição que limita a transparência às entidades que não tenham finalidade lucrativa. Dessarte, à luz da Carta Magna, o dispositivo em comento deve ser compreendido como impositivo a quaisquer entidades, tenham ou não como finalidade o lucro, que recebam quaisquer vantagens da Administração Pública, porque é justamente o interesse público manifesto na anterior ação estatal que a obriga à transparência.

Na Colômbia, a opção dos legisladores manifesta na Lei nº 1.712, de 6 de março de 2014, foi em obrigar à transparência, dentre outros, “As pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, que exerçam atividades de interesse público, com relação à informação

diretamente relacionada com a prestação do serviço público” (art. 5º, letra “c”)⁴. Deste modo, a justificativa para o acesso à informação não é a quantidade de dinheiro que lhe aporta o Estado, tampouco a finalidade da pessoa jurídica, mas sim o desenvolvimento de atividade de interesse público.

Na Espanha, a *Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* estabelece, na letra “b” do seu art. 3º, a transparência com base em valores repassados do erário:

Entidades privadas que percebam durante o período de um ano ajudas ou subvenções públicas em quantia superior a 100.000 euros ou quando pelo menos 40% do total de sua arrecadação anual tenha caráter de ajuda ou subvenção pública, sempre que alcancem como mínimo a quantia 5.000 euros⁵.

A Lei brasileira, contudo, restringe o alcance do direito constitucional de acesso à informação com base na finalidade da pessoa jurídica que recebe valores do erário. Logo, a limitação legal viola a Constituição Federal, porque apresenta um limite não previsto pelo constituinte de 1988.

Nos termos do disposto no parágrafo único do art. 2º, as entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos devem conferir publicidade tão só “à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação”, sem prejuízo da regular prestação e contas a que estejam sujeitas.

No Brasil, informação de interesse coletivo é, em regra, pública, com exceção daquelas hipóteses descritas na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, se revele imprescindível à segurança da sociedade e à segurança do Estado.

Dito isso, antes de se interpretar o alcance do dispositivo previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.527, não se pode ignorar que as mencionadas “entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público”, valores ou recursos estatais, atuam ao lado do Estado. Existem para contribuir, cada qual de modo peculiar, mas sempre com o escopo de atender ao interesse coletivo, tanto que suas contas são analisadas pelo Tribunal de Contas a que estiverem vinculadas, destaca Vladimir Polízio Júnior (2015, 221), que continua:

⁴ Tradução nossa.

⁵ Tradução nossa.

Em última análise, nessas entidades o *interesse público já existia em momento anterior à firmação do contrato, acordo ou ajuste*, que apenas formalmente fez surgir o elo aparente com o Estado. Todavia, a vinculação ao interesse coletivo lhe é anterior, pois é deste liame que surgiu o embasamento para a formalização do vínculo.

Ademais, constituem pessoas jurídicas de Direito Privado que, voluntariamente, aderiram para, ao lado do Poder Público, cooperar para a realização seus objetivos. Com essa adesão voluntária, anuíram, ainda que tacitamente, à sujeição do Poder que viabiliza a própria existência da Administração Pública, que advém do povo (parágrafo único, art. 1º, CF). Constituem pessoas jurídicas de natureza de Direito Privado *sui generis*, porque atuam ao lado do Estado, resultando que suas ações se revestem do interesse coletivo, ainda quando não diga respeito diretamente a “*recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres*”.

Dito de outro modo, poderia a entidade permanecer na esfera do privado. Entrementes, ao aderir por vontade própria na parceria com o Poder Público, a transparência de sua atuação constitui *conditio sine qua non* para a manutenção desse *status*. Disso resulta que quaisquer informações, com ressalva das que sejam consideradas *imprescindíveis à segurança do Estado e à segurança da sociedade*, devem ser prestadas pelas empresas privadas que atuam ao lado do Estado na realização de ações de interesse coletivo.

Daí que a transparência de suas ações não pode ter como limite apenas e tão somente aos valores que são repassados. O interesse público antecede o repasse estatal porque, se inexistisse, a formalização do pacto não se justificaria.

Necessária a interpretação conforme a Constituição desse dispositivo limitador para conferir-lhe a dimensão necessária para que o titular real do Poder do Estado, o povo, não tenha tolhida sua prerrogativa de inteirar-se sobre as ações desenvolvidas por entidades que prestem serviço ou exerçam atividades de interesse público. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 221-222)

O interesse coletivo decorre da atuação *sui generis* da entidade que, por não ter finalidade lucrativa, sobrevive dos valores recebidos pela sua própria atuação ou por repasse de outras entidades; em qualquer caso, ela se reveste de entidade sem finalidade lucrativa para contribuir com o Poder Público (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 222). Torna-se dispensável, portanto, a existência de contribuição estatal direta para que surja o interesse coletivo a justificar sua transparência.

Entrementes, outra observação tem pertinência. O aporte de recursos públicos não constitui a única fonte obrigacional da prestação de informações, embora a lei aponte nesse sentido, pois ela pode decorrer tão só da prestação de atividades de interesse público. Daí porque a obrigação de prestar informações ser bifronte: de um lado, decorre do recebimento de valores públicos, e do outro, da prestação de serviços ou de atividades de interesse público. Na verdade, a existência daquela é decorrência desta, ou seja, o repasse de valores do erário apenas se justifica se houver, anteriormente, interesse público na atividade desenvolvida ou pretendida. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 222)

Assim, os únicos limites a que estão sujeitas as pessoas jurídicas, tenham ou não finalidade lucrativa, que realizem atividades de interesse público ou que recebam vantagens do Estado são aqueles estabelecidos na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Carta

Política, ou seja, não pode a informação ser imprescindível à segurança social e do Estado. Qualquer outra deve ser disponibilizada ao verdadeiro titular do Poder estatal, o povo, porque de seu conteúdo se presume, e essa presunção não comporta exceção além daquelas constitucionalmente estabelecidas (são *juris et de jure*), existir interesse coletivo.

4.2 ART. 22 DA LEI Nº 12.527

Estabelece o disposto no art. 22 da Lei nº 12.527 ser possível a restrição no acesso à informação com base noutras normas, o que demanda acurada análise:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

O sigilo sobre a atuação da Administração Pública apenas se justifica nas expressas situações fincadas na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Carta Republicana. O acesso à informação, reconhecido como direito humano fundamental, reclama que suas hipóteses de restrição devem ser interpretadas apenas restritivamente, sob pena de invalidar o instituto.

Daí que não basta a existência de norma estabelecendo o segredo. É preciso que essa norma, antes, não alargue as hipóteses constitucionais de restrição à garantia do direito humano fundamental de que, da informação de interesse coletivo, não haverá sigilo. Dessarte, apenas aquelas elencadas pelo constituinte de 1988, como por exemplo nas situações do art. 52, III, estabelecendo sigilo de voto dos senadores para a aprovação de algumas autoridades, revelando-se inconstitucional o segredo do voto noutras votações, há uma presunção *juris et de jure* de que se trata de assunto cujo sigilo é imprescindível à segurança do Estado e à segurança da sociedade (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 251).

O ordenamento infraconstitucional, ou mesmo o constitucional derivado reformador, ao contrário, apresentam presunção *juris tantum* de constitucionalidade, e avalizam o confronto da norma questionada com o inciso XXXIII do art. 5º da Lei Maior, fruto do Poder Constituinte Originário. O desfecho é que inúmeros dispositivos que restringem o acesso à informação não sobrevivem à análise de sua constitucionalidade. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 251)

Assim, não cabe restrição no acesso à informação de interesse coletivo por dispositivos normativos que contrariem o disposto no inc. XXXIII do art. 5º da Carta Política.

4.3 ART. 23 DA LEI Nº 12.527

Na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Carta Republicana está posto que são sigilosas as informações imprescindíveis à segurança social e estatal, de modo que a restrição ao direito humano fundamental de acesso à informação deve ocorrer tão só nessas situações, quais sejam, quando for imprescindível à segurança do Estado e, concomitante, também o for à segurança da sociedade.

Entrementes, o legislador ordinário, na redação do art. 23, ignorou a existência da conjunção aditiva ditada pelo constituinte de 1988, que estabeleceu como pressuposto ao sigilo a imprescindibilidade da informação para a segurança estatal “e” segurança social, inovando ao alargar as possibilidades de segredo, reduzindo a exigência fixada na Carta Política para tão só segurança estatal ou segurança social, isso porque a conjunção alternativa utilizada pela legislação ordinária designa uma possibilidade, uma alternativa, cujo signo é diverso daquele pretendido pela Carta Magna (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 359). Assim a redação do *caput* do dispositivo: “Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: (...)”.

O *caput* do artigo, portanto, tal qual redigido, padece de inconstitucionalidade. E contamina as disposições que se seguem, porque todas dizem respeito às situações elencadas na cabeça do dispositivo, ou seja, imprescindíveis à segurança do Estado ou, caso não inseridas naquele rol, imprescindíveis à segurança da sociedade; as causas mencionadas não constituem, assim, hipóteses em que ambas condicionantes, a imprescindibilidade social e estatal, ocorram simultaneamente. Ora, se na relação apresentada pelo legislador ordinário no art. 23 estão hipóteses caracterizadoras de uma ou outra situação, ou seja, de imprescindibilidade para a segurança estatal ou de imprescindibilidade para a segurança social, não há se falar na observância do que dispõe o art. 5º, XXXIII da Carta Magna. Tratando-se o acesso à informação de direito humano fundamental, portanto, não é possível lei hierarquicamente inferior diminuir-lhe a efetividade.

Tampouco uma interpretação do dispositivo conforme a Constituição afastaria a coima que se lhe atinge. Isso porque o legislador ordinário foi taxativo em afirmar que as hipóteses elencadas no art. 23 constituem situações que caracterizam imprescindibilidade à segurança do Estado (o que não basta para satisfazer a

pretensão constitucional, que exige simultaneidade com a imprescindibilidade da segurança social) ou, de forma alternativa, à segurança social (o que não basta para satisfazer a pretensão constitucional, que exige simultaneidade com a imprescindibilidade da segurança estatal). Daí que é vedado ao intérprete alargar a interpretação de dispositivo que restrinja direito humano fundamental. O desfecho, pois, é reconhecer inconstitucionais todas as situações estabelecidas pelo art. 23 como impedimento no acesso da informação, bem como seu *caput*. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 359-360)

Todavia, sem deixar de reconhecer a má redação do dispositivo, não se pode ignorar que certas situações arroladas no dispositivo são aptas a despertar um sentido de acentuada importância para a segurança do Estado e também para a da sociedade, com fundamento direto no Texto Constitucional. Sob esse prisma, é possível uma interpretação heterodoxa da equívoca Lei ordinária no ponto em que são expostas situações potencialmente sigilosas e capazes de atender ao que dispõe a Constituição Federal por meio da valoração compensatória das hipóteses apresentadas. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 360)

O que justifica sigilo são as situações imprescindíveis à segurança da sociedade e, simultaneamente, à segurança do Estado. Bem, não há como negar a possibilidade de que, n'alguns casos, haja uma interseção entre ambas, cuja intensidade varia conforme o caso concreto. É possível que uma situação, por exemplo, seja imprescindível à segurança do Estado, mas não para a da sociedade, ou então seja imprescindível à segurança da sociedade, mas não para a do Estado; nessas hipóteses, a parcela da informação que não for imprescindível deve ser de conhecimento público, ou seja, descabe sigilo.

Daí a valoração compensatória como meio estabelecer o equilíbrio, num caso concreto, entre a qualidade da informação, aquilatando os pontos que se revelam imprescindíveis à segurança da sociedade e estatal para, destes especificamente, estabelecer a restrição de acesso.

Assim, diante de uma situação concreta, deve o intérprete interpelar: (i) a divulgação dessa informação teria *efetiva potencialidade* de causar insegurança na sociedade?; e (ii) a divulgação dessa informação teria *efetiva potencialidade* de causar insegurança para o Estado? Desse modo, apenas com relação à parcela de informação cuja resposta foi *sim* à primeira indagação é que se indagará da segunda e, do mesmo modo, à parcela da informação que se responder igualmente *sim*, haverá se falar em sigilo. Não basta que tenha, a informação, *mera potencialidade lesiva*, exigindo-se dela ser *efetiva*. Isso porque o constituinte estabeleceu sigilo a informações *imprescindíveis* à segurança do Estado e da sociedade, de modo que devem possuir *efetivo potencial de interferir* nessa segurança tutelada para que sejam restritas. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 360-361)

As hipóteses de arroladas no art. 23 constituem situações nas quais prepondera ora a segurança do Estado, ora a segurança da sociedade. A solução, por meio da valoração compensatória, é identificar o *quantum* de informação é imprescindível à segurança estatal e social e, da interseção entre ambas, declarar o sigilo. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 360)

Art. 23.

(...)

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

- II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
- III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
- V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;
- VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
- VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
- VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Essas situações podem ser agrupadas em dois grupos. Um no qual preponderam situações relacionadas à segurança da sociedade e outro em que destacam situações de segurança do Estado. No primeiro grupo, relacionados à segurança da sociedade, estão inseridas as hipóteses dos incisos III, VI e VIII; já nos demais incisos preponderam situações caracterizadoras de segurança do Estado. Necessária acurada reflexão sobre as causas que avalizam a restrição para não se alargar por demais seu âmbito de incidência e, com isso, desvirtuar sua efetiva aplicação (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 362). A regra, portanto, é a prevalência da transparência, sendo o sigilo exceção. Nesse sentido Justen Filho (2005, p. 534), que ao discorrer sobre “O controle social sobre o Estado e o prestador de serviço” assenta que:

A negativa em fornecer informações à sociedade sobre a condução das atividades administrativas e políticas apenas pode ser justificada como exceção absolutamente extraordinária. Nenhuma decisão estatal, como regra, pode ser mantida em segredo. A recusa do administrador em esclarecer o povo sobre suas escolhas autoriza sua responsabilização política, administrativa e, mesmo, penal. Essa recusa é incompatível com a democracia republicana consagrada pela Constituição de 1988.

Com relação à situação prevista no inciso I, relacionada à informação que possa “pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional”, é hipótese inegável de segurança nacional.

Entretanto, a informação deve ter o *potencial* de realmente interferir na defesa, na soberania, ou na integridade do Estado. Não é *qualquer informação* simplesmente relacionada à defesa, à soberania ou à integridade territorial. *Defesa nacional*, pois, deve ser entendida como o conjunto de meios necessários para repelir uma agressão. *Soberania nacional* se relaciona com o conjunto de instrumentos necessários na proteção da supremacia do real titular do Poder, que é o povo, frente a interesses alienígenas, o que não impede a adoção do direito

internacional ou do direito estrangeiro em situações específicas, nas quais o Estado Brasileiro, no pleno exercício de sua soberania, previamente tenha aderido. *Integridade territorial* tem relação com a manutenção das fronteiras, terrestres ou não. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 362)

Uma interpretação equivocada, por exemplo, poderia validar recusa na informação sobre o estado dos equipamentos utilizados pelas Forças Armadas, ou mesmo sobre a quantidade de militares e seus postos. Essas informações inegavelmente dizem respeito à defesa, soberania e integridade nacionais, mas não possuem o potencial de “pôr em risco” o Estado: primeiro porque, nos princípios fundamentais que pautam a República, expressamente assentou o legislador constituinte que, “nas relações internacionais”, a “defesa da paz” constitui princípio inarredável, e segundo, porque não há situação beligerante entre o Estado Brasileiro e qualquer outro País, notadamente com os quais possui fronteiras terrestres. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 362)

Situação diversa seria se houvesse uma real ameaça à paz por Nação estrangeira que, por exemplo, deslocasse tropas para região fronteira e rompesse relações diplomáticas. Essa situação, ainda que teórica, teria o condão de justificar certas recusas no fornecimento de informações que pudessem, por exemplo, demonstrar pontos de vulnerabilidade dos equipamentos utilizados pelas Forças Armadas e, conseqüentemente, acarretar riscos à população. À exceção dessas situações extremas, o óbice à informação constitui violação à garantia do direito humano fundamental de acesso à informação. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 363)

Dessarte, *não é qualquer informação* simplesmente relacionada às hipóteses mencionadas que, por si só, pode ser *restringida*. Se por um lado a potencialidade lesiva deve ser aferida sempre no *caso concreto*, por outro *existem situações nas quais a restrição constitui violação acaçapante ao direito constitucional*. Como exemplo, suponhamos que um Estado estrangeiro permita que aeronaves saiam de seu território e adentrem em solo brasileiro clandestinamente, transportando pessoas ou bens ilícitos. Essa informação, embora diga respeito à defesa, soberania e integridade territorial, não pode jamais ser sigilosa, porque não é apta a colocar em risco nem a defesa, nem a soberania, tampouco a integridade do território. E muito menos se apresenta como *imprescindível* à segurança da sociedade.

Outra situação hipotética seria aquela na qual o Estado, na busca de melhor equipar as forças defensivas nacionais, pretenda adquirir equipamentos por meio de compra direta, sem procedimento licitatório. Nessa situação, embora haja aparente discricionariedade estatal para tanto, devem ser pormenorizadas as características dos produtos pretendidos, de modo a tornar patente o porquê da escolha sobre determinado bem, e minudenciar os termos em que se dará essa aquisição, pois o exercício do poder discricionário não se divorcia jamais do interesse público, que se manifesta pela transparência dos que atuam em nome do interesse popular. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 363)

De toda sorte, apenas com a análise do caso concreto é que se pode aferir a existência de respaldo constitucional a justificar o sigilo, porque nem a Lei, e muito menos seu intérprete, pode restringir a garantia do direito humano fundamental de acessar a informação, limitado aos casos cujo sigilo seja imprescindível à segurança estatal e à segurança social. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 363)

Dispõe o inciso II ser sigilosa a informação que possa “prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais”. Constitui hipótese de segurança nacional.

São três as situações abarcadas pelo dispositivo: a) informação que possa prejudicar negociações ou relações internacionais; b) informação que possa colocar em risco negociações ou relações internacionais; c) informação recebida pelo Estado em caráter sigiloso.

Quanto à informação fornecida ao Estado Brasileiro por Nações estrangeiras ou por organismos internacionais sob sigilo, primeiramente é preciso aferir se a manutenção do segredo é verdadeiramente imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Isso porque o Estado pode, hipoteticamente, receber informações sigilosas divorciadas do interesse público, não sendo crível manter-se, então, sigilo; na verdade, jamais deveria o Estado sequer ter assentido em receber informações sabendo que delas não se pode restringir o acesso. Apenas em situações de peculiar relevância hão de ser mantidos segredos, porque a regra é a publicidade.

Como exemplo, imaginemos a hipótese de que um Estado estrangeiro forneça informações sigilosas ao Governo Brasileiro dando conta da existência de determinado mineral recém-descoberto em seu território e ainda não explorado, com o escopo de que a exploração desse recurso se desse por determinada empresa nacional. Evidente que não é hipótese de sigilo, porque o administrador público deve atuar na defesa do interesse coletivo, e não de determinados grupos ou interesses. Inexiste, pois, imprescindibilidade à segurança social e estatal.

Com relação às informações que possam prejudicar ou por em risco negócios ou relações internacionais, necessárias algumas considerações.

Negociações ou relações internacionais devem se pautar na transparência, para que o real titular do Poder, que é o povo, possa delas inteirar-se. Admitir sigilo em questões que digam respeito ao interesse coletivo constitui violência ao Estado Democrático de Direito e à garantia do direito humano fundamental de acessar a informação. E toda negociação internacional intentada pela Administração Pública apenas pode respaldar-se na existência de um *interesse público* que a avalize e lhe seja antecedente, sendo inadmissível imaginar que esse interesse público que justificou a negociação deva ser mantido sob sigilo, ao menos como regra. Da mesma forma com as relações internacionais, cujas ações dos representantes do Estado Brasileiro devem ser claras e transparentes a ensejar sua análise pelo real titular do Poder, que é o povo, de modo que se tornam raras as situações nas relações internacionais onde o sigilo seja constitucionalmente admitido. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 364)

A exegese do dispositivo, portanto, não deve ultrapassar a determinação constitucional estabelecida no inciso XXXIII do art. 5º da Lei Maior de que a regra é a transparência da atuação estatal, apenas se justificando restrição quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; o adjetivo utilizado pelo constituinte, imprescindível, não pode ser desprezado pelo interprete desatento. O alargamento das situações que seriam indispensáveis à segurança social e estatal constitui burla à garantia do direito humano fundamental de acessar a informação, viola a cidadania e fulmina os princípios do Estado Democrático de Direito. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 365)

Outra situação. Imaginemos, hipoteticamente, a negociação realizada por entidade da Administração Pública com Estado estrangeiro para, por exemplo, exploração de recursos naturais ou mesmo firmar troca de conhecimento técnico-científico. O interesse coletivo é acachapante, e dele decorre a obrigação de publicizar essa atuação, realizada em nome do interesse público nacional. O sigilo, aqui, seria absurdo, porque não há imprescindibilidade para a segurança, seja da sociedade, seja do Estado, e a Carta Magna exige a presença de ambas. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 365)

Na verdade, o que o justifica o sigilo não é o mero desejo do legislador ordinário ou do agente público, e sim a existência das situações estabelecidas no Texto Constitucional. A regulamentação de dispositivo constitucional não transfere ao legislador ordinário aptidão para restringir o alcance da liberdade de informação.

Determina o inciso IV sigilo quando a informação “oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País”. O objetivo é resguardar a segurança nacional.

Não basta que a informação tenha relação com questões financeiras, econômicas ou monetárias. É a estabilidade que se procura defender, e apenas e tão só quando constituir hipótese de “elevado risco” de macular a estabilidade é que se justifica a restrição da informação.

A redação do dispositivo não foi feliz.

Conjecturemos, hipoteticamente, que o Estado gaste mais do que arrecada; e imaginemos, ainda, que gaste mal esses recursos. Não há dúvidas que essa situação perdulária e irresponsável da Administração Pública resultará em instabilidade financeira, econômica e monetária. Logo, numa análise singela do enunciado, poderia resultar em óbice para sua divulgação? Evidente que não, porque não é a informação a geratriz da instabilidade, mas sim o que a motivou, ou seja, a ação estatal de gastar mal e mais do que arrecada.

Dessarte, *não é qualquer informação que tenha o potencial de gerar instabilidade financeira, econômica ou monetária que deve ser sigilosa*, ainda que imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Admitir o sigilo, aqui, importaria respaldar maus gestores do interesse público impedindo que o real titular do Poder, o povo, tenha acesso a essas informações. O sigilo, pois, violaria a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito inseridos nos

incisos II e III do art. 1º da Constituição Federal. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 367)

Diferente a situação, por exemplo, da adoção de um “plano econômico” ou de controle de preços de determinado bem ou produto. Nestes casos, o sigilo da informação é imprescindível para a própria eficácia da medida. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 367)

Dito de outro modo, somente quando a instabilidade financeira, econômica ou monetária resultante da informação não for consequência de ação anterior da Administração Pública se pode cogitar em restrição no acesso a informações, sobretudo com relação à adoção de medidas de impacto social, nas quais a divulgação das ações que seriam implementadas poderia ter o condão mesmo de inviabilizá-las. Entrementes, se a informação for relacionada ao comportamento da Administração Pública, revelando desídia e incúria dos administradores, constitui um mal menor à sociedade a transparência o quanto antes dessa situação nefasta. De toda sorte, diante do caso concreto, devem se revelar imprescindíveis à segurança da sociedade e imprescindíveis à segurança do Estado. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 367-368)

É a segurança nacional que se busca proteger no inciso V, que impede a transparência da informação que possa “prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas”.

O conceito de Forças Armadas é apresentado no *caput* do art. 142 da Carta Política, que diz:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

O Chefe Supremo das Forças Armadas é o Chefe do Poder Executivo Federal, ou seja, o Presidente da República. Elas se destinam “à defesa da Pátria” e “à garantia dos poderes constitucionais”, e por iniciativa do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, lhes cabema garantia “da lei e da ordem”.

Por conta disso, quaisquer planos ou operações estratégicas pretendidas pelas Forças Armadas apenas se justificam se requeridas pelo Presidente da República, representante do

Poder Executivo, ou pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário para garantir a lei e a ordem.

Planos e operações ordinárias, realizadas no âmbito *interna corporis*, justificam o sigilo, porque não fogem da esfera esperada de sua atuação e são imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade, pois lhes tornam aptas ao desempenho de suas atribuições. Planos e operações extraordinárias, todavia, merecem detida atenção.

Imaginemos, hipoteticamente, que um País vizinho busque realizar uma operação conjunta entre as Forças Armadas para combater o tráfico de drogas. Nesse caso, com a autorização do Presidente da República, o sigilo dos detalhes da operação é necessário para assegurar sua viabilidade; mas apenas os *detalhes* devem ser sigilosos, nunca a operação em si, de modo que a quantidade de efetivo deslocado, equipamentos utilizados e custo para os cofres públicos constituem exemplos de informações que não interferirão no resultado da ação e devem ser disponibilizadas. Sigilo, portanto, apenas da parte da informação que se revelar *imprescindível* à segurança do Estado e à segurança da sociedade.

Noutro exemplo, também hipotético, conjecturemos que seja decidido pelo Estado deslocar tropas para o estrangeiro em missão humanitária ou de apoio. Neste caso, não há se falar que a transparência da atuação das Forças Armadas possa prejudicar ou causar risco aos seus planos ou operações estratégicas, primeiro, porque se trata de uma *atuação extraordinária* e, depois, por constituir *atividade estranha* àquelas estabelecidas no art. 142 do Texto Constitucional. Ademais, a existência de Forças Armadas se justifica para atender a necessidade do real titular do Poder, que é o povo, de defender-se de *agressões alienígenas e da ruptura dos poderes constitucionais*. Nesta hipótese, inexistente a imprescindibilidade necessária à segurança social e estatal para justificar o sigilo. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 368-369)

A última situação relacionada à segurança estatal é a contida no inciso VII, que restringe informação que possa “pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares”.

A Lei não define, contudo, quais as Instituições ou quais seriam as autoridades consideradas elevadas. Por conta disso, e por se tratar de situação que justifique exceção à regra de transparência da atuação da Administração Pública, o sentido a ser considerado é o menos amplo possível, limitando-se às autoridades e instituições relacionadas com o art. 2º da Constituição Federal, de modo que apenas aquelas relacionadas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sejam nacionais ou alienígenas. Essa interpretação não viola prerrogativas conferidas a outras Instituições, como Ministério Público e Defensoria Pública, porque não se pode amplificar o que deve ser considerado, sempre, restritivamente. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 369)

Ademais, não basta ser a Instituição de qualquer dos Poderes da República, ou a pessoa a ela relacionada para que se avalize a restrição da informação. Isso porque a informação ainda tem de ser tal que tenha o potencial de colocar em risco a autoridade, seus familiares, ou a própria Instituição. Mas o ponto mais importante é que, da mesma forma como acontece na hipótese do inciso IV do art. 23 da Lei nº 12.527, a constitucionalidade deste inciso VII impõe que informação que se pretenda obstar não tenha relação com a

atuação da Administração Pública porque, se houver, ela não pode ser retida (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 369-370).

Suponhamos, hipoteticamente, que haja conhecimento público de inúmeras situações de má gestão da Administração Pública Federal relacionadas diretamente com o chefe do Poder Executivo aptas a gerar instabilidade política muito forte. Uma interpretação singela do inciso VII do art. 23 da Lei nº 12.527 resultaria no equívoco de se permitir o sigilo desses fatos, ou de sua apuração, porque é a Presidência da República a Instituição acusada. Nada mais agressivo à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito presentes nos incisos II e III do art. 1º da Carta Maior.

Tomemos outro exemplo apenas para melhor identificação do que não se pode cercear ao conhecimento do real titular do Poder do Estado, que é o povo. Ainda hipoteticamente, imaginemos que um Tribunal de Justiça de determinado Estado esteja envolto em inúmeras irregularidades e ilegalidades, como venda de sentenças e envolvimento com crime organizado, e que vários dos seus membros, inclusive o presidente e o vice, sejam sumariamente afastados de suas funções. Não há dúvidas que o Poder Judiciário dessa Unidade da Federação, bem como os magistrados envolvidos, estarão em risco com a divulgação dos fatos e ações objeto de investigação; é a Justiça que estará desacreditada, se comprovadas as afirmações. Mas aqui também não se pode cercear o direito coletivo que garante a todos o direito de inteirar-se sobre o que ocorre nessa Corte; pensamento diverso violaria a plenitude constitucionalmente assegurada do direito humano fundamental de se acessar a informação.

Para finalizar, conjecturemos uma situação na qual um Chefe de Estado estrangeiro, que ascendeu ao poder por meio diverso daquele até então previsto em seu ordenamento jurídico, contumaz violador dos direitos humanos e que se mantém no cargo por meio do extermínio massivo de seus opositores políticos e religiosos, pretenda visitar o Brasil com sua família. É constitucionalmente possível ao Estado brasileiro, com fundamento no que dispõe o inciso VII do art. 23 da Lei nº 12.527, declarar sigilo de todas as informações relacionadas à visita, alegando risco à segurança desse indesejado visitante e de seus familiares? Evidente que não. O risco à segurança, aqui, tem como causa a conduta desse visitante anterior à sua chegada ao Brasil, de modo que prevalece o interesse coletivo na publicidade de todas as informações relacionadas à estadia, sobretudo se o escopo de sua vinda estiver relacionado a interesses de Estado. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 370)

De toda sorte, diante de uma situação concreta, é indispensável que a informação seja imprescindível concomitantemente à segurança do Estado e da sociedade.

Discorre o inciso III ser sigilosa a informação que possa “pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população”. Aqui, o sigilo se justifica na defesa da sociedade.

Não é qualquer informação potencialmente danosa à vida, à segurança ou à saúde pública que pode ser bloqueada. A aplicação *ipsis litteris* do dispositivo, é indubitável, agride de maneira obtusa a amplitude da cidadania e da dignidade da pessoa humana, desejadas pelo legislador constituinte como fundamentos do Estado Democrático de Direito nos incisos II e III do art. 1º da Carta Política. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 371)

Como regra geral, até mesmo informações que possam por em risco a vida, a segurança ou a saúde das pessoas devem ser franqueadas a quem delas quiser ter acesso (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 371).

Pensemos numa situação hipotética, na qual um grupo terrorista formado por criminosos condenados se insurja nas penitenciárias de um Estado-membro qualquer e, de maneira orquestrada, passe a produzir uma série de atentados em diversos municípios, queimando ônibus, viaturas e automóveis, explodindo bancos e postos policiais, principalmente, e fuzilando policiais e seus familiares aleatoriamente. Poderia a Administração Pública buscar refúgio no inciso II do art. 23 da Lei nº 12.527 para, alegando proteger a população de um pânico ainda mais nocivo à vida social, cercear informações que digam respeito a essas ações? Evidente que não. Primeiro porque é a falta de informação grande geratriz da sensação de insegurança, de modo que, por pior que sejam os fatos, eles devem chegar ao conhecimento público por fontes oficiais, porque pelas inoficiais sempre haverá a possibilidade de dúvidas quanto à veracidade de seu conteúdo, resultando numa insegurança social ainda maior ou, no mínimo, em desinformação que não se presta ao esclarecimento. Em segundo, porque é direito do real titular do Poder, o povo, de ter acesso a informações sobre fatos relevantes da vida social, mormente quando digam respeito à atuação da Administração Pública, a quem compete assegurar a proteção dos direitos fundamentais, dos quais a vida e a segurança são indissociáveis, cuja prestação deficiente ou ineficiente pode acarretar na responsabilização do próprio Estado e, conseqüentemente, repercutir no erário. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 371-372)

Sobre a relevância da legalidade em um Estado Democrático, oportuno escólio de Carbonell (2006, p. 431):

Ao terrorismo se deve combater dentro da legalidade; podemos discutir se o marco jurídico que possuímos seja ou não suficiente para enfrentar o desafio terrorista, mas não razoável supor que, ante a estratégia do medo, devamos abandonar mais de dois séculos de civilização constitucional. À pergunta de que se pode, sob uma circunstância limite, torturar para obter alguma confissão, a resposta sempre, sempre, e sem exceção alguma, deve ser negativa. Quando um Estado democrático cede à tentação de torturar um detento se transpassa a linha que o separava dos terroristas, e se perde sua principal arma de diferenciação: a legitimidade que lhe dá o apego a certos valores, encarnados em boa medida em um ordenamento jurídico⁶.

Para amparar constitucionalmente o sigilo em uma sociedade onde imperam o Direito e a Democracia, portanto, a informação deve ser imprescindível à segurança da sociedade e também imprescindível à segurança do Estado.

Considera o inciso VI ser sigilosa a informação que “prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional”.

Não basta que a informação possa tão só “prejudicar ou causar risco”, mas sim que seja imprescindível à segurança da sociedade e imprescindível à segurança do Estado. Isso

⁶ Tradução nossa.

porque nem todo “projeto de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico”, ou outras “áreas de interesse estratégico nacional”, possuem intrinsicamente essa característica, que não pode ser simplesmente presumida pelo legislador ordinário sob pena de diminuir o alcance do direito humano fundamental à informação. Dito de outro modo, é preciso aferir se a informação, num caso concreto, é dotada da potencialidade de ser imprescindível à segurança do Estado e da sociedade porque, se não possuir essa característica que a torna especial, deve prevalecer a regra que é a publicidade; a consequência é que dificilmente uma situação real preencha os pressupostos constitucionais que amparam o segredo. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 373)

Como exemplo, imaginemos hipoteticamente uma estatal nacional, que atue no ramo de petróleo e derivados, iniciar pesquisas e estudos para atuar em grandes profundidades no oceano, na camada de pré-sal. Há inegável interesse estratégico nacional nessa empreitada. Entretanto, esse interesse não é tamanho a justificar a restrição do acesso à informação. Essa informação não é imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado, ainda que possa representar interesses da sociedade e do Estado. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 373)

O inciso VIII dispõe ser sigilosa a informação que “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”.

O dispositivo tem aplicação nas atividades desenvolvidas pelas polícias, seja militar, civil ou federal, e órgãos de inteligência, como a ABIN⁷. Entretanto, é possível que haja atividade de inteligência, de investigação ou de investigação em outras áreas da Administração Pública, porque a prevenção ou repressão pretendida pode ser, por exemplo, na seara administrativa, com consequências ou não no aspecto criminal. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 374)

Daí porque o legislador estabeleceu que as atividades de inteligência, de investigação e de fiscalização devem apenas relacionar-se com a prevenção ou com a repressão de infrações, pouco importando as infrações prevenidas ou reprimidas estão no campo criminal, administrativo, civil etc (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 374).

Da mesma forma que nas hipóteses anteriores, contudo, aqui também deve incidir a valoração compensatória, de modo a selecionar tão só as situações nas quais o sigilo seja

⁷ A ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) foi criada pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e é o órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin). A ela compete a execução da Política Nacional de Inteligência e a integração dos trabalhos dos órgãos setoriais de Inteligência nacionais, tendo por finalidade “fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional” (art. 1º).

imprescindível à segurança do Estado e à segurança da sociedade. Em todas as demais a publicidade ampla e irrestrita é protegida pela garantia prevista no inciso XXXIII do art. 5º da Carta Política, que tutela o direito humano fundamental à informação. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 373)

Uma especificidade, porém, deve ser destacada. Ainda que as atividades desenvolvidas pelo órgão ou entidade não sejam imprescindíveis à segurança estatal e social, devem ser sigilosas, pela sua própria natureza, até o momento que sejam formalmente materializadas. Depois de consubstanciada a operação, sigilo apenas se houver amparo constitucional.

Tomemos exemplos: (i) A *vigilância sanitária* pretende verificar as instalações de padarias em um determinado município; se houver a divulgação prévia dessa atividade de fiscalização, evidente que o efeito surpresa pretendido será prejudicado, inviabilizando o sucesso da operação. (ii) A *polícia rodoviária* pretende realizar minuciosa operação em todos os veículos que circularem a via durante um determinado horário; se houver divulgação antecipada dessa operação policial, evidente que os efeitos desejados não serão alcançados. (iii) Iniciado um *inquérito policial* para apuração de crime, são autorizadas pela Justiça interceptações telefônicas de suspeitos; se houver a transparência prévia dessa interceptação, evidente que os interlocutores, com o conhecimento antecipado da interceptação, deixarão de revelar as informações pretendidas pelos policiais. (destaques no original) (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 374-375)

Destarte, dos resultados produzidos pelas atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização é que se deve aferir a existência ou não de condição apta a mantê-los sigilosos. A regra, necessária para garantir transparência na atuação dos agentes públicos e assegurar ao real titular do Poder do Estado, o povo, o pleno conhecimento dos fatos, é a publicidade; apenas e tão só os fatos considerados imprescindíveis à segurança da sociedade e à segurança do Estado comportam segredo.

5. CONCLUSÃO

A garantia do direito humano fundamental de acessar informações não pode ser tolhida por normas infraconstitucionais, porque nem mesmo emenda à Constituição pode ampliar as hipóteses onde expressamente o constituinte de 1988, no exercício do Poder Originário, entendeu pertinente o sigilo, cujo rol exaustivo foi consignado na parte final do inciso XXXIII do art. 5º. Direitos fundamentais podem ser alargados, não diminuídos.

Disso resulta que os artigos 2º, parágrafo único, 22 e 23, presentes na Lei nº 12.527, porque diminuem a extensão do direito humano fundamental de acessar informação, colidindo

assim com o Texto constitucional, devem ser expungidos do ordenamento, reconhecida sua inconstitucionalidade, ou interpretados conforme a Constituição. No primeiro caso, a inconstitucionalidade não impediria o acesso às informações de interesse coletivo relacionadas à atuação da Administração Pública, porque da própria Carta Política se extrai a obrigação de transparência. No segundo caso, de interpretação conforme, a norma infraconstitucional seria mantida, mas o hermeneuta deve adequar a norma para que apenas das hipóteses imprescindíveis à segurança da sociedade conjuntamente com a segurança do Estado haja sigilo. Dessarte, não reconhecida a inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos, deles devem se depreender:

(a) Com relação ao artigo 2º e ao seu parágrafo único, a interpretação conforme a Constituição impõe a obrigação de prestar informações de interesse coletivo às pessoas, físicas ou jurídicas, tenham estas finalidade lucrativa ou não, que desempenhem atividades de interesse público ou que recebam qualquer vantagem ou ajuda estatal;

(b) Com relação ao artigo 22, que informações de interesse coletivo, relacionadas com a atuação da Administração Pública, tenham como limite apenas o disposto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição;

(c) Com relação ao artigo 23, que seja aplicada a valoração compensatória, porque não é a existência da imprescindibilidade à segurança social ou à segurança estatal que justificam o sigilo, e sim a simultaneidade de ambas as condicionantes, conjuntamente. E da forma como descritas pelo legislador ordinário, as hipóteses elencadas constituem exemplos de informações imprescindíveis à segurança social ou estatal, embora o constituinte de 1988 tenha estabelecido expressamente como rol taxativo para restringir a garantia do direito humano fundamental de acessar a informação de interesse coletivo relacionada, produzida ou custodiada pela Administração Pública a ocorrência simultânea tanto de uma quanto da outra.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Público, Privado e o Futuro do Estado no Brasil. Curitiba: s.n., 2003, **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**- Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, vol. 3.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. **Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999**. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9883.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

_____. **Lei nº 12.527, de 11 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 16 jul. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia. Curitiba: Juruá, 2006, **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**- anais do IX Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, vol. 10B.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**. Disponível em < http://www.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/constitucion_politica_2009.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2015.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: < http://www.cna.gov.co/1741/articles-311056_ConstitucionPolitica.pdf >. Acesso em: 07 ago. 2015.

_____. **Ley nº 1.712, de 6 de marzo de 2014**, por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones. Disponível em < <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESPAÑA. **Ley 19/2013, de 9 de diciembre**, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponível em < <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf> >. Acesso em: 06 ago. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público e Democracia. Curitiba: Juruá, 2005, **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**- anais do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, vol. 7.

PERU. **Constitución Política del Perú**. Disponível em < <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> >. Acesso em: 07 ago. 2015.

POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. **Lei de Acesso à Informação- manual teórico e prático**. Curitiba: Juruá, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.