

ano 14 - n. 56 | abril/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristiane Maurício
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Direito fundamental de acesso à informação

Ricardo Marcondes Martins

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Resumo: O direito fundamental ao acesso à informação, previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88, foi disciplinado pela Lei Federal nº 12.527/12, regulamentada pelo Decreto Federal nº 12.527/12. No Município de São Paulo foi regulamentada pelo Decreto Municipal nº 53.623/12. Estudaram-se as diversas restrições ao referido direito fundamental: primeiro, as restrições diretamente constitucionais; segundo, as restrições indiretamente constitucionais; as restrições indiretas alicerçadas em cláusulas de reserva expressa e as restrições indiretas alicerçadas em cláusulas de reserva implícita. Pretendeu-se apurar até que ponto o legislador infraconstitucional e o administrador excederam-se ao estabelecer restrições legais e regulamentares ao referido direito.

Palavras-chave: Acesso à informação. Restrições de direitos fundamentais. Cláusula de reserva expressa. Cláusula de reserva implícita. Competência regulamentar.

Sumário: 1 Direito ao acesso à informação e a teoria constitucional das restrições – 2 Restrições ao acesso à informação – 3 Conceito de informação – 4 Segurança da sociedade e do Estado – 5 Informações pessoais – 6 Restrições legais ao acesso – 7 Restrições regulamentares impróprias – Referências

1 Direito ao acesso à informação e a teoria constitucional das restrições

Nos termos do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, comando reiterado pelo constituinte no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216. Trata-se do direito fundamental ao acesso à informação, disciplinado pela Lei Federal nº 12.527, de 18.11.2012; regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 7.724, de 16.05.2012, e no Município de São Paulo pelo Decreto nº 53.623, de 12.12.2012.

Numa absoluta simplificação, toda norma jurídica estrutura-se da seguinte forma: $H \rightarrow C$ (se a hipótese, deve ser a consequência). A hipótese do direito fundamental é chamada de suporte fático e refere-se ao âmbito de proteção, àquilo que é

protegido, e à intervenção, àquilo contra o qual é protegido.¹ Tornaram-se correntes no direito constitucional duas teorias sobre o suporte fático: a teoria do suporte fático amplo e a teoria do suporte fático restrito. Pela primeira, o direito fundamental protege *prima facie* toda ação, estado ou posição jurídica que faça parte de seu âmbito temático. Noutros termos: tudo que estiver abrangido pelo conteúdo semântico do dispositivo subsume-se à hipótese do direito fundamental. Pela teoria restrita, certas ações, condutas ou situações jurídicas são, de plano, excluídas do âmbito de proteção ou do conceito de intervenção, apesar de compreendidas no âmbito temático ou no conteúdo semântico do texto constitucional.² Adota-se aqui a teoria do suporte fático amplo: *prima facie*, vale dizer, no plano abstrato, tudo que é semanticamente compreendido no texto “receber dos órgãos públicos informações sobre interesse particular, coletivo ou geral” está compreendido no âmbito de proteção do direito ao acesso à informação e toda conduta que impeça esse acesso está compreendido no conceito de intervenção.

Todos reconhecem em coro unísono inexistir direitos absolutos: há intervenções que são admitidas pelo Direito.³ Em relação a elas, apresentam-se duas teorias: a teoria interna dos direitos fundamentais e a teoria externa. Pela primeira, os direitos fundamentais são compreendidos como regras e, pois, como determinações no âmbito do fático e do jurídico;⁴ são, pois, normas definitivas.⁵ Para quem a adota não existem propriamente restrições, mas limites: o direito é o resultado da leitura global do ordenamento jurídico; toda regra constitucional ou legislativa que restringe o âmbito de proteção extraído da hipótese de incidência do enunciado constitucional — e, pois, torna admissível uma intervenção ou, noutros termos, torna admissível o embaraço ao exercício do direito — estabelece, não uma restrição, mas os contornos do direito fundamental. Há, segundo os partidários da doutrina interna, limites

¹ Sobre os conceitos de suporte fático, âmbito de proteção e intervenção, vide, por todos: ALEXU. Teoria dos direitos fundamentais, p. 301 et seq.; SILVA. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 67 et seq.

² Sobre ambas, vide: ALEXU. Teoria dos direitos fundamentais, p. 307 et seq.; SILVA da. Direitos fundamentais, p. 79 et seq. Os dois autores são partidários da teoria do suporte fático amplo. Entre os partidários da teoria do suporte fático restrito, destaca-se MÜLLER. Teoria estruturante do direito, p. 192 et seq. Pela metódica estruturante de Müller, a norma é composta de duas partes: programa normativo e âmbito normativo; a primeira refere-se à compreensão do texto normativo a partir dos métodos hermenêuticos conhecidos; a segunda refere-se aos aspectos da realidade que o programa normativo incorpora em sua disciplina. Cf. MÜLLER. Métodos de trabalho do direito constitucional, p. 56 et seq. Vale dizer: o sentido e o alcance do texto são obtidos pela análise hermenêutica do próprio texto (programa) e da realidade perante a qual ele é estabelecido (âmbito). Diante disso, muitos aspectos que se subsumiriam à redação do dispositivo (ao programa normativo) são de plano afastados pelo âmbito normativo. Resultado: Müller defende a adoção de um suporte fático restrito.

³ Por todos, afirma o benemérito José Horácio Meirelles Teixeira: “não existe liberdade absoluta, ilimitada, indiferente ao Bem Comum” (Curso de direito constitucional, p. 708). E pouco adiante: “essa relatividade dos direitos individuais, esta necessidade, que lhes é inerente, de adaptarem-se aos direitos dos demais indivíduos e ao Bem Comum, torna-se mais aguda, mais imperativa, no Estado Social” (idem, p. 709).

⁴ O conceito de regra é de Alexy (Teoria dos direitos fundamentais, p. 91).

⁵ Idem, p. 103 et seq.

imanentes, extraídos do próprio texto constitucional, e limites extraídos dos textos legislativos: ambos indicam os contornos da norma de direito fundamental.⁶

Pela teoria externa, os direitos fundamentais são compreendidos como princípios: como mandados de otimização no âmbito do fático e do jurídico.⁷ São, pois, normas *prima facie*: asseguram no plano abstrato a máxima proteção possível.⁸ Ao lado da norma que estabelece o direito *prima facie*, encontram-se no ordenamento outras normas jurídicas, que restringem esse direito. Para quem adota a teoria externa, existem autênticas restrições aos direitos fundamentais.⁹ Num primeiro contato com as teorias, pode-se supor uma vinculação entre, de um lado, a teoria do suporte fático restrito e a teoria interna e, de outro, a teoria do suporte fático amplo e a teoria externa. Contudo, inexistente vinculação entre elas: é perfeitamente possível a adoção concomitante da teoria restrita e externa e da teoria ampla e interna.¹⁰ Adota-se aqui a teoria ampla e a teoria externa: além da norma-princípio de direito fundamental, que estabelece uma proteção *prima facie*, há as normas-regra, que estabelecem restrições no plano abstrato (*prima facie*) e no plano concreto (definitivas).

A adoção da teoria do suporte fático amplo e da teoria externa não se baseia num caprichoso gosto subjetivo. Teorias científicas não devem ser escolhidas do mesmo modo que se escolhe o sabor de um sorvete: baunilha ou chocolate, teoria "A" ou teoria "B". Ao se admitir como positivada a proteção *prima facie* de todas as situações jurídicas abarcáveis pelo conteúdo semântico do dispositivo constitucional e o afastamento *prima facie* de todas as intervenções sobre essas situações, e ao se distinguir essa norma das normas que restringem a proteção e admitem a intervenção, possibilita-se de modo muito mais efetivo o controle no estabelecimento das normas restritivas. A diferença prática entre as teorias está exatamente nisto: as teorias restrita/interna dificultam o controle ao negarem a existência de um direito previamente garantido; para os partidários da teoria restrita, certas condutas são, de plano, extraídas da proteção constitucional, e para os que adotam a teoria interna, a proteção constitucional só se configura a partir da leitura de toda as normas constitucionais e legislativas.

⁶ Sobre a teoria interna dos direitos fundamentais, vide, por todos: ALEXU. Teoria dos direitos fundamentais, p. 276 et seq.; SILVA. Direitos fundamentais, p. 127 et seq. Um dos mais famosos partidários da teoria interna é Peter Häberle (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 56-57).

⁷ O conceito de princípio é de Alexy (Teoria dos direitos fundamentais, p. 90). A palavra princípio é ambígua na Ciência do Direito. Muitos a utilizam para denominar os elementos estruturantes do sistema jurídico, núcleos aglutinadores das regras, cuja função principal é fazer com que o conjunto normativo seja um ordenamento, um sistema, dotado de racionalidade e coerência; e muitos a utilizam para denominar as normas que determinam a realização de ponderação, que positivam valores. Conforme sustentamos em outra oportunidade, as propostas não são excludentes: sem o primeiro significado (princípio-mandamento nuclear) não há Ciência do Direito, sem o segundo (princípio mandamento de otimização) não há aplicação correta do Direito. (Cf. nosso Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado, p. 21-31).

⁸ Cf. ALEXU. Teoria dos direitos fundamentais, p. 103 et seq.

⁹ Sobre a teoria externa vide, por todos: ALEXU. Teoria dos direitos fundamentais, p. 276 et seq.; SILVA. Direitos fundamentais, p. 127 et seq. Ambos são partidários da teoria externa.

¹⁰ É o que esclarece com muito didatismo SILVA. Direitos fundamentais, p. 158-159.

Como nesta exposição adotam-se as teorias ampla e externa, tudo que restrinja a obtenção de informações dos órgãos públicos sobre interesse particular, coletivo ou geral configura restrição ao direito fundamental ao acesso e exige fundamentação. Pretende-se aqui identificar todas as restrições enunciadas pelos agentes normativos e verificar sua validade.

2 Restrições ao acesso à informação

Aditem-se quatro tipos de restrições. Duas diretamente constitucionais: a) restrições estabelecidas por regras constitucionais; b) restrições estabelecidas por princípios constitucionais. E duas indiretamente constitucionais: c) restrições estabelecidas por regras legislativas, a partir de cláusula de reserva expressa na Constituição; d) restrições estabelecidas por regras legislativas a partir de cláusulas de reserva implícita na Constituição.¹¹ A Constituição brasileira estabeleceu expressas restrições ao acesso à informação: não serão fornecidas “informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (restrições diretamente constitucionais estabelecidas em regras constitucionais). Por outro lado, não há cláusula de reserva explícita em relação a ele: ao contrário do que fez, por exemplo, no inciso XIII do art. 5º, o constituinte não previu expressamente a competência para o legislador estabelecer em lei restrições ao acesso (não foram admitidas restrições indiretas baseadas em cláusula de reserva expressa). O constituinte deixou expressamente ao encargo do legislador apenas a definição do prazo para prestação das informações, o que tecnicamente configura uma conformação e não uma restrição ao direito fundamental — há conformação do direito fundamental quando a norma constitucional atribui ao legislador o encargo de definir o próprio conteúdo do direito fundamental.¹²

Uma rápida leitura do texto constitucional deixa claro que, independentemente da ponderação legislativa, outros valores constitucionais impõem restrições ao acesso, dentre eles os previstos no inciso X do art. 5º, vale dizer, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Esquemáticamente, representando o direito ao acesso por “P1” e os valores mais pesados ao direito ao acesso por “P2”, sempre que “P2 > P1”, configurar-se-á uma restrição diretamente constitucional baseada em princípios constitucionais.

Mesmo quando não consta cláusula de reserva expressa,¹³ o legislador possui competência para, à luz da ponderação dos princípios constitucionais por ele

¹¹ Sobre as quatro espécies vide, por todos: ALEXY. Teoria dos direitos fundamentais, p. 285-295.

¹² Por todos, vide: MENDES. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES; COELHO; BRANCO. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 215-217. Há quem negue o instituto: para Virgílio Afonso da Silva toda conformação consiste numa autêntica restrição (Direitos fundamentais, p. 180-181).

¹³ São exemplos de cláusula de reserva expressa previstas no art. 5º da Constituição: “nos termos da lei” constante do inciso VII; “que a lei estabelecer” constante do inciso XIII; “nos termos da lei” constante do inciso XV.

efetuada no plano abstrato, fixar em lei restrições ao direito fundamental. São as chamadas restrições indiretamente constitucionais baseadas em cláusula de reserva implícita. Pode-se indagar: se são possíveis restrições legislativas mesmo que não expressamente autorizadas, qual a razão de ser das cláusulas de reserva expressa? Há diferença dogmática importante: quando há uma cláusula de reserva expressa, a imposição da restrição é reforçada pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte.¹⁴

Aliás, a teoria dos princípios formais é fundamental para correta compreensão das restrições legislativas, sejam as decorrentes de cláusula de reserva expressa, sejam as decorrentes da cláusula de reserva implícita. Muitas vezes, no plano abstrato, no exame do texto constitucional, não há como afirmar, independentemente das divergências próprias do pluralismo político, que “P2” tem mais peso que “P1” ($P1 \cong P2$). Contudo, levando-se em conta a discricionariedade legislativa e o peso do princípio formal que a fundamenta, é possível que “P1” seja afastado. Esquemáticamente: $P2 + Pfl > P1$, sendo que “Pfl” é o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador. As restrições fundamentadas nesse princípio formal são autênticas restrições legislativas. Nos termos expostos, quando há cláusula de reserva expressa, a restrição é reforçada pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário ($P2 + Pfl + Pfc > P1$); quando não há cláusula de reserva expressa, inexistente esse reforço argumentativo. Quando, no plano abstrato, o peso do direito fundamental restringido é maior do que o peso dos valores que justificam a restrição legislativa ($P1 > P2 + Pfl$), esta é inconstitucional.

Conforme exposto, quando o constituinte enuncia em uma regra constitucional uma restrição a um direito fundamental, há uma restrição diretamente constitucional baseada em regra. Por trás de toda regra existe um princípio, ou melhor, um valor positivado.¹⁵ No caso, quando o constituinte enuncia uma regra de restrição, ele deixa consignado no sistema o resultado de sua ponderação no plano abstrato. Noutros termos, o próprio constituinte constatou que os valores contrários ao direito fundamental são mais pesados do que os valores concretizados pelo referido direito ($P2 > P1$) e, ao fazê-lo, reforçou esse resultado com o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário ($P2 + Pfc > P1$, sendo que “P2 + Pfc” consiste numa regra constitucional “Rc”). Assim, restrições diretamente constitucionais decorrentes de regras constitucionais podem ser representadas por “Rc” ou por “P2 + Pfc”.

¹⁴ Sobre a teoria dos princípios formais vide nosso Abuso de direito e constitucionalização do direito privado (p. 39-44). Um princípio formal aumenta, no plano abstrato, o peso de um princípio material. Existem cinco princípios formais fundamentais, que têm a missão de fundamentar a competência discricionária dos agentes públicos e a liberdade dos particulares: princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário (Pfc); do constituinte derivado (Pfd); do legislador (Pfl); da Administração (Pfa); e do particular (Pfp).

¹⁵ Cf. nosso Efeitos dos vícios do ato administrativo, p. 30; Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado, p. 18.

Muitas vezes, pela ponderação dos princípios constitucionais, independentemente do peso de qualquer princípio formal, seja do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte — não há regra constitucional ($\emptyset Rc$) —, seja do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador — independente, pois, de regra legislativa —, o direito fundamental tem, no plano abstrato, um peso menor do que outros valores constitucionais ($P2 > P1$). Eis as restrições diretamente constitucionais decorrentes de princípios constitucionais. Nesses casos, cabe, na falta de regra abstrata, à Administração ou ao Judiciário, à luz dos casos concretos, reconhecer a existência dessas restrições. Isso gera dois inconvenientes. Como a enunciação da restrição só ocorre numa norma concreta, a certeza de sua existência só surge à luz do caso concreto, o que contraria a segurança jurídica. Ademais, essa enunciação depende do acerto dos agentes administrativos e judiciais e, como eles são seres humanos, estão sujeitos a erro. Por vários motivos (não ocorrência de impugnação, trânsito em julgado, etc.), os erros podem ser assimilados pelo sistema e, diante disso, resultarem em decisões distintas, o que contraria a igualdade. Daí uma diretriz importante no sistema: sempre que o resultado de uma ponderação de princípios constitucionais for vinculante, isto é, independe da divergência de opinião, do pluralismo e, pois, dos princípios formais que justificam as competências discricionárias, esse resultado deve ser fixado numa norma abstrata, em respeito à segurança jurídica e à igualdade. Justamente por isso, muitas das restrições estabelecidas pelo legislador não são propriamente restrições legislativas, alicerçadas no princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador (Pfl), mas, sim, a enunciação pelo legislador de restrições diretamente constitucionais baseadas em princípios.

Há, assim, restrições legislativas próprias e restrições legislativas impróprias. Enquanto aquelas decorrem da competência discricionária do legislador, estas não se apoiam nessa competência: são simples enunciação legislativa de uma imposição do texto constitucional. Nas restrições legislativas impróprias, a ponderação no plano abstrato dos princípios constitucionais é vinculante. Vale dizer: trata-se, na verdade, de uma restrição diretamente constitucional baseada em princípios constitucionais que, em homenagem à segurança jurídica e à igualdade, é enunciada pelo legislador. A regra legislativa (" Rl ") na verdade traduz algo que é imposto pela Constituição ($P2 > P1$) e não algo que depende da discricionariedade do legislador ($P2 + Pfl > P1$). Caso o legislador se omitisse ($\emptyset Rl$), essa restrição seria impositiva.

Muitas vezes o legislador se omite e não enuncia a restrição imprópria. Como se trata de uma imposição do texto constitucional e a inexistência de regra abstrata viola a segurança e a igualdade, está o Poder Executivo autorizado, nesses casos, a enunciar a restrição num regulamento. São regulamentos executivos não da lei, mas da Constituição.¹⁶ Trata-se de restrições regulamentares impróprias: não se

¹⁶ Sobre eles vide nosso Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, p. 110-112.

apoiam na competência discricionária da Administração; são, na verdade, restrições diretamente constitucionais baseadas em princípios constitucionais enunciadas pelo Executivo em regulamento administrativo, diante da omissão legislativa, por exigência da segurança jurídica e da igualdade.

Aliás, o sistema jurídico não admite restrições a direitos fundamentais alicerçadas na discricionariedade administrativa, isto é, no princípio formal que dá primazia às ponderações da administração ($P2 + Pfa > P1$). Se os pesos de "P1" e "P2" forem mais ou menos equivalentes ($P1 \cong P2$), o peso deles não pode ser reforçado pelo princípio que dá primazia às ponderações administrativas (Pfa). Com efeito: restrições administrativas próprias são inconstitucionais. Restrições administrativas impróprias só podem ser enunciadas em regras administrativas abstratas quando, no plano abstrato, de modo vinculante, os princípios opostos ao direito fundamental forem mais pesados que ele. Pode acontecer que a superioridade dos pesos só se verifique à luz das circunstâncias do caso concreto. Nesse caso, a enunciação da restrição só será efetuada na norma concreta. Tratar-se-á, enfim, de restrição diretamente constitucional baseada em princípios constitucionais e reconhecida por ato administrativo ou jurisdicional. Após essa análise, possível se torna verificar as restrições ao acesso à informação estabelecidas na Lei Federal nº 12.527/11, no Decreto Federal nº 7.724/12 e no paulistano nº 53.623/12.

3 Conceito de informação

O direito previsto no inciso XXXIII do art. 5º assegura o acesso à informação de órgãos públicos. E o que é informação? O legislador conceituou-a no inciso I do art. 4º da Lei Federal nº 12.527/11 como: "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato". O conceito foi reproduzido no inciso I do art. 3º do Decreto Federal nº 7.724/12 e no inciso I do art. 6º do Decreto paulistano nº 53.623/12. Informação é, aí, algo que existe nos quadros administrativos, que a Administração possui no momento em que é protocolado o pedido, algo, enfim, contido em algum meio, suporte ou formato. Exclui-se do direito ao acesso o fornecimento de dados que a Administração não disponha. Coerentemente, o legislador denominou esse direito fundamental de direito ao acesso à informação e não de direito à informação. Ao enunciar o significado de informação para os fins do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, está o legislador, para os partidários da teoria restrita, apenas enunciando o suporte fático do direito fundamental ao acesso; para os que adotam a teoria interna dos direitos fundamentais ou diferenciam conformação legislativa de restrição legislativa, está o legislador conformando o direito; e para os que adotam a teoria restrita do suporte fático e negam a diferenciação, o legislador estabeleceu verdadeira restrição.

Seja como for, o dispositivo é válido: não se confundem o direito fundamental à informação, previsto no inciso XIV do art. 5º da Constituição, com o direito ao acesso à informação, previsto no referido inciso XXXIII. O direito geral de liberdade compreende vários direitos específicos, dentre eles o direito de expressão do pensamento (inciso IV do art. 5º da CF) e o direito de informação (inciso XIV), que, por sua vez, compreende três direitos: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.¹⁷ A “informação” do direito fundamental à informação tem significado próximo à liberdade de informação jornalística, referida no §1º do art. 220 da CF/88. Compreende a notícia e a crítica.¹⁸ Por óbvio, o direito à informação diz respeito à liberdade para obter dados que não constem de prontuários, documentos ou registros, sejam públicos ou privados. Compreende o direito de se inteirar de fatos até então desconhecidos.

Não se confundem, portanto, o direito à informação, direito à liberdade e, pois, direito de defesa, com o direito ao acesso à informação, direito à ação estatal positiva. Como afirma Martin Borowski, do ponto de vista formal, os direitos de defesa dizem respeito a uma omissão estatal e os direitos de prestação a uma ação estatal; do ponto de vista material, os direitos de defesa asseguram ao indivíduo uma esfera de livre intervenção estatal, ainda que exijam do Estado prestações necessárias à garantia de intangibilidade a essa esfera (estabelecimento e manutenção, v.g., do aparato policial e judicial que permitam aos indivíduos obter, ainda que por meio da coerção estatal, o respeito a sua esfera de liberdade) e os direitos à prestação exigem uma atuação estatal positiva para o próprio gozo do direito, independente da ordem jurídica infraconstitucional e das atuações estatais anteriores.¹⁹ Assim, ambos dependem de atuação do Estado, mas em diferente medida: os direitos de defesa exigem do Estado o implemento das condições institucionais para a efetivação da defesa, os direitos à prestação exigem a prestação estatal referida no suporte fático.²⁰ Dito isso, é indiscutível: o direito à informação previsto no inciso XIV do art. 5º é típico direito de defesa e, implementadas as condições institucionais, exige do Estado uma abstenção, o direito ao acesso à informação previsto no inciso XXXIII do mesmo art. 5º é típico direito à prestação e exige do Estado o efetivo fornecimento dos dados. Informação num e noutro dispositivo tem significados diferentes. No primeiro refere-se a qualquer notícia e crítica; no segundo refere-se aos dados que o Estado possua.

¹⁷ Cf. CANOTILHO; MOREIRA. Constituição da República Portuguesa anotada, p. 573.

¹⁸ Em notável monografia sobre o tema, Vidal Serrano assim as conceitua: “Por notícia pode-se entender toda nota, ou anotação, sobre fato ou pessoa. Em suma, são aqueles fatos cujo conhecimento é necessário para que o indivíduo tenha concreta participação na vida coletiva de determinada sociedade” (A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 38). E pouco adiante: “O segundo componente da informação, como já frisado, é a crítica. Esta, com efeito, é o exame valorativo, em que se apontam a perfeição e as deficiências do fato noticiado” (Idem, p. 39).

¹⁹ BOROWSKI. La estructura de los derechos fundamentales, p. 111-115.

²⁰ Sobre a exigência de prestação estatal em relação aos direitos de defesa, vide SILVA. Direitos fundamentais, p. 231 et seq.

Trata-se, certamente, da principal restrição ao direito fundamental ao acesso à informação: o administrado só tem, pelo inciso XXXIII do art. 5º da CF/88, direito de obter do Estado dados que este possua. O administrado pode até ter direito a dados não disponíveis para o Estado, mas por outro fundamento (um vínculo contratual, outro dever constitucional, o próprio direito a ser informado, etc.). O direito ao acesso à informação decorrente do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição e disciplinado na Lei Federal nº 12.527/11 diz respeito a dados que existem nos acervos da Administração. O Poder Público não é obrigado a fornecer pelo comando ora analisado dados que não possua.

4 Segurança da sociedade e do Estado

Nos termos dantes referidos, há apenas uma restrição diretamente constitucional prevista em regra constitucional: o risco à segurança da sociedade e do Estado. Essa restrição foi disciplinada pelo legislador nos artigos 23 a 30 da Lei nº 12.527/11, nos artigos 25 a 54 do Decreto Federal nº 7.724/12 e nos artigos 30 a 60 do Decreto paulistano nº 53.623/12. Pelo número de dispositivos percebe-se: é o aspecto central da disciplina legislativa. Em junho de 2009, a imprensa brasileira revelou que o Senado Federal, com fundamento nessa restrição constitucional, escusava-se de divulgar atos de nomeação e remuneração de pessoal, o que era de ululante invalidade.²¹ O caso ficou conhecido como escândalo dos “atos secretos do Senado” e incitou a edição da Lei Federal nº 12.527/11. Como a lei federal foi editada em decorrência desse escândalo, é compreensível que seu objeto principal seja a disciplina da restrição ao acesso em decorrência do risco à segurança da sociedade e do Estado. Ao disciplinar o assunto, o legislador buscou evitar os abusos até então cometidos.

O produto legislativo nesse tema foi lapidar. A informação que coloque em risco a segurança da sociedade ou do Estado deve ser classificada como ultrassecreta, secreta ou restrita, nos termos do art. 24 da Lei nº 12.527/11. A restrição ao acesso às ultrassecretas vigora pelo prazo máximo de 25 anos, às secretas pelo prazo máximo

²¹ Apenas a título de exemplo, menciona-se: Folha de São Paulo, sexta-feira, 12.06.2009, “Senado usa ato secreto para dar benefícios a servidores”, reportagem assinada por Adriano Ceolin e Maria Clara Cabral. Dois dias antes, em 10.06.2009, o jornal Estado de São Paulo publicou a seguinte notícia: “Atos administrativos secretos foram usados para nomear parentes, amigos, criar cargos e aumentar salários. Levantamento feito por técnicos do Senado nos últimos 45 dias, a pedido da Primeira-Secretaria, detectou cerca de 300 decisões que não foram publicadas, muitas adotadas há mais de 10 anos” (<<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,senado-acumula-mais-de-300-atos-secretos-para-criar-cargos-e-nomear,385153,0.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2013). Em 23 de junho de 2009, o Estadão publica os 663 atos secretos descobertos pela Comissão do Senado, instaurada por força do escândalo (<<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,veja-os-663-atos-secretos-apontados-por-comissao-do-senado-,391983,0.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2013). Segundo notícia publicada em 13.07.2009, todos os 663 atos foram anulados pelo então presidente do Senado, José Sarney (<<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,sarney-determina-a-anulacao-dos-663-atos-secretos-do-senado,402016,0.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2013).

de 15 anos e às restritas pelo prazo máximo de 5 anos; e pode ser estabelecida até a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do decurso dos referidos prazos (§3º do art. 24). A classificação deve fundamentar-se numa das oito hipóteses discriminadas no art. 23 do diploma legal: I - quando a informação ponha em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudique ou ponha 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 - ponha em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - ofereça elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudique ou cause risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudique ou cause risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - ponha em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometa atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. O legislador restringiu o sentido semântico da expressão “segurança da sociedade e do Estado”: a expressão, ao menos *prima facie*, só pode ser invocada quando estiver presente uma das oito hipóteses.

Exige-se a edição de um ato administrativo que classifique a informação como sigilosa. A Lei Federal disciplinou o procedimento administrativo de classificação das informações, determinou que a classificação seja revista de ofício ou por provocação e instituiu uma Comissão para reavaliar as informações classificadas. Disciplinou a restrição ao acesso — e ao fazê-lo é lei nacional —, e estabeleceu regras para a classificação das informações federais — e ao fazê-lo é lei federal. O intérprete deve, com atenção, identificar as regras da Lei nº 12.527/11 que disciplinam o direito fundamental e as regras que, a partir da disciplina fixada, regem a atuação da União. Só as primeiras são impositivas aos Estados e aos Municípios. Contudo, não é fácil separá-las: ao estabelecer regras sobre o exercício do direito ao acesso perante a União, o legislador disciplinou o próprio direito ao acesso. Por isso, na disciplina estadual e municipal impõe-se a simetria com a disciplina federal. Por exemplo: deve ser instituído nos Estados e nos Municípios Comissão similar à Comissão Federal; as autoridades competentes para classificar as informações devem ser correlatas às autoridades federais etc. Como o legislador federal é o competente para disciplinar as restrições ao direito fundamental, impôs, ao disciplinar o exercício do direito pela União, aos Estados e Municípios que observem a disciplina por simetria.²²

²² O Executivo do Município de São Paulo procurou respeitar essa simetria: a título de exemplo, criou uma Comissão de Acesso à Informação similar à Comissão Federal (art. 52); estabeleceu um procedimento para classificação das informações sigilosas muito parecido com o procedimento federal (art. 32 et seq.); atribuiu

Toda regra abstrata é *prima facie*.²³ O constituinte já havia enunciado que a segurança da sociedade e do Estado (P2) prevalece sobre os valores que estão por trás do direito ao acesso (P1). Trata-se, nos termos expostos, de restrição diretamente constitucional (P2 > P1). O legislador disciplinou essa prevalência: estabeleceu regras sobre a definição da segurança da sociedade e do Estado e, no âmbito de sua discricionariedade, no plano abstrato, enunciou casos em que a prevalência não ocorre. Quando a informação é necessária para a tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, a prevalência se inverte: o administrado tem direito ao acesso, ainda que este gere risco à sociedade e ao Estado (P1 > P2), é o que estabelece o caput do art. 21 da Lei nº 12.527/11. Ademais, quando as informações digam respeito à violação dos direitos humanos praticada por agentes políticos ou a mando de autoridades públicas, também não há a prevalência: vigora o direito ao acesso (P1 > P2), é o que estabelece o parágrafo único do referido art. 21. Evidente que toda regra abstrata é *prima facie*, ou seja, pode ser afastada à luz da ponderação no caso concreto: dependendo das circunstâncias fáticas, o resultado da ponderação legislativa pode ser afastado. Mas o administrador e o julgador devem, sempre, atentar para o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador, o que significa que nos dois casos mencionados P1 é reforçado pelo peso de "Pfl" (P1 + Pfl > P2).

Não se pretende neste estudo o exame completo da disciplina legislativa sobre a restrição diretamente constitucional. Pretende-se aqui chamar a atenção para uma obviedade que pode passar despercebida ao intérprete apressado: apesar de constar do inciso XXXIII do art. 5º apenas essa ressalva, que o acesso só será obstado quando ele causar risco à segurança da sociedade e do Estado, não existe no sistema normativo apenas essa restrição ao acesso. Ela é, apenas, a única restrição diretamente constitucional baseada em regra constitucional. Enfatiza-se, por outro lado, que o legislador federal possui competência para disciplinar as restrições diretamente constitucionais baseadas em regra e, para tanto, goza de alargado campo discricionário. No tema em exame, a disciplina é elogiável, de altíssima qualidade.

5 Informações pessoais

Conforme antecipado, há outras restrições diretamente constitucionais, decorrentes da ponderação de princípios. É evidente que o direito ao acesso à informação

a competência para classificar a informação como ultrassecreta, secreta ou reservada a autoridades que correspondem na estrutura do Município às autoridades arroladas no art. 27 da Lei Federal (art. 35). O princípio da simetria é regra fundamental da forma federativa brasileira. Sobre ele vide nosso "O Município e o princípio da simetria" (Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, p. 261-283). No estudo do direito fundamental ao acesso percebe-se algo não antevisto no estudo publicado em 2010: o princípio da simetria não se restringe às normas constitucionais. Incide também nos casos em que o legislador federal é competente para disciplinar um instituto no âmbito nacional e ao discipliná-lo o faz tendo em vista o cumprimento da lei pela União. Noutras palavras: quando o legislador federal edita, conjuntamente, normas nacionais e federais sem estabelecer clara separação entre elas, a disciplina nacional impõe aos Estados e Municípios a simetria com as normas federais.

²³ Cf. nosso Efeitos dos vícios do ato administrativo, p. 73, rodapé 17.

não pode fazer tábula rasa do disposto no inciso X do art. 5º da CF, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Entre essa inviolabilidade (P2) e os valores concretizados pelo acesso à informação (P1), antevê-se uma prevalência da primeira (P2 > P1): trata-se de restrição diretamente constitucional fundada em princípios constitucionais. Nos termos explicados, por força da segurança jurídica e da igualdade, o sistema clama que esse resultado ponderativo, vinculante, antevisto no próprio plano abstrato, seja enunciado numa regra abstrata. O legislador cumpriu a exigência e previu no artigo 31 da Lei nº 12.527/11 a restrição ao acesso à informação decorrente da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. Trata-se de autêntica restrição legislativa imprópria, pois ela independe do peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador e, assim, da discricionariedade legislativa.

Segundo o inciso I do §1º do referido art. 31, o acesso às informações pessoais é restrito e independe de classificação do sigilo. Ao contrário do que ocorre com as informações cuja publicidade gera risco à segurança da sociedade e do Estado, no caso das informações pessoais não se faz necessário edição de ato administrativo para que o acesso seja negado. Noutras palavras: as informações pessoais possuem essa natureza independentemente de classificação pelo Poder Público. Enfatiza-se: a restrição ao acesso decorre propriamente do inciso X do art. 5º da CF e não do art. 31 da Lei Federal.

O obstáculo ao acesso não decorre da competência discricionária do legislador, mas este possui competência para disciplinar a restrição e para tanto possui ampla discricionariedade. No exercício dessa competência, o legislador submeteu-a ao prazo máximo de cem anos, a contar da produção da informação (inciso I do §1º do art. 31). Permitiu o acesso desde que haja consentimento expresso da pessoa a que a informação se refere (inciso II do §1º do art. 31)²⁴ e previu hipóteses em que a prevalência valorativa se inverte e o acesso é permitido independentemente do consentimento da pessoa a que se refere a informação (P1 > P2): a) quando o acesso for necessário à prevenção e diagnóstico médico, a pessoa estiver física ou legalmente incapaz e a informação for utilizada exclusivamente para o tratamento médico (inciso I do §3º do art. 31); b) quando a informação for necessária para a realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público, sendo vedada a identificação da pessoa a que a informação se refere (inciso II do §3º do art. 31);

²⁴ O tema da renúncia ao direito fundamental progrediu na teoria do direito constitucional. No passado, a doutrina limitava-se a afirmar a irrenunciabilidade. Por todos: SILVA. Curso de direito constitucional positivo, p. 180. Mais recentemente, a doutrina afirma textualmente a possibilidade de renúncia: SILVA. A constitucionalização do direito, p. 62-63. Houve até quem propusesse uma teoria: ADAMY. Renúncia a direito fundamental. É evidente que, até certo limite, o titular do direito à vida privada, honra e imagem pode renunciar à proteção constitucional. Virgílio chega a propor dois critérios importantes: a autonomia real das partes envolvidas e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais (Idem, p. 158-160). Para um aprofundamento do tema vide nosso Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado, p. 74 et seq.

c) quando o acesso for necessário à apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido (§4º do art. 31); d) quando o acesso for necessário à recuperação de fatos históricos de maior relevância (§4º do art. 31). Nesses casos, o peso de “P1” é reforçado pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador ($P1 + Pfl > P2$).

Nos incisos III, IV e V do §3º do art. 31, o legislador previu o acesso em decorrência de cumprimento de ordem judicial, defesa de direitos humanos e proteção do interesse público preponderante. Como para muitos juristas as regras abstratas são definitivas, o legislador preferiu evitar controvérsias: consignou no texto legislativo a necessidade da ponderação no plano concreto. Deve a Administração e o Judiciário, à luz do caso concreto, efetuar a ponderação e examinar qual a prevalência valorativa ($P1 > P2$ ou $P2 > P1$). Deveras: a lei simplesmente antevê a possibilidade de que, dependendo das circunstâncias fáticas, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem seja afastada. Por óbvio, a lei não está permitindo o acesso sempre que for proposta uma ação judicial, invocado um direito humano ou um bem coletivo. É evidente que o acesso nos casos mencionados depende do exame das circunstâncias fáticas e jurídicas e, pois, da ponderação no plano concreto.

O acesso às informações pessoais, segundo a disciplina prevista no Regulamento, ao contrário do que ocorre em relação às demais informações, exige do interessado a indicação do motivo determinante da solicitação (art. 61 do Decreto nº 7.724/12 e art. 67 do Decreto paulistano nº 53.623/12). Trata-se de uma restrição regulamentar imprópria: é evidente que sem justo motivo não há razão constitucional para ser admitida a violação da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

O Executivo, ao disciplinar a Lei nº 12.527/11, recomendou ao agente público que, nos casos de recuperação de fatos históricos de maior relevância, antes de afastar a inviolabilidade, seja solicitado parecer de universidade, instituições de pesquisa ou outras entidades com notória experiência em pesquisa historiográfica (art. 59, §1º, do Decreto nº 7.724/12, e art. 65, §1º, do Decreto paulistano nº 53.623/12). As disciplinas legislativa e regulamentar deixam patente que a decisão administrativa de deferimento ou indeferimento do pedido de acesso à informação pessoal deve ser criteriosa, bem fundamentada, justificada pela ponderação realizada à luz do caso concreto. Não existem nesse tema respostas apriorísticas. A permissão do acesso não se justifica pela mera afirmação de que se dá em decorrência da recuperação de fatos históricos: deve alicerçar-se em fundamentação séria, documentada, convincente.

6 Restrições legais ao acesso

Uma leitura apressada dos diplomas normativos pode levar a supor que existem apenas estas duas restrições: a Administração só poderia recusar o acesso à

informação ou para proteção da segurança da sociedade e do Estado ou em respeito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. O legislador, porém, estabeleceu restrições legislativas próprias. Primeira: negou o acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo enquanto não editado o ato decisório (§3º do art. 7º da Lei nº 12.527/11). Segunda: vedou o acesso às hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 22 da Lei nº 12.527/11). Terceira: assegurou a vigência de todas as hipóteses de sigilo legal e de segredo de justiça (art. 22 da Lei nº 12.527/11). Pela ordem, as previsões exigem ao menos um breve exame.

A primeira é de extraordinária importância prática. Antes de editar o ato decisório, geralmente a Administração ouve vários agentes, colhe vários pareceres. No Município de São Paulo, por exemplo, é comum que se manifestem: a assessoria jurídica do respectivo órgão, a Procuradoria-Geral do Município, a assessoria jurídica da Secretaria de Negócios Jurídicos. O assessor jurídico, muitas vezes, não é o competente para dar a última palavra sobre o tema no âmbito da respectiva entidade; novo parecer pode ser solicitado da Advocacia-Geral da União ou da Procuradoria-Geral Estadual ou Municipal. O legislador estabeleceu uma restrição importante: todas as informações utilizadas como fundamento para uma decisão administrativa só são acessíveis quando publicado o ato decisório. Assim, até a publicação do ato administrativo decisório, os administrados não têm assegurado o acesso aos pareceres que o fundamentam. Trata-se de uma restrição propriamente legislativa, alicerçada no princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador ($P2 + Pfl > P1$). Ressalvadas circunstâncias fáticas excepcionais, passíveis de inverter no caso concreto o peso valorativo, nada há de inválido nessa restrição. Como a Administração Pública pode obter a revisão do parecer, não é obrigada a publicá-lo de imediato. A publicação do parecer antes do ato decisório só enfraquece a segurança jurídica, pois desperta a crença nos administrados de que a decisão será no sentido do parecer publicado, apesar de ainda sujeito a revisão pelos superiores hierárquicos. Evidente que após a prolação do ato final, é assegurado ao administrado o acesso não apenas aos pareceres que o fundamentaram, mas também aos pareceres e elementos informativos que foram afastados pela Administração.

A segunda é mais polêmica e ao regulamentá-la o Executivo foi mais incisivo: a divulgação de informações de empresas estatais, segundo o art. 5º, §1º, do Decreto nº 7.224/12, está submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, regra essa reproduzida no §1º do art. 8º do Decreto paulistano nº 53.623/11. De longa data a doutrina brasileira chama a atenção para a abissal diferença entre as empresas estatais e as empresas privadas: o Estado, ao explorar a atividade econômica, não é um empresário a mais no mercado pelo óbvio fato de

que não possui liberdade e, portanto, não persegue lucro. As atividades estatais, por definição, não têm por finalidade principal a obtenção de maior vantagem econômica. Empresas estatais são “entidades auxiliares da Administração”, são “instrumentos personalizados da ação do Poder Público”;²⁵ foram constituídas não para obter mais e mais vantagem econômica para seus dirigentes, mas para atender os imperativos da segurança nacional e o relevante interesse coletivo (art. 173 da CF/88). Os interesses das empresas estatais, em rigor, não são interesses dos diretores dessas entidades, mas do povo; os recursos que elas administram, sendo recursos públicos, são recursos do povo. É o que basta para asseverar: não pode o legislador, sob o pretexto de que se trata de atividade econômica, impedir o administrado de ter acesso às informações sobre a gestão dessas empresas. Nesse campo, uma interpretação extensiva da restrição legislativa é inconstitucional, pois o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador não assegura um peso maior aos valores contrários aos valores assegurados pelo acesso ($P1 > P2 + Pfl$).

A submissão dessas entidades ao direito privado só se justifica em dois casos: a) as normas de direito público não se aplicam quando a aplicação torne mais vantajosa a posição da Administração em relação aos demais agentes econômicos, pois do contrário haveria concorrência desleal; b) as normas de direito público não se aplicam quando a aplicação inviabilize a própria exploração da atividade econômica, pois do contrário estaria comprometida a própria atividade. Fora desses casos, elas são integralmente regidas pelo direito público.²⁶ Em relação aos monopólios estatais, nos quais, por definição, inexistem concorrência com os particulares, o direito público só é afastado quando configurado o segundo critério.²⁷ Assim, a restrição ao acesso às hipóteses de segredo industrial decorrentes de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, prevista no art. 22 da Lei nº 12.527/12, e a restrição às informações de empresas estatais, prevista no §1º do art. 5º do Decreto Federal nº 7.224/12 e no §1º do art. 8º do Decreto paulistano nº 53.623/11, exigem interpretação conforme: só são constitucionais quando imprescindíveis ao próprio exercício da atividade econômica. Intui-se a excepcionalidade: o acesso às informações das empresas estatais, no mais das vezes, não obstaculiza o exercício da atividade econômica e, por isso, não pode ser negado.

A terceira e última hipótese tem a missão de evitar discussão sobre a revogação de outros diplomas normativos que imponham restrições ao acesso à informação de

²⁵ Por todos: BANDEIRA DE MELLO. Natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas: consequências em seus regimes. In: BANDEIRA DE MELLO. Grandes temas de direito administrativo, p. 329-338; BANDEIRA DE MELLO. Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público. In: BANDEIRA DE MELLO. Grandes temas de direito administrativo, p. 339-349; BANDEIRA DE MELLO. Curso de direito administrativo, p. 198-202. No mesmo sentido, nossa Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, p. 272 et seq.

²⁶ Cf. nossa Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, op. cit., p. 273-274.

²⁷ Idem, p. 329-331.

órgãos públicos. Em decorrência da regra *lex posterior derogat legi priori* (Decreto-Lei nº 4.657/42, art. 2º, §1º), a publicação da Lei nº 12.527/11 poderia suscitar a revogação de todos os diplomas legais que estabelecem o sigilo de informações e o segredo de justiça. O legislador, por expressa disposição legal, manteve-os em vigor. Muitos deles têm base constitucional. O próprio inciso XIV do art. 5º, por exemplo, assegura o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Assim, jornalistas não precisam revelar suas fontes.²⁸ Do mesmo modo, as informações prestadas aos defensores públicos pelos hipossuficientes também são acobertadas pelo sigilo. Enfim, todas as hipóteses de sigilo previstas em lei, sejam restrições diretamente constitucionais fundadas em princípio e enunciadas em regras legislativas, sejam restrições alicerçadas na discricionariedade do legislador, foram mantidas em vigor pelo art. 22 da Lei Federal nº 12.527/11.

7 Restrições regulamentares impróprias

Por força do §3º do art. 10 da Lei Federal nº 12.527/11, o direito ao acesso à informação independe da explicitação de justificativa do interessado. Eis uma das regras mais importantes (e problemáticas) da lei federal: o administrado não precisa dizer à Administração o motivo determinante de sua solicitação. Basta requerê-la. O que a lei exige é que o pedido de informações não seja apócrifo: deve o requerente se identificar (*caput* do art. 10), mas não precisa dizer o motivo pelo qual quer a informação. Em sentido contrário, a boa doutrina sempre considerou a indicação da finalidade pressuposto para o acesso à informação.²⁹ Antes da lei, a jurisprudência majoritária era tolerante com a caracterização da legitimação do requerente, mas não lhe dispensava de informar o propósito do requerimento.³⁰ Ainda que seja clara a boa intenção do legislador, é intuitivo seu equívoco.

Pela correta lição de Carlos Maximiliano, *interpretatio illa sumenda quae absurdum evitetur* — adota-se a interpretação que evite o absurdo.³¹ Interpretada

²⁸ Sobre a proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística vide, por todos: FRANCO. Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística.

²⁹ Num dos poucos estudos sobre o assunto Nina Ranieri discriminou como pressupostos para o exercício do direito de certidão: a) ser o requerente o interessado; b) destinar-se a certidão a uma das hipóteses discriminadas na Constituição, o que supõe a indicação da finalidade do requerimento; c) não estar o documento sob sigilo. RANIERI. A obtenção de certidões em repartições públicas: hipóteses constitucionais de expedição e de indeferimento: tentativa de identificação. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 156. E ao analisar a jurisprudência, afirmou: "A indicação da finalidade é essencial. O requerente deve dizer a ligação do conteúdo do ato certificável com o direito a ser deduzido para que o pedido possa ser acolhido. A questão é pacífica na jurisprudência" (idem, p. 157).

³⁰ Nas palavras de Nina Ranieri: "A corrente jurisprudencial majoritária, que amplia a titularidade para requerer certidões, parte do pressuposto de que frente ao pedido apresentado não se pode averiguar, com precisão, o que serve, ou possa servir, para a defesa do direito do interessado [...]. Daí ser grande o espectro da legitimação. Esta circunstância, contudo, não supre a exigência de informar a autoridade administrativa sobre a legitimidade do propósito" (A obtenção de certidões em repartições públicas: hipóteses constitucionais de p. 157).

³¹ MAXIMILIANO. Hermenêutica e aplicação do direito, p. 166, §179, rodapé 1). E explica: "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis" (idem, p. 166, §179).

a lei sem ressalvas, um partido político de oposição poderia facilmente inviabilizar a administração pelo partido rival. Bastaria, para tanto, solicitar a alguns de seus filiados que se dirigissem aos órgãos da administração e neles formulassem genéricos pedidos de informação. Por certo, qualquer grupo conseguiria paralisar a atuação da Administração Pública. Pelo texto da lei, seria plenamente possível requerer informação de todos os processos administrativos em tramitação em determinado Município. Ou então, poder-se-ia solicitar de um grande Município ou de um Estado da Federação a informação sobre o número de canetas azuis existentes em suas repartições. Pedidos como esse, apesar de absurdos, deveriam ser respondidos. A lei é clara: a formulação do pedido independe da apresentação dos motivos que o fundamentam. Estudantes de sociologia estariam dispensados de fazer pesquisa de campo, bastariam solicitar as informações dos órgãos públicos. Jornalistas teriam seu trabalho facilitado ao extremo. O direito ao acesso à informação seria a principal ferramenta de jornalistas, sociólogos, estudantes e partidos de oposição.

O equívoco legislativo foi corrigido pelo Executivo. Nos termos do art. 13 do Decreto Federal nº 7.724/12, não serão admitidos pedidos de acesso à informação: I - genéricos; II - desproporcionais ou desarrazoados; III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviços de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade. A norma foi reproduzida no art. 16 do Decreto paulistano nº 53.623/12. As três hipóteses não constam da lei federal. Conforme explicado, o sistema não admite restrição administrativa a direito fundamental, vale dizer, restrição alicerçada na competência discricionária da Administração Pública. Restrições regulamentares próprias são inconstitucionais. O que deve a Administração fazer é explicitar, nos casos concretos, as restrições constitucionais decorrentes das ponderações de princípios constitucionais. Pois bem, ainda que essas três hipóteses não fossem previstas no regulamento, a ponderação dos princípios constitucionais não admitiria o atendimento a pedidos genéricos, desproporcionais ou desarrazoados. Por outro lado, o direito ao acesso, independentemente das normas expressas, não obriga a Administração a reunir informações que se encontrem dispersas. A reunião de informações consiste numa atividade trabalhosa, dispendiosa, muitas vezes difícil de ser empreendida. O direito ao acesso não garante o direito à reunião de informações. Nas três hipóteses referidas, os princípios da boa administração, da eficiência, do adequado desempenho das repartições públicas (P2) prevalece sobre os princípios concretizados pelo direito ao acesso (P1). Donde, mesmo na falta dessas regras regulamentares, à luz do caso concreto, o acesso seria obstado em decorrência da ponderação dos princípios constitucionais (P2 > P1).

Trata-se, portanto, de restrição regulamentar imprópria. Nos termos anteriormente explicados, quando no próprio plano abstrato configura-se, de modo vinculante, independente das divergências próprias do pluralismo, um resultado ponderativo,

o sistema jurídico clama que esse resultado seja fixado numa regra abstrata. Trata-se de uma exigência da segurança jurídica e da igualdade. O ideal é que a enunciação se dê em regra legislativa. Diante da omissão do legislador, viu-se o Executivo obrigado a enunciar-la em regulamento administrativo. Trata-se de regulamento executivo da Constituição, explicitador de restrição diretamente constitucional decorrente de princípios constitucionais. As restrições enunciadas pelo Executivo são, portanto, plenamente válidas.³²

O signo genérico é ambíguo. Segundo o Houaiss, trata-se de adjetivo: a) relativo a gênero; b) que abrange várias coisas; c) expresso ou tratado em termos vagos, gerais.³³ Não devem ser respondidos pela Administração tanto pedidos vagos, imprecisos, como pedidos específicos, mas excessivamente abrangentes. Suponha-se o seguinte pedido de informações: “quantas denúncias foram protocoladas na Administração desde o século passado até o presente”. Ou então esta: “quantas pessoas foram atendidas nas unidades de saúde desta Administração durante os últimos trinta anos”. Ainda que a Administração consiga obter em seus registros essas informações, é evidente o caráter genérico do pedido.

Sempre que o pedido for específico, mas exigir que a Administração reúna dados disponíveis em vários locais diferentes, também se impõe o indeferimento. O direito ao acesso restringe-se ao fornecimento de informações que constem dos acervos da Administração, independentemente de qualquer outra providência. Se o pedido do administrado demandar providências administrativas outras que não o mero fornecimento da informação, escapa do regime jurídico da Lei nº 12.527/11. Muitas vezes, a Administração possui as informações solicitadas, mas o fornecimento exige um árduo trabalho de sistematização, de reunião das informações. Basta imaginar um pedido de informações que constem de dezenas de processos administrativos.

Finalmente, pedidos desproporcionais ou desarrazoados não devem ser atendidos. Escapa aos limites deste estudo precisar o significado jurídico do que seja desproporcional ou desarrazoado.³⁴ A proporcionalidade exige a ponderação entre os valores concretizados pelo fornecimento da informação e os valores contrários ao fornecimento; a razoabilidade exige que o fornecimento não atente contra o que a maioria das pessoas considera compatível com a razão. Sem desconsiderar toda a controvérsia que possa surgir, o fato é que a vedação é extraída do texto constitucional e não do decreto. Trata-se, sem dúvida alguma, de restrição regulamentar imprópria.

³² Em sentido contrário: CANHADAS. O princípio da transparência na Administração Pública: a transparência obrigatória, a transparência permitida e a transparência permitida, f. 287.

³³ HOUAISS; VILLAR. (Ed.). Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p. 1441.

³⁴ Sobre a proporcionalidade, por todos, vide: BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Sobre a relação entre proporcionalidade e razoabilidade, vide nosso Efeitos dos vícios do ato administrativo, Cap. VI-4.4, p. 166-174.

The Fundamental Right to Information

Abstract: The fundamental right to information enshrined in the Brazilian Constitution of 1988, Article 5, item XXXIII, was brought into effect by Federal Law n. 12527/12, as provided for by Federal Executive Order n. 12527/12. In the City of São Paulo, it was governed by Municipal Executive Order n. 53623/12. The several restrictions on such fundamental right have been examined here: first, the direct constitutional restrictions; then, the indirect constitutional restrictions; then, indirect restrictions based on express qualification, and finally, indirect restrictions based on implied qualification. The purpose of this study is to analyze to what extent have infra-constitutional lawmakers and administrators exceeded their authority by imposing legal and regulatory restrictions on said right.

Key words: Right to information. Restrictions on fundamental rights. Express qualification. Implied qualification. Regulatory competence.

Referências

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas: consequências em seus regimes*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 329-338.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 339-349.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANHADAS, Fernando A. M. *O princípio da transparência na Administração Pública: a transparência obrigatória, a transparência permitida e a transparência permitida*. 2012. 417f. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- FRANCO, Benedito Luiz. *Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística*. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (Ed.). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. O Município e o princípio da simetria. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 261-283, jan./jun. 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 210-241.
- MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.
- RANIERI, Nina. A obtenção de certidões em repartições públicas: hipóteses constitucionais de expedição e de indeferimento: tentativa de identificação. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 150-168, abr./jun. 1997.
- SERRANO, Vidal. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.

Recebido em: 03.03.2014

Aprovado em: 18.05.2014