

INFORMAÇÃO E LIBERDADE NOS TEMPOS DO CÓLERA: CORTES CONSTITUCIONAIS E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO MÉXICO, COLÔMBIA E BRASIL

Information and Freedom in Times of Cholera: Constitutional Courts and the Right to Information in Mexico, Colombia and Brazil.

Daniel Capecchi Nunes¹

Sumário: Introdução: Constitucionalismo(s) Latino-Americano(s), Direito de Acesso à Informação e Cortes Constitucionais. 1 A Corte Constitucional da Colômbia e o Acesso à Informação: A Sentença C-274 de 2013. 1.1 Princípio da Responsabilidade e Responsabilidade pela Veracidade da Informação. 1.2 Âmbito Subjetivo de Aplicação da Norma e sua Conformação Constitucional. 1.3 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação. 1.4 Direito de Acesso à Informação e seus Limites Temporais. 1.5 Direito à Informação e Ambiguidades ou Contradições no Texto Legal que o Inviabilizem. 2 A Suprema Corte de Justiça da Nação: o Amparo en Revisión 453/2015. 2.1 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação 3 O Supremo Tribunal Federal: a Suspensão de Segurança nº 3.902 de 2011 e o Recurso Extraordinário nº 652.777 de 2015. 3.1 Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação. 4 Conclusão: a bandeira amarela da cólera e o barco à deriva da democracia. Referências.

Resumo: O objetivo geral do presente artigo é cotejar as experiências de aplicação do direito de acesso à informação na Corte Constitucional da Colômbia, Suprema Corte do México e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Por essa via, a partir do paradigma do transconstitucionalismo e de uma metodologia funcionalista, almeja-se extrair aprendizados recíprocos que possam ser úteis para a compreensão dos limites da concretização de tal direito no cenário regional. Os casos escolhidos para análise se focam em situações nas quais tenha havido um diálogo constitucional entre os Tribunais e o Legislativo. Nesse âmbito, a análise empreendida é baseada em uma proposta de divisão dos métodos de aplicação do direito de acesso à informação, cujo condão é proporcionar uma perspectiva comparativa entre os diferentes níveis de efetividade de tal direito na América Latina.

Palavras-Chave: América Latina; Direito Constitucional; Poder Judiciário; Acesso à Informação; Diálogos Institucionais.

Abstract: The present paper aims to compare the experiences of the right to information in Colombia's Constitutional Court and Mexico and Brazil's Supreme Courts. Through this comparison, based on the transconstitucionalism paradigm and the functionalist method, the paper also intends to propose mutual learning that could be useful to the comprehension of the limitation to the right to information in the regional scenario. The chosen cases in the analysis are focused on situations in which a constitutional dialogue between Courts and the Legislative occurred. So, the analysis is founded in a taxonomy of the right to information's judicial application and its intent is to provide a comparative perspective between the different levels of the right to information effectiveness in Latin America.

Key-Words: Latin America; Constitutional Law; Judiciary Branch; Right to Information; Constitutional Dialogues.

INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *Campus* de Governador Valadares. Todas as traduções feitas no texto são de responsabilidade do autor.

Constitucionalismo(s) Latino-Americano(s), Direito de Acesso à Informação e Cortes Constitucionais.

Desde que se proclamó el bando del cólera, en el alcázar de la guarnición local se disparó un cañonazo cada cuarto de hora, de día y de noche, de acuerdo con la superstición cívica de que la pólvora purificaba el ambiente. El cólera fue mucho más encarnizado con la población negra, por ser la más numerosa y pobre, pero en realidad no tuvo miramientos de colores ni linajes. Cesó de pronto como había empezado, y nunca se conoció el número de sus estragos, no porque fuera imposible establecerlo, sino porque una de nuestras virtudes más usuales era el pudor de las desgracias propias.
Gabriel Garcia Marquez²

Como uma pestilência, os apagões ditatoriais se alastraram pela América Latina. Similarmente ao hasteamento da bandeira amarela do cólera, as ditaduras anunciavam seus estados de exceção e no escuro das noites mais profundas perpetravam suas arbitrariedades e crimes. Superado o período de autoritarismo, as bandeiras amarelas eram retiradas do mastro da História discretamente e por um pudor das desgraças próprias, as democracias seguiam à deriva reproduzindo práticas que já não lhes cabiam. Sob os riscos de um passado que eternamente as ameaçava de retornar: bastava que os ventos da história soprassem novamente o ar pernicioso do cólera autoritário.

A história dos países latino-americanos é marcada pela turbulência cíclica dos períodos democráticos e ditatoriais que pautaram sua evolução e sua história. Nesse sentido, o desenvolvimento do constitucionalismo na região sofreu influências e transições provenientes de diversos fluxos históricos e de pensamento, os quais muitas vezes poderiam sugerir uma disparidade quase que total – basta mencionar que enquanto a maior parte dos Estados latinos começava sua vida independente como repúblicas, países tais como México e Brasil começavam como monarquias³.

² MARQUEZ, Gabriel Garcia. **El Amor en Los Tiempos del Colera**. 1ª ed. Colômbia: Editorial La Oveja Negra, 1985. p. 156.

³ Roberto Gargarella, aponta a questão da excepcionalidade do caso brasileiro, ao fazer uma primeira tipologia do constitucionalismo latino-americano. GARGARELLA, Roberto. *Toward a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60*. **Latin American Research Review**, Vol. 39, No. 2, Junho 2004, p. 142, n.2. Posteriormente, o autor fará uma análise separada dos casos brasileira e mexicano, tratando especificamente do Poder Moderador, no Brasil, e do Supremo Poder Conservador, no México. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 5.

Para que se tenha uma ideia, a riqueza política e histórica de constitucionalismo latino-americano é tamanha que resultou na existência de 103 constituições em 16 países, tendo alguns desses países tido mais que uma dúzia de Cartas⁴.

Contudo, apesar das divergências nos percursos históricos e sociais que marcaram o desenvolvimento de tais países, é possível afirmar a existência de algo em comum entre eles. Desde dramas compartilhados – como a desigualdade e a corrupção – até a existência de respostas constitucionais semelhantes. Nas palavras de Roberto Gargarella:

Interessantemente, quando nós estudamos a história constitucional da América Latina, não achamos nem uma pintura caótica (que configuraria inúmeras soluções indo em diferentes direções) nem uma pintura que sugira a existência de mera discricionariedade e soluções arbitrárias. A bem da verdade, em face de alguns problemas, ou dramas, – tais como a dependência política, a crise econômica, a desordem política e a injustiça social – a América Latina sugeriu algumas respostas limitadas e significantes. O ponto é que, no fim, só há algumas diferentes e sempre interessantes respostas constitucionais em jogo.⁵

Nesse sentido, ao empreender a tarefa de analisar o constitucionalismo latino-americano, um órgão em especial emerge como termômetro da efetividade das relações democráticas e de respeito às instituições: o Judiciário. O Poder Judiciário surge como o Poder não ungido pelo batismo das urnas e, supostamente, direcionado a arrefecer os ímpetos antidemocráticos das maiorias⁶. Por consequência, ao ser instrumentalizado como uma via para garantia de direitos, pode-se dizer, portanto, que um Poder Judiciário saudável e não ameaçado representaria, em regra, uma democracia saudável e não ameaçada. Em outras palavras, um Judiciário fortalecido tem a capacidade de estabelecer “as fundações para um desenvolvimento econômico sustentável e construí[r] apoio popular para um regime democrático”⁷.

⁴ GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p.1 Só o Brasil teve 8 constituições – caso se conte a EC nº 1 de 1969 como tal.

⁵ Cf. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 5.

⁶ Para a questão da complexa relação entre Judiciário e política, conferir, por todos, BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 237-284.

⁷ PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: declining confidence in the Rule of Law.** United States: Praeger Publishers, 2000. p. 1.

64 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 62-87

No contexto de abandono dos autoritarismos⁸, que tristemente marcam a história da América Latina, a análise da relação do Judiciário com os outros poderes revela a estabilidade e o desenvolvimento de nossas democracias. Essa afirmação é ainda mais forte no caso das cortes constitucionais, responsáveis por enfrentar diretamente os poderes majoritários e de frear possíveis violações de direitos fundamentais. Sobre esse processo histórico, é interessante dizer que a superação das ditaduras levou os constituintes latino-americanos a reforçar as prerrogativas do Poder Judiciário, o que teve um efeito contagiante até mesmo em países que não sofreram com movimentos repressivos *de facto* como, por exemplo, a Colômbia e a Costa Rica⁹.

Nessa toada, a superação dos regimes ditatoriais, a criação de novas instituições – como, por exemplo, a Corte Constitucional Colombiana, em 1991 – ou a abertura de velhas instituições – como o Supremo Tribunal Federal¹⁰, em 1988 – através da promulgação de novas constituições ou de intensa reforma das antigas, levou o Judiciário dos países latinos a exercer uma função essencial na afirmação dos direitos e na proteção de minorias vulneráveis¹¹.

Se antes, as Cortes latinas eram marcadas por um formalismo excessivo e por uma deferência quase domesticada aos poderes da hora, atualmente, cada vez mais, o Judiciário e, especialmente, as Cortes Constitucionais e Supremas Cortes vêm assumindo um papel de proa na defesa dos direitos fundamentais¹². Nesse

⁸ Para a relação do Judiciário com as ditaduras na forma da legalidade autoritária ver PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 31-50 e 283-296.

⁹ “A onda de promulgar ou reformar constituições após o retorno à democracia, nos anos 80, incorporou medidas para fortalecer os poderes das cortes, criando cortes constitucionais ou câmaras, aumentando os instrumentos de acesso a direitos e introduzindo novas organizações para investigar, denunciar e, algumas vezes, agir como acusadores em casos de alegadas violações de direitos. Onde direitos constitucionais eram vistos como insuficientes, os documentos novos ou reformados incluíram direitos adicionais. O movimento para fortalecer as garantias constitucionais e o arranjo institucional protetivo foi contagioso. Mesmo países que não sofreram governos repressivos *de facto* (Colômbia, Costa Rica) aderiram à onda, no período [...]”. HAMMERGREN, Linn. **Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2007. p. 181.

¹⁰ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-242.

¹¹ Sobre o processo, global, de ascensão de Cortes Constitucionais ver COMELLA, Victor Ferreres. The Rise of Specialized Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative Constitutional Law**. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 265-277.

¹² Apoiando essa afirmação, SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. In: IEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 7: “Qualquer que seja o gatilho que
Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ 65

sentido, há quem defenda que a criação ou reforma das cortes constitucionais, teve a capacidade, em alguns casos, de alterar, radicalmente, as relações de poder existentes entre o Judiciário e a população, de modo a modificar a “casa de máquinas” da Constituição, ou seja, o centro do poder político estatal¹³.

Soma-se a essa transição histórica, o importante papel que os diálogos entre as Cortes podem produzir, sob uma perspectiva regional. Como foi dito anteriormente, os países latino-americanos compartilham uma história política e institucional bem como problemas e dificuldades comuns.

Desse modo, a busca por soluções, por parte das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, para os problemas semelhantes que afligem seus países podem resultar em diálogos profícuos e trocas de experiência enriquecedoras¹⁴. Além disso, a existência de uma legislação regional e internacional de direitos humanos, ajuda a explicar as oportunidades estruturais políticas e legais que justificam o papel das Cortes na defesa dos direitos humanos e o como isso é um aspecto comum entre elas¹⁵. Tal estrutura normativa somada às próprias condições geográficas, históricas e políticas dos países em discussão gera a necessidade de um verdadeiro “diálogo transconstitucional”, como bem ressalta Marcelo Neves:

O transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, se elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando esses são de natureza jurídico-

ativa a judicialização da política, parece que, em contraste com a noção tradicional de que as cortes na América Latina teriam historicamente aderido à interpretação formal e a aplicação da lei feita pelo legislador, hoje, as cortes na América Latina estão aumentando seu papel criativo e os cidadãos recorrem a elas para resolver problemas, tradicionalmente, reservados às esferas políticas. [...]” Ver, também, para um panorama global do fenômeno TATE, Neal. C.; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judiciary Power**. New York: New York University Press, 1998. Há a interessante tese de Alonso Freire sobre a revolução de direitos na América Latina e o papel das Cortes Constitucionais, Cf. FREIRE, Alonso. Desbloqueando os Canais de Acesso à Jurisdição Constitucional do STF: Por que não aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 591-640.

¹³ Cf. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 172-195.

¹⁴ ACKERMAN, Bruce, **The Rise of World Constitutionalism (1996)**. In: **Occasional Papers**. Paper 4. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4, acessado em: 09.09.15

¹⁵ SIKKINK, Kathryn. The Transnational Dimension of The Judicialization of Politics in Latin America In: IEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 263-292.

constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade.¹⁶

Por essa via, a proximidade histórica, política e institucional da América Latina e o sofrimento compartilhado dos mesmos desafios, torna necessária uma análise das diversas soluções institucionais dadas pela Cortes Constitucionais aos problemas existentes, no intuito de aprimorar as soluções e as respostas, no âmbito doméstico. Dentro deste escopo, um dos principais problemas comuns à toda América Latina é a falta de transparência nas decisões da Administração Pública, a qual muitas vezes tem o condão de gerar desconfiças e de provocar crises envolvendo a corrupção.

No último relatório de percepção da corrupção no setor público, relativo ao ano de 2014, da Transparência Internacional (*Transparency International*), os países da América Latina ocuparam as posições mais baixas entre os países da América¹⁷. No intuito de resolver – ou, ao menos, reduzir - esses problemas, diversos países da região tem procurado desenvolver um grande “*número de instrumentos [...] com o propósito de promover a transparência, tais como as leis de transparência e de acesso à informação*”¹⁸.

Na mesma linha, um relatório da OEA (Organização dos Estados Americanos) afirma que há um “[...] consenso crescente nos Estados membros da OEA, no que concerne ao reconhecimento do direito à informação como um dos pilares da consolidação dos regimes democráticos [...]”¹⁹. Desse modo, percebe-se que, em toda a região, a necessidade de aumentar a transparência e abertura dos órgãos públicos é objeto de franco reconhecimento.

Posto tal cenário, surge uma verdadeira explosão de leis de acesso à informação que teve o condão de enfraquecer as chamadas “democracias delegadas”, nas quais “o público é deixado, virtualmente, sem qualquer poder

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 272. Tratando, especificamente, do tema do transconstitucionalismo no constitucionalismo latino-americano. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, p. 193-214, 2014.

¹⁷ Os países que serão objeto de nosso estudo: México, Colômbia e Brasil ocuparam, respectivamente, as posições 103, 94, 69, de um ranking decrescente com 179 posições. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2014/results>, acessado em 10.09.2015.

¹⁸ MALDONADO, Patrício; BERTHIN, Gerardo D. Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America. 10 **Sw. J. L. & Trade Am.** 243 2003-2004. P. 248.

¹⁹ LANZA, Edison. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, 2014, V. II. p. 428.

durante as eleições”²⁰, tendo efeitos no mundo todo e, sobretudo, nas regiões de democratização efetiva recente, como é o caso da América Latina²¹.

Do ponto de vista democrático, a transparência e a abertura das informações sobre o Estado têm o importante papel de evitar que o clima pernicioso que é propício ao desenvolvimento do “cólera autoritário” retorne, fazendo uma ruptura real entre as práticas estatais em momentos autoritários e em momentos democráticos. Corroborando essa visão, em estudo sobre o impacto da transparência governamental em indicadores da Administração Pública tanto no sentido econômico quanto no político, afirma Cristiano Aguiar Lopes:

Na análise das políticas de transparência dos 12 países latino-americanos²² que contam com leis de acesso à informação pública, fica bastante evidente a preocupação dos legisladores em prever uma intensa utilização das TICs para a disseminação de informações governamentais. E os objetivos são, via de regra, a promoção de um Estado mais democrático, mais responsivo, e no qual a vigilância da sociedade torne o espaço para o cometimento de abusos e para a corrupção cada vez menor.²³

Revelada a importância das leis de acesso à informação na afirmação da democracia, é importante saber de que maneira as cortes constitucionais reagiram às legislações de acesso à informação – e se reagiram –, ao cotejá-las com os dispositivos constitucionais de seus respectivos países. Tomar esse tipo de situação como objeto de estudo, nos permite analisar o grau de afinação nas respostas ao problema da transparência e do acesso à informação, por parte das cortes constitucionais dos países analisados, e, simultaneamente, aferir o grau de

²⁰ ACKERMAN, John M.; SANDOVAL BALLESTEROS, Irma E. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. 58 **ADMIN. L. REV.** 85 (2006). p. 87

²¹ Para uma análise geral das leis de acesso à informação, no âmbito da América Latina Cf. MENDEL, Toby. **The Right to Information in Latin America: a comparative legal survey**. Disponível em: <http://www.unesco.org/webworld/en/foi>, acessado em: 10.09.15. Para uma análise, mais recente, da legislação de acesso à informação e transparência, no âmbito do Mercosul, ver SILVA, Terezinha Elisabeth da; EIRÃO, Thiago Gomes; CAVALCANTE, Raphael da Silva. Relacionando la Legislación sobre acceso a la información de los países del MERCOSUR. **Biblios**, N. 56, 2014, p. 27-38.

²² Vale mencionar que o estudo é de 2011 e, portanto, não inclui a legislação brasileira de acesso à informação.

²³ LOPES, Cristiano Aguiar. O Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação nas Políticas de Acesso à Informação Pública na América Latina. In: III Congresso da Compólitica - Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política, 2009, São Paulo. **Anais do III Congresso da Compólitica**, 2009. p. 14.

desenvolvimento dos diálogos institucionais²⁴ entre o Judiciário e o Legislativo dos mesmos países.

Metodologia

No presente estudo, nosso recorte geográfico será a América Latina, por motivos já desenvolvidos anteriormente, e nosso recorte temporal será o século XXI, por questões de comparação cronológica razoável. O método elegido será o comparativo funcionalista²⁵ por meio do qual se pretende ressaltar as diferenças e semelhanças na aplicação do direito de acesso à informação no escopo de diferentes tradições constitucionais que compartilham um cenário político e econômico semelhante. O objetivo geral da pesquisa é averiguar as condições de existência de um diálogo por parte das Cortes Constitucionais, no que concerne à aplicação do direito fundamental do acesso à informação ao serem cotejadas com as decisões legislativas.

Os objetivos específicos do estudo consistirão na análise da aplicação por parte das Cortes Constitucionais do México, da Colômbia e do Brasil de suas respectivas legislações nacionais de acesso à informação em cotejo com os dispositivos constitucionais específicos relativos ao tema. A escolha do México e da Colômbia países se dá, em primeiro plano, pela localização histórica de suas respectivas leis de acesso à informação em relação ao Brasil. A do México é uma das primeiras leis, no século XXI, sobre o tema na América Latina, sendo de 2002. A da Colômbia, por sua vez, é uma das mais recentes, sendo de 2014. Desse modo, a distância temporal entre a lei mais recente e a mais antiga com relação à lei brasileira, que é de 2012, possibilita uma amostra temporal satisfatória no recorte proposto.

Em segundo plano, os três países revelam casos interessantes de diálogo entre as Cortes e o Legislativo no que concerne ao tema do acesso à informação.

²⁴ O tema é vasto e a literatura riquíssima. Por todos, sugere-se a leitura, no Brasil, de BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Institucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Na literatura estrangeira, BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24.

²⁵ Para a questão da metodologia do Direito Constitucional comparado e para a crítica do método escolhido nesse trabalho, cf. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 3-17; JACKSON, Vicki. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 54-74.

Por fim, o espaço de um artigo não permitiria uma análise suficiente aprofundada de mais países, de modo que a estrutura do instrumento de estudo elegido limitamos a um número reduzido de cortes. Em cada uma das jurisdições eleitas, far-se-á uma análise da aplicação da lei em determinados casos emblemáticos que tenham resultado em uma forma de proteção peculiar ao direito de acesso à informação. A escolha dos casos se deu em função da percepção de que algum grau de diálogo entre o Legislativo e os Tribunais tenha sido produzido.

Em nossa análise foram encontrados cinco diferentes métodos de aplicação do direito de acesso à informação, quais sejam: a) princípios da responsabilidade e da responsabilidade pela veracidade da informação, que se concentram nos direitos e deveres dos cidadãos e agentes estatais na divulgação de informações públicas; b) âmbito subjetivo de aplicação da norma e sua conformação constitucional, que trata dos sujeitos que estão obrigados ou não a prover informações à sociedade; c) os limites ao direito à informação e a reserva de informação, que avalia as hipóteses nas quais seria legítimo restringir o direito à informação por agentes da Administração Pública; d) o direito de acesso à informação e seus limites temporais, que cuida das hipóteses nas quais o direito à informação poderia ser limitado temporalmente; e e) direito à informação e ambiguidades ou contradições que o inviabilizem, que se centra nas hipóteses nas quais a declaração de inconstitucionalidade se justificou por problemas textuais do projeto de lei.

1 A CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO: A SENTENÇA C-274 DE 2013²⁶

A lei de acesso à informação colombiana, *Ley 1712 de Marzo* de 2014, é a mais recente no recorte de nossa pesquisa. Desse modo, as aplicações da lei em casos concretos não tiveram tempo suficiente para ganhar força na jurisprudência

²⁶ A Corte Constitucional da Colômbia tendo sido objeto de variados estudos, devido a sua atuação pioneira na defesa de direitos humanos. Devido ao recorte de nosso artigo, não nos aprofundaremos em suas questões históricas, políticas e institucionais. No entanto, para maior aprofundamento, indicamos a leitura de RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*. p. 81-98. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. United States: Cambridge University Press, 2011. CEPEDA-ESPINOSA, Miguel Luiz. *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*, 3 **Wash. U. Global Stud. L. Rev.** 529 (2004). NAGLE, Luz Estella. *Evolution of Colombian Judiciary and The Constitutional Court*. **Indiana International and Comparative Law Review** 6 (1995).

da Corte Constitucional de Colômbia. No entanto, nas discussões dessa mesma Corte, houve uma análise prévia de constitucionalidade do projeto de lei que antecedeu a já citada lei de acesso à informação. O trabalho da Corte, portanto, na *Sentencia C-274/2013* foi julgar, abstratamente, os diferentes dispositivos legais que resultaram na *Ley 1712*.

Para dissecar o julgamento do Tribunal, nossa análise se dividiu em cinco métodos de aplicação diferentes, por meio das quais a Corte concretizou os dispositivos constitucionais colombianos relacionados ao direito à informação, quais sejam OS artigos 20²⁷, 23²⁸, 74²⁹ e 209³⁰ da Constituição de 1991.

1.1 Princípio da Responsabilidade e Responsabilidade pela Veracidade da Informação

A primeira declaração de inconstitucionalidade, cuja origem remonta à impugnação por parte de um cidadão, diz respeito ao art. 3º do projeto de lei. O texto do supracitado artigo estabelece os princípios que vão orientar a atuação dos agentes públicos e cidadãos na conformação do direito à informação. Os princípios enumerados pela lei são os da: a) transparência; b) boa fé; c) facilitação; d) não-discriminação; e) gratuidade; f) da celeridade; g) qualidade de informação; h) divulgação pró-ativa da informação e, por fim, i) responsabilidade pelo uso da informação.

A inconstitucionalidade declarada pela Corte Constitucional, direciona-se ao último princípio – da responsabilidade pelo uso da informação – que impõe aos cidadãos a obrigação de fazer uso da informação prestada pelo Poder Público,

²⁷ "Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura."

²⁸ "Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

²⁹ "Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable."

³⁰ "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

de modo que atenda “*a veracidade da mesma*”. No entender da Corte colombiana, tal exigência resultaria em violação dos princípios da petição, da informação, do acesso à informação e da presunção da boa fé, consagrados nos artigos 20, 23, 74 e 83³¹ da Carta Constitucional daquele país. Diz o projeto de lei:

Principio de responsabilidad en el uso de la información. *En virtud de este, cualquier persona que haga uso de la información que proporcionen los sujetos obligados, lo hará atendiendo a la veracidad de la misma.*

Para o Tribunal, essa exigência aumentada no que concerne ao cidadão representaria um ônus desproporcional com relação ao Poder Público, responsável por prestar as informações. Havendo dúvidas com relação à veracidade da informação, coloca-se o cidadão em uma posição frágil, na qual ele pode ser responsabilizado tanto civil quanto criminalmente, caso a informação não se mostre verdadeira. O texto do projeto de lei dá a ideia de que seria possível ao Poder Público repassar uma informação que não seja verdadeira e que, em seguida, a responsabilidade pela divulgação da informação falsa se transfira ao cidadão o que, de acordo com a Corte, seria uma “carga manifestamente desproporcional para a pessoa que acessa à informação”, resultando em uma obrigação de verificar a veracidade do que foi informado ou em um incentivo negativo para que as informações obtidas não sejam divulgadas. Desse modo, fica evidente a total desigualdade entre Poder Público e os cidadãos.

A segunda e última hipótese de análise diz respeito ao artigo 30 do projeto de lei, que estabelece uma exceção à responsabilidade penal, civil ou administrativa do agente público baseada em atos de boa-fé no exercício de suas funções. A norma seria inconstitucional pois excluiria da apreciação judicial a culpa ou o dolo na atuação do agente, restringindo-se a uma categoria excessivamente indeterminada como boa fé, o que, de acordo com a Corte, tornaria a apreciação judicial da atuação pública dos agentes estatais impossível. Nessa linha:

Dada la necesidad de concretar y objetivar las funciones de los sujetos obligados, sus responsabilidades en el debido cumplimiento del presente proyecto de ley estatutaria deben regirse por las normas sustantivas y procesales que rigen la determinación de responsabilidades de los servidores públicos, especialmente en materia penal, disciplinaria y civil, por lo que se declarará

³¹ “*Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*”

inexequible el artículo 30.

Desse modo, conclui-se que a responsabilidade na divulgação de informações públicas tem uma dimensão dupla. Por um lado, trata-se de um instituto extremamente protetivo no que concerne ao cidadão no exercício de seu direito e, por outro lado, em um rigor maior na avaliação das condutas dos agentes públicos responsáveis por divulgar as informações.

1.2 Âmbito Subjetivo de Aplicação da Norma e sua Conformação Constitucional

O artigo 5º do projeto de lei objeto da análise de constitucionalidade estabelece o âmbito subjetivo de aplicação da lei de acesso à informação, catalogando os agentes cujas atividades estariam vinculadas ao dever de prestar informações. A primeira declaração da Corte diz respeito ao inciso e) do supracitado artigo 5º que estabeleceria a obrigação de empresas que possuem participação estatal de revelar informações referentes a suas atividades.

De acordo com um dos legitimados ativos na impugnação do projeto de lei, tal obrigação seria profundamente desproporcional em situações nas quais o Estado possuísse pequena participação no capital da sociedade empresária – representando, portanto, vantagem competitiva para outras empresas no mercado. Desse modo, decidiu-se por declarar uma limitação no âmbito de aplicação do inciso e) que não inclui a obrigação de relevar informações próprias no que concerne a própria atividade comercial ou industrial.

A segunda declaração de inconstitucionalidade diz respeito ao parágrafo segundo do artigo 5º do projeto de lei, que excluiria do âmbito subjetivo de aplicação da norma as pessoas naturais ou jurídicas de caráter privado que se utilizem dessas informações “para fins jornalísticos ou acadêmicos”. De acordo com o Tribunal, tal restrição violaria o acesso à informação de maneira ilegítima, pois excepcionaria um grupo exclusivo de particulares do dever de colaborar com o debate público e oneraria todo o resto da sociedade, na linha da sentença:

No obstante lo anterior, esta expresión impone una carga desproporcionada que vulnera los derechos de petición, a la intimidad, la libre competencia económica y al libre ejercicio de la profesión u oficio, porque al excepcionar sólo a un grupo de particulares, convierte en sujetos obligados a todos los demás usuarios de información pública, que podrían por esa vía ser obligados a revelar incluso el uso privado que hagan de la misma, lo cual es contrario al libre ejercicio de sus libertades individuales.

Por fim, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 5º que estabelecia exceções ao âmbito de obrigação da lei para determinados entes que gozassem de reserva legal à informação, bases e dados e contratos relacionadas com a defesa e segurança nacional, ordem pública e relações internacionais.

Seguindo a linha de raciocínio de vários atores que impugnaram a norma, a Corte defendeu que essa restrição ao direito à informação resultaria em uma violação direta do artigo 74 da Carta Magna colombiana, “pois transforma em secretas informações e documentos que deveriam estar submetidos ao escrutínio público, facilitando atuações claramente contrárias ao Estado de Direito e ao adequado funcionamento de uma sociedade democrática”.

Tratar-se-ia, portanto, de restrição genérica ao acesso a uma gama muito vasta de documentos que, na prática, se mostraria incompatível com o direito de acesso à informação que, no entendimento do Tribunal, só poderia ser restrito de maneira clara e concreta, explicitando-se as razões pelas quais determinadas informações deveriam estar sujeitas à reserva.

1.3 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação

O primeiro artigo a ser impugnado, no que concerne à reserva de informação, é o 6º, que procura estabelecer o significado de algumas expressões ou palavras que a, *a priori*, poderiam se apresentar como conceito indeterminados, sendo esses: a) informação; b) informação pública; c) informação pública classificada; d) informação pública reservada; e) publicar ou divulgar; f) sujeitos obrigados; g) gestão documental; h) documento de arquivo; i) arquivo; j) dados abertos e k) documento em construção.

Em um primeiro plano, a Corte afirmou que a delimitação do significado desses termos técnicos é fundamental para a proteção do direito fundamental em questão, de modo que o Tribunal deve se debruçar sobre a constitucionalidade de cada um dos conceitos.

Nessa toada, os ministros colombianos, em sua maioria, consideraram que a divisão das informações em informações públicas, informações públicas classificadas e informações públicas reservadas seria constitucional. Para dar substância ao argumento, citaram as leis³² que regulam o direito de *habeas data*

³² Leis estatutárias 1266 de 2008 e 1581 de 2012.

naquele país, as quais fariam divisão análoga e teriam sua constitucionalidade amplamente reconhecida.

No entendimento do Tribunal, por conseguinte, a divisão entre informações que são abertas ao público e informações que recebem alguma forma de restrição seria possível e decorrente da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, que por sua natureza estariam sujeitos à ponderação. Afirma a sentença:

La tensión entre el derecho a acceder a la información pública clasificada o pública reservada deberá resolverse en cada caso concreto, para determinar si la posibilidad de negar el acceso a este tipo de información, resulta razonable y proporcionada a la luz de los intereses que se pretenden salvaguardar al garantizar el derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, cuando se trata de información clasificada, se deberá sopesar en el caso concreto si la divulgación de ese tipo de información cumple una función constitucional importante o constituye una carga desproporcionada e irrazonable para el derecho a la intimidad de las personas afectadas, que no están obligadas a soportar.

Em seguida, o Tribunal defende, na linha de sua jurisprudência já consolidada³³, que as informações que estejam em poder de uma autoridade, ainda que possuam caráter preliminar ou estejam em processamento, não podem possuir uma reserva de acesso automática. No entendimento da jurisprudência constitucional colombiana, qualquer restrição ao direito de informação precisa ser justificada no caso concreto e surgir como fruto de uma ponderação constitucional entre o direito de acesso à informação e outros direitos ou interesses relevantes.

No que concerne ao artigo 19 do projeto de lei, que estabelece à reserva de informação por dano aos interesses públicos, na mesma linha de sua análise anterior, a Corte reconhecerá tal possibilidade, desde que tal reserva cumpra dois requisitos: i) que obedeça a um fim constitucionalmente legítimo e ii) que não existam outro meios menos restritivos para alcançar esse fim. Além disso, o próprio artigo limita tais hipóteses às situações nas quais haja uma restrição legal ou constitucional expressa, obrigando o agente público a motivar por escrito sua decisão.

1.4. Direito de Acesso à Informação e seus Limites Temporais.

³³ Cita-se, por exemplo, a sentença C-872 de 2003 na qual a Corte Constitucional da Colômbia analisou a constitucionalidade das disposições que regulavam o processo de promoção de oficiais e suboficiais das forças públicas.

O dispositivo que trata dos limites temporais ao direito de acesso à informação é o artigo 22 do projeto de lei, que estabelece, originalmente, um período máximo de quinze anos para que uma informação seja considerada reservada. No entanto, tal reserva pode ser renovada por um igual prazo, caso uma autoridade pública considere necessária e após prévia aprovação dos superiores hierárquicos de cada um dos ramos do Poder Público e órgãos de controle.

Com relação à escolha de um prazo arbitrário de 15 anos, o Tribunal ressalta que sua constitucionalidade vai depender do caso concreto e da permanência das condições materiais que justificaram a declaração da reserva. De modo que os motivos, constitucionalmente válidos, para excluir a informação do público devem estar presentes durante todo o período em que a informação esteja reservada. Em outras palavras, superada a razão que justificou a confidencialidade da informação, imediatamente, o prazo perde o seu sentido e o que antes era secreto deve se tornar público. Essa interpretação, portanto, tornaria o prazo compatível com os princípios constitucionais referentes ao direito à informação.

Contudo, não ocorreria o mesmo com a possibilidade de renovação do prazo por motivação discricionária do agente público, sujeita à prévia aprovação do superior hierárquico e não do legislador, “sem que se estabeleçam os critérios que justificariam essa prorrogação”. Na argumentação da Corte, com o passar do tempo as informações, em geral, se convertem em dados históricos, cuja reserva ou confidencialidade exige uma manifestação mais exigente para a qual só estaria legitimado o Poder Legislativo. Esse já teria sido o entendimento daquele Tribunal Constitucional em outras situações nas quais o prazo de confidencialidade tivesse sido muito longo – cita-se a título de exemplo, a lei que estabeleceu um período, renovável, de 30 anos para a confidencialidade de documentos ligados à inteligência colombiana e sua declaração de constitucionalidade por meio da sentença C-540 de 2012. Nas palavras do órgão constitucional:

*Dado que el paso del tiempo en general convierte en histórica, información que permaneció reservada o secreta, la posibilidad de tal prórroga debería ser aún más exigente y sólo está legitimado para hacerlo el legislador mismo.
En ejercicio del margen de configuración que tiene el legislador, ha consagrado excepciones puntuales al acceso a la información*

pública y ha señalado el períodos máximo durante el cual es aplicable la misma, estableciendo términos más cortos o incluso superiores a los 15 años que establece el proyecto.

Desse modo, percebe-se que na visão da Corte Constitucional colombiana a declaração de confidencialidade de documentos por um período tão longo, que já os configure como dados históricos, exige uma manifestação do Legislador, sem a qual tal restrição não seria legítima em uma ordem democrática.

1.5 Direito à Informação e Ambiguidades ou Contradições no Texto Legal que o Inviabilizem

A primeira declaração de inconstitucionalidade nesse âmbito diz respeito ao artigo 23 do supracitado projeto de lei que estabelece as hipóteses nas quais a reserva de lei seria inaplicável. Por um lado, a lei estabelece exceções subjetivas à reserva que incluíam as autoridades judiciais e os congressistas no exercício de suas funções de controle jurídico. Por outro lado, estabelece que tal inaplicabilidade não se aplicaria aos processos judiciais objeto de segredo de justiça.

De acordo com a Corte, o texto da norma seria confuso e muito ambíguo, ameaçando o próprio conteúdo do direito à informação, de modo que o Legislador deveria reescreve-lo. De acordo com o texto da sentença:

Para la Sala, por tanto, el artículo 23 de la Ley es una norma indeterminada que pone en riesgo el ejercicio del derecho y obstaculiza las funciones constitucionales de control, que debe ser declarada inexecutable. Dada su redacción, y los vacíos de que adolece, no es posible hacer un fallo modulativo. Corresponde al Legislador corregir esa indeterminación.

A segunda declaração de inconstitucionalidade diz respeito ao parágrafo primeiro do artigo 24, que estabeleceria a existência de um procedimento que presumiria a existência de certos órgãos de acesso à informação que foram extintos no decorrer do processo de deliberação legislativa. Assim, a permanência do parágrafo primeiro se revelava incoerente com o próprio texto da lei. Essa contradição entre o dispositivo específico e o resto da organização normativa poderiam vir a ser restritivas de direitos, de modo que a Corte resolveu declarar a inconstitucionalidade do texto legal desse pedaço específico.

Assim, percebe-se que há uma tendência na Corte de tentar “consertar” aquilo que lhe parece um erro legislativo e que poderia, na prática administrativa e judicial, resultar em uma restrição ilegítima e inconstitucional de direito

fundamental.

2 A SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO: O AMPARO EN REVISIÓN 453/2015

A lei que regula o acesso à informação, no âmbito federal mexicano, é a *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Gubernamental*, aprovada em 11 de junho de 2002. Trata-se da primeira lei nacional de acesso à informação a ser aprovada na América Latina, no século XXI. Desse modo, a análise da jurisprudência da Corte Suprema mexicana no que concerne à aplicação da lei, à luz da Constituição, tem o escopo de dar uma dimensão temporal mais larga do que poderiam outras jurisdições latino-americanas.

Além disso, a Constituição de 1917 é um dos documentos mais importantes do constitucionalismo latino-americano e mundial, assim, a análise da conformação da legislação de transparência e acesso à informação sob a irradiação de seu conteúdo pode servir como um importante aprendizado no âmbito do transconstitucionalismo.

Nosso estudo seguiu utilizando como parâmetro os cinco métodos de aplicação do direito de acesso à informação anteriormente apontados. No entanto, a busca realizada no sítio da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* revelou a utilização de apenas um método, qual seja: i) os limites ao direito à informação e a reserva de informação.

Foram utilizados dois critérios de seleção das decisões: a existência de um acórdão publicado ou a possibilidade de inferir da ementa do julgado o que foi decidido pela Corte. Além disso, buscaram-se decisões que expressamente fizessem menção à Lei de Transparência, para que não perdêssemos o foco do escopo do nosso estudo.

2.1 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação.

O caso estudado envolve o massacre de 72 pessoas na localidade de San Fernando por parte de agentes do Estado, em agosto de 2010³⁴. O debate se inicia com a requisição, por parte de um cidadão, de acesso à investigação preliminar

³⁴Para informações gerais sobre o tema, conferir:

<http://www.cnnmexico.com/nacional/2014/12/22/17-policias-fueron-arrestados-por-la-matanza-de-san-fernando-senala-pgr>. Acessado em 26/04/2015 às 04:00.

78 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 62-87

(*averiguación previa*) do supracitado massacre. No entanto, o Código Federal de Processo Penal Mexicano, em seu art. 16³⁵, dispõe que as investigações preliminares em matéria penal são de acesso restrito às partes e seus representantes legais.

O argumento utilizado por parte do cidadão que requereu o acesso à investigação se baseava em disposição da Lei de Acesso à Informação Mexicana que, em seu art. 14, §3^{o36}, dispunha que a reserva de informação não podia ser utilizada em investigações envolvendo violações graves de direitos humanos.

Ao chegar a *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, órgão de cúpula do Judiciário, por meio da *Facultad de Atracción* n. 338/2014 e do *Amparo en Revisión* 453/2015, o tema foi decidido de modo a favorecer a requisição feita pelo cidadão, em detrimento da reserva de informação oposta pelo Estado. Para tomar a decisão nessa direção, o Tribunal mexicano argumentou que a reserva absoluta estabelecida pelo art. 16 do já citado Código Federal de Processo Penal Mexicano teria "*carácter desproporcional*" e que, portanto, aplicar-se-ia o art. 14, §3^o, da Lei de Acesso à Informação Mexicana.

Desse modo, a decisão afirmou a inexistência de uma presunção de sigilo, mesmo em questões de direito penal. Para o Tribunal, no âmbito do regime constitucional vigente e frente as diretrizes do ordenamento jurídico, a necessidade de garantir o acesso à informação, sobretudo em situações de violação massiva de direitos humanos, superaria o próprio direito de privacidade das vítimas.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3.902 DE 2011 E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 652.777 DE 2015

O direito fundamental de acesso à informação goza de status constitucional efetivo desde a promulgação da Constituição de 1988³⁷, a qual, em

³⁵ "*Artículo 16 [...] A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda. [...]*"

³⁶ "*Artículo 14 [...] No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.*"

³⁷ Na histórica constitucional brasileira, a Carta de 1967 já previa o direito de acesso à informação em seu art. 150, §8^o. A EC no 1, de 1969, alterou a redação do mesmo dispositivo, tornando-a

Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ 79

seu art. 5º, XXXII, estabelece a transparência nos órgãos públicos, obrigando a Administração a tornar públicas suas informações, seja as de interesse particular, coletivo ou geral, excetuando-se as situações em que o sigilo seja necessário à segurança da sociedade ou do Estado. O prazo para prestação das informações deveria ser aquele previsto na lei. No entanto, a lei que regulamentou o acesso à informação – Lei nº 12.527 - só foi promulgada em 2011, mais de 20 anos após a promulgação da Carta Constitucional.

No hiato entre a disposição constitucional e o texto legal, chegou ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a publicidade do vencimento dos servidores públicos. O teto remuneratório sempre foi um problema constante no debate público nacional³⁸, tendo sido objeto de diversas emendas constitucionais. Uma das soluções criadas para sanar o problema, foi aumentar o controle social sobre os chamados “supersalários” por meio da publicação dos vencimentos dos servidores de maneira nominal. Nesse momento, a discussão, outrora política, passou a girar em torno do direito à privacidade e a segurança dos servidores públicos, por um lado, e do direito de acesso à informação da sociedade brasileira, por outro. Outro argumento importante é a edição da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que instituiu o art. 39, §6º, que dispõe o seguinte: “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”.

Nessa linha, serão cotejados dois casos de questionamento da constitucionalidade da publicação nominal dos vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos. Um dos casos, a Suspensão de Segurança 3902 de 2011, é anterior à Lei 12.527 e, o outro, o Recurso Extraordinário com Agravo 652777 de 2015, é posterior. Nessa toada, nossa análise se concentrará nos argumentos utilizados pela Corte, antes e depois do advento da lei, e na eventual mudança (ou não) no conteúdo deles. Dentro da metodologia elegida,

mais restritiva, sem, entretanto, excluir a existência do direito. No entanto, como se sabe, em meio a uma ditadura militar, pouco ou nada valia tal disposição normativa. Cf. SOUZA, Victor Roberto Corrêa. “O Acesso à Informação na Legislação Brasileira”. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p. 161-181, abr. 2012.

³⁸ Apenas, para ilustrar a afirmação, reportamo-nos a recente notícia de jornal que fala sobre os “supersalários” de magistrados no Estado do Rio de Janeiro. Cf. “Mais de 90% dos magistrados receberam acima do teto em março”. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-06-03/mais-de-90-dos-magistrados-do-rio-receberam-acima-do-teto-em-marco.html>, acessado em 15.09.15. Também, “Dois mil funcionários da USP recebem salários acima do teto” Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/11/dois-mil-funcionarios-da-usp-ganham-salarios-acima-do-permitido-por-lei.html>, acessado em 15.09.15.

com relação aos cinco métodos de aplicação do direito do acesso à informação, o método escolhido pelo STF foi exclusivamente o relativo aos limites ao direito à informação e a reserva de informação.

3.1 Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação.

No primeiro caso, Suspensão de Segurança no 3.902³⁹, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, tratava-se de discussão envolvendo Lei Municipal da Cidade de São Paulo (Lei nº 14.720/08) que determinava a divulgação de lista nominal dos vencimentos e demais elementos da remuneração dos servidores públicos municipais. Dois sindicatos ajuizaram mandados de segurança, tendo como principais argumentos a ilegalidade do ato impugnado, a violação da segurança e da intimidade dos servidores⁴⁰ e, por fim, a violação da isonomia, pois nem todos servidores estavam presentes na divulgação.

Em primeira instância, os mandados tiveram liminares concedidas, tendo entendido os juízes que a violação a segurança e a privacidade dos servidores municipais não se justificativa e que a lei municipal e seu decreto regulamentador não dispunham sobre a publicação do salário dos servidores. Em sua defesa, o Município de São Paulo, alegou que as decisões judiciais, baseadas na intimidade e segurança dos servidores, violavam frontalmente o princípio da publicidade⁴¹ e que a disponibilização dos vencimentos se dava em obediência aos princípios da moralidade e da publicidade.

Em decisão final sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência do mandado de segurança, permitindo a publicação dos vencimentos no Portal da Transparência da Prefeitura de São Paulo. O argumento central para decisão seria o de que, no caso em discussão, não haveria incidência do direito à intimidade, visto que o objeto da divulgação – os vencimentos – diz respeito aos indivíduos enquanto servidores públicos, exclusivamente. Além disso, a segurança física ou corporal dos servidores, estaria garantida pela não divulgação do endereço residencial, do CPF e da CI de cada servidor. Por fim, nas palavras do relator, esse seria “*o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano*”.

³⁹ SS 3.902 AgR-segundo/SP, rel. Min. Ayres Britto, j. em 09.06.11. DJe 03.10.11.

⁴⁰ A base constitucional para defesa desses direitos foram o Art. 5º, X e XXXIII, o *caput* do art. 6º e o art. 37, §3º da Constituição Federal de 1988.

⁴¹ Usaram-se como base normativo os art. 37, *caput*, art. 5º, XIV e XXXIII, art. 37, §3º, II, e, por fim, o art. 39, §6º da Constituição Federal. Vale ressaltar como artigos semelhantes foram utilizados para argumentar duas soluções completamente diferentes para o problema.

Portanto, nessa primeira decisão, a aplicação do direito de acesso à informação ou da “publicidade administrativa” – extraído do Art. 37, *caput*, da CRFB, obrigaria a Administração Pública a agir com o máximo de transparência. Ademais, as informações em discussão se encaixariam na categoria de interesse coletivo ou geral, aplicando-se, integralmente, os art. 5º, XXXIII, e 39, §6º, da Constituição. Nessa toada, percebe-se que o STF avalizou prática do Executivo municipal com base, exclusivamente, no texto constitucional – visto que a lei e o decreto municipais usados como base da decisão, não previam expressamente a medida adotada.

A decisão foi tomada em 09 de junho de 2011 e em 18 de novembro do mesmo ano foi aprovada a Lei nº 12.527, intitulada de “Lei de Acesso à Informação”, regulamentando o direito de acesso à informação previsto no art. 5º, XXXIII. A lei, no entanto, não previu nada expressamente sobre a questão da publicação dos vencimentos dos servidores públicos.

O segundo caso em discussão foi julgado alguns anos após a promulgação da supracitada lei – seu julgamento se deu em 23 de abril de 2015. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 652.777⁴², de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Recurso que, igualmente, envolveu servidora pública do Município de São Paulo que demandava a exclusão de seu nome da publicação dos vencimentos dos servidores públicos do município.

Teve a servidora seu pedido principal – de exclusão da lista – acolhido pela segunda instância. Com base, principalmente, nos seguintes argumentos: i) a falta de apoio constitucional e infraconstitucional para a publicação dos vencimentos; ii) a ideia de que a publicação deveria associar o salário com o cargo e não com o indivíduo que o ocupa; iii) a violação da privacidade do servidor; e, finalmente, iv) a violação dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No recurso extraordinário direcionado ao STF, em sua defesa, o Município de São Paulo arguiu que a divulgação da remuneração dos servidores públicos estava fundada, principalmente, nos princípios da publicidade e da transparência⁴³, na auto-executoriedade do art. 39, §6º, e na inexistência de violação a intimidade dos servidores, visto que o próprio pagamento de sua remuneração já é ato público. Na percepção da recorrente, portanto, não haveria

⁴² ARE 652.777/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 23.04.15. DJe 01.07.15.

⁴³ Utilizaram-se os incisos XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição para justificar essa violação.

quaisquer razões que justificassem a limitação do direito de acesso à informação da sociedade.

Curiosamente, várias entidades solicitaram seu ingresso no processo como *amici curiae*, sendo elas, na maior parte, sindicatos ou confederações de servidores públicos que defendiam a manutenção da vedação à publicação nominal. Apoiando o município de São Paulo, a União requereu sua participação, também, como *amicus curiae*. Nesse sentido, percebeu-se uma correlação de forças dos Executivos municipal e federal, no intuito de reformar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e autorizar a publicação nominal dos vencimentos dos servidores.

O Min. Teori Zavascki, faz menção à decisão prolatada do SS 3.902, afirmando que todos os motivos apresentados pelo Tribunal à época se mantinham. Somando-se a tais argumentos, no entanto, a própria promulgação da Lei de Acesso à Informação, cuja aplicação se estenderia a todos os entes federados. Corroborando a tese da publicação dos vencimentos em lista nominal, haveria o artigo 8º do supracitado diploma normativo, quando estabelece a divulgação espontânea de informações, por parte do Poder Público, que sejam de interesse coletivo ou geral.

Assim, a promulgação da lei não só manteve os argumentos apresentados no caso anterior ao seu surgimento, como, também, serviu como um reforço argumentativo para a manutenção da jurisprudência anterior da Corte. Nesse caso, portanto, houve uma atuação convergente dos três Poderes para garantir a transparência de informações reputadas como essenciais para a sociedade brasileira.

4 CONCLUSÃO: A BANDEIRA AMARELA DA CÓLERA E OS BARCOS À DERIVA DA DEMOCRACIA

- Y hablando en hipótesis -dijo-: ¿sería posible hacer un viaje directo sin carga ni pasajeros, sin tocar en ningún puerto, sin nada?

El capitán dijo que sólo era posible en hipótesis. La C.F.C. tenía compromisos laborales que Florentino Ariza conocía mejor que nadie, tenía contratos de carga, de pasajeros, de correo, y muchos más, ineludibles en su mayoría. Lo único que permitía saltar por encima de todo era un caso de peste a bordo. El buque se declaraba en cuarentena, se izaba la bandera amarilla y se navegaba en emergencia. El capitán Samaritano había tenido que

hacerlo varias veces por los muchos casos de cólera que se presentaban en el río, aunque luego las autoridades sanitarias obligaban a los médicos a expedir certificados de disentería común. Además, muchas veces en la historia del río se izaba la bandera amarilla de la peste para burlar impuestos, para no recoger un pasajero indeseable, para impedir requisas inoportunas. Florentino Ariza encontró la mano de Fermina Daza por debajo de la mesa. **Gabriel Garcia Marquez.**⁴⁴

Em “*El Amor en Los Tiempos del Colera*”, após uma vida de separação e de um amor que não se concretizou, Florentino Ariza e Fermina Daza se encontram já na velhice e decidiram seguir juntos até o fim de seus dias em um barco em cujo mastro tremulava a bandeira amarela do cólera. A utilização de tal bandeira tinha a função protege-los de qualquer intervenção externa, de modo que o navio em que desfrutariam seu amor poderia perambular para sempre pelas águas dos rios colombianos.

Na metáfora do presente trabalho, no entanto, a função da bandeira amarela da cólera autoritária tem um papel muito menos romântico, servindo como um instrumento herdado dos períodos autoritários para manter o regime democrático à deriva, sem a intervenção do povo.

Como buscamos demonstrar, as Cortes Constitucionais e Supremas Cortes foram – e têm sido – essenciais no processo de estabelecimento da democracia nos países latino-americanos, ajudando a impedir que as bandeiras amarelas do autoritarismo voltem a tremular, ainda que a meio mastro. No caso específico do direito de acesso à informação, essencial para a manutenção da democracia, as Cortes Constitucionais da Colômbia, México e Brasil, exerceram importante função em seus países, dialogando intensamente com os outros poderes constituídos.

No desenvolvimento de nossa pesquisa, procuramos dissecar as aplicações do direito de acesso à informação, por parte das três Cortes, em cinco métodos de aplicação diferentes, quais sejam: a) princípio da responsabilidade e responsabilidade pela veracidade da informação, que se concentra nos direitos e deveres dos cidadãos e agentes estatais na divulgação de informações públicas; b) âmbito subjetivo de aplicação da norma e sua conformação constitucional, que

⁴⁴ MARQUEZ, Gabriel Garcia. **El Amor en Los Tiempos del Colera**. 1ª ed. Colômbia: Editorial La Oveja Negra, 1985. p. 187-188.

trata dos sujeitos que estão obrigados ou não a prover informações à sociedade; c) os limites ao direito à informação e a reserva de informação, que avalia as hipóteses nas quais seria legítimo restringir o direito à informação por agentes da Administração Pública, d) o direito de acesso à informação e seus limites temporais, que cuida das hipóteses nas quais o direito à informação poderia ser limitado temporalmente; e e) direito à informação e ambiguidades ou contradições que o inviabilizem, que se centra nas hipóteses nas quais a declaração de inconstitucionalidade se justificou por problemas textuais do projeto de lei.

A Corte Constitucional da Colômbia, nos casos analisados, se utilizou de todos os cinco métodos. A Suprema Corte de Justiça do México, dentro do recorte, aplicou o direito de acesso à informação em apenas um método. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fez uso de tão somente um dos métodos. Os casos analisados, entretanto, envolveram desde questões abstratas de controle de constitucionalidade, até questões sensíveis como violações de direitos humanos por parte do Estado e remuneração dos servidores públicos.

O propósito, portanto, foi demonstrar como diferentes aplicações do direito de acesso à informação podem ser úteis no aprimoramento dos processos democráticos. Desse modo, as diversas experiências apresentadas podem ensejar alguma forma de diálogo transconstitucional, que seja produtivo para todos. Afinal, como destacado ao longo do presente trabalho, muitos dos problemas enfrentados por todas as Cortes são parte do “patrimônio comum” dos países latino-americanos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism (1996). **Occasional Papers**. Paper 4. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4, acessado em: 09.09.15.

ACKERMAN, John M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma E. Sandoval. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. 58 **ADMIN. L. REV.** 85 (2006).

BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 237-284.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *In*:

SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-242.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Institucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CEPEDA-ESPINOSA, Miguel Luiz. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. 3 **Wash. U. Global Stud. L. Rev.** 529 (2004).

COMELLA, Victor Ferreres. The Rise of Specialized Constitutional Courts. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative Constitutional Law**. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2011.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando os Canais de Acesso à Jurisdição Constitucional do STF: Por que não aqui uma revolução de direitos? *In*: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp 591-640.

GARGARELLA, Roberto. Toward a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60. **Latin American Research Review**, Vol. 39, No. 2, June 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HAMMERGREN, Linn. **Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2007.

JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 54-74.

LANZA, Edison. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, 2014, V. II. p. 428.

LOPES, Cristiano Aguiar. O Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação nas Políticas de Acesso à Informação Pública na América Latina. *In*: III Congresso da Compólitica - Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política, 2009, São Paulo. **Anais do III Congresso da Compólitica**, 2009.

MALDONADO, Patrício; BERTHIN, Gerardo D. Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America. 10 **Sw. J. L. & Trade Am.** 243 2003-2004.

MENDEL, Toby. **The Right to Information in Latin America: a comparative legal survey**. Disponível em: <http://www.unesco.org/webworld/en/foi>, acessado em: 10.09.15.

NAGLE, Luz Estella. Evolution of Colombian Judiciary and The Constitutional Court. **Indiana International and Comparative Law Review** 6 (1995).

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, p. 193-214, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010

PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Decay in Latin America**: declining confidence in the Rule of Law. United States: Praeger Publishers, 2000.

RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. p. 81-98. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. United States: Cambridge University Press, 2011.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. *In*: IEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed) **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Terezinha Elisabeth da; EIRÃO, Thiago Gomes; CAVALCANTE, Raphael da Silva. Relacionando la Legislación sobre acceso a la información de los países del MERCOSUR. **Biblios**, N. 56, 2014, p. 27-38.

TATE, Neal. C.; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judiciary Power**. New York: New York University Press, 1998.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009.