

ANOTAÇÕES AO PODER DE SIGILO DO ESTADO INSCRITO NO ART. 5º, INCISO XXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Cláudio Henrique de Castro*

RESUMO: *Breve análise do art. 5º, inciso XXXIII, sob a recente edição da Lei nº 11.111 de 05 de maio de 2005 e o poder dos Tribunais de Contas dos Estados de verificar as despesas relacionadas com atividades sigilosas do Estado. O texto informa a recente bibliografia a respeito do tema sigilo e serviço secreto no Brasil e conclui que estes serviços não prescindem de fiscalização dos Tribunais de Contas.*

PALAVRAS – CHAVE: *Fiscalização; sigilo; art.5º, inciso XXXIII da C.F.*

1. Introdução

Recentemente foi editada a Lei nº 11.111 de 05 de maio de 2005 que regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 5º (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”(grifamos)

O art. 5º da lei infraconstitucional dá poderes ao Tribunal de Contas da União para disciplinar internamente a manutenção das informações produzidas e pelo princípio da simetria constitucional também se aplica aos Tribunais de Contas dos Estados:

“Art. 5º Os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público da União e o Tribunal de Contas da União disciplinarão internamente sobre a necessidade de manutenção da proteção das informações por eles produzidas, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como a possibilidade de seu acesso quando cessar essa necessidade, observada a Lei nº 8159, de 08 de janeiro de 1991 e o disposto nesta Lei.”(grifamos)

Por sua vez a Lei nº 8159/91 (antecedida pela Medida Provisória nº 228/2004) dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências, no que foi exhaustivamente regulamentada pelo Decreto nº 4553/2002.

O prazo para a restrição de acesso é de 30(trinta) anos que poderá ser prorrogado por igual tempo a teor do § 2º do art. 23 da Lei nº 8159/91 ou até permanecer confidencial

* Advogado, Assessor Jurídico no TCE-PR, Professor Universitário, Especialista em Direito Administrativo, Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR).

indefinidamente nos termos do § 2º do art. 6º da Lei nº 11.111/05, leia-se *ad eternum* dependendo do tema.

2. Do sigilo de Estado

O imperador Constantino, mesmo depois de convertido, aborrecia os juízes católicos por se negarem a pronunciar a pena de morte, fiéis ao princípio do “não matarás”, naquela ocasião o saber dos juristas foi para descobrir os caminhos direitos, pelas vias mais tortas (Cunha, 1998, p. 97). Assim é a tarefa de trabalhar com o tema tão sinuoso e delicado do direito ao sigilo num Estado que se intitule de Direito e Democrático (Canotilho, 1999)¹.

Inegavelmente os Estados possuem serviço de inteligência e no Brasil sua criação oficial foi em abril de 1956 pelo Presidente Juscelino Kubitschek, denominando-o de Sfici (Serviço Federal de Informações e Contra-informação), inspirado no serviço secreto dos Estados Unidos da América e na polarização EUA-URSS no pós-guerra e na doutrina da Segurança Nacional que justificou governos não democráticos na América Latina (Figueiredo, 2005). Desta forma, historicamente, o Estado brasileiro não se acostumou ao uso democrático dos serviços de informações na instância pública do poder. A partir de 1988 a democracia bate na porta querendo entrar.

A questão que se põe é a seguinte: existem sigilos estratégicos de Estado para salvaguardar a própria existência do Estado? A resposta inexoravelmente é afirmativa.

Há, por óbvio, escolhas dos setores em que o Estado irá atuar para salvaguardar sua soberania, interna e externamente. Em outras palavras, a decisão está nas mãos do Executivo e sendo este eleito, democraticamente, está legitimado para fazê-lo. Evidentemente há limites.

Tais limitações envolvem a técnica de ponderação (Barroso, 2005; Canhotilho, Moreira, 1991; Ávila, 2003; Farias, 1996), isto é, a técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis (*hard cases*).

3. Possibilidades de atuação do Estado e sigilo das despesas

Recentemente a Polícia Federal tem demonstrado muito vigor no combate a quadrilhas dos mais variados delitos, esta escolha de atuação é por óbvio uma estratégia de Estado em repressão a certos segmentos, inclusive das elites.

¹ Pois o Estado de Direito observa o princípio de justa medida porque se estrutura em torno de um princípio material vulgarmente chamado princípio da proibição do excesso.

Esta é uma escolha de atuação na eterna busca das mãos manchadas, é Raskolnikov de *Crime e Castigo*, são quase todos em *As mãos sujas* de Sartre e *Os Justos* de Camus (Cunha, 1998).

Pode-se, por exemplo, eleger o combate aos crimes do colarinho branco (Santos, 2001, p. 33 e ss) (*white-collar crime*) possibilidade que deita raiz na Revolução Francesa que instituiu a igualdade do direito e afastou a impunidade das classes dominantes, clero e nobreza. Em síntese, a elite não estaria imune à aplicação da lei penal, um sonho ainda para alguns países em desenvolvimento (Santos, 2001, p. 63 e ss)².

Com efeito, qualquer que seja o desiderato do serviço de informações da União e dos aparelhos repressivos policiais da União e Estados-membros no desempenho das suas funções, reflexamente suas despesas, conforme o caso e o grau de sigilo, ensejarão reserva de publicidade, pois igualmente envoltas por *Argus*³, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal e sua disciplina infraconstitucional.

4. Conclusões

À guisa de concluir, na brevidade que comporta o presente artigo, vislumbramos algumas incertezas, todavia, das convicções podemos destacar que:

1. as despesas que se relacionem diretamente com tarefas de sigilo de Estado possuem publicidade contábil restrita e/ou restringível, alcançadas pelo inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal e sua legislação infraconstitucional;

2. a regularidade das despesas observará o princípio da justa medida, da razoabilidade e da proporcionalidade, no tripé: adequação, proporcionalidade e proibição de excesso, em decorrência do devido processo legal (*substantive due process of law*) do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal;

3. não são inexpugnáveis as despesas relacionadas aos serviços de informação e sigilo do Estado, contudo não devem seguir os processos de comprovação convencionais visto que a atuação do Estado é diferenciada nestas tarefas, nos termos do inciso XXXIII do art. 5º e do §7º do art. 144 combinados com o inciso II do art. 71 da Constituição Federal.

² Cabe assinalar que os crimes de colarinho branco sempre tiveram a idéia do tradicional funcionamento diferenciado da justiça penal, seja pelo julgamento e pelas penas. Assinale-se o tratamento diferenciado quanto às classes dominantes, ver ainda: **O Atlas da exclusão social**, volume 03: os ricos no Brasil / Marcio Pochmann *et al* (organizadores). São Paulo: Cortez, 2004, p. 25: "As chamadas classes superiores tendem a ocupar os principais postos-chave na estrutura de comando do poder político econômico, e desfrutam, por conseqüência, de elevado status social." Isto as imuniza ao Direito Penal.

³ **Argus**: semideus do Olimpo que Júpiter encarregou de vigiar os deuses, tinha cem olhos e numa outra versão possuía um terceiro olho na testa, esta última foi adotada nos papéis do Serviço de Inteligência brasileiro, sobretudo nas décadas de 70 e 80, sendo abandonada em 2000 in FIGUEIREDO, Lucas. **Ministério do Silêncio**: a história do serviço secreto brasileiro de Washington Luís a Lula (1927-2005). São Paulo, Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 11-13.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Editora Coimbra/ Argumentum, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Gradiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do Silêncio: a história do serviço secreto brasileiro de Washington Luís a Lula (1927-2005)*. São Paulo, Rio de Janeiro: Record, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direitos constitucionais*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003

FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime do colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. *Studia iuridica*, 56. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.