

Universidade de Brasília - UNB
Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais

**TRANSPARÊNCIA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS: a
estratégia do segredo nas políticas públicas de transparência do
Brasil e dos EUA de 2013 a 2020**

Vítor César Silva Xavier

Brasília
2022

Vítor César Silva Xavier

**TRANSPARÊNCIA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS: a
estratégia do segredo nas políticas públicas de transparência do
Brasil e dos EUA de 2013 a 2020**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília, na linha de pesquisa de Política Comparada, para obtenção do título de Doutor em Relações Internacionais. Tese produzida sob orientação da professora Dra. Maria Helena de Castro Santos.

Brasília
2022

Xavier, Vítor César Silva.

TRANSPARÊNCIA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS: a estratégia do segredo nas políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA de 2013 a 2020. Brasília, 2022.

Tese de doutorado – Instituto de Relações Internacionais da UNB, Brasília.

Orientador: Maria Helena de Castro Santos.

DEDICATÓRIA

Dedico esta segunda parte dos meus trabalhos relativos à transparência pública ao meu irmão, Paulo Augusto Silva Xavier, e sua família.

AGRADECIMENTOS

Ao Corregedor-Geral da União, Gilberto Waller Jr., pela liderança pautada nos mais elevados valores democráticos e por fazer seus colaboradores realmente acreditarem em uma sociedade melhor, inspirando trabalhos como este.

Aos colegas Alessandra Valle Lafeta, Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega, Débora Queiroz Afonso, Wagner Rosa da Silva e Walter Luís Araújo da Cunha, por apoiarem a iniciativa desta pesquisa.

EPIÍGRAFE

“A falta de transparência resulta em desconfiança e um profundo sentimento de insegurança”. Dalai Lama

RESUMO

A presente tese se propõe a analisar comparativamente a política de transparência do Brasil e dos EUA, a partir dos pedidos de acesso à informação apresentados ao Poder Executivo federal que foram submetidos às segundas instâncias recursais do Poder Judiciário federal, no período de 2013 até 2020, a fim de verificar a aplicação direta e indireta do sigilo e sua conformidade com as normas nacionais e internacionais de transparência. A tese foi produzida a partir do método de pesquisa comparado, avaliando-se as políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA a partir de diversos níveis e critérios.

Primeiramente, estritamente no campo normativo, considerou-se a possibilidade das leis de acesso à informação do Brasil e dos EUA possuírem falhas intrínsecas, tais como a não previsão de garantias para o acesso à informação e a falta de critérios objetivos para a negativa de acesso à informação, com fixação inadequada de situações de sigilo ou mesmo de transparência obrigatória, contrariando as legítimas expectativas do regime democrático. Nessas situações, a instituição de lei de acesso à informação pode ser, por si só, conservadora e limitar a transparência ao mínimo socialmente admitido. Essas legislações nacionais foram avaliadas a partir da Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação da Organização dos Estados Americanos.

Considerando que a avaliação da política pública de transparência depende do cumprimento das leis de acesso à informação, foi indispensável considerar que o Poder Executivo pode simplesmente descumprir diretamente a lei de acesso à informação ou distorcer a base conceitual dos sigilos adotadas nessas mesmas leis, por meio de interpretações forçadas, situações que o Estado indiretamente descumpra a legislação e atua em desconformidade com aquilo que se espera em um regime democrático. Até mesmo em democracias já consolidadas, é possível que, na implementação de uma lei de acesso à informação, sejam frustradas as expectativas legítimas de transparência, dando às hipóteses de sigilo significados que, na prática, ampliam a proteção da informação, negando-se consequentemente informação que deveria ser pública. Por isso, num segundo momento, a tese se dedicou a avaliar as decisões proferidas pelas segundas instâncias recursais do Poder Judiciário federal, no período de 2013 até 2020, do Brasil e dos EUA.

A análise das políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA revelou a existência de barreiras de acesso à informação não previstas na Lei Modelo

Interamericana de Acesso à Informação da Organização dos Estados Americanos nem nas respectivas leis de acesso à informação, situações em que os acordos políticos democráticos simbolizados pelo Direito foram descumpridos pelo governo e as estratégias ilegais para negativa de acesso à informação foram chanceladas pelos órgãos do Poder Judiciário. De uma forma geral, verificou-se que as variáveis independentes grau de democracia e posição de poder no sistema internacional explicam satisfatoriamente a aplicação lícita e ilícita do sigilo.

ABSTRACT

This thesis proposes to comparatively analyze the transparency policy of Brazil and the USA, based on the requests for access to information presented to the federal Executive Branch that were submitted to the second appellate levels of the Federal Judiciary, in the period from 2013 to 2020, in order to verify the direct and indirect application of secrecy and its compliance with national and international standards of transparency. The thesis was produced from the comparative research method, evaluating the public policies of transparency in Brazil and the USA from different levels and criteria.

First, strictly in the normative field, it was considered the possibility that the laws of access to information in Brazil and the USA have intrinsic flaws, such as the lack of guarantees for access to information and the lack of objective criteria for denial of access to information, with inadequate establishment of situations of secrecy or even mandatory transparency, contrary to the legitimate expectations of the democratic regime. In these situations, the institution of an access to information law can be, by itself, conservative and limit transparency to the socially accepted minimum. These national laws were evaluated based on the Model Inter-American Law on Access to Information of the Organization of American States.

Considering that the evaluation of the public transparency policy depends on compliance with the laws on access to information, it was essential to consider that the Executive Branch can simply directly break the law on access to information or distort the conceptual basis of the secrecy adopted in these same laws, through of forced interpretations, situations in which the State indirectly violates the legislation and acts in disagreement with what is expected in a democratic regime. Even in already consolidated democracies, it is possible that, in the implementation of an access to information law, the legitimate expectations of transparency are frustrated, giving the hypotheses of secrecy meanings that, in practice, expand the protection of information, consequently denying itself information that should be public. Therefore, in a second moment, the thesis was dedicated to evaluating the decisions handed down by the second appellate levels of the federal Judiciary, in the period from 2013 to 2020, in Brazil and in the USA.

The analysis of public transparency policies in Brazil and the USA revealed the existence of barriers to access to information not foreseen in the Model Inter-American

Law on Access to Information of the Organization of American States or in the respective laws on access to information, situations in which the agreements democratic politicians symbolized by the Law were not complied with by the government and the illegal strategies to deny access to information were sanctioned by the Judiciary Power bodies. In general, it was found that the independent variables degree of democracy and position of power in the international system satisfactorily explain the licit and illicit application of secrecy.

LISTA DE IMAGENS

Figura n. 1 – Acesso à Informação no mundo em 2011

Figura n. 2 – Procedimento geral de acesso à informação nos EUA

Figura n. 3 - Cadeia de recursos em pedido de acesso à informação sem classificação nos EUA

Figura n. 4 – Procedimento de acesso à informação classificada nos EUA

Figura n. 5 - Cadeia de recursos em pedido de desclassificação nos EUA

Figura n. 6 – Procedimento geral para acesso à informação no Brasil

Figura n. 7 - Cadeia de recursos em pedido de acesso à informação no Brasil

Figura n. 8 – Procedimento de acesso à informação classificada no Brasil

Figura n. 9 - Cadeia de recursos em pedido de desclassificação no Brasil

Figura n. 10 – Quantidade de decisões judiciais relativas ao acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal dos EUA de 2013 a 2020 nas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito

Figura n. 11 – Quantidade de decisões judiciais relativas ao acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil de 2013 a 2020 nos TRFs 1, 2 e 3

LISTA DE TABELAS

Tabela n. 1 - Receita pelo tipo de fonte da OGP

Tabela n. 2 – Orçamento anual da OGP

Tabela n. 3 – Quantidade de leis de acesso à informação promulgadas por intervalo de tempo

Tabela n. 4 – Normas basilares do direito de acesso à informação nos Estados pioneiros e na Lei Modelo da OEA

Tabela n. 5 – Principais normas da Lei Modelo de Acesso à Informação da OEA não internalizadas pelos EUA

Tabela n. 6 – Principais normas da Lei Modelo de Acesso à Informação da OEA não internalizadas pelos Brasil

Tabela n. 7 – Principais diferenças normativas entre a FOIA e a LAI

Tabela n. 8 – Quantidade e percentual de processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal dos EUA nas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito entre os anos de 2013 a 2020

Tabela n. 9 – Tempo médio em dias para julgamento dos recursos dirigidos à Cortes de Apelação em processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal dos EUA entre 2013 e 2020

Tabela n. 10 – Número de processos judiciais nos EUA por tipo de solicitante, envolvendo o tema transparência e o Poder Executivo federal, com decisão proferida entre 2013 e 2020 pelas Cortes de DC e Nono Circuito

Tabela n. 11 - Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial das cortes de apelação do Distrito de Colúmbia e Nono Circuito por negarem acesso à informação com decisão publicada entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 12 – Tema objeto de solicitação de acesso à informação nars Cortes de Apelação do Distrito de Colúmbia e Nono Circuito com decisões proferidas entre 2013 e 2020

Tabela n. 13 – Processos em que houve análise documental pelas Cortes de DC e Nono Circuito antes da prolação da decisão

Tabela n. 14 – Tipos de sentença em que houve recurso para as Cortes de DC e Nono Circuito envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 15 – Tipos de acórdão em que houve recurso para as Cortes de DC e Nono Circuito envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

Tabela 16 – Quantidade de decisões mantidas e revistas pelas Cortes de DC e Nono Circuito sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal norte-americano com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 17 – Argumentos registrados para manutenção do sigilo nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito proferidas entre os anos 2013 e 2020

Tabela n. 18 – Argumentos registrados em favor do acesso à informação nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito proferidas entre os anos 2013 e 2020

Tabela n. 19 – Quantidade de vezes em que a isenção n. 1 foi utilizada de forma contextualizada nos casos concretos decididos pelas Cortes de DC e Nono Circuito, em processos judiciais de acesso à informação contra o Poder Executivo federal decididos entre 2013 e 2020

Tabela n. 20 - Complexidade das demandas de acesso à informação nas Cortes de DC e Nono Circuito nos processos selecionados

Tabela n. 21 – Tipos de decisão proferidos pelas Cortes de DC e Nono Circuito em face do Poder Executivo federal, entre os anos de 2013 e 2020, em processos complexos versando sobre acesso à informação

Tabela n. 22 – Casos em que o Poder Executivo federal invocou o risco à segurança nacional (isenção 1) de forma fundamentada nos EUA

Tabela n. 23 – Principais normas da política pública de transparência dos EUA que foram descumpridas e mesmo assim referendadas nas decisões envolvendo o Poder Executivo federal e proferidas pelas Cortes de Apelação de DC e do Nono Circuito entre 2013 e 2020

Tabela n. 24 – Quantidade e percentual de processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil nos TRFs 1, 2 e 3 entre os anos de 2013 a 2020

Tabela n. 25 – Tempo médio em dias para julgamento dos recursos dirigidos aos TRFs 1, 2 e 3 em processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil entre 2013 e 2020

Tabela n. 26 – Tempo médio em dias para julgamento nos TRFs 1, 2 e 3, antes e depois da vigência da LAI no Brasil, dentro do universo de decisões selecionadas proferidas entre 2013 a 2020

Tabela n. 27 – Número de processos judiciais no Brasil por tipo de solicitante, envolvendo o tema transparência e o Poder Executivo federal, com decisão proferida entre 2013 e 2020 pelos TRFs 1, 2 e 3

Tabela 28 - Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial dos TRFs 1, 2 e 3 por negarem acesso à informação com decisão publicada entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 29 – Tema objeto de solicitação de acesso à informação nos TRFs 1, 2 e 3 com decisões proferidas entre 2013 e 2020

Tabela n. 30 – Quantidade de liminares concedidas na primeira instância recursal em processos de transparência envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil de 2013 a 2020

Tabela n. 31 – Processos em que houve análise documental pelos TRFs 1, 2 e 3 antes da prolação da decisão

Tabela n. 32 - Tipos de sentença em que houve recurso para os TRFs 1, 2 e 3 envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 33 – Tipos de acórdão em que houve recurso para os TRFs 1, 2 e 3 envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 34 – Quantidade de decisões mantidas e revistas pelos TRFs 1, 2 e 3 sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal brasileiro com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

Tabela n. 35 – Argumentos registrados para manutenção do sigilo nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelos TRFs 1, 2 e 3 proferidas entre os anos 2013 e 2020

Tabela n. 36 - Argumentos registrados em favor do sigilo nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelos TRFs 1, 2 e 3 proferidas entre os anos 2013 e 2020

Tabela n. 37 – Complexidade das demandas de acesso à informação nos TRFs 1, 2 e 3 nos processos selecionados

Tabela n. 38 - Tipos de decisão proferidos pelos TRFs 1, 2 e 3 em face do Poder Executivo federal, entre os anos de 2013 e 2020, em processos complexos versando sobre acesso à informação

Tabela n. 39 – Quantidade de vezes em que o sigilo classificado foi utilizado de forma contextualizada nos casos concretos decididos pelos TRFs 1, 2 e 3, em processos judiciais de acesso à informação contra o Poder Executivo federal decididos entre 2013 e 2020

Tabela n. 40 – Casos em que o Poder Executivo federal invocou o risco à segurança nacional (isenção 1) de forma fundamentada no Brasil

Tabela n. 41 – Principais normas da política pública de transparência do Brasil que foram descumpridas e mesmo assim referendadas nas decisões envolvendo o Poder Executivo federal e proferidas pelos TRFs 1, 2 e 3 entre 2013 e 2020

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E EXPRESSÕES

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações.

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CFR - *Code of Federal Regulations*.

CGU – Controladoria-Geral da União, órgão do governo do Brasil.

CMRI – Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

DNI - *Office of the Director of National Intelligence*.

D.C. CIR. ou DC – Corte de Apelação do Circuito do Distrito de Colúmbia, EUA.

DOJ – Departamento de Justiça dos EUA.

e-SIC – Serviço eletrônico de Informação ao Cidadão.

FALA BR - Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação.

FOIA - *Freedom of Information Act, 5 United States Code § 552*.

FMI – Fundo Monetário Internacional.

FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

FUNAI – Fundação Nacional do Índio.

FUNASA – Fundação Nacional de Saúde.

Glomar response – justificativa não prevista na lei de acesso à informação dos EUA que autoriza o governo a não responder a uma solicitação de acesso à informação quando a resposta, seja de deferimento ou não, coloca em risco a segurança nacional.

IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

ICMBIO – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano.

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

ISCAP - *Interagency Security Classification Appeals Panel*

Isenção n. 1 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA sobre as informações cuja publicidade pode ocasionar risco à segurança nacional. Sinônimo de informação classificada.

Isenção n. 2 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA relativo às normas e práticas internas de pessoal de uma agência incapazes de afetar terceiros.

Isenção n. 3 – sigilo reconhecido pela lei de acesso à informação dos EUA previsto em leis específicas, tais como o sigilo judicial, do tribunal do júri, sigilo bancário etc.

Isenção n. 4 – segredo previsto na lei de acesso à informação dos EUA que protege as informações comerciais ou financeiras dos particulares.

Isenção n. 5 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA que protege os documentos preparatórios para a tomada de decisão, abarcando opiniões técnicas variadas e as correspondências intra e entre agências.

Isenção n. 6 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA que protege as informações pessoais sensíveis, inclusive as informações médicas.

Isenção n. 7 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA relativo às informações cuja divulgação poderia prejudicar a aplicação da lei. Trata-se de hipótese bem ampla de segredo que abarca ao menos 6 situações diferentes.

Isenção n. 8 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA que protege as informações obtidas pelo Estado na atividade de regulação e supervisão das instituições financeiras.

Isenção n. 9 – sigilo previsto na lei de acesso à informação dos EUA que recai sobre as informações geológicas e geofísicas territoriais, incluindo mapas e poços.

ISOO - *Information Security Oversight Office* do governo dos EUA

LAI – Lei de Acesso à Informação do Brasil.

MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

MDR - *Mandatory Declassification Review*.

MEC – Ministério da Educação e Cultura.

MPF – Ministério Público Federal.

MPU -Ministério Público da União.

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

NAFTA - *North American Free Trade Agreement*.

NARA - *National Archives and Records Administration*

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

OEА – Organização dos Estados Americanos.

OGIS - *Office of Government Information Services*.

ONG – Organização Não Governamental.

ONU – Organização das Nações Unidas.

OSC - *Open Source Center*, órgão do governo dos EUA.

Osint - *Open Source Intelligence*.

PIB – Produto Interno Bruto.

PRA - Lei de Registros Presidenciais dos EUA.

RTI - *Right to Information Rating*, organização privada responsável por produzir o *Global Right to Information Rating*.

SIC – Serviço de Informação ao Cidadão.

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

TICs - as novas tecnologias de informações e comunicação.

TRF – Tribunal Regional Federal.

USC - *United States Code*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	26
1.1 Tema e problema de pesquisa.....	26
1.2 Argumento central.....	27
1.3 Objetivos.....	31
1.4 Justificativa da pesquisa.....	31
1.5 Procedimentos de pesquisa.....	34
1.6 Fundamentos da análise comparativa entre Brasil e EUA.....	36
1.7 Etapas para comparação entre as políticas públicas de transparência de Brasil e EUA.....	40
1.8 Obtenção de dados, definição da amostra e das unidades de análise comparativa	42
1.9 Análise de dados	48
1.10 Limitações da pesquisa.....	50
1.11 Divisão da tese.....	51
2 TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....	53
2.1 Do conceito de transparência.....	54
2.1.1 – Transparência do Estado como antônimo de segredo.....	54

2.1.2 A dinâmica do segredo nas relações internacionais numa perspectiva realista.....	56
2.1.3 Da transparência nos regimes políticos democráticos.....	59
2.2. Sociedade da informação: transparência como exercício de poder.....	64
2.2.1 Sociedade da informação.....	64
2.2.2 Das fontes abertas de informação.....	70
2.2.3 Informação como recurso de poder.....	73
2.2.3.1 <i>Soft power</i>	74
2.2.3.2 <i>Smart power</i>	77
2.3 Dos efeitos da transparência sobre o sistema internacional.....	78
2.4 Conclusão parcial.....	80
3 DO SUB-REGIME INTERNACIONAL DA TRANSPARÊNCIA	84
3.1 Das principais referências normativas.....	85
3.1.1 No âmbito nacional.....	87
3.1.1.1 A experiência sueca, colombiana e finlandesa.....	88
3.1.1.2 A experiência norte-americana.....	90
3.1.2 No âmbito internacional.....	97
3.2 A política externa dos EUA e a proposta da parceria para o governo aberto.....	99
3.2.1 Iniciativa americana.....	105
3.2.2 <i>Open Government Partnership</i>	110
3.2.2.1 Do conceito e da finalidade do governo aberto.....	110
3.2.2.2 Da organização interna da OGP	112
3.2.2.3 Critérios de elegibilidade da OGP.....	116
3.2.2.4 Das vantagens de adesão à OGP	117
3.2.2.5 Da importância da OGP para o sub-regime de transparência.....	126
3.3 As principais normas do sub-regime internacional de transparência.....	128

3.4 Conclusão parcial	138
4 POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS: a FOIA e seus regulamentos.....	145
4.1 Considerações gerais sobre a FOIA.....	146
4.1.1 Âmbito de aplicação.....	146
4.1.2 Exceções à transparência.....	149
4.2. Classificação da informação.....	153
4.3 Da disponibilização da informação classificada.....	158
4.3.1 Desclassificação de ofício.....	158
4.3.2 Da desclassificação automática da informação.....	159
4.3.2.1 Apontamentos gerais.....	159
4.3.2.2 Dos limites temporais da informação classificada.....	160
4.3.3 Da permanência da sensibilidade da informação mesmo após a sua desclassificação automática.....	162
4.3.4 Do procedimento geral de acesso à informação a partir de pedido de particular.....	164
4.4 Conclusão parcial.....	174
5 POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA NO BRASIL: a LAI e seus regulamentos.....	185
5.1 Considerações gerais sobre o acesso à informação no Brasil.....	185
5.1.1 Âmbito de aplicação.....	188
5.1.2 Diretrizes gerais da LAI e seus regulamentos.....	189
5.1.3 Exceções à transparência.....	194
5.2 Classificação da informação.....	201
5.2.1 Objeto de classificação.....	202

5.2.2 Do termo de classificação da informação.....	205
5.3 Do acesso à informação classificada.....	211
5.3.1 Desclassificação de ofício.....	213
5.3.2 Da desclassificação automática da informação.....	215
5.3.3 Do procedimento de acesso à informação, classificada ou não, a pedido de particular.....	216
5.3.3.1 Do procedimento geral de acesso à informação.....	217
5.3.3.2 Do procedimento de acesso à informação classificada.....	221
5.4 Conclusão parcial.....	226
6 A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INFORMAÇÃO DOS EUA ANALISADA A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS DAS CORTES DE APELAÇÃO.....	247
6.1 Quantidade de processos sobre transparência pública de 2013 a 2020.....	248
6.2 Quantidade de decisões sobre transparência por ano.....	249
6.3 Tempos médios para a tomada da decisão pelas cortes de apelação.....	250
6.4 Partes litigantes.....	253
6.4.1 Demandantes de acesso à informação pela via judicial em sede de recurso de segunda instância nas cortes de apelação de DC e Nono Circuito.....	253
6.4.2 Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial das cortes de apelação de DC e Nono Circuito por negarem o acesso à informação.....	255
6.5 Temas objeto de solicitação de acesso à informação nas cortes de apelação do Distrito de Colúmbia e Nono Circuito.....	258
6.6 Das decisões judiciais.....	261
6.6.1 Das liminares.....	261

6.6.2 Da avaliação dos registros supostamente sigilosos pelo poder judiciário.....	262
6.6.3 Das sentenças e dos acórdãos.....	264
6.7 Argumentos contra o acesso à informação invocados pelas partes e pelos magistrados.....	266
6.8 Complexidade das demandas de acesso à informação nas Cortes de DC e Nono Circuito nos processos selecionados.....	292
6.9 Segurança nacional.....	293
6.10 Conclusão parcial.....	304
7 A IMPLEMENTAÇÃO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INFORMAÇÃO DO BRASIL ANALISADA A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.....	310
7.1 Quantidade de processos sobre transparência pública de 2013 a 2020.....	311
7.2 Número de processos sobre transparência no Brasil por ano.....	313
7.3 Tempos médios para a tomada da decisão pelos tribunais.....	314
7.4 Partes litigantes.....	316
7.4.1 Demandantes da informação pela via judicial em sede de recurso em segunda instância.....	316
7.4.2 Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial por negarem o acesso à informação.....	318
7.5 Temas objeto de solicitação de acesso à informação.....	320
7.6 Das decisões judiciais.....	322
7.6.1 Das liminares.....	322

7.6.2 Das sentenças e dos acórdãos.....	324
7.7 Dos argumentos utilizados pelas partes e pelos magistrados.....	330
7.8 Complexidade das demandas de acesso à informação.....	342
7.9 Segurança nacional.....	344
7.10 Conclusão parcial.....	354
8 CONCLUSÃO.....	362
8.1 Das tensões entre transparência e sigilo nos estados democráticos de direito.....	362
8.2 Da insuficiência das legislações nacionais para se garantir a transparência e das falhas na adequada aplicação das leis de acesso à informação.....	363
8.3 Do uso do argumento do risco à segurança nacional.....	369
8.4 Dos interesses das potências e do Brasil.....	371
8.4.1 Das variáveis independentes democracia e posição de poder no sistema internacional.....	371
8.4.2 Do papel da OGP na defesa da transparência.....	375
8.4.3 Da busca não ingênua pela transparência.....	377
8.4.4 Da melhoria possível da transparência especificamente no Brasil e nos EUA.....	386
BIBLIOGRAFIA.....	390

LISTA DE ANEXOS

A - Lei de Acesso à Informação do Brasil

B - Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012

C - Lei de Acesso à Informação dos Estados Unidos da América

D - Ordem Executiva n. 13.526, de 29 de dezembro de 2009

E - Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação da Organização dos Estados Americanos

F – Quadro comparativo completo da Lei de Acesso à Informação do Brasil e dos Estados Unidos da América a partir das normas da Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação da Organização dos Estados Americanos

G – Quadro comparativo de regime político e adoção de leis de acesso à informação no mundo

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tema e problema de pesquisa

Ao contrário das monarquias absolutistas em que o Estado se limitava a atender aos interesses particulares do rei, as repúblicas democráticas devem estar dirigidas ao bem comum como efeito imediato do reconhecimento de que todos os cidadãos integram o pacto celebrado para criação do Estado e de que não há supremacia de uma vontade individual sobre a coletividade.

Assim, o cidadão pode participar ativamente na definição dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado e das correlatas políticas públicas a serem implementadas com o fito de alcançá-los. Ademais, para garantir o cumprimento dos objetivos que justificaram a criação de uma república democrática, os cidadãos têm o direito de exercer o controle social sobre a destinação do patrimônio estatal e a conduta dos agentes públicos, inclusive dos políticos por meio do processo eleitoral. Para que os cidadãos possam exercer essas prerrogativas perante o Estado, a democracia pressupõe logicamente a transparência das informações estatais, pois sem informação autêntica o cidadão não está minimamente apto a expressar suas opiniões. Logo, enquanto no paradigma do segredo o acesso à informação se dá pela necessidade de conhecer, a qual pressupõe a justificativa para acessar a informação, a transparência típica das democracias-liberais se estabelece como direito fundamental de conhecer as informações do Estado sem exigência de qualquer motivação. Com base nesse raciocínio, os Estados que adotam o regime político democrático possuem, ao menos teoricamente, um compromisso mínimo de transparência junto aos seus cidadãos.

Por outro lado, a disponibilização de informações pelos Estados não se limita à sua respectiva sociedade civil; em razão da fluidez da informação na sociedade contemporânea, o dado disponibilizado no âmbito nacional torna-se acessível por qualquer interessado, inclusive pelos serviços de inteligência de outros Estados, simbolizando uma abertura internacional dos Estados soberanos sem uniformidade juridicamente acordada. Portanto, considerando que informação é poder, até mesmo em democracias plenas certas informações não devem ser disponibilizadas imediatamente à sociedade civil ou aos atores internacionais. Aqui o sigilo apenas cumpre a função de proteger legitimamente certas informações para garantia da própria sociedade civil e do

adequado funcionamento do Estado, constituindo sigilos legitimamente aceitos, sendo a ameaça ou o risco à segurança nacional exemplo de exceção consagrada pela prática e pelos tratados internacionais.

Nesse contexto, há um aparente paradoxo nos Estados democráticos entre objetivos domésticos e internacionais, pois a mesma transparência que atende a sociedade civil e fortalece internamente a democracia pode ser vista como potencial fragilidade a ser explorada pelos adversários internacionais¹. As tensões do aparente paradoxo democrático entre a disponibilização de informações ou a manutenção do segredo são solucionadas, num primeiro momento, pela lei, a qual estabelece a política pública de transparência e o papel do segredo. Além disso, concretamente, deve-se destacar a atividade de inteligência do Estado, garantindo a segurança da informação nos casos compatíveis com a democracia², inclusive quando há risco à segurança nacional.

Para que uma política nacional de transparência se desenvolva de forma adequada com os princípios democráticos, divulgando informações relevantes para a sociedade civil e protegendo aquelas cuja necessidade é legítima e real, a definição da função do sigilo, das hipóteses de negativa de acesso e da forma como a informação será disponibilizada são fundamentais. A definição do sigilo é consagrada internamente, nos Estados democráticos, por uma lei de acesso à informação, a qual simboliza o acordo político estabelecido entre cidadãos, representados pelos membros do Poder Legislativo, e o Poder Executivo³, a quem precipuamente compete realizar concretamente a tarefa de disponibilizar ou proteger as informações.

1.2 Argumento central

1 A transparência do Estado somente pode ser adequadamente compreendida com a admissão da interdependência do plano doméstico e internacional. É um jogo de dois níveis que vai além do tradicional argumento de Estado unitário, o que torna evidentemente as relações internacionais ainda mais complexas.

2 Considerando que a democracia pressupõe um nível mínimo de transparência, Cepik (2003) entende que a distinção das informações públicas daquelas que precisam ser protegidas em prol dos interesses nacionais exige a criação de um sistema de inteligência, o qual precisa compatibilizar eficiência na atividade de segurança com transparência e legitimidade. Por isso, o autor alega ainda que a importância crescente da informação no contexto internacional tem justificado o aumento relativo das despesas com os sistemas de inteligência.

³ Em regra, estabelecidas no ato regulamentador das leis de acesso à informação, como decretos no Brasil e ordens executivas nos EUA.

Partindo-se do pressuposto de que existem leis mais e menos benéficas à disponibilização de informações, haja vista a singularidade de cada Estado pautada em sua soberania, surgem diferentes problemas quando da aplicação da lei pelo Poder Executivo aos casos concretos.

Então, estritamente no campo normativo, uma lei de acesso à informação pode possuir falhas intrínsecas, tais como a não previsão de garantias para o acesso à informação e a falta de critérios objetivos para a negativa de acesso à informação, com fixação inadequada de situações de sigilo ou mesmo de transparência obrigatória, contrariando as legítimas expectativas do regime democrático. Nessas situações, a instituição de lei de acesso à informação pode ser, por si só, conservadora e limitar a transparência ao mínimo socialmente admitido ou mesmo estabelecer hipóteses de negativa de acesso à informação em desconformidade com as expectativas democráticas. A adoção de regras de transparência pode ser limitada ilegitimamente por interesses dos mais variados, internos e externos. Em segundo lugar, quanto à implementação de uma política de transparência, não raramente, o Poder Executivo pode simplesmente descumprir diretamente preceitos da lei de acesso à informação ou distorcer a base conceitual dos sigilos adotadas nessas mesmas leis, por meio de interpretações forçadas, situações que o Estado também atua em desconformidade com aquilo que se espera em um regime democrático, ainda que de forma implícita. Até mesmo em democracias já consolidadas, é possível que na instituição ou na implementação de uma lei de acesso à informação sejam frustradas as expectativas legítimas de transparência, dando às hipóteses de sigilo significados que, na prática, ampliam a proteção da informação, negando-se conseqüentemente informação que deveria ser pública.

Então, por falhas na própria lei ou na sua aplicação, o Estado pode estar deturpando os conceitos de sigilo para sua aplicação em situações concretas que não estariam em tese enquadradas nos limites formais da lei ou contextuais originalmente estabelecidos pelas democracias e internacionalmente reconhecidos. Dentro desse contexto, além de atuar diretamente contra as suas leis de acesso à informação, considerou-se a possibilidade do Brasil e dos EUA estarem implementando suas Leis de Acesso à Informação baseadas em uma interpretação ao menos em parte desvirtuada dos conceitos oficiais nacionais e internacionais de sigilo, expandindo-os ou restringindo-os para comprometer o acesso às informações pela sociedade civil.

Ao adotar a estratégia de conceitos “esticados” de sigilo, o Estado acaba por negar acesso à informação que deveria ser pública, erigindo barreiras ilegais de acesso à informação e prejudicando conseqüentemente a sociedade civil. Por outro lado, hipóteses específicas de sigilo poderiam estar sendo aplicadas de forma mais restrita, isto é, subutilizadas de forma consciente igualmente numa estratégia para se negar o acesso à informação. Assim, além do alongamento conceitual do sigilo, pode ocorrer do conceito ser aplicado de forma restritiva, isto é, excepcionando situações que deveriam estar contidas dentro do entendimento formal de sigilo, sendo dado indevidamente um tratamento diferenciado para uma situação concreta que deveria seguir a mesma solução legalmente estabelecida para outros casos em que existe a proteção da informação de maneira peculiar. Não que o conceito seja restrito com o intuito de se disponibilizar a informação, cogita-se do conceito ser restrito em prol da aplicação de outros sigilos que concretamente protegeriam melhor a informação que o argumento restringido, seja por terem prazos mais longos ou por dificultarem o exercício do controle social quanto a futura disponibilização da informação. Nesse diapasão, a Administração Pública, ao invocar um sigilo legal especial, não raramente sem prazo de término, reduz significativamente a margem de debate quanto a acessibilidade da informação, sendo que a utilidade dela pode se perder no tempo; ao contrário, se a informação é negada por estar classificada, há necessariamente um prazo limite de sigilo e, conseqüentemente, há expectativa legítima do controle social dessa decisão mediante o acompanhamento do prazo, além da possibilidade de se demandar a imediata desclassificação da informação, o que não é factível em todas as demais situações de sigilo.

Não que sempre seja necessária a aplicação literal do conceito formalmente estabelecido ou que não possam existir diferenças de entendimentos, mas é que o uso indiscriminado e injustificado da extensão ou da restrição conceitual pode gerar efeitos nefastos para a sociedade e para o próprio Estado democrático na medida em que o sigilo é ampliado ou deixa-se de proteger adequadamente informações sensíveis: é fundamental nas democracias se avaliar a legitimidade e o fundamento legal daquilo que está sendo mantido sob sigilo, situação que deveria ser extraordinária, temporária e muito bem justificada.

Para além dos problemas conceituais apontados, ainda do ponto de vista da implementação da política pública, deve-se atentar para a existência fática de barreiras ao acesso à informação não previstas em lei, ou seja, situação em que a lei também é ignorada, mas em razão de justificativas operacionais que estabelecem indiretamente

situações de sigilo. Nessas situações de descumprimento do dever de transparência, a falha não decorre diretamente da lei nem de interpretações forçadas dela ou da negativa expressa do Estado em cumpri-la; são situações em que a lei é ineficaz por outros motivos, tais como a capacidade responsiva do Estado em localizar e efetivamente disponibilizar a informação para sua sociedade civil. Esses argumentos se constituem em uma estratégia indireta eficaz para negativa de acesso à informação, em que o sigilo é mantido implicitamente.

Em qualquer situação em que a sociedade civil discorde dos preceitos da lei de acesso à informação ou da forma como ela é aplicada, o Poder Judiciário poderá ser acionado, seja para fazer cumprir as normas constitucionais ou legais que regulam a transparência. Contudo, os problemas supra narrados podem ocorrer também no Poder Judiciário, situação em que a quebra das expectativas democráticas é chancelada. Enfim, as leis de acesso à informação, mesmo as mais modernas e favoráveis a transparência, podem ser faticamente descumpridas, de modo que hipoteticamente as decisões administrativas e judiciais do Brasil e dos EUA podem estar se afastando indiscriminada e injustificadamente das definições legais e das normas internacionais para favorecer a negativa de acesso à informação.

Em resumo, o argumento central que embasou a tese desde a formulação do projeto é que poderiam existir incoerências, padronizadas ou não, entre as expectativas democráticas de transparência pública e a forma como as regras de acesso à informação são internalizadas e, na prática, aplicadas no Brasil e EUA. Esse argumento se confirmou ao longo da pesquisa, sendo que as incoerências legais e de implementação foram identificadas por meio das diversas comparações realizadas entre Brasil e os EUA e avaliadas principalmente a partir de duas variáveis independentes de relevante capacidade explicativa, o grau de consolidação democrático e a posição de poder do Estado no sistema internacional. Embora não exista uma correlação simples e automática entre a transparência e essas variáveis independentes, há o entendimento de que democracias mais avançadas tendem a ter melhor transparência, com o segredo aderente às expectativas democráticas, tanto na instituição de uma lei de acesso à informação como na sua implementação; por outro lado, a posição de poder do Estado no sistema internacional pode interferir tanto na instituição de uma lei de acesso à informação como na sua implementação, na medida em que o Estado precisa salvaguardar certas informações para garantia de sua sobrevivência e de sua sociedade civil; Estados com posições superiores de poder em tese controlariam informações mais sensíveis e, por isso,

precisariam ocultá-las, não obstante se admita a transparência de informações em temáticas não estratégicas.

1.3 Objetivos

Nesse contexto, a proposta central deste trabalho é:

- a) **OBJETIVO GERAL:** analisar comparativamente a política de transparência do Brasil e dos EUA, a partir dos pedidos de acesso à informação apresentados ao Poder Executivo federal que foram submetidos às respectivas segundas instâncias recursais do Poder Judiciário federal, cujas decisões foram prolatadas no período de 2013 até 2020, a fim de **verificar a aplicação direta e indireta do sigilo e sua conformidade com as normas nacionais e internacionais de transparência.**

- b) **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:** I) conceituar “transparência”, “democracia”, “sigilo” e “poder”, estabelecendo a correlação eles para as Relações Internacionais; II) descrever o sub-regime internacional da transparência, especificamente as normas que regulam o tema, a recém criada Parceria para o Governo Aberto e as recomendações da Organização dos Estados Americanos (OEA) relativas a esse tema; III) analisar as leis de acesso à informação dos EUA e do Brasil, citando os sigilos legalmente reconhecidos; IV) estabelecer possíveis padrões do uso do sigilo nas respostas a pedidos de informação de EUA e Brasil, sejam ou não os pedidos atendidos, e identificar eventuais estratégias para se negar acesso à informação que sejam inadequadas aos preceitos democráticos, inclusive nas hipóteses de risco à segurança nacional; V) avaliar o uso do sigilo, reconhecido ou não pela respectiva lei de acesso à informação, a partir das variáveis independentes regime político democrático e a posição de poder do Estado no sistema internacional.

1.4 Justificativa da pesquisa

A importância da transparência para as Relações Internacionais está diretamente ligada a valorização da democracia e da informação na atual configuração do sistema

internacional, além da histórica necessidade de proteção dos segredos de Estado para a garantia da segurança nacional.

Nas Relações Internacionais, a democracia é tema pouco estudado e normalmente o debate na academia é focado na mera necessidade de participação popular na eleição de representantes dos governos nacionais; mas as democracias contemporâneas não podem reduzir a participação social ao voto para eleição das autoridades públicas dirigentes do Estado. Os esforços pela consolidação da democracia, doméstica e internacionalmente, têm fomentado uma crescente expectativa social de maior participação do cidadão junto ao Estado, inclusive por meio do controle social, o que exige a divulgação de certas informações para que esse direito seja exercido, o que também valoriza os estudos sobre a transparência.

Tal como a democracia, a transparência também é pouco estudada nas Relações Internacionais, embora seja um tema relevante. O estudo do papel da informação na atualidade e dos mecanismos de acesso à informação, inclusive das fontes abertas, é necessário, pois impacta diretamente na atuação de todos os atores internacionais, sejam públicos ou privados, indo além do controle social sobre os Estados democráticos. Por outro lado, a proteção de informações sensíveis, inclusive cuja divulgação poderia colocar em risco a segurança nacional, vincula-se à sobrevivência do próprio Estado. Então, é preciso conhecer a existência do sigilo nos Estados democráticos, situações nas quais é razoável supor a legitimidade de negativa por um acordo social pré-estabelecido com a sociedade civil.

Nas últimas décadas, o tema transparência ficou em evidência nas Relações Internacionais após os atentados de 11 de setembro nos EUA, ocasião em que o argumento do risco à segurança nacional se fortaleceu e seu emprego se tornou mais recorrente para se negar acesso à informação. Após os ataques de 11 de setembro, os vazamentos de segredos norte-americanos em 2010, postados por Julian Assange no site “Wikileaks”⁴, e em 2013, em razão das informações divulgadas por Edward Snowden por meio do site “The Courage Foundation”, reforçaram a necessidade de maiores investimentos para a proteção das informações sigilosas. Outro argumento que reforça a atualidade e a importância do tema transparência nas Relações Internacionais é a criação

⁴ De acordo com Crowley (2012), vazamentos de informações estratégicas já ocorreram anteriormente na história, mas jamais na dimensão de 2010, ocasião em que mais de 750 mil documentos, muitos classificados, foram disponibilizados de forma.

da *Open Government Partnership* (OGP), iniciativa de 2011 e com crescente número de membros, que visa fortalecer a transparência nos Estados democráticos.

Além do mais, embora haja estudos estrangeiros que explicam como as políticas de acesso à informação são implementadas por meio de pressões domésticas das sociedades nacionais, da perspectiva das Relações Internacionais pouco se estudou a influência dos valores democráticos difundidos por atores internacionais diretamente nas políticas públicas nacionais; no caso brasileiro, há indicativos sólidos de que fatores externos atuaram para favorecer a instituição da atual Lei de Acesso à Informação, dentre esses a recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵, o apoio técnico da ONU, a criação da *Open Government Partnership* (OGP) e a significativa liderança norte-americana em prol dos valores democráticos. Percebe-se, com efeito, a necessidade de se discutir a influência que exerce o meio internacional sobre o plano doméstico dos Estados especificamente no que se refere à política de transparência⁶.

No Brasil, ao considerar a agenda sobre a definição e implementação de políticas públicas de informação, Jardim (2012, p. 18) aponta que “esse debate parece ainda frágil ou insuficiente no marco do Estado e no universo acadêmico”, valorizando todo esforço de pesquisa sobre esse tema; com efeito, é preciso destacar que não há estudos brasileiros abrangentes sobre a implementação da lei de acesso à informação, o reconhecimento do sigilo pelas decisões judiciais dos tribunais federais, a dinâmica do rompimento da cultura do sigilo, a efetiva aplicação do conceito de segurança nacional para se negar acesso à informação e os impactos da transparência no âmbito doméstico e internacional. Apesar de existirem diversos estudos que avaliam isolada e pontualmente aspectos das Leis de Acesso à Informação do Brasil e dos EUA, não há estudos comparativos profundos e muito menos especificamente produzidas da perspectiva das Relações Internacionais, o

⁵ O contexto internacional aparentemente exerceu relevante influência nas políticas públicas brasileiras ligadas à transparência, em especial em razão do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra o Brasil, analisado em 2009 pela Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. A Comissão defendeu a necessidade de regulamentar o direito de acesso à informação: “as diversas leis e decretos que têm regido o direito de acesso à informação no Brasil não cumprem com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano, dado que o alcance e o conteúdo do direito de acesso à informação está regulamentado por disposições de caráter administrativo e nenhuma das normas de regulamentação desse direito define nem delimita as causas de restrição” (Caso Gomes Lund e Outros, parágrafo 282).

⁶ A democracia pode ser analisada como “o resultado de um processo de política doméstica que não é influenciado por atores de fora do estado-nação. Recente literatura em política comparativa, todavia, questiona esta conclusão” (PEVEHOUSE, 2002, p. 515). Seguindo essa última vertente, Castro Santos (2010b) confirma o peso das variáveis externas na adoção e manutenção do regime democrático.

que por si só confere a tese uma perspectiva inovadora em relação a outros trabalhos já realizados dentro desse tema.

Dessa forma, é seguro afirmar que uma ampla análise comparativa acerca das políticas públicas de acesso à informação, a partir da legislação e com base fática nas decisões judiciais federais de segunda instância do Brasil e dos EUA, é inédita. Ademais, a comparação entre as políticas públicas de transparência dos países em questão é altamente relevante na medida em que possibilita identificar as principais diferenças entre um Estado considerado uma democracia consolidada, que lidera o processo de expansão da democracia no nível internacional e cuja lei de acesso à informação é tratada como um modelo e outro Estado que ainda está em desenvolvimento e teoricamente precisaria seguir esse modelo de sucesso. Do ponto de vista prático, espera-se ainda que as conclusões desta tese, em especial acerca das práticas adotadas nos EUA, inclusive as estratégias de negativa de acesso à informação, sejam de utilidade para a Controladoria Geral da União (CGU), um dos órgãos de inteligência do Estado brasileiro.

Ainda, ressalte-se que o presente estudo da transparência poderá, no futuro, servir de substrato para novas pesquisas em Relações Internacionais, tais como a inserção do Brasil na sociedade da informação e o vínculo entre informação e o conceito de poder. Há também a possibilidade da tese contribuir para outros campos de pesquisa; conforme atesta Jardim (2012, p. 17), “as possibilidades de assegurar que o cidadão tenha acesso à informação governamental encontram-se diretamente relacionadas a políticas e práticas de gestão da informação arquivística”, sendo relevantes para a Arquivologia e para a Biblioteconomia. Mesmo no Direito, a legislação que regula as políticas nacionais de informação recebe relativamente baixa atenção dos estudiosos, conforme reconhece Braman (2006, p. 8), de modo que as considerações da tese podem fornecer base para diversas pesquisas jurídicas.

1.5 Procedimentos de pesquisa

Ainda que em graus diferentes, a necessidade de informação é importante em todas as correntes doutrinárias das Relações Internacionais e, conseqüentemente, qualquer uma delas poderia fornecer instrumentos analíticos e enfoques relevantes para a tese.

A Teoria dos Regimes Internacionais, em especial a abordagem consagrada de Stephen Krasner (1982), adota uma perspectiva sistêmica normativa que reconhece a

relevância das normas e dos valores para as Relações Internacionais, enfoque que pode ser aplicado na análise da transparência em termos de gênese das normas (nacionais e internacionais) e do espraiamento da democracia, dentre outras questões em especial ligadas à criação da OGP.

Contudo, a adoção de uma única teoria pode simplificar excessivamente a realidade⁷, que é um fenômeno complexo e multifacetado. Dada a relativa insuficiência da Teoria de Regimes Internacionais para tratar de certas especificidades da pesquisa, tais como a incapacidade das normas determinarem o padrão de ação para as potências, serão adotados de forma complementar diversos conceitos de outras teorias com relevante capacidade explicativa para os objetivos desta tese, ressaltando que se buscará a utilização harmônica desses conceitos com a retro citada referência. Assim, há conceitos do Realismo que auxiliam a explicar a importância da atividade de inteligência, a busca pela segurança nacional, a exportação da democracia pelo uso da força, a relação entre poder e informação, enquanto as teorias democráticas, como a de Kant, estabelecem melhor a relação entre transparência e regime político.

Para além dessas questões iniciais, considerou-se que a posição de poder dentro do sistema internacional e o grau de consolidação da democracia dos Estados poderiam ser capazes de influenciar na política pública de transparência, sendo, portanto, consideradas variáveis independentes. Certamente existem outras variáveis importantes, mas essas duas seriam as mais relevantes dentro deste estudo, compreendendo inclusive um amplo conjunto de interesses internos e externos que serão posteriormente apontados.

Nestes termos, a tese considera a transparência em 2 níveis, o nacional e o internacional, nos quais a política de transparência poderia ser restringida por barreiras lícitas ou ilícitas, a depender da previsão ou não da hipótese de sigilo nas respectivas leis de acesso à informação, o que exige primeiramente o estudo das regras e princípios nacionais e internacionais de acesso à informação para, posteriormente, avaliar o efetivo cumprimento por EUA e Brasil das normas nacionais e internacionais que regulam a transparência.

⁷ Nesse sentido, Cerro (2008, p. 13) aduz que: “No estado em que se encontram, as teorias das relações internacionais são limitadas em sua capacidade explicativa, normativa e decisória, visto que pesquisadores recentes avançam na identificação de interesses, valores e padrões de conduta de múltipla procedência que inserem em sua interpretação de modo implícito ou explícito”.

1.6 Fundamentos da análise comparativa entre Brasil e EUA

A tese foi produzida a partir do método de pesquisa comparado, avaliando-se as políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA a partir de diversos níveis e critérios, os quais serão detalhados a seguir.

Brasil e EUA compartilham de semelhanças e diferenças que tornam a análise comparativa da política de transparência pública desses atores factível e rica, como será discutido a seguir. As semelhanças entre Brasil e EUA são muitas: ambos são Estados democráticos, há na legislação nacional deles o reconhecimento expresso do direito de acesso à informação e da atividade de controle do Poder Judiciário sobre as decisões administrativas do Poder Executivo, estão sujeitos a normas internacionais em comum⁸ e ambos são membros fundadores da OGP e da OEA⁹.

Por outro lado, é necessário reconhecer que também existem diferenças evidentes entre Brasil e EUA que justificam a comparação, em especial no que tange às duas variáveis independentes: grau de democracia e posição de poder no sistema internacional.

A primeira variável independente relevante para a tese é o grau de democracia, regime político com o qual a transparência se liga umbilicalmente. Os EUA são uma democracia avançada que, ao menos desde a promulgação do *Freedom Of Information Act* (FOIA) em 1966, já trilham o caminho da transparência, colocando-se como a principal referência internacional¹⁰ na medida atuam pela construção e imposição de valores democráticos no sistema internacional, liderando o movimento de abertura dos Estados, sendo o inclusive o maior patrocinador da OGP. A título de objetivação da comparação, cite-se que, na avaliação da democracia feita pela *Freedom House*, os EUA

⁸ EUA e Brasil compartilham de uma mesma base normativa para garantia da transparência, da qual se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 31 de dezembro de 2003; a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 29 de março de 1996; a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, aprovada em outubro de 2000; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969; do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966.

⁹ Cabe mencionar aqui que a OEA tem competências mais amplas que a OGP, atuando em questões de direitos humanos e tutelando a democracia, inclusive a transparência. Contudo, a OEA restringe sua atuação territorialmente à América e a OGP é organização mundial específica sobre transparência. Então, quanto a transparência, não há dúvidas de que ambas as instituições são competentes e devem trabalhar de forma coordenada. Como a OGP não estabelece o que é público ou sigiloso, recorreu-se principalmente às recomendações da OEA.

¹⁰ “*The US FOIA has probably been the most influential law*” (BANISAR, 2002, p. 5).

possuem 83 pontos¹¹ e o Brasil somente 73¹². É plausível que o grau de democracia de cada Estado venha a afetar a respectiva política pública de transparência, mas é preciso citar que não existe uma correlação simples e direta entre democracia e transparência, em que Estados mais democráticos terão necessariamente melhor transparência; nesse sentido, cite-se que os EUA estão na posição n. 74 e o Brasil na posição n. 29 do *Global Right to Information Rating (RTI)*¹³. Por esse dado, também é interessante perceber que o desenvolvimento econômico não é, por si só, determinante para uma melhor transparência, o que faz presumir a existência de outras variáveis capazes de reduzir a transparência das democracias consolidadas. Por outro lado, há que se considerar a possibilidade de imposição de sigilos ilegítimos pelas elites dominantes em democracias não consolidadas, situação em que os interesses internos de determinados grupos sociais estariam determinando a restrição de acesso e, portanto, minando a busca pelo bem comum.

Em relação a segunda variável independente, os EUA e o Brasil também se diferem pela posição de poder no sistema internacional, o que impacta nas funções, nas capacidades e nos interesses de cada um desses Estados¹⁴. Cabe, assim, tecer algumas considerações sobre a posição dos EUA e do Brasil no sistema internacional, a fim de detalhar essa segunda variável independente.

Pode-se considerar que os EUA estariam próximos do conceito de ator hegemônico, isto é, aquele que cumpre a função de estabelecer a ordem no sistema internacional e sua posição decorre da concentração de poder alcançada em relação às demais unidades do sistema internacional, seja em termos de coerção ou de atração¹⁵. A

¹¹ In: <https://freedomhouse.org/country/united-states/freedom-world/2022>.

¹² In: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>.

¹³ O relatório em questão é produzido pelo *Centre for Law and Democracy*, instituição privada de referência na área de transparência por ser imparcial e produzir há muitos anos relatório anual que classifica as políticas de transparência dos Estados. A RTI se limita verificar a previsão legal e não avalia a qualidade da implementação, isto é, a efetividade das normas jurídicas. Disponível em <http://www.rti-rating.org/country-data/>. Acesso em 15/10/22. Ressalte-se que o Brasil, em 2021, estava na 28ª posição no rank de transparência, enquanto os EUA ocupavam a posição 72ª, ou seja, ambos caíram de posição em 2022.

¹⁴ Apenas a título de exemplo, cite-se o interesse norte-americano relativo à ocupação militar do espaço sideral mencionado por Chomsky (2014), objetivo certamente além das capacidades brasileiras.

¹⁵ Sobre esse binômio, Faria (2013, p. 2010) diz que: “Definida nessa fórmula como a soma de coerção e consenso, a hegemonia cumpre o imprescindível papel de manter estável a ordem social e sua forma de organização política superior, o Estado, cimentando a construção da estrutura social.” Além disso, ressalte-se que o consenso pode ser resultado do *softpower* e também estar alicerçado no *hardpower*.

hegemonia depende de uma base material, mas vai além dela e pode ser considerada uma ampla estrutura social, pautada por normas e valores¹⁶, que estabelece os parâmetros a partir dos quais as relações internacionais ocorrerão¹⁷. Essas normas e valores moldam a conduta dos atores do sistema internacional, sendo critério para se estabelecer quais ações e interesses são legítimos, inclusive em termos de transparência. Por isso, as normas e os valores democráticos, capitalistas e liberais constituem uma base intersubjetiva que favorece os EUA na medida que coincide com as suas¹⁸. Assim, essa base intersubjetiva favorável¹⁹ facilitaria que os EUA orquestrassem interesses, negociassem soluções, formassem consenso etc. Além disso, estabelecer uma ordem implica também definir o papel de diversos atores internacionais, inclusive quais grupos têm privilégios e quais são esses benefícios²⁰. Há, igualmente, um interesse dos EUA em contar com os emergentes para estabilizar a sua ordem internacional pautada em seus valores.

Dentre os grupos de Estados que existem nessa ordem democrática-liberal liderada pelos EUA, merecem destaque os ditos Estados em desenvolvimento, também denominados de emergentes, grupo específico do qual o Brasil faz parte. Os emergentes são Estados que possuem capacidades relevantes, ainda que limitadas em termos espaciais e temáticos, sustentando uma posição intermediária no sistema internacional, em que suas opiniões são circunstancialmente consideradas na tomada de decisão de outros atores

¹⁶ Obviamente, são normas e valores que sustentam componentes materiais, ideológicos e institucionais do sistema internacional, regulando a interação entre as unidades do sistema de forma ampla.

¹⁷ *“Hegemony at the international level is thus not merely an order among states. It is an order within a world economy with a dominant mode of production which penetrates into all countries and links into other subordinate modes of production. It is also a complex of international social relationships which connect the social classes of the different countries. World hegemony can be described as a social structure, an economic structure, and a political structure; and it cannot be simply one of these things but must be all three. World hegemony, furthermore, is expressed in universal norms, institutions, and mechanisms which lay down general rules of behavior for states and for those forces of civil society that act across national boundaries, rules which support the dominant mode of production”* (COX, 1983, p.137).

¹⁸ O incentivo dos EUA no espraiamento e garantia dos valores democráticos decorre de sua posição de poder no sistema internacional, a qual seria hegemônica para muitos autores, tais como Faria (2013) e Makio (2019).

¹⁹ Embora se reconheça que até mesmo o ator hegemônico possa eventualmente cometer erros em suas decisões por falta de *smart power*.

²⁰ Isso não é feito sem contestação. Em especial a China e a Rússia têm feito oposição a diversas regras e valores estabelecidos pelos EUA. Apenas a título de exemplificação, Rússia e China estão criando um sistema de pagamentos para ser utilizado entre eles e já existe até mesmo discussão relativa à adoção de uma moeda única entre esses Estados (MAKIO, 2019). Mais adiante serão discutidas algumas divergências dos BRICs e dos EUA em termos de transparência pública.

internacionais. Dada em regra a limitação de suas capacidades coercitivas, os emergentes almejam aceitação, isto é, estariam buscando posição mais central nas relações internacionais, a qual pode ser conseguida pela contestação de forma direta da posição das potências ou pode ser obtida mediante a associação a elas numa relação de confiança e respeito. Então, não há um alinhamento automático dos emergentes às propostas norte-americanas, a qual depende muito das ações do segundo sobre os primeiros. Como será oportunamente visto nesta tese, o Brasil, em termos de transparência pública, se relaciona com os EUA de maneira cooperativa, respeitando as principais normas de transparência estabelecidas no sistema internacional e visando obter dessa potência em especial reconhecimento de aliado privilegiado e de Estado democrático.

Ainda considerando a segunda variável independente, especificamente em termos de transparência e por terem posições de poder diferentes no sistema internacional, é previsível uma maior preocupação dos EUA acerca da proteção da informação estratégica ligada aos seus interesses internacionais, respaldada em um orçamento público na área de defesa substancialmente maior que o do Brasil que lhe confere um sistema de inteligência muito mais avançado do que o brasileiro, com mais funcionários qualificados e melhor tecnologia, propiciando altíssima capacidade de reunir, produzir, analisar e proteger informação sensível. De forma conexa, pode-se inicialmente cogitar que os EUA tenham regras de sigilo mais rígidas ao menos nos temas de segurança nacional.

Dito isso, há que se reconhecer que os interesses desses Estados, existentes nos níveis interno e externo, podem variar substancialmente por causa das posições de poder no sistema internacional e pela maturidade de seus regimes políticos democráticos, mas isso só torna a comparação mais importante. Ao Brasil interessa estudar os EUA principalmente porque, enquanto potência, fazem grandes investimentos na área de segurança nacional, estando em tese em um patamar de discussão mais avançado do que o Brasil. As diferenças retro mencionadas, então, tornam a comparação do líder do processo de abertura dos Estados com o Brasil mais rica, sendo possível indicar tendências e, em tese, boas práticas de ação ou até mesmo erros, inclusive por excesso de zelo, que não deveriam ser cometidos em uma política pública de transparência. Além disso, compreender a lei de acesso à informação do mais relevante Estado é fulcral para entender a disputa internacional na sociedade da informação da qual o Brasil já está participando.

1.7 Etapas para comparação entre as políticas públicas de transparência de Brasil e EUA

Avaliar a política pública de transparência sob a ótica das Relações Internacionais pressupõe, num primeiro momento, verificar se as leis nacionais de acesso à informação atendem minimamente as expectativas democráticas e, num segundo momento, é preciso avaliar se essas normas nacionais são efetivamente cumpridas. Somente após a realização dessas duas etapas iniciais seria viável uma análise comparativa profunda das políticas públicas de acesso à informação de Brasil e dos EUA, objeto de discussão da presente tese.

Para avaliar as leis de acesso à informação do Brasil e dos EUA, é indispensável considerar a existências de normas internacionais que regulam a transparência no nível internacional, servindo para a compreensão dos arranjos institucionais²¹ aos quais cada Estado se submete. Avaliar a adequação das citadas legislações nacionais às expectativas democráticas perpassa, portanto, por conhecer o conjunto de regras e princípios internacionais que gravitam entorno do valor transparência e, ainda, entender os limites da coercitividade dessas mesmas normas internacionais. Neste ponto, já se adianta em reconhecer que a melhor referência analítica para as legislações do Brasil e dos EUA é a Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação da OEA²², conjunto de recomendações favoráveis à transparência aprovado por esses dois Estados no quinquagésimo período ordinário de sessões da OEA (20 e 21 de outubro de 2020). Nessa ocasião, houve a seguinte observação feita pelos EUA²³:

os Estados Unidos recordam que a transparência é fundamental para a governança efetiva e a democracia e que as leis que garantem acesso público adequado a informações governamentais (...) constituem um elemento essencial da transparência, cuja importância deve ser enfatizada. No entanto, não existe o direito de acesso à informação no âmbito do Direito internacional dos direitos humanos. Além disso, os Estados Unidos se preocupam com alguns detalhes da Lei Modelo Interamericana 2.0 sobre Acesso à Informação

²¹ Segundo Gomide e Pires (2014a, p.19 e 20), arranjo institucional é o “conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica”.

²² A atual Lei Modelo está disponível em http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/Publicacao_Lei_Modelo_Interamericana_2_0_Acesso_Informacao_Publica.pdf.

²³ Maiores detalhes vide AG/RES. 2958 (L-O/20) Fortalecimento da Democracia. Disponível em <https://www.oas.org/pt/50ag/Default.asp>. Acesso em 09/11/22.

Pública, como o fato de se subestimarem consideravelmente as dificuldades práticas da implementação de um programa de acesso à informação, podendo, desse modo, sobrecarregar os sistemas administrativos a tal ponto que minaria o objetivo de obter maior transparência.

A negativa do direito de acesso à informação enquanto direito humano contraria diretamente diversos outros tratados assinados pelos EUA e reflete, numa primeira análise que posteriormente será retomada, uma preocupação em se adotar internamente as recomendações da OEA. De toda forma, a Lei Modelo simboliza um ideal politicamente estabelecido a ser perseguido pelos Estados democráticos da América, com previsão detalhada das obrigações de transparência que devem ser oportunamente assumidas por cada Estado, inclusive sobre a legitimidade da negativa de acesso à informação em função do risco à segurança nacional. É de se acrescentar ainda que a Lei Modelo estabelece obrigações muito próximas àquelas recomendadas pelo *Centre for Law and Democracy* e pela doutrina²⁴, o que reforça seu papel de simbolizar as melhores práticas admitidas pelos Estados democráticos. Por isso, os critérios analíticos a serem aplicados para análise da legislação nacional serão os internacionalmente consagrados pela academia, RTI e OEA.

Mas o estudo isolado das normas jurídicas é insuficiente, pois se limita a estabelecer como a política pública de transparência deveria ser implementada. Para além dessa atividade pressuposta, a avaliação da efetiva implementação das leis de acesso à informação é indispensável, indo além das normas jurídicas e discutindo como o processo de transparência se apresenta factualmente, estando ou não em conformidade com as expectativas democráticas e os supostos acordos políticos firmados por meio das leis. As informações sobre o cumprimento ou não das normas jurídicas podem ser obtidas nos processos administrativos e judiciais de acesso à informação, parte essencial da pesquisa

²⁴ O relatório anual *Global Right of Information Rating* adota 61 indicadores para comparar a transparência dos Estados, divididos em 7 seções vinculadas ao arranjo institucional geral do país: a) a previsão do direito de acesso à informação como regra geral em conformidade com os princípios internacionais de transparência; b) a abrangência subjetiva do direito de solicitar o acesso; c) o procedimento de acesso; d) as exceções de transparência; e) a apelação e as instâncias recursais; f) as garantias existentes (sanções e outras proteções ao direito de acesso à informação); e g) as medidas de promoção do direito de acesso à informação. Ademais, ressalte-se que esses mesmos critérios de avaliação da transparência são comumente citados pela doutrina, inclusive por Toby Mendel (2009), atual presidente do *Centre for Law and Democracy* e renomado autor na área de transparência pública, cuja trabalho produzido com apoio da UNESCO é inclusive citado nesta tese. Esses mesmos critérios de avaliação da RTI estão presentes nos principais normativos internacionais que versam sobre o tema. Maiores detalhes da metodologia estão disponíveis em <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2011/09/Indicatorsfinal.pdf>, acesso em 07/12/2021.

documental, os quais fornecem inclusive elementos sobre a restrição ou extensão do conceito de segurança nacional.

Após essas análises preliminares, a conclusão da tese apresentará, numa perspectiva comparada entre Brasil e EUA, a aplicação direta e indireta do sigilo e sua conformidade com as normas de transparência.

1.8 Obtenção de dados, definição da amostra e das unidades de análise comparativa

A pesquisa é basicamente documental. Diversos autores, como Schwartz-Shea e Yanow (2012, p. 58), demonstram grande preocupação na viabilidade da coleta de dados nas pesquisas acadêmicas. Por isso, a primeira questão a ser enfrentada ainda em sede de projeto foi a disponibilidade dos dados para análise. De fato, nem toda a documentação vinculada às políticas de transparência são facilmente acessíveis; por exemplo, esperava-se que os Termos de Classificação da Informação (TCIs) dos EUA estivessem disponíveis para análise nesta tese, mas isso não se confirmou nem mesmo após apresentação de pedidos de acesso à informação dirigidos aos órgãos de inteligência norte-americanos.

Quanto ao recorte temporal, é preciso mencionar que a tese se limitou a avaliar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário entre os anos de 2013 e 2020 e o principal motivo foi justamente a disponibilidade de dados. A Lei de Acesso à Informação do Brasil somente passou a ser vigente em maio de 2012, isto é, não poderia ser aplicada nos anos anteriores; de fato, até havia decisões judiciais de maio a dezembro de 2012, mas para que o parâmetro temporal não ficasse fracionado, optou-se por realizar a análise comparativa a partir de 2013. Além disso, menciona-se que a análise comparativa se encerrou em 2020 compreendendo um intervalo relevante de 8 anos, factível de ser realizada dentro da proposta de uma tese.

Considerando que a análise documental da tese foi feita no nível dos Estados, buscou-se respaldo em especial nos documentos oficiais disponíveis que permitiam uma comparação objetiva das políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA, tais como a legislação e as decisões judiciais dos respectivos tribunais federais. Essas diretrizes normativas e as decisões da segunda instância do Poder Judiciário federal de 2013 a 2020 relativas aos pedidos de acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal de EUA e Brasil estão acessíveis; são informações públicas e disponibilizadas em

transparência ativa na internet²⁵, não exigindo intermediários com acessos privilegiados (*Gate Keepers*). Ainda assim, é preciso reconhecer dificuldades na coleta dessas informações tanto no Brasil como nos EUA, pois as informações não estão disponíveis em uma única plataforma e com filtros pré-estabelecidos adequados aos parâmetros de pesquisa, o que exigiu minucioso trabalho de consolidação.

Indo além da condicionante de disponibilidade documental e de outros problemas práticos, há sólidos argumentos que justificam a preferência por conhecer as decisões judiciais em detrimento das administrativas. Primeiro, o Poder Judiciário possui uma visão teoricamente imparcial sobre as demandas de acesso à informação, o que o detentor administrativo da mesma não teria; isto é, o responsável pela decisão administrativa não pode ser considerado imparcial como o Poder Judiciário, de modo que as decisões administrativas têm alta probabilidade de retratarem uma visão muito particular do Poder Executivo sobre a transparência. Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a análise das decisões judiciais revela, ao menos em parte, as práticas do Estado que se iniciam nos procedimentos administrativos estabelecidos pelas leis de acesso à informação, pois os argumentos para a negativa apresentados nos processos administrativos são necessariamente discutidos nos recursos de apelação dirigidos aos tribunais, sendo que o estudo isolado dos processos administrativos não permitiria identificar as práticas consolidadas judicialmente; inclusive quando os argumentos são alterados do processo administrativo para o judicial é possível perceber incongruências nas práticas de transparência do Estado, o que não seria possível se o estudo fosse restrito aos processos administrativos. Em terceiro lugar, é preciso lembrar que o controle externo realizado pelo Poder Judiciário nas democracias é legitimamente inafastável e, em termos de acesso à informação, pode ser provocado por qualquer cidadão, ao contrário dos controles primário e interno realizados diretamente pelo Poder Executivo sobre os quais pairam até mesmo questionamentos sobre suas competências²⁶. Não que esse controle externo realizado pelo Poder Judiciário seja infalível, há severos problemas identificados neste

²⁵ A transparência pode ser considerada ativa ou passiva tendo como critério a ação do Estado em prol da transparência. Se a ação estatal de disponibilizar informações se dá por iniciativa própria, considera-se que a transparência é ativa; se a ação do Estado decorre de um pedido da sociedade civil, a transparência seria passiva.

²⁶ Por exemplo, Corsini (2011), ao analisar a relação entre os órgãos do sistema brasileiro de inteligência e aqueles responsáveis pelo controle primário e interno da atividade de inteligência, constatou a existência de questionamentos relativos à legitimidade, abrangência e profundidade da atividade de controle, dúvidas que não existem relativamente ao controle externo realizado pelo Poder Judiciário.

trabalho e que serão oportunamente discutidos, mas não há dúvidas de que o Poder Judiciário tem legítima competência para decidir pela manutenção do sigilo ou pela disponibilidade da informação. Em quarto lugar, a base de referência analítica da tese e execução da política de transparência pública são as leis de acesso à informação e as normas internacionais, sendo que compete justamente ao Poder Judiciário interpretar esses conjuntos normativos para dar a palavra final sobre as decisões do governo (Poder Executivo) nos Estados democráticos. Assim, o estudo restrito dos processos administrativos poderia conduzir a conclusões não respaldadas pelo Poder Judiciário, situações de negativas que eventualmente são revertidas. Em quinto lugar, o estudo das decisões judiciais possibilita identificar em quais situações o Poder Executivo tem convicção de que as informações devem ser negadas, por serem temas sensíveis cujo acesso foi reiteradamente negado pelas instâncias administrativas anteriores. Assim, o estudo das decisões judiciais permite identificar os temas mais sensíveis, situações dificilmente resolvidas na via administrativa, de modo a se presumir que poucos assuntos sensíveis não subiriam para a análise do Poder Judiciário. Por outro lado, será possível também identificar os temas de alto interesse social, na medida em que o ajuizamento de uma ação judicial pelo particular só é feito em situações realmente relevantes, já que a provocação do Poder Judiciário é financeiramente custosa e demorada. Além disso, quanto a alternativa de se estudar as decisões administrativas em detrimento das judiciais, considerou-se que a ampla quantidade dos pedidos administrativos no Brasil e principalmente nos EUA exigiria um trabalho extenso demais para ser realizado em apenas 4 anos²⁷.

Dentro do Poder Judiciário, no Brasil e nos EUA, foi feita a opção pela análise no nível federal, principalmente porque a FOIA somente se aplica ao Poder Executivo federal; na seleção dos tribunais federais buscou-se não limitar a análise das decisões judiciais proferidas em um único estado da federação. Logo, a escolha por analisar o Poder Judiciário federal, também se justifica por sua maior abrangência territorial e ainda por compreender as discussões sobre segurança nacional e comércio internacional, temas essenciais para as Relações Internacionais. Além disso, foram considerados apenas os processos judiciais envolvendo o Poder Executivo federal, representante jurídico do Estado nas relações internacionais, sendo desconsideradas as decisões judiciais federais

²⁷ No Brasil, houve 919.375 pedidos administrativos recebidos pelo Poder Executivo federal entre 2013 e 2020; nos EUA, no mesmo interregno, foram 6.252.084 de pedidos administrativos somente para o Poder Executivo federal.

de segunda instância relativas à transparência dos estados membros do Brasil e dos EUA e também das empresas de capital majoritariamente privado, bem como demandas contra o Congresso Nacional e contra o próprio Poder Judiciário federal. Além disso, impende dizer que somente foram consideradas as decisões judiciais que efetivamente resolveram sobre a concessão ou não de uma informação, sendo desconsideradas discussões sobre temas adjacentes, tais como pagamento de taxas judiciais e honorários advocatícios, ou as discussões de caráter meramente provisório ou instrumental (que determinam providências judiciais e administrativas sem decidir o mérito da causa).

Considerando o longo percurso de um processo judicial em diversas instâncias, foi feita a escolha pela análise das decisões da segunda instância do Poder Judiciário federal. Isto porque a análise das decisões do início da cadeia (primeira instância) poderia levar a conclusões equivocadas, não mantidas nas instâncias superiores, tal como ocorre nas decisões administrativas. Por outro lado, analisar apenas as decisões da terceira ou quarta instâncias recursais limitaria muito o número de casos a serem analisados²⁸.

Assim, no interregno da pesquisa e com o recorte supramencionado, houve um total de 327 decisões proferidas pelas Cortes de Apelação norte-americanas sobre o tema transparência, englobando inclusive temas adjacentes e decisões provisórias. Foi necessária a limitação da pesquisa a determinados tribunais a fim de que a análise fosse factível em 4 anos de trabalho.

Nos EUA, dentre as treze cortes de apelação federais existentes²⁹, optou-se por avaliar todas as decisões judiciais de mérito proferidas pelas Cortes de Apelação do Distrito de Colúmbia e o nono circuito (9th) entre os anos de 2013 a 2020 relativas ao tema transparência envolvendo o Poder Executivo federal³⁰. A Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia foi escolhida para análise das decisões por ser a sede da capital federal, onde se concentra 33,72% de todos os processos sobre transparência identificados na pesquisa no âmbito da segunda instância. Essa concentração das ações judiciais na Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia decorre justamente do fato de DC ser a capital

²⁸ A propósito, no Brasil, quando o Estado perde uma ação judicial na primeira instância, o magistrado é obrigado a submeter automaticamente (de ofício) o processo judicial à segunda instância.

²⁹ A distribuição geográfica e a correlata competência territorial das Cortes de Apelação federais está disponível em <http://www.uscourts.gov/uscourts/images/CircuitMap.pdf>.

³⁰ A pesquisa das decisões foi feita por meio do uso de filtros no site <https://www.justice.gov/oip/court-decisions-overview>, sendo que todas as decisões discutem a FOIA.

federal, onde se localizam diversas instituições públicas federais³¹ e arquivos de documentos físicos. Por outro lado, a Corte de Apelação do nono circuito compreende os estados federados da Califórnia, Alaska, Óregon, Washington, Idaho, Montana, Nevada, Ilhas Marianas, Guam, Havaí e Arizona, com sede na Califórnia; foi selecionada porque possui relevante quantidade e variedade de processos administrativos de acesso à informação, em parte decorrente do fato de deter aproximadamente 20% da população norte-americana e ainda ser a região mais importante para o PIB dos EUA, com destaque para o estado da Califórnia que sozinho é responsável por quase 15% de toda riqueza gerada internamente pelos norte-americanos. Ao combinar desenvolvimento com uma população significativa, acaba por concentrar também relevante número de pedidos e uma variedade maior de casos.

Do total de 327 decisões sobre transparência proferidas em sede de segunda instância do Poder Judiciário federal envolvendo o Poder Executivo federal, entre 2013 a 2020, as duas Cortes de Apelação estadunidenses proferiram em conjunto 139 decisões judiciais que tratavam especificamente do mérito de concessão ou não de informação, sendo 107 da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia e 32 do nono circuito. Então, houve conseqüentemente o descarte de 188 decisões que tratavam temas subjacentes, eram meramente provisórias ou de Cortes de Apelação não selecionadas, conforme já explicado anteriormente. Em síntese, a amostra de 139 decisões judiciais, ainda que se considere um universo de 327 e com margem de erro de 5%, garante um nível de confiabilidade acima de 95%³².

Para a análise do Brasil, seguiu-se um paralelismo com as opções metodológicas aplicadas ao recorte dos EUA. Assim, foram avaliadas todas as decisões judiciais de mérito, entre os anos de 2013 a 2020, relativas ao tema transparência envolvendo o Poder Executivo federal e proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª e 3ª regiões³³,

³¹ Embora as agências federais possam ser acionadas nos tribunais em que o cidadão reside, por uma série de motivos é mais interessante para o advogado propor a ação na capital.

³² Margem de erro “é o índice de variação dos resultados de uma pesquisa. Por exemplo, um erro amostral de 5% indica que o resultado poderá variar cinco pontos percentuais para mais ou para menos em sua pesquisa”. Já a confiabilidade é “o nível de confiança representa a probabilidade de uma pesquisa obter os mesmos resultados se outro grupo de indivíduos em uma mesma população fosse entrevistado”. Cálculo realizado no site <https://comentto.com/calculadora-amostal/>.

³³ A abrangência territorial dos Tribunais Regionais Federais escolhidos compreende [Distrito Federal](#) e estados do [Acre](#), [Amapá](#), [Amazonas](#), [Bahia](#), [Goiás](#), [Maranhão](#), [Mato Grosso](#), [Minas Gerais](#), [Pará](#), [Piauí](#), [Rondônia](#), [Roraima](#), [Tocantins](#), [Rio de Janeiro](#), [Espírito Santo](#), [São Paulo](#) e [Mato Grosso do Sul](#).

os quais em termos de competência se assemelham às Cortes de Apelação dos EUA na revisão dos julgados de primeira instância do Poder Judiciário federal. O TRF 1ª foi escolhido porque possui quantidade e variedade significativa de decisões sobre o tema, em especial por ter sede na capital federal, por sua competência abranger a maior parte do território brasileiro³⁴, compreender 37% da população brasileira³⁵ e ter sua sede na capital federal, cidade onde se localizam a maior parte das instituições públicas federais³⁶ e diversos arquivos de documentos físicos³⁷. Por seu turno, o TRF 2ª foi escolhido por também possuir quantidade e variedade significativa de processos, abrangendo o estado do Rio de Janeiro³⁸ que, para além de sua atual importância política e econômica, já foi capital do Brasil e por isso é sede até hoje de relevantes instituições públicas federais, como por exemplo a Casa da Moeda e a Petrobras, dentre outras. O TRF 3ª, por seu turno, também foi selecionado em razão da variedade e quantidade de processos judiciais sobre o tema transparência, resultado de compreender o estado de São Paulo³⁹, o qual é sozinho responsável por 31,6% do PIB brasileiro⁴⁰.

Ao contrário da pesquisa de jurisprudência feita nos EUA com auxílio de filtros pré-estabelecidos, a coleta das decisões judiciais brasileiras foi muito diferente, realizada por pesquisa livre⁴¹. Foram encontradas preliminarmente 1.289 decisões judiciais em todos os TRFs brasileiros que em princípio tratavam do tema transparência, englobando

³⁴ Em 2022, foi efetivamente criado o TRF da 6ª Região, composto exclusivamente pelo estado de MG, mas isso não altera em nada a análise.

³⁵ In: https://portal.trf1.jus.br/data/files/4D/57/CC/0D/2F48871071682887F32809C2/Relatorio_de_gestao_2020.pdf.

³⁶ Como dito anteriormente, embora as agências federais possam ser acionadas nos tribunais em que o cidadão reside, por uma série de motivos é mais prático para o advogado propor a ação na capital.

³⁷ Convém citar que, recentemente em 2022, foi implementado o Tribunal Regional da 6ª Região, sediado em MG, a partir da cisão parcial do TRF1, mas isso não altera em nada os processos que já estavam em trâmite e que foram utilizados na tese, pois apenas os processos não julgados do TRF1 propostos em MG foram migrados para o TRF6.

³⁸ O TRF 2ª compreende ainda o estado do Espírito Santo.

³⁹ O TRF 3ª compreende também o estado do Mato Grosso do Sul.

⁴⁰ In: <https://censo2022.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/29447-quinze-estados-tem-pib-acima-da-media-nacional-em-2018-sergipe-e-o-unico-com-queda.html>

⁴¹ A pesquisa foi realizada com as seguintes expressões: Lei de Acesso à Informação, 12.527, Segurança da sociedade ou do Estado, Segurança da sociedade e do Estado, Informação classificada, Classificação da Informação, 7.724, Termo de classificação de informação e Termo de classificação da informação.

inclusive ações contra outros entes da federação, temas adjacentes e decisões provisórias; dentro dos 1.289 processos em questão, havia ainda decisões repetidas, as quais devem ser desconsideradas para fins de identificação do universo para cálculo amostral⁴². Do conjunto de 1.289 decisões judiciais, apenas 310 eram de mérito referentes a transparência do Poder executivo federal entre os anos de 2013 e 2020. Os TRFs da 1^a, 2^a e 3^a regiões tinham 633 processos (49,1%) do total de 1.289 processos; destes 633 processos, somente 184 decisões tratavam do mérito envolvendo o Poder Executivo federal entre 2013 e 2020, excluindo-se as decisões repetidas e de outros entes da federação, as quais devem ser desconsideradas para fins de identificação do universo para cálculo amostral. Dessa forma, a amostra de 184 decisões judiciais de mérito dos TRFs da 1^a, 2^a e 3^a regiões, dentro do universo total de 310 e com margem de erro de 5%, garante um nível de confiabilidade de aproximadamente 95%⁴³.

1.9 Análise de dados

Derichs (2015, p. 32) adverte sobre a necessidade de se estudar os países aceitando suas diferenças. No mesmo sentido, Ackerley e True (2008, p. 694) defendem que a reflexão sobre os dados coletados deve afastar pré-julgamentos (dogmas). Nesta pesquisa, buscou-se realizar um esforço reflexivo para afastar quaisquer preconceitos e entender as peculiaridades da transparência no Brasil e nos EUA, derivadas não apenas de questões culturais, mas também da maturidade da sua democracia e da posição de poder de cada um desses Estados no sistema internacional.

No primeiro momento da análise de dados, o trabalho foi essencialmente bibliográfico; na sequência e considerando os conceitos básicos mencionados, foram analisados os documentos oficiais da OGP e da OEA, em especial seus princípios e regras. A leitura dos documentos oficiais será importante para identificar objetivamente as normas nacionais e internacionais de transparência. Além disso, é preciso analisar a legislação nacional a fim de que se identifique como os compromissos de transparência foram internalizados no Brasil e nos EUA.

⁴² A localização duplicada ou mesmo triplicada de decisões decorreu do fato de que uma mesma decisão continha mais de uma expressão de busca.

⁴³ Cálculo realizado no site <https://comentto.com/calculadora-amostral/>.

Cite-se que entender os normativos internos do Brasil que regulam a transparência é indispensável, pois, conforme aduzem Kerr Pinheiro e Marques (2014b, p. 250), as normas jurídicas realizam a mediação de interesses políticos, fixando entendimento sobre determinado tema. Por outro lado, a pesquisa em Relações Internacionais deve ir além das preocupações normativas, tal como proposto pela abordagem crítica de Ackerley e True (2008, p. 694). Seria insuficiente analisar os textos legais dissociados do contexto de sua criação ou desconsiderar os efeitos práticos dos pactos celebrados. Por isso, a pesquisa foi realizada considerando-se criticamente os antecedentes e as consequências das normas estabelecidas. Há diferenças significativas entre as leis de acesso à informação e parte dessas diferenças deriva do grau de democracia e da posição do Estado no sistema internacional. Seguindo essas orientações, a transparência de cada Estado deve ser entendida em um contexto histórico-social mais amplo, o que exigiu uma análise das origens e desenvolvimento de cada legislação, de modo que foram discutidas brevemente a história da FOIA e da LAI. Além disso, foi feita a análise de como essas leis são efetivamente executadas, isto é, serão discutidos os efeitos concretos das normas jurídicas a partir dos conceitos e dentro do contexto apresentados. Para tanto, foi considerado o conjunto de decisões proferidas pela segunda instância do Poder Judiciário federal, as quais serão classificadas a partir de diversos critérios, tais como tipo de decisão (acesso concedido ou não), omissões, assunto, tempo de tramitação, justificativa no caso de negativa de acesso, legitimidade das alegações de sigilo, reversão da negativa proferida na primeira instância, apresentação do termo de classificação de informação etc. A análise do conjunto das decisões, seja de fornecimento ou não da informação, possibilitou a identificação de um perfil de ação do Brasil e dos EUA, inclusive de eventuais padrões de respostas de concessão ou não da informação. As respostas que denegam acesso à informação em razão da segurança nacional e as que concedem acesso em grau de recurso nesse mesmo pano de fundo foram avaliadas individualmente, dada a sua alta relevância para as Relações Internacionais, focando no conflito de interesses e nos argumentos entre o solicitante da informação e o órgão que detém a informação.

Com esses pressupostos, a análise dos dados foi quantitativa e qualitativa, dividindo-se em cinco momentos de reflexão sobre: (a) os conceitos de democracia, transparência e poder, bem como inter-relação entre eles; (b) as normas internacionais de transparência, em especial os compromissos internacionais assumidos por Brasil e EUA no âmbito da OEA; (c) a legislação nacional sobre o acesso e a proteção da informação, inclusive a que pode causar dano à segurança nacional; (d) as decisões judiciais de

segunda instância do poder Executivo federal relativas a solicitações de informação; e (e) os padrões decisórios e o uso estratégico do sigilo para se negar acesso à informação.

1.10 Limitações da pesquisa

Hood e Heald (2006) observam que a transparência pode ocorrer, em uma via de mão dupla e em interações domésticas e internacionais, entre: a) o Estado, pessoas jurídicas nacionais e seus cidadãos⁴⁴; b) os atores internacionais⁴⁵. Logo, é preciso reconhecer, mesmo nas Relações Internacionais, que a transparência transcende o Estado e os atores privados e o mercado desempenham papéis relevantes nesse tema, inclusive reunindo e produzindo informações, prestando informações aos Estados, exigindo melhoria de políticas públicas de transparência, demandando acesso às informações dos Estados etc. Entretanto, sem desconsiderar essa complexa multiplicidade de interações entre os atores, todos sujeitos a dinâmica da transparência, a tese foca sua análise na transparência dos EUA e do Brasil, sem abordar profundamente a transparência dos atores privados; esse enfoque reflete a importância dos Estados para as Relações Internacionais, inclusive a centralidade deles no tema: o Estado utiliza suas vastas capacidades para coletar dados de seus concorrentes, aliados e de sua sociedade civil, inclusive organizações privadas, produzindo informações estratégicas e protegendo-as de potenciais concorrentes. Assim, embora se reconheça que a sociedade civil desempenhe um papel relevante na transparência dos Estados e não se negue a condição de ator internacional aos entes privados, ocasionada inclusive pela descentralização do poder com a abertura de dados, não será abordada profundamente a transparência dos atores privados ou de como influenciam na abertura dos Estados. Ainda assim, cite-se que, em determinados momentos da tese, será discutida a transparência de informações privadas que são recolhidas pelo Estado em sua atividade de supervisão e, em outras situações, a discussão poderá recair sobre informações privadas acumuladas por empresas, inclusive estatais, que desempenham atividades em nome do Estado, seja da mera guarda da informação ou mesmo na prestação de serviços públicos.

⁴⁴ Indo além, haveria ainda a relação entre Estado e estrangeiros: “*More recently adopted laws such as Ireland’s and the UK’s allow anyone around the world to ask for information*” (BANISAR, 2002, p. 5).

⁴⁵ Embora Hood e Heald (2006) tenham focado sua análise numa perspectiva relacional, não discutiram Relações Internacionais em específico.

Além disso, este trabalho avalia principalmente a transparência passiva dos Estados selecionados, isto é, aquela em que o acesso à informação ocorre por iniciativa do particular que apresenta sua demanda ao Estado, embora haja diversas menções acerca da importância da transparência ativa e sua correlação com a passiva, inclusive quanto as listas de informações classificadas e desclassificadas.

É de se mencionar ainda que o presente pesquisador possuía uma experiência prévia na área de transparência, tendo auxiliado na implementação da lei de acesso à informação no Brasil entre os anos de 2012 e 2017. Então, dentro da divisão proposta por Sherif (2001), a pesquisa foi feita parcialmente “*inside*”, uma vez que o presente pesquisador trabalhou por 5 anos para a implementação da Lei de Acesso à Informação brasileira. Esse envolvimento em princípio é positivo sob o aspecto de que já possuía um conhecimento prático e teórico sobre o tema, mas ao mesmo tempo reconhece-se que foi preciso realizar atividade reflexiva para afastar pré-concepções.

Outro ponto que merece ser citado é quanto aos critérios quantitativos e qualitativos adotados para a comparação das políticas públicas de transparência dos EUA e do Brasil. Apesar da coleta de dados ter resultado em informações relevantes do Brasil e EUA, nem sempre eles eram passíveis de inclusão na análise comparativa, por falta de paralelismo de disponibilidade entre os Estados de referência. Inclusive, repita-se que os TCIs não foram estudados com profundidade justamente pela falta de acesso aos mesmos nos EUA.

1.11 Divisão da tese

O trabalho foi dividido em seis itens de desenvolvimento, além da introdução e da conclusão. O item 2 – Transparência nas Relações Internacionais – apresenta e analisa os conceitos de democracia, poder, transparência e sigilo nas Relações Internacionais, estabelecendo ainda a inter-relação entre eles nas Relações Internacionais. A apresentação da centralidade da informação na atual configuração do sistema internacional e de que a transparência e o sigilo podem constituir parte de uma estratégia para exercício de poder é pré-requisito para contextualizar a avaliação das políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA.

Já no item 3 – Do Sub-regime Internacional da Transparência – apresenta-se o referido sub-regime, sua formação a partir de atos isolados de Estados democráticos e seu desenvolvimento nos últimos anos por ações catalizadoras dos EUA. A adequada

compreensão das principais regras do sub-regime de transparência, inclusive as situações em que a negativa de informação é válida em Estados democráticos, é referência essencial para a posterior análise das políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA. Além disso, discutem-se os interesses internos e externos que levaram EUA e Brasil a adotarem suas leis de acesso à informação e aderirem ao dito sub-regime.

Já o item 4 – Política Pública de Transparência nos Estados Unidos – apresenta e analisa, a partir das regras do sub-regime de transparência, os principais normativos norte-americanos que regulamentam a política nacional de transparência pública, inclusive as hipóteses legais para negativa de acesso à informação. No item 5 – Política Pública de Transparência no Brasil, a mesma discussão é feita a partir dos normativos brasileiros. Especificamente no item 5, é realizada a comparação entre as leis de acesso à informação do Brasil e dos EUA. São capítulos que apresentam como a política pública de acesso à informação deveria ser implementada nesses Estados democráticos e ainda comparam as normas nacionais entre elas e com as do sub-regime de transparência.

O item 6 – A implementação da Política Pública de Acesso à Informação dos EUA Analisada a Partir das Decisões Judiciais das Cortes de Apelação - descreve e analisa o conjunto das respostas a pedidos de informação, negados ou admitidos pelo Poder Judiciário, com classificação das decisões por tipo de resposta (acesso concedido ou não), assunto, tempo de tramitação por assunto, apresentação de justificativa no caso de negativa de acesso, menção a dispositivo legal, reversão da negativa pelas instâncias recursais etc. A análise quantitativa e qualitativa do conjunto de decisões, bem como considerações individualizadas de decisões selecionadas, é capaz de demonstrar a aderência ou não da política nacional à legislação norte-americana. Importa, neste momento, identificar o perfil de ação do Estado e a coerência entre aquilo que efetivamente é realizado e aquilo que é estabelecido na FOIA e no sub-regime de transparência. Por paralelismo, o item 7 – A implementação da Política Pública de Acesso à Informação do Brasil Analisada a Partir das Decisões Judiciais das Cortes de Apelação selecionadas – faz a mesma discussão que o item anterior, mas referente ao Brasil e tece ainda comparações com os resultados dos EUA anteriormente apresentados. São capítulos que avaliam como realmente as políticas públicas de transparência são executadas em cada um desses Estados democráticos. São apontadas sinteticamente as situações em que a utilização do sigilo se afastou das respectivas leis de acesso à informação e das normas internacionais de transparência e é feita ainda a identificação e análise dos padrões de ação do Brasil e dos EUA dentro de suas políticas de transparência.

2 TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Cunha Filho (2018) menciona que as abordagens analíticas sobre o tema transparência podem ser divididas em normativa, conceitualista e empírica. A abordagem conceitualista visa apresentar o significado teórico de transparência, podendo adentrar na definição genérica do que seria público ou de acesso restrito; por seu turno, a análise normativa se vincula as finalidades abstratas estabelecidas nas leis, nos tratados internacionais e qualquer outro acordo político pré-estabelecido, desde que formalizado; enquanto ambas discutem inclusive especulativamente benefícios e custos da transparência, a abordagem empírica testa concretamente a dinâmica e os efeitos da transparência em contextos específicos, validando ou não as elucubrações teóricas desenvolvidas nas abordagens conceitualista e normativa.

Embora a tese oportunamente se utilize das abordagens normativas e empíricas, o presente capítulo se propõe, numa abordagem primacialmente conceitualista, apresentar a discussão sobre a transparência do Estado e posicioná-la dentro do debate nas Relações Internacionais.

Contudo, o conceito de transparência não surge nas Relações Internacionais, mas sim nas Ciências Políticas enquanto característica dos regimes democráticos, normalmente analisado restritamente da perspectiva doméstica. Por isso, antes de formatar o conceito a ser utilizado nesta tese, discute-se como a transparência é retratada domesticamente, fazendo gradativamente a interlocução com as Relações Internacionais para se alcançar uma definição mais adequada aos propósitos deste trabalho.

De acordo com Margetts (2011, p. 518), transparência é um conceito multifacetado, discutido por diversos autores ao longo da história em perspectivas diversas; vincula-se diretamente a outros conceitos, como governança, integridade e *accountability*, sem, contudo, guardar correspondência. De fato, transparência é um termo polissêmico que participa na composição teórica de diversos institutos preciosos às Relações Internacionais, mas que mantém uma essência própria, conforme será apresentado.

De modo geral, as abordagens originais do conceito de transparência são construídas em oposição a ideia de segredo; mas também pode ser retratada enquanto sinônimo de publicidade, como a titularidade de uma prerrogativa nos regimes democráticos ou ainda enquanto qualidade de um acontecimento ou ator específico do sistema internacional.

Em Relações Internacionais, a transparência não é costumeiramente abordada como a qualidade de uma relação entre dois sujeitos e raramente enquanto exercício de poder. Dito isso, convém desde já adiantar que este trabalho considera a utilização da informação enquanto recurso de poder, tanto no âmbito doméstico quanto no sistema internacional. Ademais, reconhece-se que é a dinâmica entre a disponibilização da informação e segredo que estabelecerá os fluxos de informação no sistema internacional. De fato, não é possível discutir transparência em Relações Internacionais sem questionar o papel do segredo na sociedade e dos serviços de inteligência; mas não se pode resumir a transparência a isso, de modo que a adesão ao regime democrático deve ser considerada, inclusive as hipóteses democráticas para a negativa de acesso à informação, tais como a classificação das informações relativas à segurança nacional.

Nessas bases, este capítulo objetiva construir um conceito de transparência para as Relações Internacionais que não seja de mera oposição ao de segredo, que reconheça a informação como recurso de poder e cuja aplicabilidade não se reduza ao âmbito doméstico; aborda-se a transparência fundamentalmente enquanto qualidade das interações entre os atores internacionais, as quais são basicamente relações de poder.

2.1 Do conceito de transparência

2.1.1 Transparência do Estado como antônimo de segredo

Na prática e na teoria, o conceito primordial de transparência foi construído em oposição ao de segredo, isto é, aquilo que é possuído e ocultado intencionalmente como forma de exercício de poder. Na tipologia do segredo, não apenas o silêncio se enquadra, mas também a negativa expressa da informação havendo ou não justificativa apresentada e sendo essa legítima ou não.

O segredo do Estado deriva etimologicamente da expressão latina “*arcana imperii*” que significa literalmente mistério do governo, expressando a ideia de necessidade da atividade estatal ser realizada em segredo para proteção do conhecimento acumulado pelo Estado, inclusive informações referentes ao próprio Estado. Toda informação acumulada pelo Estado, seja por ele produzida ou apenas reunida, poderia em tese estar sujeita ao segredo, haja vista que a transparência não seria elementar ao conceito de Estado ao menos em suas origens.

Por outro lado, o segredo ajudou a fundar o próprio Estado em suas origens absolutistas, tendo sido o controle governamental da informação muito importante para a consolidação da autoridade soberana do Estado, conforme defende Cepik (2003). A ideia seria de que o poder exercível de forma imperceptível é soberano, pois não pode ser confrontado ou controlado. A tese de que o Estado seria uma simples propriedade do Rei possuía diversos fundamentos, tais como o direito divino de governar que, indiretamente, amparava o exercício de um poder igualmente divino e, com essa base, também invisível, afastado da legitimação das ações pelo bem comum⁴⁶. Dessa maneira, o interesse do governo que age de forma invisível se distancia do interesse social, sendo o sigilo utilizado para favorecer governos autoritários, impedindo questionamentos e reações populares.

Mesmo após o fim dos Estados absolutistas, o segredo se manteve atrelado ao Estado. Para Weber (1999), o segredo é uma construção alicerçada na burocracia estatal que teria, em suas rotinas administrativas, uma inclinação no sentido de limitar a disponibilização de informações enquanto reúne aquelas que são importantes, inclusive de sua sociedade civil e de seus rivais. Então, desde as suas origens e até na atualidade, o Estado mantém segredos; muito antes do Estado cogitar ser transparente, o segredo era um pilar de sua fundação.

Na perspectiva doméstica, a finalidade do segredo seria manter o governo estatal (e a elite governante) numa posição privilegiada (ZEPETA, 2015, p. 13), na medida em que impede questionamentos e reações. Esse raciocínio de que o poder exercível de forma imperceptível é soberano pode ser aplicado para as Relações Internacionais: o controle da informação se vinculava a ideia de soberania enquanto uma justificativa de que cada Estado poderia fazer o que lhe aprouvesse sem a necessidade de dar aos outros atores internacionais qualquer justificativa. Por isso, a criação do conceito de “*arcana imperii*” se desenvolveu aqui paralelamente a teoria da razão de Estado numa perspectiva maquiavélica de que os fins justificariam os meios, os quais não precisam ser sequer revelados. O segredo em Relações Internacionais, muito mais que mero resultado de um sistema anárquico, liga-se a própria natureza soberana do Estado construído em um insulamento burocrático em regra intencional a fim de que não precisassem dar satisfação sobre seus atos: o segredo era a regra das Relações Internacionais desde o surgimento dos Estados e assim permanece ao menos até a modernidade.

⁴⁶ Cepik (2003, p. 83), corroborando essa ideia, afirma que “toda informação sobre a população, a administração e os recursos” de um país era propriedade do rei e, portanto, sujeita ao segredo.

Decorre desta perspectiva histórica a construção dicotômica de transparência em oposição ao segredo estatal: é transparente tudo aquilo que não é segredo de Estado, ou seja, aquilo que pode ser conhecido pela sociedade civil e pelos demais atores internacionais sem afetar o *status quo* doméstico ou internacional.

2.1.2 A dinâmica do segredo nas relações internacionais numa perspectiva realista

O complexo sistema internacional é retratado pelo Realismo e por outras correntes teóricas como anárquico; anarquia significa ausência de hierarquia, ou seja, inexistência de autoridade formal, o que não equivale a afirmar que inexistem regras, valores ou mesmo governança.

Especificamente no paradigma Realista, o sistema internacional seria uma espécie de estado de natureza hobbesiano: uma anarquia, com natural inexistência de qualquer diferenciação formal entre os atores internacionais, mas com uma pluralidade de interesses e diversidade na capacidade dos atores internacionais, com a prevalência do uso da força para realização dos interesses, sendo a guerra um instrumento ordinário para a solução dos conflitos. Existem ameaças reais e qualquer expectativa pode ser frustrada se contrariar os interesses dos atores internacionais mais poderosos.

A partir dessas considerações, para o Realismo, a anarquia no sistema internacional:

- a) Significa liberdade de ação para que os atores internacionais possam realizar seus interesses dentro de suas capacidades de poder, podendo usar da força quando desejar;
- b) Gera insegurança, pois os atores internacionais somente se comprometem a cumprir regras caso desejem e, ainda assim, poderiam sopesar benefícios e custos para descumprir a norma;
- c) Qualifica o sistema internacional como competitivo, de modo a prevalecer o conflito em detrimento da cooperação entre os atores internacionais;
- d) Estimula a luta pela sobrevivência, de modo que a segurança nacional é o principal interesse dos atores, norteador das suas ações para o acúmulo de poder. Para os Estados, maximizar poder é aumentar sua segurança, uma questão de continuidade existencial soberana, a única alternativa para a garantia da sobrevivência.

A racionalidade das ações dirigida à sobrevivência, resumidamente, seria uma busca por poder, maximizando benefícios em detrimento de custos. Há diversas maneiras diferentes de se agregar poder, de modo que a melhor opção precisa ser identificada, planejada e executada pelos atores internacionais, inclusive considerando que as ações de um ator no sistema dependem dos demais atores e do contexto das interações.

Nesse contexto anárquico, a informação deve ser considerada muito importante para a estratégia de maximizar poder e, conseqüentemente, garantir a sobrevivência dos Estados. Eles estariam em permanente alerta nesse ambiente reunindo informações que possam subsidiar suas decisões.

A informação fundamenta a ação racional do ator internacional; obter informações dos adversários e do contexto em que estão inseridos altera a percepção das relações internacionais e, conseqüentemente, influencia no cálculo racional e modifica o posicionamento dos Estados, seja em situações de conflitos ou de cooperação. A própria definição de ameaça depende de informações a serem interpretadas; a existência de uma ameaça à segurança nacional depende da percepção subjetiva do ator, em especial da probabilidade de ocorrência do fato, da intensidade e amplitude dos efeitos danosos.

Ao entrar no cálculo racional, a informação confere maior precisão quanto aos efeitos da conduta em termos de benefícios e custos, contribuindo para diminuir a incerteza do sistema internacional, embora sem alterar a sua natureza anárquica. A falta de informação causa erro de percepção e pode ocasionar ações ilógicas e equivocadas, as quais não seriam tomadas se as informações estivessem disponíveis.

Com base em informações, os atores internacionais podem adotar a melhor estratégia e otimizar o uso dos recursos disponíveis, antecipando as ações dos adversários e legitimando as suas ações no sistema, embora esta última possibilidade não seja uma obrigação; o acesso prévio a informações adversariais auxiliam na identificação dos interesses, dos objetivos e da capacidade de retaliação dos envolvidos; e é diretriz para a superação de situações extraordinárias, tais como crises. Por exemplo, concretamente, a informação é importante no processo decisório estatal para a) identificar a opinião prévia dos adversários sobre assuntos sensíveis e as ameaças potenciais que justifiquem ataques preventivos às ameaças; b) conhecer o posicionamento e a capacidade das forças militares adversárias ou ainda c) praticar ações mais efetivas contra os competidores, inclusive danos precisos a infraestrutura deles.

Na linha do Realismo, ocultar informações impede que os adversários (a) percebam fragilidades e (b) incluam demandas na agenda internacional. Quanto ao

primeiro ponto, permitir que os demais atores acessem informações pode fragilizar a sobrevivência dos atores internacionais, pois, em tese, com base em informações, os adversários poderiam ficar em posição de vantagem em guerras ou negociações. Assim, a disponibilização de informações do Estado para os demais atores internacionais é entendida como uma forma de perda de poder, uma fragilidade em potencial a ser explorada pelos adversários. Daí porque, na dúvida ou sem vantagens evidentes a curto prazo, é preferível o silêncio e a omissão de prestar informações; a transparência não seria uma opção lógica quando aponta para uma fraqueza e, para o Realismo, isso seria independente do regime político do Estado. Quanto ao controle da agenda internacional, é possível ocultar informações sensíveis que poderiam ser de interesse coletivo e retirar assuntos de evidência no sistema internacional. Assim, situações sensíveis, ainda que compartilhadas, somente podem ser incluídas na agenda e discutidas se existe a percepção do problema. Negar acesso à informação possibilita que seu detentor seja o único capaz de atuar naquele assunto e, de certa forma, silencia os demais atores em relação àquele tema oculto na medida em que impede qualquer tipo de exigência ou contestação.

A atividade de inteligência estatal visa compreender a realidade na qual o Estado se situa e, por isso, se vincula diretamente à capacidade do Estado de reunir e proteger informações. Para Gonçalves (2016), a inteligência como atividade seria um processo voltado a reunir informações específicas, analisá-las para embasar ações e eventualmente difundir-las seletivamente. O conhecimento do outro e do contexto internacional no qual os atores se inserem é fundamental para orientar suas decisões e suas ações, maximizando resultados; a atividade de inteligência permeia, portanto, toda estratégia para se alcançar os interesses estatais. Complementarmente a atividade de reunião de informações, havendo necessidade de sigilo sobre as informações que já detém, o Estado atua com medidas de contra inteligência para impedir que os adversários acessem suas informações sensíveis. Ou seja, a proteção da informação faz parte intencionalmente da rotina da atividade de inteligência tanto quanto a reunião, sendo considerada uma atividade lícita pelos Estados democráticos. Por isso, a reunião de informações é um processo dinâmico em que os atores internacionais ao mesmo tempo que procuram coletar as informações adversárias devem proteger as suas.

Assim, nesse ambiente anárquico, o segredo é instrumento de poder, sendo costumeiramente entendido como conduta natural para maximizar capacidades em qualquer situação; a disponibilidade de informações do Estado não é a regra, mas uma fragilidade potencial que deve ser protegida. Em outros termos, reunir informações de

outros atores internacionais e proteger as suas é uma estratégia válida e efetiva para maximizar poder. Então, o Estado age para controlar os fluxos de informação tanto no âmbito nacional quanto no internacional, sendo o segredo o principal instrumento utilizado pelos Estados para proteger suas informações enquanto busca a dos adversários.

2.1.3 Da transparência nos regimes políticos democráticos

A ascensão das democracias no sistema internacional redefiniu o conceito de transparência. Foi a partir da crítica democrática que se rompeu com o pensamento linear de que a transparência e segredo são meros opostos num sistema anárquico e que somente o segredo é hábil a proteger os interesses dos Estados.

Dentro dos ideais iluministas, na redescoberta da democracia no período moderno, Kant (2010) inaugurou um paradigma de valorização da transparência, a qual seria transcendental e não apenas um conceito ético pertencente à doutrina da virtude: a transparência seria um valor moral reconhecido pelo Direito e conseqüentemente tutelado pelo Estado. Então, os valores democráticos fornecem certa base intersubjetiva de moralidade na ação do Estado, a qual somente pode ser considerada legítima dentro de limites pré-existentes.

A concepção kantiana de transparência é extrema, abarcando toda ação estatal, de modo que não deveria haver segredos em democracias: “são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens cujas máximas se não harmonizem com a publicidade” (KANT, 2009, p. 43). Ao defender essa tese, o autor visava a racionalização da ação estatal por meio da transparência, já que certas ações não seriam praticadas pelo Estado se a sociedade civil tivesse consciência de que o bem comum seria prejudicado. Então, no paradigma democrático iniciado com Kant, a democracia pressupõe a transparência juridicamente reconhecida de forma absoluta sobre os atos e patrimônio do Estado como requisito essencial para a participação dos cidadãos na vida pública.

Numa concepção realista das Relações Internacionais, as democracias estariam em flagrante desvantagem frente aos Estados que adotassem outras formas de regime político se houvesse uma transparência absoluta das informações que detêm. Isso porque, embora a disponibilização de informação seja importante para o fortalecimento doméstico da democracia e para a estabilidade da própria ordem internacional, na medida em que o controle social proporcionado pela transparência evitaria guerras (KANT, 2009), a disponibilização de informações sensíveis sem reciprocidade enfraqueceria a posição do

Estado no sistema internacional e poderia ameaçar a sua própria existência: haveria um aparente paradoxo nos Estados democráticos entre transparência e sigilo, entre objetivos estatais domésticos e internacionais e também entre democracia e segurança.

Esse paradoxo é teoricamente solucionado ao se admitir a necessidade de cautela: uma democracia não pode simplesmente ignorar a necessidade do segredo ao menos em determinadas situações consideradas legítimas pela coletividade, tais como quando há risco para a segurança do Estado ou da sociedade. O que na realidade ocorre em específico nas democracias é que a regra geral é a transparência e, conseqüentemente, as situações excepcionais de negativa são previamente acordadas com a sociedade, representada por seus legisladores, e o sigilo é limitado temporalmente e, quando alegado, deve ser com base em uma justificativa legal. Nessa esteira de raciocínio, partindo da vertente kantiana, Bobbio (1994)⁴⁷ e diversos outros teóricos aprofundaram a discussão sobre o tema transparência, transpondo essa primeira concepção absoluta e compatibilizando concretamente a democracia liberal com a possibilidade excepcional do segredo que serve de proteção a outros valores jurídicos igualmente fundamentais. A transparência, nesse contexto, é em regra requisito para o exercício de direitos fundamentais, mas o segredo pode ser igualmente necessário para a proteção de outros direitos do mesmo nível, consubstanciando um legítimo interesse público ou individual. Paralelamente, os Estados democráticos necessitam possuir órgãos de inteligência capazes de identificar e proteger informações realmente relevantes cuja divulgação prejudicaria um interesse legítimo do Estado ou da sociedade civil.

A superação teórica do paradoxo entre democracia e segredos não significa que a atividade de inteligência seja isenta de tensão: há conflito entre segredo e transparência e, conseqüentemente, há tensão domesticamente entre interesses sociais e estatais e internacionalmente entre as unidades do sistema internacional que continuam vivendo concretamente o dilema da segurança. De fato, a existência de sistemas de inteligência em democracias apenas transfere as tensões dos normativos para a análise dos casos concretos, o que será abordado de forma pormenorizada nos capítulos em que se analisam as decisões judiciais relativas às políticas públicas de transparência dos EUA e do Brasil.

⁴⁷ De acordo com Bobbio (1994), os ideais liberais e o método democrático foram gradualmente se combinando de forma que os direitos decorrentes da liberdade se tornaram condição necessária para a democracia tal como a conhecemos e, de forma reversa, o desenvolvimento da democracia é o principal instrumento de defesa dos direitos civis e políticos que gravitam entorno da liberdade.

Assim, na perspectiva democrática-liberal, a transparência e segredo coexistem numa dinâmica complementar e não de simples oposição, tal como explica Weber (apud PHILLIPS, 2011, p. 160): “o segredo designa não só o limite irreduzível ao ideal de transparência absoluta, mas como a própria condição de possibilidade para os tipos de conhecimento transformador sem o qual um processo democrático não teria esperança”. Dito de outra forma, o segredo tem o papel fundamental de permitir a aceitação geral da própria transparência e, conseqüentemente, do seu potencial propulsor da sociedade; é a transparência como regra geral associada a situações excepcionais de sigilo que possibilita a existência de regimes democráticos liberais, ou seja, das sociedades brasileira e norte-americana. Sem a existência de limites, dificilmente haveria uma situação de equilíbrio de interesses dentro da sociedade que possibilitasse colher os melhores benefícios da transparência sem prejuízo de outros valores igualmente fundamentais protegidos pelo segredo, tais como a propriedade, a livre concorrência, a intimidade e a vida privada.

Não haveria uma primazia necessária do segredo sobre a transparência dentro da razão dos Estados democráticos, pois, na prática, em determinadas situações a transparência pode ser mais benéfica que o segredo. O segredo como regra geral traria custos desnecessários para a sociedade e para o próprio Estado em face dos teóricos benefícios da transparência, inclusive em termos internacionais, tais como o fomento à cooperação para o funcionamento ideal do sistema internacional e a proteção dos demais valores democráticos quando necessário, tais como a intimidade e a vida privada. Assim, no âmbito doméstico, o acesso à informação se torna não simplesmente um fim em si, mas garantia instrumental essencial para o exercício de outros direitos fundamentais reconhecidos nas democracias-liberais, sendo que a efetividade desses depende do equilíbrio entre a transparência e o segredo. A democracia apenas limitaria a transparência excepcionalmente em prol de outro direito igualmente fundamental ou em favor do bem comum, ainda assim apenas enquanto houver a primazia da necessidade dessa proteção, o que equivale a dizer que o sigilo seria temporário enquanto houver necessidade.

No âmbito internacional, a democracia foi fator decisivo para que o conceito de segurança nacional incorporasse preocupações com o bem-estar e a preservação da sociedade civil, indo muito além da visão restrita de que somente a segurança do Estado interessaria. Ainda dentro desse paradigma democrático, Fluck e McCarthy (2017) defendem que a interação entre as unidades do sistema internacional (as relações internacionais) ocorre através de um processo de comunicação que se define pela

transparência entre os atores internacionais em um contexto de espaço público, no qual a comunicação possibilitaria maior cooperação ao menos entre as democracias-liberais.

Em específico, a informação disponibilizada, isto é, a transparência cumpre o papel de fornecer uma base de intertextualidade a partir da qual o diálogo acontece de forma qualificada, pautando-se em locais comuns para a construção de entendimentos. Num sistema internacional em que há ampliação do auditório e múltiplas interações, dada a pluralidade de atores internacionais, há necessidade de uma boa comunicação, não apenas para justificar as políticas públicas em geral junto aos cidadãos, mas para garantia da legitimidade dos próprios governos com seus pares. Nessa acepção, a transparência se torna mais que um pré-requisito para a comunicação que possibilite a existência de relações internacionais duradouras de cooperação, com um mínimo de reciprocidade e com boa-fé. Pautado nesse conceito de que a transparência é atributo de uma relação ideal entre atores internacionais, convém mencionar que não bastaria a disponibilidade da informação para se caracterizar a transparência, a qual somente é alcançada com qualidade mínima, em especial que permita a interação dialógica. A relação comunicacional exige que o receptor da mensagem atribua sentido a ela, revelando elementos qualitativos do ato intersubjetivo de disponibilização que precisa ser interpretado em um dado contexto. Sem qualidade na comunicação o entendimento da parte receptora da informação é prejudicado e não se poderia considerar uma emissão de dados ininteligíveis como pressupõe a transparência.

A concepção de transparência como diálogo parece ser mais adequada aos Estados democráticos, os quais estão habituados por sua natureza a tentar negociar e a buscar soluções conjuntas. Assim, a informação fluiria melhor entre democracias e a transparência seria característica dos Estados democráticos, não apenas integrando seu discurso, mas definindo o próprio ator. Não é por acaso que são os Estados democráticos que estão conduzindo o processo de abertura de dados, como será detalhado oportunamente nesta tese.

Contudo, advirta-se que analisar a transparência a partir de um conceito dialógico não exige restringi-la a situações de cooperação ou a considerá-la plena, sem quaisquer exceções. A transparência, enquanto diálogo, engloba a disponibilização de informações, mas sem descartar o papel do segredo em situações pré-acordadas e consideradas legítimas no contexto democrático. Portanto, o uso da informação também é recurso de poder até mesmo para as democracias, inclusive no processo de comunicação. Na

perspectiva dialógica, apenas se altera em parte a forma de exercer poder a partir da disponibilização ou da restrição de informações no sistema internacional.

Conforme defende Lafer (2011, p. 15), a diplomacia de Estados democráticos reconhece “um mínimo de sigilo, de *quiet diplomacy*”, sem o qual as negociações internacionais não avançariam face a pluralidade de objetivos nacionais, muitas vezes inclusive contraditórios. Trata-se, conforme já asseverado, de um sigilo funcional pautado na boa-fé na medida em que os diplomatas, independentemente de nacionalidade, já conhecem e admitem como legítimo um certo nível de segredo em situações previamente acordadas, o que não impede que os atores internacionais deixem de ter interesse em obter as informações do outro lado da negociação.

Assim, em Relações Internacionais, seja na forma ativa ou passiva, em situações de cooperação ou conflito, a proteção dos segredos, a disponibilização e a busca de informações são ações relevantes para o atingimento dos objetivos dos atores internacionais, mas, nas democracias, no plano ideal normativo só poderia existir segredo enquanto houver necessidade e o mesmo deveria ser justificado com base nas justificativas consideradas democraticamente legítimas. Além disso, para as democracias, a propagação consciente de informações falsas (*fake news*) não teria legitimidade, pois a atividade de desinformação atingiria negativamente os interesses dos cidadãos, ainda que o objetivo fosse enganar outros atores internacionais.

Contudo, na realidade, nem sempre esse ideal prevalece, já que podem ser opostos sigilos em situações antidemocráticas e muitas vezes a informação propalada no sistema internacional não é verídica, estratégia de ação que se verifica na dinâmica dos discursos nas Relações Internacionais, na medida que em certas situações essas ações são mais eficazes para se atingir os interesses almejados; dessa forma, muitas vezes há difusão no sistema de supostas verdades que, de fato, são somente informações desvirtuadas ou interpretações particulares com algum propósito, o que não equivale dizer que o Estado seja transparente.

Isto posto, não se está aqui pregando ingenuamente uma situação idealizada de transparência; a questão chave é entender que as democracias-liberais são Estados de Direito, no qual o ordenamento jurídico e os tratados internacionais são relevantes e trazem uma concepção de como o mundo deve ser. Ao estabelecer uma norma de transparência, sabe-se de antemão que a mesma será descumprida, até por isso há previsão de sanção; então, já se admite desde já que as normas podem ser descumpridas e que a realidade pode ser muito diferente da idealizada, motivo pelo qual a tese irá analisar

justamente casos concretos para se discutir como as políticas de transparência do Brasil e dos EUA foram implementadas.

De toda forma, entende-se que essa concepção democrática-liberal de transparência é a mais adequada na atualidade para as Relações Internacionais, pois é relacional, compatibiliza disponibilização de informações com a função do segredo nas relações internacionais, não desconsidera a informação enquanto recurso de poder e mantém a sua essência enquanto disponibilização de informações no sistema internacional.

2.2 Sociedade da informação: transparência como exercício de poder

2.2.1 Sociedade da informação

O estado de anarquia do sistema internacional defendido pelo Realismo não é a única acepção existente e também não é uma situação necessariamente imutável, podendo ser transformada ainda que gradativamente.

Considerando esses pontos, há autores, como Hedley Bull (2002), que defendem que valores e normas são intrínsecos ao sistema internacional e importantes para a governança global, de modo que seria possível defender a existência de uma sociedade internacional. Não há dúvidas de que essa sociedade internacional, enquanto uma construção cultural, passou por diversas fases, com profundas transformações ao longa da história. Para Braman (1989, p. 238), na atualidade, a sociedade atual é marcada pela importância da informação, ela é a “força constitutiva da sociedade”, pois molda as percepções dos atores e conseqüentemente o seu próprio contexto. Dessa maneira, em Relações Internacionais, é a informação que dá sentido ao próprio sistema internacional. Se por um lado o controle da informação, enquanto proteção da informação sensível, sempre foi relevante nas Relações Internacionais, a sua disponibilização, entendida aqui como momento integrante da efetivação da transparência, passou a ser vista como exercício de poder apenas nessa nova sociedade.

Há vários fatores que explicam a elevação do tema transparência na agenda internacional e a redefinição do conceito de poder a partir da importância da informação. O primeiro deles é o regime político democrático; os Estados democráticos são certamente mais propensos a disponibilizar informações do que as autocracias. Pela essencialidade da transparência na composição da democracia liberal, o regime político

do Estado em regra é importante para a inserção da transparência na agenda política nacional; em especial a partir da terceira onda, a qual sacramentou a suposta vitória ideológica da democracia liberal, houve a expansão desse regime político e sua colocação enquanto valor universal tornou a transparência uma preocupação global junto com a liberdade de expressão. Embora a transparência dependa sobretudo de vontade política para sua adoção, nos regimes democráticos se garante um mínimo de transparência.

Além do regime político, o desenvolvimento tecnológico também contribuiu para a centralidade do valor transparência nessa etapa de globalização. De acordo com Cepik (2002), “as novas tecnologias de informações e comunicação (TICs) aumentaram enormemente a quantidade e a diversidade de fluxos informacionais e de conhecimentos especializados em qualquer área relevante de política pública”. A revolução tecnológica, em especial dos computadores e da internet, alterou enormemente a forma do ser humano se relacionar, criando novos canais de propagação de informações no sistema internacional. Se por um lado a mídia tradicional especializada ganhou maior alcance e continua mantendo um público fiel, houve a expansão no número de centros produtores e propagadores de informações facilitada pelo barateamento da tecnologia para divulgar informações pela internet. Assim, a revolução tecnológica ampliou o espaço público de discussão para além das fronteiras nacionais graças ao crescente acesso à internet; isso empoderou os cidadãos enquanto atores internacionais que passam a manifestar sua opinião com custos insignificantes, tanto para exigir como para produzir e difundir informações. Nesse cenário, a disponibilidade de informação aumentou e se tornou mais imediata e regular, atingindo um grupo cada vez mais abrangente de atores. A revolução tecnológica, dessa forma, não apenas permitiu maior interação entre as unidades do sistema internacional, mas promoveu atores domésticos a internacionais, criando uma vasta rede de novas relações. Essas redes sociais permitem a manifestação de opinião, diálogo e sinergia entre as unidades do sistema, ou seja, são canais por onde as informações fluem qualificadas na contemporaneidade pelo denominado 5Vs do big data (Volume, Velocidade, Variedade, Veracidade e Valor). As informações (fatos) se alteram constantemente e são comunicados em alta velocidade ao mesmo tempo em que uma infinidade de atores agem para disponibilizar e proteger informações através de múltiplas conexões. Toda ação internacional deve considerar não apenas o contexto momentâneo do sistema, mas os interesses e as eventuais ações e reações dos demais atores face a disponibilização ou não de informações. O próprio processo de globalização, compreendendo as novas tecnologias e as diversas reformas pelas quais os Estados

passaram nas últimas décadas, aumentou a quantidade e os fluxos de informação, acelerou a circulação da mesma, a diversificou e a valorizou ainda mais no sistema internacional. Conseqüentemente, esse ambiente, fortaleceu a transparência.

Ao lado da expansão democrática e da revolução tecnológica, é preciso mencionar ainda a crescente taxa de alfabetização para a centralidade da transparência na atual sociedade internacional. Com educação de qualidade, os cidadãos deixam de ser meros espectadores e passam a ter um pensamento crítico. Com um auditório progressivamente mais qualificado, para além do estudo formal, criam-se expectativas e exigências relativas ao Estado, formando inclusive grupos de interesse transnacional na área de transparência capazes de influenciar na agenda internacional. A própria condução da política externa passa a ser objeto de crítica de uma forma mais ampla pela opinião pública, cada vez mais independente da mídia tradicional.

Logo, a revolução tecnológica, a diminuição do analfabetismo e a ascensão das democracias após a terceira onda engrandeceram nos espaços públicos virtuais e físicos a relevância da transparência, enquanto informação disponibilizada e ocultada.

Nesse novo ambiente internacional, autores como Braman (2006) defendem que a relevância da informação redefiniu o conceito de poder, que passa a ter na informação um de seus elementos constitutivos. A informação para as democracias deixa de ser apenas garantia para exercício doméstico de direitos fundamentais e passa a ser vista, no sistema internacional, enquanto substrato para o exercício de poder, o que será pormenorizado adiante. Novamente repita-se que, numa perspectiva dialógica, a informação disponibilizada por meio de uma política de transparência pode ser considerada uma estratégica para o exercício de poder, tal como a informação negada.

Assim, surgiu a expressão sociedade da informação para denominar a centralidade da informação na atual configuração do sistema internacional e alterando a forma como a transparência é analisada. Nessa nova sociedade, os atores precisam desenvolver capacidade informacional, ou seja, os atores precisam, deliberadamente, explicitamente e consistentemente, controlar a criação, o processamento, o fluxo, a proteção e o uso da informação para exercer o poder (BRAMAN, 2006, p. 1). Embora nas Relações Internacionais a obtenção e proteção de informações sempre ter sido importante, o controle de todo o ciclo de informação numa política de transparência pública passa a ser essencial na atualidade: produção, coleta, análise, proteção e difusão, sendo este o momento em que a informação é efetivamente disponibilizada. Sem dúvidas hoje o funcionamento do sistema internacional já depende fundamentalmente dos fluxos de

informação, sejam esses voluntários ou não. Por tudo isso, discutir transparência em Relações Internacionais tangencia abordar como os atores internacionais produzem, reúnem, protegem, difundem e são afetados pela informação disponibilizada no sistema internacional.

A capacidade informacional é a competência de manejar a informação como instrumento de poder, em outros termos, ela propicia divulgar, proteger e reunir informações voltadas a realização de interesses no sistema internacional. A capacidade informacional depende do vigor da economia, mas sua essência é o investimento em tecnologia e recursos humanos. Assim, embora as já citadas pesquisas da *Global Right to Information Rating* (2020) demonstrem que Estados menos desenvolvidos (PIB / IDH) não são necessariamente menos transparentes, a capacidade informacional vai além da qualidade de ser transparente e depende de uma economia com forte investimento em tecnologia e recursos humanos para controlar todo o ciclo da informação e não apenas uma etapa em específico. Por isso, ter ou não capacidade informacional independente ao menos em parte da opção política pela transparência, sendo essa uma forma de exercer poder no sistema internacional. Mas ter alta capacidade de disponibilização de informações é parte dessa mesma capacidade informacional.

Os Estados e os atores privados detêm capacidade informacional, mas somente os Estados têm certo grau de legitimidade para exercer o controle sobre os fluxos de informação. Essa redefinição do sistema internacional a partir da valorização da informação impôs mudanças no comportamento do Estado, a quem compete planejar e executar uma política pública de acesso à informação, regulando o que será ou não divulgado. Os Estados tentam também focar os esforços de monitoramento nos fluxos de informação mais importantes, dada a existência de limites fáticos e custos operacionais. Com isso e apesar de não existir exclusividade de produção e transmissão de informação, pode-se afirmar que o Estado ainda possui certa credibilidade enquanto fonte que supostamente representa os interesses coletivos, em especial nos regimes democráticos, e consegue minimamente controlar os fluxos de informação, ao menos em coordenação com seus pares.

Contudo, conforme já aventado, a centralidade da informação na atual sociedade propiciou o surgimento de novos atores, o que alterou a distribuição de poder em detrimento dos Estados: o controle por parte do Estado sobre os fluxos de informação diminuiu. Na sociedade da informação, o Estado perde em parte a capacidade de controlar os fluxos de informação, não podendo restringir sua produção ou circulação em regimes

democráticos. Isso ocorre por muitos motivos, em especial: a) a comunicação muitas vezes é feita em dois pontos situados em espaços nacionais diferentes, sujeitos a diferentes Estados que muitas vezes não cooperam entre si; b) o fluxo de informação percorre canais muitas vezes essencialmente privados com tecnologia para garantir a privacidade; c) o volume de informações e a velocidade desses múltiplos canais é crescente; d) a tecnologia, aliada a outras mudanças do sistema internacional, possibilitou a emergência de novos atores internacionais produtores de informação e nas democracias não se pode tolher a liberdade de expressão: “informação é poder, e hoje uma parte muito maior da população mundial tem acesso a esse poder” (NYE, 2004, p. 07); e) os Estados democráticos, de uma forma geral, estão cada vez menos opacos, impelidos a disponibilizar informações; f) a transparência, conforme abordagem pretérita, torna o exercício do poder visível e, conseqüentemente, vincula-se o exercício de poder à legitimidade da ação, inclusive quanto à imposição de sigilos. Não se está afirmando que o Estado deixou de ter a primazia enquanto ator internacional, haja vista o seu monopólio legítimo do uso da força, mas nesse novo ambiente a descentralização dos centros produtores e difusores de informação equivale a descentralização de poder, com a emergência de novos atores internacionais que, nos regimes democráticos, não podem ter sua capacidade informacional suprimida. Nesse sentido, Nye (2002, p. 100) entende que “é muito mais difícil controlar a internet do que foi controlar a tecnologia da segunda revolução da informação”. Com tudo isso, os Estados passam a ser ainda mais questionados em sua suposta soberania, a qual acaba por ser relativizada a ponto de Nye (2002, p. 101) dizer que as redes informais não controladas pelo Estado “destruirão o monopólio da burocracia tradicional”.

Face a esse desafio, o Estado não poderia simplesmente ignorar as transformações na sociedade internacional e aceitar o declínio de seu poder. Se o Estado não entrasse ativamente na sociedade da informação quando de sua formação, certamente perderia ainda mais espaço para os atores privados, os quais já lideravam a pesquisa tecnológica na área de informação e vinham estabelecendo práticas e regras em prol de seus interesses, inclusive condicionando a atuação do Estado em certos aspectos, como o uso da internet. Paralelamente, os Estados também não podiam ignorar a crescente demanda por transparência, mesmo que o comprometimento fosse com uma transparência reduzida, apenas disseminando as informações capazes de sustentar seus próprios interesses.

Assim, liderar e regular o processo de disponibilização da informação certamente seria uma vantagem face a outra alternativa que seria a mera submissão aos ditames da iniciativa privada.

No âmbito internacional, os Estados têm feito esforços para implementar uma transparência que lhes fossem favoráveis, conforme será discutido oportunamente na análise da implementação da lei de acesso à informação no Brasil. Assim, além de incentivar a adoção de leis de acesso à informação, as potências democráticas atuam para minimizar os efeitos derivados da flexibilização dos conceitos de território e soberania, como por exemplo estabelecendo acordos de compartilhamento de informações com outros Estados e com as grandes empresas da área de tecnologia ou mesmo forçando essas empresas a disponibilizarem suas informações em situações legalmente pré-estabelecidas. A liderança das potências para regular os fluxos de informação perpassa pelo interesse econômico das potências. Nesse sentido, Bemfica, Cardoso e Faria (2005), ao aderirem ao termo sociedade da informação para designar a atual configuração do sistema internacional, defendem que essa nova sociedade estaria pautada em valores democráticos, capitalistas e liberais. Bemfica e outros (2005, p. 96) atestam que a sociedade da informação surge em um cenário configurado a partir de uma releitura da tese do liberalismo econômico, em que os interesses de mercado passam a direcionar a atuação dos Estados, determinando o que se entende por interesse público e em tese colocando a democracia em posição secundária aos valores liberais, embora ambos os conjuntos de valores sejam parte integrante dessa sociedade. Não apenas a democracia estaria subjugada aos interesses liberais, mas, de acordo com esses mesmos autores (2005, p. 104), os Estados periféricos estariam submetidos aos interesses dos Estados desenvolvidos:

a assimetria de poder (...) coloca os países periféricos em condições de subordinação ante os interesses dos países centrais (principalmente Estados Unidos da América) no que se refere à implementação da estrutura da sociedade da informação, apesar dos argumentos cada vez mais presentes de inclusão digital, eliminação da brecha digital e da criação de igualdade de oportunidades, dentre outros. – Destaque meu.

Assim, a sociedade da informação não se define somente pela tecnologia, sendo ela, na verdade, uma condição para o funcionamento e desenvolvimento de redes de relacionamento, as quais se vinculam a um conteúdo comunicado e dinâmica e incessantemente reproduzido atrelado principalmente a democracia-liberal.

2.2.2 Das fontes abertas de informação

Reconhece-se que há várias formas dos Estados conseguirem informações no sistema internacional; essas formas de reunião de informações são direcionadas para fontes fechadas ou abertas. Há interesse nesse trabalho em específico quanto as fontes abertas, pois se vinculam diretamente ao movimento de abertura dos Estados democráticos implementado por leis de acesso à informação.

São consideradas fontes abertas a mídia, a academia científica, a observação direta, a internet ou ainda os canais oficiais do Estados. Seriam exemplos de informações públicas originadas do próprio Estado: discursos, entrevistas, decisões ou notas de autoridades políticas (tais como do presidente ou de embaixador), relatórios técnicos produzidos pela burocracia estatal, publicação em periódico científico de pesquisa desenvolvida por órgão público, respostas disponibilizadas por sistemas informatizados do Estado que permitem relação direta com os cidadãos etc. Se a informação é disponibilizada na fonte aberta por iniciativa do próprio Estado, a situação é de fonte ostensiva (transparência ativa) e se a mesma é disponibilizada a partir de uma demanda social, a fonte aberta seria reativa (transparência passiva).

Cepik sintetiza a importância das fontes abertas para a atividade de inteligência da seguinte forma:

De modo geral, osint [*Open Source Intelligence - OSINT*] consiste na obtenção legal de documentos oficiais sem restrições de segurança, da observação direta e não-clandestina dos aspectos políticos, militares e econômicos da vida interna de outros países ou alvos, com monitoramento da mídia (jornais, rádio e televisão), da aquisição legal de livros e revistas especializadas de caráter técnico científico, enfim, de um leque mais ou menos amplo de fontes disponíveis cujo acesso é permitido sem restrições especiais de segurança. **Quanto mais abertos os regimes políticos e menos estritas as medidas de segurança de um alvo para a circulação de informações, maior a quantidade de inteligência potencialmente obtida a partir de programas de osint.** – (CEPIK, (2003, p. 51) - Destaque meu.

Com a disseminação de bases eletrônicas de dados públicos, acessíveis via internet na atualidade, as fontes abertas ganharam notoriedade e importância; a reunião de informações a partir de fontes ostensivas (OSINT) sempre foi importante para qualquer sistema governamental de inteligência, mas há consenso na literatura de que sua importância cresceu recentemente no contexto da chamada “explosão informacional” da última década. (CEPIK, 2002/2003, p. 250). Enfim, a reunião de informações a partir de

fontes ostensivas é tão importante que, nos EUA, foi criado, em 2005, o *Open Source Center* (OSC), órgão que faz parte da estrutura do *Office of the Director of National Intelligence* (DNI), com o objetivo de coletar e produzir inteligência a partir de fontes abertas.

Em princípio, os riscos e os custos envolvidos na reunião de informações de fontes abertas são relativamente baixos em comparação com a busca de informações estratégicas em fontes fechadas. Isso não significa que inexistam barreiras ou dificuldades de se obter informações de fontes abertas ou que inexistam despesas significativas para processamento e análise do resultado da reunião. Ao contrário, como já salientado, o desafio encontra-se principalmente no processamento e na análise, sendo a mera reunião de informações tarefa simples. Ao se valorizar as fontes abertas, desloca-se a dificuldade da reunião de informações para a qualidade e a velocidade da capacidade analítica dos Estados, a qual depende fundamentalmente de recursos humanos dedicados a atividade de inteligência e do uso de tecnologia, custos consideráveis que também existem na busca de informações em fontes fechadas.

Há também certa vantagem na coleta de informações de fontes abertas em termos de confiabilidade da informação, neste último caso quando se monitoram Estados democráticos, pois a regra é que não se prestem informações falsas. Por outro lado, também de acordo com Cepik (2003, p. 51), “quanto mais abertos os regimes políticos e menos estritas as medidas de segurança de um alvo para a circulação de informações, maior a quantidade de inteligência potencialmente obtida a partir de programas de Osint”. Porém, as fontes abertas têm considerável variedade em termos de qualidade da informação. Para Cepik (2003, p. 29), “quanto mais ostensivas (públicas) as fontes de informação, quanto menos conflitivos os temas e situações, menos as análises de inteligência têm a contribuir para o processo de tomada de decisão governamental”. De toda forma, as fontes abertas servem ao menos como um ponto de partida para fornecer um contexto inicial a respeito de um tema ou problema, sendo base para a produção de inteligência ou ao menos diminuindo os riscos para buscas clandestinas de informações na medida em que há ao menos um direcionamento inicial quanto aquilo que deve ser buscado.

Mas há informações de alto valor advindas de fontes abertas, ao menos em três hipóteses: erro dos concorrentes em publicar especificamente informações estratégicas; a potencial correlação de informações básicas que isoladamente não teriam valor e o atingimento do prazo limite de classificação de informações ainda sensível. Não há

dúvidas de que nessas 3 situações há erro em sentido amplo, isto é, uma falha da atividade de inteligência e as informações obtidas nas fontes abertas podem ser decisivas nas Relações Internacionais.

O erro específico de publicar informações estratégicas acontece quando o sistema de contra inteligência adversária prévia a disponibilização nas fontes abertas falha ao não estabelecer o sigilo sobre a informação e não é totalmente ilógico apostar que os adversários vão cometer erros desse tipo, dada a baixa capacidade analítica de certos Estados. Uma segunda situação relevante é que, em fontes abertas, podem-se conseguir informações básicas que, embora individualmente não tenham valor significativo, podem ser correlacionadas com informações de outras fontes, abertas ou fechadas, e gerar ganho efetivo de inteligência sobre os adversários. Nesse caso, é necessário integrar as informações para agregar valor. Novamente, limitações na capacidade efetiva de identificar essas correlações, decorrentes por exemplo da falta de pessoal, podem na prática levar Estados democráticos a negar até mesmo informações básicas. Não é que a informação básica não possa ser disponibilizada, mas isso exige uma atuação prévia rigorosa de contra inteligência na avaliação das informações que podem se correlacionar com as obtidas em outras fontes, com o intuito de se garantir a segurança de informações-chave.

Outra hipótese que pode ser efetiva no monitoramento de fontes abertas em Estados democráticos é apostar na manutenção do valor da informação mesmo após o decurso do prazo máximo legalmente admitido para a proteção da informação. Esse tipo de monitoramento de informações que foram ou ainda são estratégicas é possível graças a classificação da informação, que permite acompanhar o fim do sigilo e a efetiva disponibilização da informação em fontes abertas. Assim, ao invés de explorar todas as informações das fontes abertas, é interessante verificar diariamente quais informações eram sigilosas e se tornaram públicas foram desclassificadas, seja qual for o motivo. Pode haver o término da manutenção legal do sigilo de informações que eram circunstancialmente estratégicas em determinada época e hoje não têm a mesma utilidade de outrora, mas isso não implica a total perda de seu valor, pois esse tipo de informação possibilita avaliar as ações dos atores internacionais em perspectiva histórica, a coerência entre discurso e ações efetivas praticadas no passado, o que pode valorizar ou não a imagem e *status* atuais ou mesmo eventualmente ser base para responsabilizar os adversários por ações passadas. Ademais, saber o que foi praticado no passado auxilia a entender não apenas o presente, mas predizer ainda que parcialmente ações futuras. Ou

ainda é possível a desclassificação por decurso de tempo de informações que ainda são estratégicas, mas que a sua negativa não tem mais aporte legal dentro das regras nacionais e internacionais.

2.2.3 Informação como recurso de poder

Poder constantemente é retratado como a qualidade de um ator, expressão da soma das capacidades que ele detém para realizar seus interesses e ações. Entretanto, a conceituação de poder não pode desprezar o contexto do seu exercício, inclusive as demais unidades do sistema, de modo que não raras vezes a ação poderá ser resistida. Nessa perspectiva, poder é relacional (BRAMAN, 2006), pois seu exercício depende do poder de outras unidades e do contexto no qual se realiza a ação, sendo necessário considerar os interesses e a capacidade de oposição das outras unidades, ainda que indireta, sendo que o contexto da relação pode também influenciar na própria capacidade dos atores. Enfatizando o caráter relacional, Robert Dahl (1957, p. 202) sintetiza o exercício de poder da seguinte forma: “A tem poder sobre B na medida em que ele consegue fazer com que B faça algo que B de outro modo não faria”.

Numa perspectiva mais familiar às Relações Internacionais, conforme explica Nye Jr. (2010, p. 2), poder “é a capacidade de atingir os resultados que se quer”. Atingir os resultados desejados pode exigir até mesmo a capacidade de alterar o próprio sistema internacional, o que inclui estabelecer regras, valores, preferências, controlar a agenda ou determinar diretamente o comportamento de outros atores internacionais em uma situação concreta.

Para atingir os resultados, os recursos que fornecem poder variam em diferentes contextos (NYE, 2010, p. 2). Em específico, ao analisar os recursos de poder, Nye (2008, p. 94) explica que, na era da informação global, haveria três dimensões de análise relativamente a distribuição de poder: a) no topo está a chamada alta política; b) num nível intermediário, prevalecem as questões econômicas, c) no plano inferior, encontram-se as relações transnacionais. De acordo com Nye (2008, p. 94), a alta política diz respeito basicamente a capacidade militar dos atores internacionais, a qual está quase exclusivamente concentrada nas mãos dos Estados, havendo predominância dos EUA. No nível econômico, os Estados competem não apenas entre si, mas com grandes empresas; e, no plano inferior das relações transnacionais, “o poder é caoticamente disperso” e exercido por diversos meios diferentes.

Com base nessas 3 dimensões de análise, Nye (2008) divide o poder em *hard power*, *soft power* e *smart power*, tipologias que serão discutidas mais adiante. De início, diga-se que essa divisão de poder proposta pelo autor é didática, mas é preciso destacar desde já que, na prática, há inter-relação e sobreposição entre *hard*, *soft* e *smart power*. É possível defender que a informação (coletada, produzida, disponibilizada ou ocultada) se vincula e sustenta os *hard*, *soft* e *smart powers*. A informação transita como recurso de poder em qualquer das categorias de poder de Nye (2008), pois pode ser convertida em tecnologia, influência cultural e negocial, capacidade militar etc. "Por exemplo, existem informações que alteram equilíbrio de *hard power* (inteligência, informações militares), já outras informações alteram tão somente percepções, sendo parte do *soft power*. Pode-se entender poder informacional [ainda] como um possível caminho de *smart power*" (ALVIM e KERR PINHEIRO, 2014, p. 47). Por isso, embora não seja um processo direto e automático, há uma sinergia entre informação e poder no sentido amplo, envolvendo e perpassando pela tipologia proposta por Nye (2008).

Nye (2002, p. 88-91) identifica três aspectos da capacidade informacional dos atores internacionais relevantes para o exercício de poder: a) produção e difusão de informações pautadas em sua visão de mundo; b) a coleta de informação concorrencial de importância econômica; c) e a coleta e produção de informação estratégica. A informação concorrencial se atrela em especial ao *soft power*, mas é relevante também para o exercício do *smart power*; a informação estratégica, por sua vez está ligada tradicionalmente ao *hard power*, só que é igualmente importante para o *soft* e *smart powers*. Reunir e produzir informação estratégica é a forma tradicional de se pensar o papel da informação no sistema internacional e se vincula diretamente ao *hard power*, o que já foi discutido anteriormente na abordagem Realista; mas para repensar o papel da informação e conseqüentemente da transparência, é necessário agora correlacionar a conduta ativa e passiva do Estado em divulgar informações, isto é, ser transparente numa relação de comunicação, com as ideias de *soft* e *smart power*.

2.2.3.1 *Soft power*

Para Nye Jr. (2003), *soft power* seria a capacidade do ator internacional de obter o resultado desejado, atraindo ou persuadindo outros atores a adotarem essas mesmas metas. Não se trata de pequena influência, mas da possibilidade de realmente determinar a conduta de outros atores internacionais por meio de um processo de sedução indireta ou

direta. Em outros termos, o *soft power* é a habilidade de alterar as preferências dos atores internacionais sem o uso efetivo da força, razão pela qual se diz que esse processo ocorre de forma suave (ou branda). Assim, os atores sujeitos ao *soft power* voluntariamente seguem a ideologia, as regras, os procedimentos, os valores ou as instituições que favorecem ao ator que exerce esse poder (NYE, 2002, p. 29), embora a conduta nem sempre seja espontânea.

Os recursos de poder dos quais se originam o *soft power* variam e são em regra intangíveis (NYE, 2009); são recursos que estabelecem uma pretensa legitimidade e autoridade moral de um ator (NYE, 2008) enquanto expressão de uma cultura dominante e não apenas resultado de uma argumentação lógica, na medida em que valores e regras compartilhados favorecem o consenso. Conforme explica Bachrach e Baratz (apud Ávila e Kerr Pinheiro, 2014, p. 30):

É claro que o poder é exercido quando A participa da tomada de decisões que afeta B. Mas o poder também é exercido quando A devota suas energias para criar ou reforçar valores sociais e políticos e práticas institucionais que limitam o alcance do processo político para consideração pública de apenas problemas que são relativamente inócuos para A. Na medida em que A consegue fazer isso, B é impedido, para todos os efeitos práticos, de trazer à tona quaisquer problemas que possam, na sua resolução, ser prejudicial para o conjunto de preferências.

Neste ponto, é preciso ressaltar que a informação é um recurso do *soft power*, em especial a informação capaz de embasar discursos, sustentar regras, fomentar ideais e propagar a supremacia de determinados valores. Com base em informações disponibilizadas, o *soft power* molda o aspecto simbólico do sistema internacional, determinando valores, regras, instituições, estratégias, posições etc. A comunicação é capaz de moldar a conduta dos demais atores e poderá produzir os resultados desejados, servindo por exemplo para identificar interesses comuns, estabilizar as expectativas dos atores internacionais e fornecer ponto de partida a construção de entendimentos, aumentando a possibilidade de cooperação. Com a propagação de informação, é possível induzir a conduta dos demais atores, estabelecendo preferências de uma forma sutil e até mesmo imperceptível, o que ao final implica estabelecer quais são os temas da agenda internacional e os interesses a serem atendidos prioritariamente. Estados e indivíduos passam a perceber valor naquilo que é posto no processo de comunicação, seja um regime político, uma opção religiosa ou um bem de consumo ou qualquer outro objeto do

discurso. Isso porque a informação altera a nossa percepção do mundo e condiciona a conduta.

Assim, o *soft power* quando exercido por meio da persuasão pode ser visto como um processo de comunicação, qualificado pela transparência, no qual as informações prestadas influenciam na tomada de decisão dos demais atores internacionais. Para além da manipulação, que também pode ser considerada *soft power*, esse poder é de fato uma sedução pautada em informações verdadeiras e em sua essência depende da aceitação voluntária do discurso pela audiência. Por meio da política pública de transparência, os Estados passam informações às demais unidades do sistema internacional que alteram a percepção que elas têm do próprio ator internacional emissor. No processo de comunicação, há verdadeiro conflito de perspectivas da realidade, sendo espaço para a disputa de poder. Nesse mundo de versões da história contidas em discursos, a informação creditada como autêntica é elemento fundamental. Considerando-se esse controle da informação, inclusive com publicações seletivas decorrentes do sigilo e pautando-se na ideia de *soft power*, vence o ator internacional com a melhor narrativa da realidade (NYE, 2011).

A informação também ajuda a construir e a destruir a reputação dos atores no sistema internacional, já que a opinião pública mundial se forma a partir de informações disponibilizadas. É possível que o próprio Estado seja protagonista na construção de sua identidade; é com transparência que o Estado constrói a sua própria identidade, inclusive enquanto democracia, ou que destrói a de outras unidades. A divulgação estratégica de informações que dizem respeito ao próprio ator internacional é particularmente importante para as Relações Internacionais porque vincula a imagem do ator a certos valores, fomenta *status* e pode até mesmo ajudar a criar vínculos favoráveis com outros atores. Assim, na sociedade da informação não cabe mais a estratégia de negar por completo o acesso a suas próprias informações, mas de operar racionalmente esse recurso de poder, negando acesso àquilo que é necessário e enquanto for necessário, sem se furtar a justificar o sigilo dentro das opções democráticas. Nessa nova dinâmica, os atores competem pela credibilidade de seus discursos e por autoridade moral, não apenas enquanto centros produtores de informação confiável, mas como Estados de reputação: democrática, desenvolvida, cristã, cooperativa, pacífica etc.

Especificamente na área econômica, as informações concorrenciais retro mencionadas por Nye se vinculam ao *soft power* de forma evidente. A informação é relevante na área econômica para, por exemplo, se identificar as vantagens alocacionais,

maximizar a segurança dos investimentos e aplicações, conhecer detalhes dos contratos e licitações estatais, entender a formação de preços no mercado, mapear recursos naturais, favorecer a entrada de empresas nos mercados estrangeiros, a criação de novos negócios e tecnologias, dentre tantas outras situações diretamente vinculadas a economia.

Além disso, a disponibilidade de informação possibilita a valorização de determinados temas de interesse privado na agenda internacional, tais como o comércio exterior. Tem ainda papel essencial dentro do regime capitalista ao ser a base da propriedade intelectual; a existência de patentes é um exemplo mais concreto de como os Estados regulam o fluxo da informação dentro do sistema internacional, a qual não contrasta com a ideia de livre circulação de mercadorias e serviços na medida em que favorece as potências, demonstrando a importância do controle da informação. Regula-se a informação como um bem de valor de propriedade exclusiva.

2.2.3.2 *Smart power*

O poder precisa ser exercido com inteligência, pautando-se na habilidade, liderança e estratégia dos governantes, inclusive combinando recursos de *hard* e *soft power* com eficiência (NYE, 2011). Essa inteligência voltada ao uso eficiente das potencialidades é chamada por Nye (2011) de *smart power*. No sistema internacional, no qual há concorrência entre atores pela sobrevivência, a atividade de inteligência é importante para potencializar os recursos de poder e, conseqüentemente, aumentar o efetivo *hard* e *soft power* do ator internacional. O *smart power* não é menos ou mais importante que o *hard* e *soft power*, são conjuntos de capacidades diferentes que se interagem. Mesmo em sistemas anárquicos em que o uso da força seja comum, nada impede o uso da inteligência em certas situações ou mesmo a combinação dela com a força, situação ideal para maximizar resultados.

É claro que o processo de tomada de decisão depende de informações para que se tenha realmente uma decisão inteligente. Dentro do interesse direto desta tese, o sucesso da estratégia de ação depende de informações dos demais atores internacionais e do contexto no qual estão inseridos. Por outro lado, deve-se proteger as informações estratégicas detidas, para que os demais atores não maximizem resultados pelo uso do *smart power*. Desse modo, o *smart power* depende da disponibilização de informações pelos outros atores internacionais (transparência) ou a busca de informações por ações encobertas. O *smart power* deve orientar as ações de transparência dos Estados, de modo

que a disponibilização de informações seja feita no momento adequado para atingir os interesses perseguidos, os quais são inúmeros: prejudicar a reputação de um concorrente, aumentar a visibilidade sobre um problema para inseri-lo na agenda internacional, convencer a opinião pública da legitimidade de uma ação ou apresentar um modelo de sucesso a ser seguido, indicando como os atores deveriam se comportar. Também não há dúvidas de que a atividade de inteligência realizada com *smart power* será mais eficaz na proteção das informações estratégicas que não podem ser publicizadas.

Isto posto, na atual conjuntura internacional, ter *smart power* depende de controlar o ciclo da informação; isso exige do ator internacional mais do que tecnologia para se apropriar das informações, depende da reflexão para planejar e executar as ações a serem tomadas, isto é, saber identificar as informações necessárias, reunir informações relevantes na imensidão de informações existentes no sistema internacional, triar e organizar a informação possuída, produzir informação estratégica, disponibilizar de forma seletiva as informações de seu interesse, atingir os destinatários corretos, com linguagem acessível, e proteger o que é sensível.

Estar inserido na sociedade da informação vai além de ser transparente, é preciso saber coletar, disponibilizar e negar informação num processo relacional que depende da capacidade informacional.

2.3 Dos efeitos da transparência sobre o sistema internacional

Como vista, a transparência é valorizada na sociedade da informação. Ela traz consigo enorme potencial transformador para o sistema internacional, capaz de alterar significativamente a anarquia na medida em que ela possibilita a construção de estruturas sociais que fortalecem as expectativas dos atores internacionais, gera confiança, inibe o uso da força e propicia maior estabilidade ao sistema internacional.

O mecanismo de ação da transparência é complexo, mas seus efeitos decorrem sinteticamente da visibilidade que é conferida à conduta dos atores internacionais que passam a ser observados. Essa visibilidade altera o sistema na medida em que auxilia para a efetividade das normas e valores internacionais, possibilita a discussão prévia de problemas compartilhados ao se identificarem objetivos e interesses conflitantes, confere legitimidade às decisões coletivas através da abertura à participação de todos, aumenta a possibilidade de cooperação, fortalece as instituições permanentes de diálogo e soluções pacíficas de conflitos etc.

Em especial, mencione-se que a criação de mecanismos de monitoramento de condutas se alicerça na transparência, possibilitando a identificação dos comportamentos inesperados dos atores internacionais e a correlata punição dos infratores. Sem transparência o monitoramento de acordos e tratados internacionais fica totalmente prejudicado e, sem monitoramento, não há responsabilização pelos atos e conseqüentemente não há *accountability*. Sem a possibilidade de punição pelo descumprimento de regras e valores, o sistema internacional se mantém como uma anarquia e a instabilidade das relações internacionais permanece latente, tendendo ao conflito.

A transparência favoreceria também a paz e conseqüentemente as relações comerciais. Para Kant (2010), os Estados democráticos deixariam de promover atos contrários aos interesses sociais caso houvesse transparência; na guerra, o ônus para a sociedade civil é muito grande, para qualquer parte envolvida em um conflito armado. Assim, as democracias buscariam a solução negociada de seus problemas e de suas divergências. No mesmo sentido, Bentham (1843, p. 1004-1005) entende que a possibilidade de uma “paz universal e perpétua” dependeria da transparência típica de regimes democráticos. O aumento comércio e do bem-estar seria garantido por um ambiente de paz, já que entre atores em guerra não existem relações comerciais, apenas danos para todos os lados.

Assim, muito embora não haja consenso doutrinário quanto aos impactos da transparência no sistema internacional, defende-se que a transparência enquanto diálogo (a) traz previsibilidade, mesmo em sistemas complexos; (b) fomenta cooperação; (c) propicia a paz e conseqüentemente estabilidade. Em razão de todos esses benefícios, a adoção da transparência pelos atores seria uma escolha racional numa perspectiva de longo prazo, ainda que haja exceções.

Contudo, conforme citado por Fluck e McCarthy (2017), a grande dificuldade de implementar a transparência nas relações internacionais é romper com a desconfiança inicial e os obstáculos à comunicação entre os atores. A própria opacidade gerada pelos atores internacionais no sistema reafirma a desconfiança mútua e, num ambiente anárquico, reduz as situações nas quais a cooperação seria uma alternativa, inclusive a cooperação para fomentar a transparência no sistema internacional. Enfim, superar a anarquia e os benefícios reais que a opacidade traz a determinados atores internacionais não é simples, mas poderia em tese ser feito gradualmente na medida em que os atores

percebam os benefícios da transparência ao menos em determinadas áreas temáticas, preservando o sigilo como exceção.

2.4 Conclusão parcial

O segredo por si só nunca foi capaz de definir a transparência. Primeiro porque a falta de transparência nem sempre é uma decisão política consciente vinculada ao segredo, o qual exige a intenção de ocultar informações; às vezes a opacidade não é intencional, derivada por exemplo da ineficiência do Estado em identificar e de fato disponibilizar as informações relevantes para a sociedade. Também não haveria em tese uma necessidade ampla do Estado em impor sigilo sobre suas informações. Em especial nas democracias, não se admite o segredo como regra geral, embora ele desempenhe papel relevante enquanto exceção em situações previamente definidas e legitimamente acordadas. Em terceiro lugar, foi justamente a ascensão dos Estados democráticos que demonstrou a insuficiência analítica de reduzir a transparência ao antônimo de segredo. Essa transparência restritiva e residual se divorcia dos importantes valores democráticos atuais do sistema internacional e de interesses das potências democráticas, focando na qualidade conflitiva das Relações Internacionais e minimizando a cooperação que poderia existir entre os atores do sistema, em especial entre os Estados democráticos. Assim, a construção de um conceito de transparência dependente e alicerçado no segredo frustra o amplo acesso à informação exigido nas democracias na medida em que o segredo não pode ser a regra geral e a transparência situação residual.

Mas o segredo continua importante nas Relações Internacionais. Não há dúvidas de que, mesmo em democracias plenas, certas informações não devem ser disponibilizadas imediatamente à sociedade civil, podendo a negativa por exemplo se pautar na alegação de ameaça ou prejuízo à segurança nacional, quando a mesma for essencial para garantia do bem-estar, da manutenção da ordem e da democracia na sociedade. Aqui é preciso destacar que a democracia redefiniu o tradicional conceito de segurança nacional, incorporando a ele a preocupação com o bem-estar e a própria existência da sociedade civil, indo além do interesse de sobrevivência do Estado.

A adoção do valor transparência pelo Estado, sobretudo nas democracias, por meio de leis e tratados internacionais, pode ser vista inicialmente como um movimento não desejado de descentralização do poder dos Estados para a sociedade civil e para os demais atores internacionais. De fato, a divulgação de informações atende a sociedade

civil nas democracias que, de uma forma geral, pressionam seus representantes no governo para que os esforços públicos sejam em determinada direção, inclusive na política externa. Contudo, na medida em que o movimento pela transparência parecia ser inevitável nos regimes democráticos e que a informação disponibilizada também é recurso de poder, os Estados democráticos se propuseram a liderar esse processo de disponibilização de informações no âmbito doméstico e também no sistema internacional. Os Estados passaram a ter uma postura mais ativa no controle da informação e, embora a sociedade da informação tenha em certa medida dado voz a diversos atores internacionais ao empoderá-los, as assimetrias face aos Estados permanecem. Os Estados continuam com exclusividade do uso legítimo do *hard power* e, com isso, procuram controlar os fluxos de informação, estabelecendo a política pública de produção, uso, controle e disponibilização de informação.

Paralelamente, há necessidade de Estados democráticos manterem segredos em situações excepcionais e temporárias, para proteger seus interesses e de seus cidadãos em diversos assuntos, tais como segurança nacional, livre concorrência, sistema bancário, proteção da intimidade dos cidadãos etc.

Muitas vezes a demanda por transparência, enquanto disponibilização efetiva de informações, é aparentemente contraditória com esses interesses que podem em tese ser protegidos pelo segredo; é preciso ter atenção com os legítimos interesses internos e externos que são afetados pela transparência do Estado. Em especial nas democracias, a tensão entre os interesses do Estado e de seus cidadãos recrudescer, já que a transparência precisa ser compatibilizada não apenas com os tradicionais objetivos de sobrevivência do Estado, mas também com os direitos dos cidadãos reconhecidos tipicamente em democracias, além de interesses ilegítimos das elites. A tensão nas democracias entre o dever de ser honestamente transparente e a necessidade do Estado de extraordinariamente impor sigilos transborda para as Relações Internacionais num jogo que é verdadeiramente de dois níveis, doméstico e internacional.

Esse aparente paradoxo referente a disponibilização de informações é superado principalmente por meio da adoção de uma lei de acesso à informação e pela atividade de inteligência, minimizando a tensão entre democracia e a necessidade de um nível pré-acordado e funcional de segredo. Entendeu-se que os regimes democráticos, dessa forma, incorporaram e compatibilizaram o sigilo ao conceito de transparência.

Foram discutidos os benefícios individuais e coletivos da transparência. A transparência tem seus atrativos, principalmente para o fortalecimento da democracia e

enquanto exercício de *soft power*; mas é bem verdade que essa estratégia dos Estados de propagar informações no sistema não é isoladamente o fator decisivo nas relações internacionais, uma vez se tratar de exercício de *soft power*. Por outro lado, há custos envolvidos em assumir uma posição de transparência, principalmente quando se adota o discurso a favor da democracia sem efetivamente ser transparente: não se pode enganar todos a todo momento. Já para os Estados que são realmente democráticos, entrar no jogo da transparência teria menores custos e a informação estratégica, capaz de afetar a alta política e o status quo, raramente é divulgada, normalmente por erro do próprio ator internacional ou falha de segurança da informação; há necessidade de *smart power* para efetivamente proteger essas informações a fim de que não se tornem recurso de poder dos adversários no sistema. A transparência do Estado existe principalmente no nível mais baixo das relações internacionais, embora possam existir falhas ao disponibilizar informações de níveis mais altos por carência de *smart power*. Ainda que as informações divulgadas sejam precipuamente do nível inferior, é preciso inteligência para implementar uma política de transparência benéfica aos seus interesses e os conciliar com os valores democráticos e interesses da sociedade civil. Nesse complexo jogo, saber ser transparente é definitivamente ter *smart power*.

Do ponto de vista das Relações Internacionais e dentro do contexto da sociedade da informação, a essência da transparência é a disponibilização de informações enquanto recurso de poder, uma estratégia vinculada sobretudo ao *smart* e *soft power*. Por ser relacional e vinculada à democracia, a ideia de transparência precisa pode ser entendida de forma dialógica, isto é, um processo de comunicação de duas vias, em que circulam conteúdos a destinatários de forma dinâmica e com expectativa de um mínimo de reciprocidade, embora muitas vezes haja competição de discursos entre os atores internacionais dentro de certas regras, dentre as quais a possibilidade do segredo em situações previamente acordadas e, por consequência, legítimas, tais como a proteção do direito à intimidade e vida privada nos Estados democráticos e a segurança nacional em qualquer situação. O estudo da transparência também exige o entendimento do segredo, mas não porque sejam antônimos e sim porque funcionam juntos na lógica do poder. Na transparência dos Estados democráticos, o segredo é mais do que a simples proteção da informação, ele deve ser compreendido como um mecanismo de extrema relevância integrante da própria transparência ao possibilitar conciliá-la com os interesses estatais e sociais e, por isso, é necessário seu estudo, mas na qualidade de exceção à regra geral da disponibilização de informações. Como consequência disso, entendendo que a regra é a

transparência, uma política pública de transparência não é meramente uma rotina de disponibilizar informações, mas também de justificar aquilo que é negado pelo Estado democrático dentro de um rol exaustivo de situações consideradas legítimas previamente definidas pelo Direito.

A proposta inicial deste capítulo era discutir os conceitos de transparência, sigilo, democracia e poder; posteriormente, realizou-se a análise das interrelações conceituais. Viu-se que a variável independente regime político democrático é capaz, por si só, de garantir um mínimo de transparência, sendo que em democracias mais avançadas seria em tese capaz de justificar uma transparência mais ampla para a garantia de outros interesses da sociedade, indo além dos interesses estatais. Por outro lado, explanou-se que os interesses das elites nacionais são capazes de reduzir a transparência nas democracias ao processo eleitoral, uma vez que o segredo torna inquestionável a utilização dos recursos públicos. Tanto internamente quanto externamente, foi visto que a transparência, enquanto disponibilização ou não de informações, é recurso de poder, neste caso pautada em acordos prévios e legítimos dentro das expectativas democráticas. Constatou-se que há uma ligação direta entre a variável independente posição de poder no sistema internacional e a transparência do Estado. Da mesma forma que não se pode desconsiderar os interesses das elites nacionais, os interesses estatais podem justificar o sigilo para a garantia da sobrevivência do Estado e da sociedade ou determinar a disseminação de informações para a construção de uma determinada visão de mundo. A apresentação desse contexto em que a informação se tornou ainda mais relevante na atualidade e o redimensionamento do sigilo, permitiram concluir que a transparência é recurso de poder, inclusive para os Estados democráticos, aferível na disponibilização ou negativa de acesso à informação. Essas conclusões parciais são relevantes para a avaliação, posteriormente, das políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA, as quais se consolidam por meio de leis de acesso à informação e se efetivam ou não pelas informações concedidas e negadas.

3 DO SUB-REGIME INTERNACIONAL DA TRANSPARÊNCIA

A ideia de que o sistema internacional atual seria uma sociedade centrada no papel da informação é compatível com a ideia de regime internacional, o qual seria um conjunto de valores e normas, sejam princípios ou regras, implícitas ou explícitas, jurídicas ou não, que estabelecem expectativas de conduta para os atores internacionais e influenciam na tomada de decisão individual e coletiva em temas específicos das Relações Internacionais (KRASNER, 1982, p. 186).

Haveria numa sociedade internacional diversos regimes, inclusive com graus de maturidade diferentes, identificáveis sobretudo pela temática regulada a qual se confere governança⁴⁸; assim, por exemplo, pode-se falar em regimes de meio ambiente, de direito humanos, da propriedade intelectual, de comércio exterior, democrático⁴⁹ etc. Num primeiro momento, é importante observar que, em qualquer regime, a transparência possui papel relevante, pois é um valor acessório que confere visibilidade às ações e legitimidade as decisões, possibilitando o monitoramento das condutas dos atores internacionais e promovendo mais governança na área temática de cada regime internacional do qual esse valor se agrega. De fato, “promover transparência – fomentar a aquisição, análise e disseminação de informação regular, imediata, acurada e relevante sobre regimes – é frequentemente uma das mais importantes funções que os regimes realizam” (MITCHELL, 1998, p. 109).

Mas, para além do caráter acessório da transparência nos mais diversos regimes internacionais, existe um conjunto de normas cujo papel é especificamente regular a transparência do Estado, inclusive promovendo-a no sistema internacional. Considerando que a história da transparência se vincula diretamente a da democracia e que o conjunto de regras de transparência também compõe o regime democrático, uma vez que a democracia pressupõe a transparência enquanto valor (KANT, 2009), pode-se analiticamente considerar que a transparência é uma subdivisão do regime internacional democrático, daí o emprego do termo sub-regime⁵⁰. Todas as normas desse sub-regime

⁴⁸ Carvalho (2005) defende a autonomia e a relevância dos regimes internacionais.

⁴⁹ Diversos autores apontam a existência de um regime de democracia, dentre eles Camargo (2013).

⁵⁰ Diversos autores se utilizam do termo sub-regime, tais como Mónica Salomón e Jonathan R. V. da Rosa. In: <https://www.cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/949/720>. Acesso em 21/10/2022.

derivam do regime democrático do qual o valor transparência faz parte, embora as normas desse sub-regime sejam circunscritas a regular a transparência.

Para se avaliar e comparar as tensões entre transparência e segredo, objetivos domésticos e externos vinculados a disponibilização de informações, democracia e segurança nacional em Estados democráticos, é indispensável apresentar o sub-regime de transparência, simbolizada por normas que oferecem governança e que servem de critério para avaliar a conduta dos atores internacionais. Assim, o objetivo deste capítulo é apresentar o sub-regime internacional da transparência, sua formação a partir de atos isolados nacionais e seu desenvolvimento nos últimos anos a partir de uma ação catalizadora dos EUA, a qual pode concretamente ser demonstrada pela criação da LAI no Brasil e pela criação da OGP.

Nesse sentido, serão apresentadas as primeiras leis de acesso à informação, importantes esforços genuinamente nacionais a favor da transparência e experiências que influenciaram e embasaram a construção das normas internacionais, e posteriormente se discutirá a criação da OGP e as recomendações da OEA. Essas referências serão particularmente importantes para a posterior avaliação minuciosa das políticas de transparência do Brasil e dos EUA, ocasião em que serão apresentadas as respectivas leis de acesso à informação que concretizam as diretrizes gerais do sub-regime da transparência no âmbito nacional.

3.1 Das principais referências normativas

Impende destacar que regimes internacionais são formados por diversos tipos de normas, as quais contém valores que são tutelados mediante a exigência de condutas comissivas ou omissivas. As causas da formação das normas que compõem os regimes internacionais são variadas, da mesma forma que o grau de maturidade dos regimes é variável.

Do conjunto de normas que compõem os regimes internacionais, destacam-se as normas jurídicas, que simbolizam os acordos políticos formalmente estabelecidos e são importantes para a constituição de um regime internacional. A existência de normas jurídicas em tese seria um indicativo importante da maturidade de um regime internacional, já que são normas expressas, minimamente cogentes, escritas e legítimas ao menos entre os atores que as aprovaram. As normas jurídicas, via de regra, ingressam no regime internacional a partir da celebração de tratados e convenções internacionais, os

quais podem ser a base de constituição do próprio regime internacional na medida em que são internalizados e cumpridos pelos atores internacionais.

Contudo, nem sempre um regime internacional começa com a celebração de tratados e convenções internacionais, os quais podem surgir apenas quando o regime já atinge certa maturidade. Há regimes em que o comportamento dos atores internacionais é pré-existente à norma jurídica internacional, sendo a conduta, nesse caso, regulada por normas implícitas, isto é, normas que não são necessariamente expressas ou formais. Ou seja, da mesma forma que a norma molda o comportamento, a generalização deste pode ser a causa de origem da própria norma ou de sua alteração.

No caso da transparência pública, as primeiras normas são nacionais, surgiram no âmbito estritamente interno dos Estados e primordialmente em razão de fatores domésticos, podendo ser por iniciativa das elites ou das camadas sociais mais baixas. Além disso, as regras específicas de transparência foram e ainda são, prioritariamente, estabelecidas de forma soberana por cada país por meio de leis nacionais; então, as primeiras regras do sub-regime de transparência foram construídas a partir da experiência dos Estados no âmbito doméstico, as quais foram, gradativamente, generalizadas para a coletividade dos atores internacionais, que a internalizam principalmente por meio de leis de acesso à informação e, conseqüentemente, se transformaram em normas realmente internacionais.

Assim, é evidente que o processo de consolidação da transparência pelo mundo tem 2 níveis de análise, o doméstico e o internacional, ambos conectados e interagindo continuamente. De fato, o espalhamento da transparência no sistema internacional foi um processo lento e complexo, que se iniciou pela busca concreta da transparência de forma isolada no âmbito doméstico. Quanto aos fatores externos, não que sejam inexistentes nas primeiras experiências nacionais de transparência, todavia não foram determinantes nesse momento. Somente em um segundo momento a influência de fatores externos passaram a ser relevantes para a adoção da transparência dos Estados. O primeiro desses fatores externos digno de nota foi a importância alcançada pelos modelos sueco e norte-americano, o primeiro por seu pioneirismo e o segundo por seu papel de superpotência no sistema internacional quando da aprovação da FOIA. Além disso, apenas quando os EUA assumiram uma postura ativa no sistema internacional de incentivar a democracia (e com ela se favorecia a transparência), em especial nos governos de Bill Clinton e Obama, os fatores externos tiveram um peso maior, com o reconhecimento de normas coletivas em tratados internacionais e, mais recentemente, com a criação da OGP.

Assim, apesar de existirem diferenças importantes nas legislações nacionais⁵¹, a influência principalmente dos modelos sueco e norte-americano consolidou o entendimento de que há normas básicas de transparência cujo cumprimento é considerado necessário para as democracias e são essas que serão apresentadas neste capítulo. São normas compartilhadas pelos Estados a despeito da existência de regras nacionais específicas. Nesse sentido, as normas compartilhadas fariam parte do sub-regime da transparência.

Estudar os principais modelos de lei de acesso à informação, além de conferir um posicionamento histórico, fornecerá a compreensão dessas regras básicas de transparência nos Estados democráticos, motivo pelo qual a análise se inicia no âmbito doméstico. Por outro lado, o fenômeno da transparência pode depender de fatores externos, os quais serão estudados com o objetivo de apresentar o sub-regime da transparência.

3.1.1 No âmbito nacional

A decisão de abrir um governo é, sem dúvidas, política e se consubstancia internamente em uma lei de acesso à informação, a qual deve formalizar o acordo político de como será tratada a transparência e as situações de sigilo. A bem da verdade, muitas vezes as leis de acesso à informação são precedidas por uma norma constitucional, mas que por si só raramente são executáveis sem a regulamentação no nível legal. Assim, cabe a lei de acesso à informação estabelecer os princípios gerais de acesso, as hipóteses de negativa, procedimentos, prazos, instâncias recursais, autoridades de monitoramento, limitação de competência para classificar a informação como sigilosa, canais de reclamação etc.

Desde já, cabe mencionar que a promulgação de uma lei de acesso à informação, embora seja uma decisão política importante, igualmente não é causa suficiente para a garantia da transparência do Estado para além de um mínimo. Isso porque a lei pode ser simplesmente ineficaz e ineficiente; são medidas concretas para seu cumprimento que tornam a transparência uma realidade. A real eficácia e a efetividade da transparência são muito complexas e dependem de diversos fatores diferentes, inclusive culturais (ACKERMAN e SANDOVAL-BALLESTEROS, 2006, p. 105).

⁵¹ Entre os Estados, o marco jurídico do acesso à informação está em “estágio de desenvolvimento ainda muito heterogêneo e marcado por importantes diferenças quanto aos níveis de eficácia” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 14).

3.1.1.1 A experiência sueca, colombiana e finlandesa

O primeiro conjunto normativo que pode ser considerado equivalente a uma lei de acesso à informação foi promulgado pela Suécia em 1766, sob a denominação de Ordenança Real sobre Liberdade de Imprensa⁵² (também conhecida como *Swedish Freedom of the Press Act*). Essa lei, ainda em sua redação original⁵³, previa primeiramente a liberdade de expressão e, nessa sistemática, o acesso à informação era regulado e tratado como uma garantia para essa liberdade de opinião, embora modernamente seja considerado um direito autônomo. Além disso, a redação original da lei já considerava a transparência como regra geral e o sigilo com exceção, reconhecia a desnecessidade de justificar um pedido de acesso à informação, impunha a necessidade de justificar as negativas de acesso à informação, previa o sigilo para as negociações internacionais em curso e a publicidade plena dos tratados internacionais após sacramentados, prescrevia o dever de disponibilizar imediatamente a informação demandada, estabelecia a gratuidade do acesso, reconhecia o acesso à informação independentemente do suporte ou da modalidade de registro das informações (ofício, decisão, ata, tratado etc).

Esse normativo tem, hoje, hierarquia constitucional, dada a importância da transparência para os suecos⁵⁴. Com uma revisão importante em 1949, essa lei evoluiu ao longo dos anos buscando ainda mais a transparência da informação estatal; atualmente, ainda vigente, continua prevendo a liberdade de expressão dos suecos, inclusive da imprensa, e estabelece a impossibilidade de censura prévia de opinião, sendo admissível a punição do exercício da liberdade de expressão somente em casos excepcionais de abuso previstos em lei e após a manifestação de pensamento. Essa lei estabeleceu ao longo dos anos regras de suma importância que são fundantes do sub-regime de transparência, tais como a excepcionalidade do sigilo, a necessidade de motivação para a negativa de acesso à informação, a ideia de que o direito de acesso compreende também o de obter uma cópia

⁵² Disponível em <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf>. Acesso em 19/05/2021.

⁵³ Versão original da lei em inglês. In: https://www.chydenius.net/tiedostot/worlds_first_foia.pdf. Acesso em 12/10/2022.

⁵⁴ Interessante citar que, de acordo com Ackerman e Sandoval-Ballesteros (2006, p. 88), a lei sueca teve inspiração nos preceitos do confucionismo.

do registro que contém a informação, um primeiro conceito de documento preparatório⁵⁵, a classificação da informação por ato administrativo do Poder Executivo (portaria), a proibição de se exigir motivação nos pedidos de acesso à informação, a celeridade na prestação da informação (que deve ser concedida imediatamente ou o mais brevemente possível), o recurso à instância administrativa e também ao Poder Judiciário, sanções para o descumprimento da lei, previsão de regras básicas para armazenamento e destruição de informações, a possibilidade de negativa de acesso a documentos preparatórios, daqueles que causam risco à segurança nacional e ainda de informações pessoais, dentre outras normas. Além do caráter pioneiro, chama a atenção, repita-se, o fato dessa lei estar vigente até hoje, servindo de grande inspiração mundial e simbolizando a força da cultura democrática dos suecos.

A Colômbia foi o segundo país a reconhecer o direito de acesso à informação estatal, conforme Código de Organização Política e Municipal de 1888⁵⁶. O Estado colombiano fez algumas importantes inovações⁵⁷, em especial garantir a publicidade das reuniões do Poder Legislativo, o dever do Estado de publicar ativamente os documentos relevantes à sociedade e a possibilidade de demandar pedidos de interesse exclusivamente particular, embora não tenha incorporado em sua redação original todos os princípios e as regras da lei sueca. Já na versão de 1985⁵⁸, a lei de acesso à informação estabeleceu que as exceções a transparência deveriam estar previstas em lei ou na Constituição, previu uma lista mínima das informações que obrigatoriamente deveriam ser publicadas ativamente no diário oficial, reconheceu a segurança nacional como uma exceção à transparência, fixou o prazo de 10 dias para a disponibilização da informação ou apresentação de negativa justificada, firmou o limite de 30 anos para divulgação da informação sigilosa, prescreveu a necessidade de recolhimento de taxas exclusivamente para a reprodução da informação, possibilitou a disponibilização parcial do documento caso apenas uma parte dele seja sigiloso, previu o compartilhamento de informações

⁵⁵ Documento que serve de base para a tomada de decisão.

⁵⁶ Lei n. 149 de 03 de dezembro de 1888. Disponível em <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824621>. Acesso em 19/05/2021.

⁵⁷ Cabe aqui uma observação: a RTI considera que a primeira lei de acesso à informação na Colômbia foi em 1985; não há razão aparente para se negar a iniciativa colombiana de 1888. Isso acaba por passar uma visão de que apenas as experiências da Europa e dos EUA seriam significativas, o que não é verdade.

⁵⁸ Lei n. 57 de 5 de julho de 1985. In: <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=276>. Acesso em 12/10/2022.

dentro da administração pública nacional, criou uma instância administrativa independente revisora, estabeleceu uma preferência de processamento de pedidos oriundos de jornalistas, previu a punição do funcionário público que descumprir as determinações legais, determinou a criação de um serviço de informações para atuar especificamente no Departamento Nacional de Estatística, estabeleceu sua aplicação a todos os órgãos e poderes do Estado.

A terceira lei de acesso à informação mundialmente reconhecida foi publicada na Finlândia: a Lei n. 83 em 1951 (*Act on Publicity of Official Documents*)⁵⁹. Essa lei de acesso à informação sofreu grande influência sueca, até porque a Finlândia foi um território sueco por muitos anos conseguindo sua independência apenas em 1919. Por isso, a Finlândia seguiu firme na consolidação das normas básicas de acesso à informação lançadas pela Suécia e pela Colômbia, demonstrando um processo natural de expansão e valorização da transparência entre as democracias amparado no reconhecimento das regras básicas anteriormente citadas. Assim, o texto original da lei finlandesa manteve os avanços sueco e colombiano, em especial o princípio da máxima transparência (sigilo como exceção necessariamente justificado e pedido de informação desmotivado), o acesso imediato às informações, a transparência ativa, a negativa por documento preparatório para algumas situações, a publicidade ampliada das reuniões deliberativas e a possibilidade do atendimento de pedidos pautados no interesse pessoal; ademais, consagrou a previsão de prazo limite de 50 anos para o sigilo, o fornecimento da parte pública de um documento com informações sigilosas, previsão de recurso administrativo no caso de negativa de acesso, estabeleceu o sigilo classificado em razão da segurança do Estado, delegação da classificação, dentre outras menos relevantes. Essa lei sofreu importantes emendas em 1999 e 2002⁶⁰, tendo sido substituída em 2019⁶¹.

3.1.1.2 A experiência norte-americana

Nos EUA, foi promulgada em 1966 o *Freedom Of Information Act* (FOIA). Com *status* de lei federal, foi o quarto marco legal no mundo a tratar de transparência no âmbito

⁵⁹ In: <https://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/1951/19510083> . Acesso em 12/10/2022.

⁶⁰ In: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990621.pdf> . Acesso em 12/10/2022.

⁶¹ In: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2019/en20190906.pdf> . Acesso em 12/10/2022.

nacional, apenas posterior às experiências retro narradas da Suécia, da Colômbia e da Finlândia. Por seu papel de superpotência no sistema internacional durante a guerra fria e atualmente em razão da liderança dentro do grupo de Estados democráticos, e considerando ainda o entendimento de que a realização dos interesses norte-americanos era significativamente favorecida pelo espriamento de seus valores⁶², os EUA tornaram a FOIA a principal referência para criação de leis de acesso à informação no mundo (BANISAR, 2002, p. 5), conforme será apresentado a seguir.

Desde as suas origens, principalmente em razão de ser uma república presidencialista, o Estado norte americano é muito centrado no Poder Executivo federal. Em períodos de guerra envolvendo os EUA, os quais ocorrem com certa frequência, essa primazia do Executivo federal sobre os demais entes e poderes da federação fica ainda mais evidente, exigindo mecanismos de controle sobre o governo para evitar abusos no exercício de poder.

Considerando essa necessidade de controle e a garantia do sistema de freios e contrapesos das repúblicas democráticas, a aprovação da FOIA em 1966 precisa ser entendida como resultado de um movimento articulado pelo Congresso norte-americano para buscar controlar o Poder Executivo federal ao final da segunda guerra mundial. O debate sobre transparência no âmbito dos EUA, portanto, remonta a 1945, sendo a FOIA o ponto jurídico de chegada de um movimento político precipuamente doméstico, ainda que existam fatores internacionais relevantes.

O primeiro movimento do Congresso Nacional para impor limites ao Poder Executivo federal veio com o *Administrative Procedure Act* (APA), de 11 de junho de 1946. O APA inovou na transparência estadunidense em muitos aspectos, estabeleceu um procedimento simples para que o cidadão solicitasse acesso à informação, impôs ao Estado o dever de apresentar uma justificativa para a negativa de acesso à informação, garantiu que as agências executivas se sujeitavam ao controle do Poder Judiciário (e o consequente direito de recorrer das decisões das agências aos tribunais) e também fixou um primeiro rol de informações básicas cujo acesso era necessariamente devido, em especial aquelas relativas a organização, as funções e as decisões das agências com efeitos sobre terceiros.

⁶² Castro Santos (2010a) menciona que as autoridades públicas norte-americanas mais elevadas frequentemente entendem que: “A promoção da democracia faz o mundo mais seguro e mais próspero para os Estados Unidos. Aqui democracia é ligada à segurança e aos interesses americanos”.

Contudo, o APA possuía regras, naquela época, favoráveis ao segredo; o APA considerava que a regra geral era o sigilo das operações engendradas pelo Poder Executivo, exigia que o cidadão apresentasse sua necessidade de conhecer a informação e não possuía mecanismos punitivos objetivos nem prazos expressos para a disponibilização das informações requeridas. Ademais, junto com o APA, vigoravam leis que reforçavam o sigilo de diversas formas, tais como o *Espionage Act* de 1917, que estabelece punições duras para aqueles que quebrassem o sigilo do Estado nas situações de segurança nacional e o *Atomic Energy Act* de 1946, que restringiu sem termo final a circulação de informações relativas ao uso da energia nuclear, inclusive de armas nucleares, ambas vigentes até hoje e sem prazos pré-estabelecidos para o término da restrição de acesso. Por tudo isso, o APA se revelou uma medida insuficiente para se garantir o acesso à informação, seja pelo próprio Congresso Nacional ou pela sociedade em geral, minando a expectativa de controle sobre o Poder Executivo federal.

A insuficiência do APA se tornou patente quando o Poder Executivo federal, sob a presidência de Eisenhower, aprovou a Ordem Executiva n. 10.450 de 1953, a qual possibilitou a demissão de diversos servidores públicos sob o pretexto de serem comunistas, mas sem apresentar qualquer prova ou justificativa individualizada para as demissões. Na ocasião, o Poder Legislativo federal exigiu do Presidente o acesso a motivação dos atos demissionários, mas o pedido foi negado porque o Presidente considerou a informação sigilosa. Logo após a repercussão desse incidente na mídia, conforme Blanton (apud ACKERMAN e SANDOVAL-BALLESTEROS, 2006, p. 118), as discussões sobre a necessidade de uma lei de acesso à informação se iniciaram no Congresso.

Havia necessidade de uma lei de acesso à informação mais favorável aos cidadãos, nos moldes da lei sueca já existente à época. De acordo com Yun e Robinson (2012), em 1955, o Congresso norte-americano criou o Subcomitê Especial de Informações que foi responsável por discutir o tema, inclusive avaliando a lei de acesso à informação sueca, e por produzir um projeto de lei que posteriormente se tornaria a FOIA. Os norte-americanos optaram por usar a referência do modelo sueco, não obstante tenham realizado diversas adaptações para a centralidade que os EUA desempenhavam no sistema internacional, com evidente preocupação com a informação que poderia causar risco a segurança nacional na dinâmica da Guerra Fria, conforme será visto adiante.

A proposta da FOIA, dando visibilidade ao exercício do poder, não era uma vantagem imediata para a elite política ou econômica⁶³, mas a medida do Congresso Nacional de estabelecer o controle do Poder Executivo federal contava com o apoio da sociedade civil e poderia ser importante a médio prazo para legitimar a democracia-liberal como melhor alternativa política e econômica em relação ao comunismo, naquela ocasião uma ameaça real. Quanto a este último ponto, convém mencionar que, durante a Guerra Fria, houve uma disputa ideológica de qual seria a melhor proposta de sociedade e em certos aspectos a aprovação da FOIA fez parte da estratégia norte-americana de fortalecer sua liderança sobre o denominado mundo livre, sua zona de influência, de modo que desde sua origem já havia a intenção de usar a transparência como propaganda e disseminá-la ao menos dentro do bloco de influência norte-americano. Assim, embora a principal variável para criação da FOIA nos EUA fosse precipuamente doméstica, decorrente da necessidade de fortalecimento da democracia, houve a presença de fatores externos igualmente relevantes no caso, em que a posição de poder dos EUA serviu de incentivo igualmente para o fortalecimento da transparência estatal.

A aprovação da FOIA em 1966, contudo, gerou frustração, pois seu texto original era aplicável somente ao Poder Executivo federal, não previa um prazo de resposta e não possuía mecanismos de responsabilização. Somente na década de 1970, após a Guerra do Vietnam e o escândalo que ficou conhecido como o caso *WaterGate*, houve um amplo apoio popular a legitimar que o Poder Legislativo obrigasse o Poder Executivo federal a seguir novas regras definidoras de prazos e sanções, dentre outras tais como a não exigência de apresentação de motivação para o acesso à informação e recursos administrativos. Essas alterações na FOIA foram vetadas pelo Presidente Ford, por entender que as modificações iriam ferir a segurança dos EUA, preocupação decorrente de sua posição de poder, mas o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional. Desde então, as regras de transparência passaram a ser mais eficazes, eficientes e efetivas. Paulatinamente, conforme observam Cunha e Xavier (2014), a aprovação da FOIA e suas modificações, ainda que seu âmbito de aplicação seja restrito até hoje ao Poder Executivo federal, serviu para difundir a transparência domesticamente enquanto valor essencial à

⁶³ Aparentemente os custos da elite para incentivar a adoção de uma lei de acesso à informação em outros países democráticos são muito menores que os custos em implementar nacionalmente uma lei de acesso à informação. No Brasil, fatores internacionais, que serão posteriormente discutidos, catalisaram a adoção da LAI no Brasileiro.

democracia estadunidense, na medida em que todos os estados membros da federação aprovaram o direito de acesso à informação por meio de legislação local.

Embora a FOIA tenha certa estabilidade desde 1966, sofrendo poucas alterações ao longo da sua vigência, as leis que a complementavam e as ordens executivas que a regulamentaram foram bem variadas. Assim, em complemento a FOIA e com os EUA envolvidos na Guerra do Vietnã, o Congresso aprovou o *Privacy Act* de 1974 que visou especificamente proteger as informações pessoais sensíveis e garantir o acesso à informação privada armazenada em sistemas de arquivos públicos para os seus legítimos titulares; a lei acabou por diminuir as barreiras para pedidos de acesso à informação pessoal relativas ao próprio demandante e ainda estabeleceu o tratamento das informações pessoais, desde a sua coleta, passando pelo armazenamento e utilização, até sua destruição pelo governo. O Estado manteve o direito de acesso às informações pessoais sensíveis para aplicação da lei sempre que necessário. Terceiros passaram em regra a poder acessar as informações apenas quando o titular da informação autorizar expressamente, se houver supremacia do interesse público (normalmente reconhecida em juízo), forem agregadas ao ponto de não haver identificação do titular dos dados, na hipótese delas serem consideradas de valor histórico ou ainda pelo decurso de prazo. Nesta última situação, é possível acessar a informação após a morte do titular e se não houver oposição legítima da família.

De uma forma, geral, no período da Guerra Fria, esse conjunto legal e as Ordens Executivas que regulamentavam a FOIA tinham uma postura conservadora em relação a legislação de outros Estados democráticos; em especial, mencione-se que as informações cuja publicidade poderiam colocar em risco a segurança nacional sequer tinham prazo para serem disponibilizadas e as motivações para negativa de acesso não precisavam de maior detalhamento; mesmo assim, pode-se dizer que no período bipolar não houve uma expansão significativa da transparência, ainda que possam ser apontados momentos pontuais de avanço, de modo que paradigma instaurado pela FOIA em 1966 se manteve praticamente inalterado.

Já com o fim da Guerra Fria e a suposta vitória da democracia-liberal, houve uma percepção inicial de que os EUA seriam os atores hegemônicos e as ameaças seriam restritas e gerenciáveis. Esse sentimento de que os EUA estariam seguros após o fim da ameaça comunista propiciou um movimento de maior abertura do Estado durante o governo de Bill Clinton, resultando na criação da “Comissão para a Proteção e a Redução do Segredo Governamental”, que em 1994 produziu um relatório expressando

preocupação com o alto número de documentos sigilosos acumulados e produzidos pelo governo. Em sintonia com o Congresso Nacional, o Poder Executivo federal optou por expandir a transparência sem alteração direta na FOIA; por meio da Ordem Executiva n. 12.958, de 1995, conforme menciona Blanton (2003, p. 52), o presidente Bill Clinton “reverteu a tendência de expansão do sigilo”, exigindo justificativa pormenorizada e específica para cada sigilo decorrente de ameaça à segurança nacional e ainda instituiu a desclassificação automática da informação, embora se pudesse realizar sucessivas prorrogações desde que justificadas. Essa alteração foi muito importante, pois antes da Ordem Executiva n. 12.958/1995 não havia data limite para a desclassificação de informações. Ademais, Clinton aprovou em 1996 a emenda denominada Lei de Liberdade de Informação Eletrônica, estabelecendo o dever do Estado de divulgar ampla e ativamente na internet informações de interesse da sociedade.

A combinação do cenário doméstico nos EUA com a vitória da democracia-liberal na guerra fria e a crescente terceira onda democrática fortaleceram o movimento internacional pela transparência e o aumento do número de leis de acesso à informação pelo mundo⁶⁴.

Essa fase de expansão mais célere da transparência nos EUA sobre temas de segurança nacional não durou muito. No governo George W. Bush, os atentados de 11 de setembro de 2001 alteraram a percepção de que os EUA estavam seguros, demonstrando a ascensão de novas ameaças, em especial o terrorismo. As vulnerabilidades dos sistemas de inteligência norte-americano ficaram evidentes nesses atentados e, por isso, iniciou-se um movimento doméstico no sentido contrário à transparência, com aumento do número de informações classificadas e maiores dificuldades práticas e jurídicas para se acessar documentos do Estado, notadamente decorrente do *Patriot Act*:

Following the horrific events of September 11, authorities in the United States on the national and state level have been US has been extensively cracking down on access to information using security as a justification. This has included an Executive Order that discouraged discretionary releases, the removing of information from agency web sites and ordering the destroying of CD-ROMs and the closing of court hearings. Information on the use of the Patriot Act have been kept secret, even from the Congressional committees that are empowered to oversee its use. (BANISAR, 2002, p. 9). - Sic

⁶⁴ Basinar (2002) aponta que os países do centro e leste europeu, ao se democratizarem, adotaram leis de acesso à informação.

Então, o governo Bush foi marcado por retrocessos na transparência justificados principalmente pelo risco à segurança nacional; uma exceção ocorreu em 2007 quando Bush anuiu com maior nível de transparência especificamente no processo eleitoral ao aprovar o “*Honest Leadership and Open Government Act*”⁶⁵, lei federal que modificou a atividade de *lobby* nos EUA e deu maior publicidade às doações de campanhas políticas. Obviamente, a expansão da transparência nesta área temática só foi possível porque o governo entendeu que não haveria risco à segurança nacional.

Do ponto de vista da política externa, com os atentados de 11 de setembro, os EUA percebem que o “sistema internacional é uma composição de vários segmentos interligados, de tal forma que para sua própria segurança e bem-estar dependem um do outro” (CASTRO SANTOS, 2004, p. 6). Assim, embora domesticamente houvesse um movimento a favor do sigilo, a política externa de George W. Bush entendia ser essencial a exportação da democracia pelo uso da força para a segurança do próprio EUA e o bem-estar de todos os povos, o que será discutido no item a seguir. Dito de outra forma, embora os EUA tenham limitado o acesso à informação pública internamente, continuou promovendo a democracia, mormente pelo uso da força no Oriente Médio, e, junto com o regime político se vinculava o ideal da transparência, ainda que inicialmente reduzido ao mínimo exigido por esse regime político. Nem todos os Estados democráticos seguiram a tendência de aumentar o número de informações classificadas⁶⁶, possivelmente porque não se sentiam ameaçados pelo terrorismo, de modo que o período que se seguiu aos atentados foi de expansão das leis de acesso à informação no mundo.

No governo democrata de Barack Obama, houve uma tendência de expansão da transparência norte-americana, principalmente externamente, mas também perceptível internamente. Nessa ocasião, foi publicada a Ordem Executiva n. 13.526, de 29 de dezembro de 2009⁶⁷, atendendo a um compromisso feito na campanha eleitoral de reverter a opacidade do Estado. Este é o atual normativo a regulamentar a classificação de informações no âmbito federal e, em certa medida, ele procurou facilitar o acesso à informação sem fragilizar a segurança nacional naquilo que realmente é estritamente

⁶⁵ Disponível em <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/2316/text> . Acesso em 19/05/2021.

⁶⁶ “*This approach has not been followed worldwide. Following September 11, only Canada made changes to its FOI law to limit access*”. (BANISAR, 2002, p. 9).

⁶⁷ Disponível em <https://www.archives.gov/isoo/policy-documents/ensi-eo.html> . Acesso em 27/10/2022.

fosse necessário. Essa ordem executiva traz expressa menção da obrigatoriedade de se cumprir suas diretrizes e inova ao determinar aplicação prioritária de recursos federais para garantir a eficiência do funcionamento do serviço de disponibilização de informação à sociedade civil: há menção de que os chefes de agência devem aplicar os recursos necessários para a sua implementação eficaz visando a proteção da informação ou sua desclassificação quando for o caso (parte 5, seção 5.4, b); ademais, o chefe da agência deve designar o funcionário público, conforme parte 4 (seção 5.4, d), com o objetivo de implementar e administrar o programa de acesso à informação, nos moldes estabelecidos pela FOIA e pela própria ordem executiva. Além disso, em 2016, Obama lançou o “FOIA Improvement Act”⁶⁸, lei federal que alterou a FOIA e impôs a necessidade das agências prestarem as informações em formato eletrônico, estabeleceu a obrigatoriedade de inserir em transparência ativa registros solicitados pela via passiva por 3 vezes, favoreceu a sociedade relativamente a cobrança das taxas de serviço, tornou obrigatório o serviço de mediação feito pelo Escritório de Serviços de Informação Governamental (OGIS) e determinou a criação de um portal *on line* para centralizar as demandas de acesso à informação.

Muito embora se reconheça a importância de diversos normativos norte-americanos a tratarem da transparência, a FOIA e a Ordem Executiva n. 13.526 constituem na atualidade a base da política pública de transparência dos EUA e, portanto, o estudo deles é fundamental e será feito no próximo capítulo de forma detalhada.

3.1.2 No âmbito internacional

A democracia não é apenas um regime político, mas um conjunto de valores, dentre os quais a transparência logicamente se inclui, pois somente por meio dela os cidadãos estarão aptos a de fato exercerem poder sobre o Estado⁶⁹. Não que necessariamente todo Estado democrático tenha níveis adequados de transparência, mas essa forma de governo pressupõe, como visto anteriormente, um mínimo de transparência⁷⁰.

⁶⁸ Disponível em <https://www.congress.gov/114/bills/s337/BILLS-114s337enr.xml> . Acesso em 19/05/2021.

⁶⁹ Nesse sentido, “se os cidadãos não têm informações suficientes para avaliar os governantes, o temor de não ser reeleito não é suficiente para induzir os governos a agir no melhor interesse do público” (Przeworski, 1997, p. 3).

A expansão democrática (e conseqüentemente da transparência), não pode ser considerada linear nem uniforme, porque, conforme aduz Huntington (1996), há forças opostas à democracia e relevantes diferenças históricas e culturais entre países que impactam nas escolhas de governo⁷¹. De toda forma, ainda que se reconheçam retrocessos, a adesão de Estados ao regime democrático desdobrou-se no aumento do número de leis de acesso à informação, conforme será detalhado adiante.

Paralelamente ao aumento do número de leis de acesso à informação, os Estados democráticos, em especial os EUA, colocaram o tema na agenda internacional como uma pauta democrática, possibilitando a gradativa institucionalização da transparência, enquanto um direito universal de todo cidadão, por meio do Direito Internacional. Por exemplo, citem-se os “Catorze Pontos” de Woodrow Wilson (1918)⁷², o artigo 18 do Pacto da Liga das Nações (1919), o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950); o artigo 13 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (1969); artigo 9º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981); artigo 3º (inciso V) da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996); Artigo 8º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (1997); artigo 4º da Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (2000); artigos 8º, 11 e 42 da

⁷⁰ Não há uma relação de causalidade necessária entre democracia e lei de acesso à informação; nem sempre ao se democratizar um Estado irá publicar uma lei de acesso à informação. Contudo, todo Estado que possui uma lei de acesso à informação efetiva provavelmente é democrático. Por outro lado, a adoção do regime democrático nem sempre é suficiente para se garantir uma boa transparência, o que se verifica sobretudo nas democracias não consolidadas. Há diversos Estados em que existem formalmente eleições, com previsão em sede constitucional, para seleção das autoridades públicas, mas os níveis de transparência governamental são insatisfatórios, inclusive sobre o próprio processo eleitoral. Esses Estados não são considerados verdadeiras democracias liberais. Por exemplo, formalmente a Rússia possui eleições, mas a *Freedom House* a considera um país não livre. Disponível em <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>. Acesso em 12/06/21. Assim, “Uma democracia só existe na medida que seus ideais e valores lhe dão existência”. (SARTORI, 1994, p. 23).

⁷¹ Em 2019, existiam 86 Estados Democráticos (Livres), compreendendo 39% da população mundial, conforme Relatório *Freedom in The World* de 2019, da *Freedom House*. In: https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf. Em 2022, são 83 Estados Democráticos, compreendendo 20,3% da população mundial. In: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW_2022_PDF_Booklet_Digital_Final_Web.pdf.

⁷² Segundo Carr (2001), a diplomacia no período que antecedeu a Primeira Guerra Mundial foi marcada pelo segredo dos tratados internacionais e essa teria sido uma das causas dos conflitos generalizados. Ao final da Primeira Guerra Mundial, houve um movimento liderado pelos EUA para acabar com a denominada diplomacia secreta. Os 14 pontos de Wilson questionavam os tratados secretos entre Estados. Pode-se dizer que, na modernidade, a discussão sobre transparência se iniciou pela publicidade dos tratados, os quais são apenas uma pequena parcela formalizada das relações entre os atores internacionais.

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000); os artigos 5º, 10 e 13 da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (2003), artigo 32 da Carta Árabe dos Direitos Humanos (2004); artigo 3º do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul (2005); dentre diversos outros normativos aprovados antes da criação da OGP.

Os compromissos internacionais sucessivamente assumidos consagram a ampliação do escopo do direito de acesso à informação, seu reconhecimento como um direito fundamental de todo ser humano e o sigilo como situação excepcional. Mas o desenvolvimento do sub-regime de transparência exigia a criação de um organismo internacional público dedicado primordialmente a promoção desse valor com o fito de alcançar mais Estados e enrobustecer a maturidade do regime democrático, o que foi feito em 2011, como será apresentado a seguir.

3.2 A política externa dos EUA e a proposta da parceria para o governo aberto

Os EUA têm, ao menos desde o início da Guerra Fria, propagado internacionalmente que o regime político democrático é a melhor ou até mesmo a única alternativa para a sociedade internacional⁷³. Dentro dessa visão etnocêntrica, conforme aventado anteriormente, os planejamentos estratégicos estadunidenses reforçaram a importância da difusão⁷⁴ dos valores norte-americanos para a realização de seus interesses⁷⁵.

No documento “*National Security Strategy*” de 2002⁷⁶, os EUA apregoam a vitória da democracia-liberal sobre as formas de governo totalitárias, mas reconhecem o surgimento de novas ameaças. Ademais, alicerça a segurança nacional dos EUA na união de seus valores e interesses, nos seguintes termos:

⁷³ Fukuyama (1989) lançou a tese do fim da história justamente por, ao menos num primeiro momento, acreditar que não surgiria alternativa de regime político a rivalizar com a democracia-liberal.

⁷⁴ A difusão “[...] ocorre quando a decisão de um governo sobre adotar ou não uma inovação de política é influenciada pelas escolhas feitas por outro governo. [...] quando um país ou estado observa o que outros países e estados fizeram e condiciona sua própria política a partir destas observações (GRAHAM; SHIPAN; VOLDEN, 2012: p. 3).

⁷⁵ Nesse sentido, cabe citar que Gilpin (1981) entende que os atores internacionais capazes de criar estruturas sociais promovem seus interesses na medida em que esses arranjos sociais, ao menos em um primeiro momento, premia o comportamento por ele desejado e pune o indesejado.

⁷⁶ Disponível em <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/63562.pdf> . Acesso em 10/05/2021.

The U.S. national security strategy will be based on a distinctly American internationalism that reflects the union of our values and our national interests. The aim of this strategy is to help make the world not just safer but better. Our goals on the path to progress are clear: political and economic freedom, peaceful relations with other states, and respect for human dignity.

Esse documento, mais adiante, faz menção expressa de que os EUA devem expandir a liberdade no mundo como forma de garantir a sua própria segurança; ao se referir a liberdade, não restam dúvidas que se trata da democracia-liberal. Nesse sentido, essa Estratégia de Segurança Nacional de 2002 trazia um item específico sobre a abertura das sociedades, ainda que prioritariamente econômica, e depositava enfaticamente grande importância nos valores democráticos: *“We will actively work to bring the hope of democracy”*⁷⁷. Especificamente sobre o papel da informação na política de poder dos EUA, o documento *“National Security Strategy”* de 2002 menciona a importância das operações de reunião de informações e a necessidade de *“continuar a desenvolver novos métodos de coleta de informações para sustentar nossa vantagem de inteligência”*; consta também o desejo de uma China mais transparente e com respeito aos direitos humanos. Nesse documento, há menção expressa sobre a estratégia de disseminar a transparência pelo mundo: *“Just as our diplomatic institutions must adapt so that we can reach out to others, we also need a different and more comprehensive approach to public information efforts that can help people around the world learn about and understand America”*. Através da diplomacia, os EUA queriam garantir o livre fluxo de informações e ideias no sistema internacional, inclusive com menção expressa de tecnologia da informação para o setor de educação dos países menos providos.

A estratégia de difundir valores democráticos fica mais evidente em 2006, quando o presidente George W. Bush estabeleceu em sua Estratégia de Segurança Nacional que *“The second pillar of our strategy is confronting the challenges of our time by leading a growing community of democracies”*.⁷⁸ Nesse mesmo documento, consta que seria um objetivo dos EUA *“Enhancing the role of democracies and democracy promotion throughout international and multilateral institutions, including: - Strengthening and institutionalizing the Community of Democracies.”*⁷⁹.

⁷⁷ Disponível em <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/63562.pdf> . Acesso em 27/10/2022.

⁷⁸ Disponível em <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/intro.html> . Acesso em 27/10/2022.

⁷⁹ "National Security Strategy" de 2006. Disponível em <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/sectionIX.html> . Acesso em 27/10/2022.

Em artigo seminal sobre o tema, Castro Santos (2010a), ao analisar a política externa dos Estados Unidos a partir do fim da Guerra Fria, confirma que a exportação da democracia mediante o uso da força foi um preceito fundamental da denominada Doutrina Bush. Castro Santos (2010a) constatou ainda que os formuladores da política externa norte-americana acreditavam que a promoção da democracia-liberal traria paz, estabilidade e segurança não somente para os Estados Unidos, mas para todo o mundo.

Já durante o governo de Barak Obama, os norte-americanos formularam uma nova “*National Security Strategy*”, em 2010, colocando como os principais interesses dos EUA a segurança nacional, a prosperidade, os valores norte-americanos e uma ordem internacional que lhe fosse favorável. A segurança dos norte-americanos é colocada em primeiro lugar, demonstrando que a segurança nacional engloba a proteção da própria sociedade; mas essa segurança nacional é ampliada do ponto de vista de lugar e tema, alcançando questões culturais, imigração, meio ambiente, economia e até mesmo o ártico, o espaço sideral e o *cyberespace*. A prosperidade da sociedade aqui protegida é essencialmente econômica, com a abertura de mercados internacionais, o aumento das exportações norte-americanas e o uso intensivo de tecnologia. Os valores são, de acordo com o texto, universais e precisam ser defendidos em todo o mundo. A ordem internacional deve ser liderada pelos EUA e centrada na paz, na segurança e na cooperação, ou seja, um ambiente que favoreça a manutenção do status quo. Os EUA se colocam expressamente como responsáveis por promover a segurança internacional nessas bases, evidentemente; defende-se ainda a superioridade militar e a liderança econômica dos EUA.

O documento ressalta a importância do exemplo moral dos EUA, o que transparece demonstrar uma certa superioridade de seus valores em relação a outras opções culturais, associando-os a modernidade, a universalidade e ao progresso. Parte do discurso de Obama, proferido em 21/05/2009, é praticamente colacionado na “*National Security Strategy*” de 2010 e confirma essa ideia:

“We uphold our most cherished values not only because doing so is right, but because it strengthens our country and keeps us safe. Time and again, our values have been our best national security asset—in war and peace, in times of ease, and in eras of upheaval. Fidelity to our values is the reason why the United States of America grew from a small string of colonies under the writ of an empire to the strongest nation in the world.”

Em outro trecho do planejamento estratégico de 2010, é dito expressamente que “*The United States believes certain values are universal and will work to promote them worldwide*”, reforçando a estratégia de disseminar os valores norte-americanos pelo mundo. O documento inclusive diz que esses valores são desejados, o que coincide com a observação de Castro Santos (2010a) feita ainda quando do governo Bush.

Na “*National Security Strategy*” de 2010 de Barak Obama, consta ainda que a segurança nacional depende de uma abertura do Estado (em sentido amplo) equilibrada. Diferente da versão anterior, o novo plano nacional de estratégica possui itens específicos sobre a importância da transparência, dos quais se destaca o abaixo:

Balance the Imperatives of Secrecy and Transparency: For the sake of our security, some information must be protected from public disclosure—for instance, to protect our troops, our sources and methods of intelligence-gathering or confidential actions that keep the American people safe. Yet our democracy depends upon transparency, and whenever possible, we are making information available to the American people so that they can make informed judgments and hold their leaders accountable. For instance, when we invoke the State Secrets privilege, we will follow clear procedures so as to provide greater accountability and to ensure the privilege is invoked only when necessary and in the narrowest way possible. We will never invoke the privilege to hide a violation of law or to avoid embarrassment to the government.

De acordo com o documento, os EUA somente invocariam o segredo quando estritamente necessário e se utilizando de procedimentos claros quando o privilégio fosse invocado. Nos outros tópicos, a “*National Security Strategy*” de 2010 destaca a importância da informação para a iniciativa privada, para o combate a corrupção e de crimes transnacionais, prevenção do terrorismo, para o controle social do orçamento e das guerras, para a paz; destaca também a importância das novas tecnologias para a garantia do acesso a informação e para divulgar a palavra norte-americana no mundo, o que se liga fortemente a ideia de *softpower*. Isso tudo leva a crer que a transparência era um dos valores democráticos centrais no citado planejamento estratégico de segurança nacional durante o primeiro mandato de Obama, e por sua importância para a segurança nacional a transparência seria exportada.

Há de se ressaltar que, para além da exportação da democracia-liberal e conforme constou na “*National Security Strategy*” de 2010 de Barak Obama, era evidente para as principais autoridades públicas do governo norte-americano que a promoção da transparência era uma meta particular desse Presidente a ser alcançada com ações específicas dentro da política externa dos EUA, e foi nesse contexto que foi feita a proposta de criação da OGP, conforme será apresentado abaixo.

Relativamente a importância da informação coletada, ainda dentro da “*National Security Strategy*” de 2010, destaca-se o seguinte trecho:

Intelligence: Our country’s safety and prosperity depend on the quality of the intelligence we collect and the analysis we produce, our ability to evaluate and share this information in a timely manner, and our ability to counter intelligence threats. This is as true for the strategic intelligence that informs executive decisions as it is for intelligence support to homeland security, state, local, and tribal governments, our troops, and critical national missions. We are working to better integrate the Intelligence Community, while also enhancing the capabilities of our Intelligence Community members. We are strengthening our partnerships with foreign intelligence services and sustaining strong ties with our close allies. And we continue to invest in the men and women of the Intelligence Community.

Há uma preocupação em se expandir as fontes de informação. Conexo a esse tema, em outra passagem desse plano de segurança, consta que os EUA não iriam se utilizar da tortura como meio de obtenção da informação, pois seria inefetivo e utilizado para reforçar o terrorismo pelos inimigos. A contrário senso, chama atenção o argumento utilizado, pois parece validar a obtenção da informação por meios ilícitos ou imorais se efetivos.

Em 2015, houve uma reformulação da “*National Security Strategy*”⁸⁰; o novo planejamento do mesmo governo seguiu enaltecendo a superioridade norte-americana ao ponto de não se questionar seu papel de liderança: “*question is never whether America should lead, but how we lead*”. Essa posição seria sustentada em especial pela sua capacidade militar, a qual também é a maior garantia da segurança nacional. No seu papel de líder, os EUA entendem que são “uma força global para o bem”; teriam o poder e o dever de influenciar o mundo positivamente, ficando subentendido que isso perpassa por difundir seus valores, em especial contra o extremismo islâmico, e protegê-los ao redor do mundo, evidenciando a sua disposição em agir globalmente inclusive empregando a força. Ao abraçar esses compromissos, ao menos reconhece que eles correspondem aos seus interesses e a suas necessidades de segurança.

A “*National Security Strategy*” de 2015 amplia ainda mais o conceito de segurança nacional, inserindo na pauta doenças infecciosas, mudanças climáticas, novas fontes de energia, além de manter a segurança da sociedade dentro desses limites expandidos. Isso significa que há mais setores nos quais os EUA, de acordo com a

80

Disponível

em

https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy_2.pdf

Acesso em 27/10/2022.

estratégia, poderiam intervir legitimamente, inclusive no âmbito internacional e, paralelamente, sonegar informações se entender importante.

Na “*National Security Strategy*” de 2015, há clara menção que em regra a transparência não seria imposta aos demais Estados, mas seriam adotadas na medida em que os atores internacionais percebessem seus benefícios. Além disso, a implementação da transparência nos níveis doméstico e internacional dependeria de investimento em tecnologia. Há menção quanto a necessidade de esforços no setor financeiro e produtivo no nível internacional, nas trocas comerciais com a Ásia e nas atividades de exploração do espaço sideral, temas sensíveis que são inseridos sob o guarda-chuva da segurança nacional e, conseqüentemente, passíveis de negativa de acesso à informação caso internalizados por meio de ordem executiva.

Sobre a reunião de informações, os EUA se comprometeram, no plano estratégico de 2015, a preservar as informações pessoais de qualquer ser humano e a não beneficiar empresas nacionais com os dados coletados. Considerando ser esse um dos pontos novos em relação ao planejamento de 2010, tudo parece indicar que isso não era feito até 2015; novamente, não se vê grande compromisso com práticas lícitas ou morais, mas sim com a consecução dos interesses dos EUA.

Simbolizando a crescente importância da transparência no planejamento estratégico norte-americano, em 2015, há menção expressa a uma política externa em favor da exportação desse valor, importante novidade na segunda etapa do governo de Obama: “*The United States is leading the way in promoting adherence to standards of accountable and transparent governance, including through initiatives like the Open Government Partnership*”.

Com a mudança de governo, a “*National Security Strategy*” de 2017⁸¹ apresentou um novo conceito de segurança nacional para os norte-americanos: “A segurança nacional é comprometida se um ou mais interesses críticos do Estado e / ou da sociedade forem ameaçados a tal ponto que isso resulte ou possa resultar em perturbação social”. O mesmo documento aprofunda a conceituação ao definir quais são os interesses estratégicos norte-americanos em 4 pilares:

1 – Proteção dos norte-americanos, do território nacional e do estilo de vida americano;

⁸¹ Disponível em <https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>. Acesso em 27/10/2022.

- 2 – Promover a prosperidade americana;
- 3 – Preservar a paz através da força;
- 4 – Avançar na influência dos Estados Unidos da América.

Ainda que apresentado de forma não detalhada, esse conceito assume tacitamente a necessidade de proteção dos valores norte-americanos no sistema internacional, tais como a democracia e a transparência; a defesa desses valores contribuiria para a segurança nacional dos Estados Unidos, enquadrando-se tanto na proteção do estilo de vida americano como no aumento da influência dos Estados Unidos no sistema internacional, ou seja, o aumento do *softpower*.

Por seu turno, o Sumário da Estratégia de Defesa Nacional de 2018 dos Estados Unidos evidencia a importância da informação para a realização dos interesses norte-americanos:

Uma competição estratégica de longo prazo requer a integração perfeita de múltiplos elementos de poder - diplomacia, informação, economia, finanças, inteligência, polícia e forças armadas. (...) Para apoiar essas missões, (...) deve obter e manter superioridade da informação; e desenvolver, fortalecer e manter relações de segurança nos EUA. (...) Os investimentos devem também priorizar a obtenção e exploração de informações, negando aos concorrentes as mesmas vantagens (...) – Destaques meus.

Não importa o governo, fica claro que a promoção da democracia liberal interessa aos EUA⁸² para manutenção do *status quo* em um sistema internacional que lhe seja amplamente favorável; ademais, não restam dúvidas de que entorno do regime democrático gravita naturalmente a transparência e sua promoção é igualmente relevante para os EUA.

3.2.1 Iniciativa americana

Yun e Robinson (2012) defendem que Wallace Parks, conselheiro do já citado Subcomitê Especial de Informações criado em 1955 pelo Congresso Nacional norte-

⁸² Compartilhar valores significa fazer parte de um grupo que age com diretrizes no mínimo semelhantes; assim, promover valores na sociedade internacional equivale a estabelecer tácita e indiretamente regras, pois valores são referência para a ação, seja no comércio ou na guerra. Ademais uma base de valores compartilhada facilita a diplomacia e a solução pacífica de controvérsias, promovendo estabilidade no sistema internacional que em última instância significa o reconhecimento do *soft power* norte-americano e a manutenção do *status quo*.

americano, foi o primeiro⁸³ a usar o termo "governo aberto" em seu sentido atual, em artigo publicado em outubro de 1957: "*The Open Government Principle: Applying the Right to Know Under The Constitution*". Parks não definiu explicitamente o termo "governo aberto", mas vincula-o aos princípios do bom governo, em especial à transparência.

Desde esse marco, discute-se nos EUA o governo aberto como modelo ideal de relação entre Estado e sociedade civil. O governo aberto seria justamente a forma idealizada de relação dos Estados democráticos-liberais com os administrados, em que se abre acesso público não apenas as informações estatais, mas se reconhece abertura para ampla participação do cidadão para além do direito de voto; com o desenvolvimento de novas tecnologias, foi possível conceber uma nova perspectiva dessa relação, ampliando as possibilidades de participação dos cidadãos dentro do Estado⁸⁴.

O conceito somente se popularizou em 2009 com o "Memorando de Transparência e Governo Aberto" do Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama. O memorando era dirigido às autoridades públicas norte americanas e, basicamente, incentivava a abertura de dados do governo com o uso das novas tecnologias⁸⁵.

Nesse contexto em que o Estado norte-americano assume domesticamente a transparência enquanto bandeira nacional e meta de campanha eleitoral a ser cumprida, a iniciativa internacional dos EUA em propor a criação da OGP em 2011 não deixa de ser uma forma de se promover os valores norte-americanos no sistema internacional, em especial a transparência, a qual o governo aberto se vincula diretamente. Aqui é importante mencionar que, embora a iniciativa seja norte-americana, a OGP conta com o apoio de outros Estados, conforme será visto adiante, principalmente da Europa Ocidental, já que existe importante identidade de valores.

⁸³ Contudo, há controvérsias. Ainda em 1953, a Sociedade Americana de Editores (ASNE) contratou o advogado Harold Cross para defender seus interesses, em especial relativos ao acesso à informação estatal. O representante da mídia tradicional publicou um livro denominado "*The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*", no qual há o registro, pela primeira vez, do uso do termo Governo Aberto, embora seja discutível o sentido do mesmo. Fonte: <https://www.nfoic.org/national-foia-hall-fame>.

⁸⁴ Nesse interregno, há diversos trabalhos importantes sobre o que seria um governo aberto. Por exemplo, em 2007, estudiosos da área de tecnologia da computação realizaram um evento internacional e propuseram 8 princípios de dados abertos para os Estados. Posteriormente, com base nesses princípios, Tim Berners-Lee (2010) propôs uma metodologia para avaliação e ranqueamento do nível de abertura dos governos.

⁸⁵ Dessa orientação, surgiu por exemplo o portal da transparência dos EUA. Disponível em <https://www.data.gov/>.

Para evitar que a política externa norte-americana estabelecesse atrito com as diversas ditaduras e regimes democráticos meramente de fachada, muitos deles inclusive aliados dos EUA, a democracia não foi pré-condição para o ingresso na OGP⁸⁶, conforme consta da Declaração de Governo Aberto. A Declaração de Governo Aberto não mencionou a palavra “democracia” ou qualquer outra derivada de sua raiz semântica. Havia em tese a possibilidade de se criar uma organização mais ampla que a OGP para defesa da democracia e não apenas da transparência. Contudo, no plano hipotético, os Estados autoritários, em especial Rússia e China, poderiam considerar a criação de um grupo democrático uma afronta, de modo que a iniciativa, planejada ou não, de criar uma organização internacional para promover especificamente a transparência foi uma alternativa mais discreta que atendia os objetivos norte-americanos de promoverem seus valores; essa ação parece ter sido estratégica para que a OGP não encontrasse no início resistência de potências regidas por governos autoritários

Então, nesse momento de criação, percebe-se que a Declaração de Governo Aberto focou na importância do fortalecimento da transparência, mas não enquanto um fim em si mesma, já que seria promovida para possibilitar o progresso, o combate à corrupção, o fomento à participação cidadã, a melhoria na gestão dos recursos públicos, a integridade nos setores público e privados, dentre outros objetivos. Ficou estabelecido também que não haveria imposição de padrões formais de transparência nem de classificação de países em ranks e, além disso, a transparência não seria utilizada como pré-condição para a cooperação ou assistência⁸⁷.

Apesar da OGP não impor expressamente condutas aos Estados, a sua criação foi sem dúvidas desde sua origem uma forma discreta de fomentar a própria democracia liberal, não apenas porque se trata de um valor precipuamente democrático, mas porque posteriormente essa organização assumiu expressamente o papel de fortalecer a democracia para além da transparência. Em um segundo momento, o fortalecimento da

⁸⁶ Até porque logicamente a expansão dos valores democráticos exige o contato com governos autocráticos, os quais foram incentivados a participar. De fato, a OGP possui atualmente como membro o Afeganistão, país considerado autocrático, além de diversos outros considerados parcialmente livres, conforme classificação da *Freedom House* de 2019 disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/map>.

⁸⁷ “Nossa meta é fomentar a inovação e impulsionar o progresso, **não definir padrões a serem usados como pré-condição para a cooperação ou assistência** nem para classificar os países”. – Destaque nosso. Na prática, ressalte-se que a OGP realmente não estabelece padrões de transparência a serem formalmente seguidos, mas a interação dos atores internacionais nesse fórum indica caminhos de sucesso a serem seguidos.

OGP ao longo dos anos, com aumento do número de membros e orçamento, possibilitou esse organismo internacional ampliasse seu escopo de atuação, inserindo gradativa e explicitamente objetivos democráticos, em especial nos últimos anos, conforme sintetiza o seguinte trecho do sítio eletrônico da instituição⁸⁸ no qual a democracia já consta como uma finalidade:

Congregando nações e organizações da sociedade civil líderes em transparência e governo aberto, **a OGP é um veículo para se avançar mundialmente no fortalecimento das democracias e dos direitos humanos**, na luta contra a corrupção e no fomento de inovações e tecnologias para transformar a governança do século XXI. No total, os países integrantes da OGP assumiram até agora cerca de mil compromissos para tornar seus governos mais transparentes. – Destaque nosso.

Assim, não há dúvidas de que a atuação dessa organização internacional pode constranger, ainda que em menor grau⁸⁹, a conduta individual de Estados não democráticos, valorizando a visão do mundo dos EUA.

Para além da valorização dessa visão de mundo, Michener (2011, p. 1) entende que a política externa dos EUA, ao propor a criação da OGP, também fez parte de uma estratégia para enfraquecer os BRICS, fomentando as rivalidades desse grupo ao estabelecer:

uma linha divisória entre as grandes potências econômicas emergentes – os governos democráticos do Brasil e da Índia por um lado, e os dois gigantes autoritários de outro, Rússia e China. Ao consolidar alianças estratégicas com Brasil e Índia, **os EUA puxam dois grandes atores regionais para a sua esfera de influência, e isolam os regimes autoritários relutantes em envolver-se em uma abertura real**. – Destaque nosso.

Michener (2011) observa também que a transparência é um passo importante para a abertura de mercados para os EUA. De fato, a abertura do Estado é, assim, uma exigência dos fluxos de capitais e do sistema de produção capitalista defendidos pelos EUA e a informação é importante, como visto anteriormente. Com o mesmo raciocínio, Merino (*apud* ELIZONDO; EMERICH; GARZÓN et al., 2005, p. 76-77) detalha que a ideia de governo aberto se vincula aos ideais liberais, acrescentando que diversos

⁸⁸ Disponível em <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa>, acesso em 22/05/2016.

⁸⁹ A adesão a um mínimo de transparência em Estados autocráticos pode fortalecer grupos nacionais pró-democracia para que a abertura seja maior do que inicialmente pretendida pelas elites nacionais autoritárias.

organismos internacionais⁹⁰ tradicionalmente já promovem a transparência para uma melhor abertura de mercado:

Essa ideia nasceu como consequência de uma reflexão de cunho econômico: a pedra de toque que desatou esse processo foi a globalização dos mercados e a **necessidade de contar com maior e melhor informação** sobre seu verdadeiro funcionamento, a partir das regulações e da probidade de cada país. Daí que **os principais promotores das melhores práticas de transparência tenham sido, ao menos em princípio, os grandes organismos econômicos internacionais**, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial. – Destaques nossos.

Assim, em certo sentido, a estratégia de difusão da transparência para abertura de mercados e atração de capitais já era realizada por instituições patrocinadas pelos EUA, como a OCDE, o FMI e o Banco Mundial⁹¹, mas, conforme defende Banisar (2002), embora essas e outras organizações internacionais desempenhem um papel importante para o aumento da transparência, o ponto de vista delas é pautado pela diplomacia e por isso atrelado a práticas mais conservadoras que privilegiam o segredo⁹². Ademais, convém citar que nem todo organismo internacional promove a disponibilização de informações, como por exemplo a OTAN⁹³.

⁹⁰ De uma forma geral, organizações internacionais são relevantes por deterem recursos materiais e informacionais, possuírem autoridade moral e jurídica “para orientar ações e construir a realidade social” em determinados segmentos temáticos; elas são reconhecidas por desempenharem “papéis positivos nas relações entre Estados”, promovendo em especial progresso, Direitos Humanos e Democracia (BARNETT; FINNEMORE, 2004, p. ix). Contudo, a realidade não é tão simples assim, pois essas organizações têm a capacidade de moldar as relações internacionais a partir de interesses que muitas vezes não são de fato gerais. As organizações internacionais “fazem mais do que manipular a informação, elas analisam e interpretam; investigam informações com significado que as orienta e sugere ação, portanto, transformando informação em conhecimento” (BARNETT; FINNEMORE, 2004, p. 6-7, tradução livre).

⁹¹ Muitas instituições internacionais exigem a publicação de informações para a sociedade ou eles mesmos coletam e fazem a publicação. OCDE, FMI e Banco Mundial sustentam que a transparência de dados econômicos dos Estados ajuda na estabilidade do mercado e impede a corrupção. Por exemplo, os relatórios técnicos da dívida externa produzidos pelo FMI. Convém citar que a OTAN exige de seus membros a adoção de ressalvas quanto ao acesso à informação decorrentes da classificação da informação.

Nesse sentido, cite-se: “*International bodies such as the Commonwealth, Council of Europe and the Organization of American States have drafted guidelines or model legislation to promote freedom of information. The World Bank, the International Monetary Fund and others are pressing countries to adopt laws to reduce corruption and to make financial systems more accountable*”. (BANISAR, 2002, p. 4)

⁹² “*As international governmental organizations play an increasingly important role, the right of access to information must be codified in these new agreements. A key problem with access to information is that these organizations are based on a diplomatic viewpoint and thus limit access to information*” (BANISAR, 2002, p. 6).

⁹³ A participação dos Estados em organizações internacionais traz consigo o dever de prestar informações sem as quais o monitoramento de conduta não é possível. Evidentemente a informação compartilhada não se torna necessariamente pública, como no caso da OTAN. Nesse sentido, cite-se:

A despeito da transparência já ser objeto de promoção de algumas organizações internacionais, a criação de um órgão internacional inicialmente dedicado exclusivamente a transparência e construído com a participação da sociedade civil certamente poderia catalisar a abertura dos Estados, ainda que em pontos específicos. Assim, considerando que a iniciativa poderia contribuir para a defesa de interesses norte-americanos, os EUA firmaram a Declaração do Governo Aberto e fundaram a Parceria do Governo Aberto (*Open Government Partnership - OGP*) na 66ª Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 20 de setembro de 2011. Embora simbolicamente o lançamento da parceria tenha sido na ONU, visando legitimar e dar visibilidade ao evento, a OGP é independente dela. O tratado internacional foi assinado, inicialmente, por oito membros fundadores (África do Sul, Brasil, EUA, Filipinas⁹⁴, Indonésia⁹⁵, México, Noruega e Reino Unido), representantes dos 5 continentes⁹⁶, do qual os Estados autocráticos não faziam parte ao menos quando da fundação.

3.2.2 *Open Government Partnership*

3.2.2.1 Do conceito e da finalidade do governo aberto

De acordo com a própria OGP⁹⁷, governo aberto é:

“Another troublesome area is the new acts on the protection of classified information. Many countries in Central and Eastern Europe have been adopting these acts as part of the process to joining NATO. NATO has thus refused to provide a copy of the draft legislation that they are requiring the countries to adopt. The laws frequently apply a very restrictive view of the disclosure of information that goes beyond files from NATO. In Bulgaria, the law eliminated the Commission on State Security Records which regulated access to, and provided procedures for, the disclosure and use of documents stored in the former State Security Service, including files on government officials. The EU has also adopted new restrictive NATO regulations on protection of all security information held by the EU that are currently being challenged in court by the European Parliament. (BANISAR, 2002, p. 9)”

⁹⁴ As Filipinas em 2011 eram um país parcialmente livre, de acordo com a Freedom House. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Freedom_in_the_World_2011_complete_book.pdf . Acesso em 27/05/2021. Junto com o Brasil, as Filipinas na ocasião não possuíam uma lei de acesso à informação, embora a mesma tenha sido aprovada em 2016.

⁹⁵ A Indonésia em 2011 era um país parcialmente livre, de acordo com a Freedom House. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Freedom_in_the_World_2011_complete_book.pdf . Possui uma Lei de Acesso à Informação desde 2008.

⁹⁶ A Indonésia é membro fundador e é considerada um país transcontinental, entre a Ásia e a Oceania.

⁹⁷ Conceito disponível em https://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/planos-de-acao/4o-plano-de-acao-brasileiro/4o-plano-de-acao-nacional_portugues.pdf .

um novo modelo de interação político-administrativo que coloca o cidadão como prioridade para as políticas públicas e estabelece valores e princípios específicos como estratégias para a concepção, implementação, monitoramento e avaliação das políticas públicas e dos processos de modernização administrativa.

O Governo Aberto é uma nova forma de interação entre sociedade e Estado e não se confunde com a OGP, organização internacional que visa a adesão dos governos a essa proposta⁹⁸. Naturalmente, essa mudança para o foco do cidadão exige a reforma do Estado, com redefinição de suas funções, uma nova delimitação das esferas pública e privada e uma nova forma de agir na sociedade.

De acordo com Cruz-Rubio (2015, p. 46), a noção de governo aberto se vincula intimamente ao direito de acesso à informação: “*Abrir el gobierno en este sentido es garantizar que este derecho de acceso a la información permite la transparencia y el escrutinio público de la acción de gobierno por parte de los ciudadanos*”. Todavia, o conceito de governo aberto pressupõe a transparência, mas nela não se esgota. Isso porque a transparência é considerada um meio para se alcançar outros objetivos do governo aberto, tais como aumento da participação social, legitimidade do governo, melhoria da gestão e dos serviços públicos, supressão da corrupção e fortalecimento da democracia⁹⁹. Ressalte-se que o atingimento dessas finalidades democráticas também não depende apenas da mera publicidade dos dados, mas da qualidade da informação disponibilizada, de sua integridade, localização, da organização do conjunto de dados e da capacidade de interpretação dos cidadãos, sem o que não se pode falar sequer em transparência¹⁰⁰.

⁹⁸ A expansão da transparência no sistema internacional não se restringiu às ações da OGP, mas com ela ganhou mais força. Por exemplo, o *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* (CLAD), na XVII Conferência Ibero-americana de Ministros da Administração Pública e Reforma do Estado, aprovou a Carta Ibero-americana de Governo Aberto. Disponível em <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Consenso-de-Bogota-CO-PT-07-2016.pdf>. Acesso em 31/05/2021. Além disso, a OCDE reconhece a importância da transparência para a atividade econômica, conforme se verifica no “Relatório sobre a Reforma Regulatória. Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento” de 2008.

⁹⁹ “*In general, open government has three central ideas: 1. Transparency promotes social control 2. Citizen participation enhances government effectiveness and decision-making 3. The actions carried out by the government are better incorporated with the cooperation of the citizens.*” DIAS, COSTA e ALMEIDA (2018, p. 123)

¹⁰⁰ A tecnologia também tem sido considerada muito importante para a concretização da transparência; ela facilita a apresentação de demandas, a localização das informações e a disponibilização das informações, além de possibilitar a celeridade na entrega das informações e o acompanhamento das demandas.

Frise-se que, para fazer parte da OGP, os países participantes endossaram uma Declaração de Princípios, comprometendo-se a adotar diversas medidas de política interna em prol da transparência e participação popular. Não há uma especificação detalhada de quais medidas devem ser concretamente adotadas pelos Estados membros, pois se reconhece que cada um deles está em um momento diferente de abertura:

Reconhecemos que os países encontram-se em estágios diferentes em seus esforços para promover a abertura no governo e que cada um de nós busca uma abordagem coerente com nossas prioridades e circunstâncias nacionais e as aspirações de nossos cidadãos; (...)

Prometemos dar o exemplo e contribuir para o avanço do governo aberto em outros países através do compartilhamento de melhores práticas e conhecimento e da tomada de compromissos expressados nesta declaração de forma voluntária, não obrigatória.

Assim, a OGP não impõe especificadamente quais informações são públicas e quais são de acesso restrito¹⁰¹, de modo que a internalização do compromisso internacional se dá pela regulamentação interna de cada signatário, o que facilitou a adesão dos Estados; por isso, para se alcançar os objetivos da parceria, cada Estado membro é instigado a criar uma Lei de Acesso à Informação e propor soberanamente, baseado nos princípios internacionais, seu próprio Plano de Ação Nacional em conformidade com as diretrizes da Declaração do Governo Aberto, as quais exigem consulta à sociedade civil.

3.2.2.2 Da organização interna da OGP

Considerando que os EUA promoveram a iniciativa, houve uma rápida expansão do número de Estados membros, sendo que atualmente 76 Estados integram a OGP¹⁰²; concomitantemente, o número de Estados com leis garantidoras do acesso à informação dos dados estatais também aumentou.

¹⁰¹ Há na declaração considerações gerais, como o reconhecimento da “confidencialidade de informações específicas de segurança pública”. Mas, repita-se: “Nossa meta é fomentar a inovação e impulsionar o progresso, **não definir padrões** a serem usados como condição para a cooperação ou assistência nem para classificar os países”. – Destaque nosso.

¹⁰² A lista completa dos Estados está disponível em <https://www.opengovpartnership.org/our-members/> . Contudo, convém citar que a OGP recentemente passou a admitir membros locais, de modo que hoje já existem mais de 100 membros, conforme https://www.opengovpartnership.org/open-data/#og_db , acesso em 27/10/22.

Além dos Estados, em conformidade com sua essência que visa o envolvimento da sociedade civil no governo, é preciso citar que a OGP admite a participação de instituições privadas em sua estrutura e suas atividades. Elas não são membros, mas desempenham papel fundamental em todos os processos, desde a direção da OGP até o monitoramento dos resultados a nível nacional. Os representantes da sociedade civil, costumeiramente, são organizações sociais da área de pesquisa, transparência e proteção a direitos humanos. Mencione-se ainda que, na OGP, o peso da participação da sociedade civil é o mesmo dos Estados e isso é visível em sua estrutura, na qual o comitê diretor possui o mesmo número de representantes públicos e privados. A liderança do OGP é rotativa a cada ano; são escolhidos 2 membros dentre os governos e 2 dentre as sociedades civis para essas funções. A escolha é feita pelos próprios pares a cada ano.

Inicialmente, havia na OGP 6 grupos de trabalho temáticos: Abertura Fiscal, Abertura Legislativa, Acesso à Informação, Anticorrupção, Dados Abertos e Abertura nos Recursos Naturais. Todos os grupos giravam em torno do valor transparência, inclusive o de Recursos Naturais, que reconhecia a necessidade de transparência para uma boa governança no setor de recursos naturais, de modo a garantir o bem-estar das pessoas e a sustentabilidade do meio ambiente¹⁰³.

Atualmente, existem 10 áreas de atuação¹⁰⁴: Direito de Informação, Espaço Civil, Anticorrupção e Integridade, Governança Digital, Abertura Fiscal, Inclusão, Justiça, Recursos Naturais, Parlamentos Abertos e Prestação de Serviço Público¹⁰⁵.

As atividades administrativas no âmbito da OGP são financiadas pelos membros do grupo, os quais pagam uma anuidade de acordo com o nível de renda, com destaque para as contribuições significativas dos EUA para a fundação da OGP¹⁰⁶; todavia existem outros doadores, inclusive privados, tais como *Hivos*, *Institute of International Education*, *The Ford Foundation* e *Open Society Foundation*.

¹⁰³ Esse grupo em específico visava a disponibilização de informações sobre contratos/concessões, benefícios sociais, estudos de impacto ambiental, dentre outros conexos à preservação ambiental.

¹⁰⁴ Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/policy-areas/#all>.

¹⁰⁵ Interessante perceber que existe uma área específica dentro da OGP para a indústria extrativista. É um evidente sinal de que se busca a anteriormente citada abertura de mercados.

¹⁰⁶ Entre 2012 e 2015, os EUA foram os principais doadores, mas deixaram de contribuir em 2016, retornando no ano seguinte. Maiores detalhes estão disponíveis em <https://www.opengovpartnership.org/about/transparency-financial-information/government-contributions/#2012>.

Tabela n. 1 - Receita pelo tipo de fonte da OGP

Revenues	2022 Proposed Budget
Hewlett Foundation	1,000,000
Luminate	600,000
Open Society Foundations (challenge and tie-off)	1,400,000
Ford Foundation	700,000
FCDO/DFID Annual Award	555,000
FCDO- Annual Renewal	600,000
AFD (French Dev Agency)	302,300
USAID	800,000
Payroll Protection Grant	738,000
Government Contributions	2,520,000
International Development Research Centre	160,000
Sida	1,731,000
World Bank Trust Fund	216,400
Chandler Foundation	200,000
Mott Foundation	150,000
EU Grant	857,900
Total Revenue	\$ 12,530,600

Fonte: OGP – Receita pela origem dos recursos em 2018¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/about/transparency-financial-information/> .Acesso em 27/10/2022.

O orçamento da OGP tem aumentado significativamente desde 2013, conforme mostra a tabela abaixo:

Tabela n. 2 – Orçamento anual da OGP

Budget Year	Amount
<u>Fiscal Year 2022</u>	USD 12,530,600
<u>Fiscal Year 2021*</u>	USD 13,097,806
<u>Fiscal Year 2020</u>	USD 11,044,905
<u>Fiscal Year 2019</u>	USD 11,902,953
<u>Fiscal Year 2018</u>	USD 9,942,673
<u>Fiscal Year 2017</u>	USD 9,556,658
<u>Fiscal Year 2016</u>	USD 6,689,327
<u>Fiscal Year 2015</u>	USD 5,475,039
<u>Fiscal Year 2014</u>	USD 3,370,141
<u>Fiscal Year 2013</u>	USD 2,485,716

Fonte: OGP – Orçamento Anual¹⁰⁸.

Com seus recursos, os 76 Estados membros da OGP já realizaram mais de 3.000 compromissos em prol da transparência¹⁰⁹. As ações são monitoradas por um Mecanismo de Relatório Independente (MRI)¹¹⁰, que produz anualmente avaliação de cada país

¹⁰⁸ Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/about/transparency-financial-information/>. Acesso em 27/10/2022.

¹⁰⁹ Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/campaigns/global-report/collective-results-open-government-ogp/>. Acesso em 10/11/2020.

¹¹⁰ Maiores informações disponíveis em <https://www.opengovpartnership.org/process/accountability/independent-reporting-mechanism/>. Acesso em 10/11/2020.

membro da OGP. Os relatórios de progresso avaliam os governos sobre o desenvolvimento e a implementação dos planos de ação da OGP, avançam no cumprimento dos princípios abertos do governo e fazem recomendações técnicas para melhorias. Esses relatórios visam estimular o diálogo e promover a responsabilidade dos governos para com os cidadãos. Além públicos, os relatórios do MRI estão em formato de dados abertos.

Como dito antes, cada Estado tem plena soberania para estabelecer seus planos de ações; mas, apresentado o plano de ações, passa a existir um compromisso firmado com a OGP, monitorado pelo sistema de MRI. Embora a OGP não possua alta capacidade de retaliar seus membros quando são descumpridas as normas do sub-regime de transparência, a suspensão e a expulsão são sempre alternativas e ambas as penalidades já foram aplicadas.

3.2.2.3 Critérios de elegibilidade da OGP

Há 4 critérios de elegibilidade para ingressar na OGP: Transparência Fiscal (em transparência ativa), sendo 2 pontos pelo Relatório de Proposta orçamentária e outros 2 pela auditoria do Executivo; Acesso à Informação (transparência passiva)¹¹¹, a depender do grau de proteção jurídica ao direito de solicitar informações; publicação de informações patrimoniais dos agentes públicos (em transparência ativa), sendo 2 pontos por previsão do dever dos agentes públicos prestarem a informação ao Estado e os outros 2 caso a população tenha acesso a mesma; e Liberdades Civis (proteção básica das liberdades civis que possibilitem o engajamento do cidadão). Cada um desses critérios é valorado de 0 a 4, perfazendo um total de 16 pontos possíveis¹¹². Além da avaliação *in*

¹¹¹ “4 pontos concedidos a países com acesso às leis de informação em vigor, 3 pontos se um país tiver uma disposição constitucional que garanta o acesso à informação, e 1 ponto se um país tiver um projeto de lei de acesso à informação em consideração. Os países com uma disposição constitucional e um projeto de lei em análise só receberão os 3 pontos para a disposição constitucional”. In <https://www.opengovpartnership.org/process/joining-ogp/eligibility-criteria/>. Acesso em 20/05/2020.

¹¹² Os critérios de elegibilidade e as respectivas notas dos Estados estão disponíveis em: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1FFYzIU2H37_lp5WTKLBp8q2knAoRKsam2kNnrOPIdX8/edit#gid=1406221191. Em julho de 2019, a lista tinha 98 Estados não elegíveis, isto é, que não atingem a pontuação mínima para serem convidados.

loco desses critérios, o Estado que deseja ingressar na OGP passa ainda por uma “Verificação de Valores”, conforme consta no site dessa organização¹¹³.

Essas avaliações são realizadas por uma comissão de especialistas independentes designados especificamente para cada Estado. O ingresso na iniciativa somente é possível para aqueles Estados que obtenham ao menos 12 pontos (75%) e estejam em sintonia com os valores da OGP.

3.2.2.4 Das vantagens de adesão à OGP

A adesão à OGP é facultativa, pautada basicamente nos supostos interesses compartilhados dos membros dessa organização em cooperarem em prol da democracia. Conforme aventado por Keohane e Nye (1989), a cooperação entre atores internacionais somente acontece se houver benefícios recíprocos para as partes. Nessa perspectiva racionalista, tanto a iniciativa dos EUA para a criação da OGP como a adesão do Brasil e de outros atores internacionais, em especial da Europa Ocidental, pressupunham logicamente a expectativa de que haveria benefícios superiores aos custos.

Há de se considerar primeiramente o pagamento de contribuição anual como custo, mas a mesma é relativamente baixa e tem faixas diferenciadas a depender do nível de desenvolvimento econômico-social de cada Estado. Ademais, os custos de adesão para os Estados democráticos parecem ser pequenos, pois já possuem um compromisso com um mínimo de transparência, o que não se verifica em Estados autocráticos. Além disso, de uma forma geral, os custos são minimizados, pois os Estados membros têm liberdade para adotar as medidas de transparência que entendem pertinentes, estabelecendo suas ações e escolhendo as informações a serem disponibilizadas sem imposição da OGP, cumprindo apenas aquilo com o qual se comprometem¹¹⁴.

Já que a OGP não impõe diretamente regras, para realizar seus ideais ela fomenta parcerias e troca de experiências entre os membros, identifica e dissemina boas práticas de governo, concede suporte técnico aos seus membros, instiga a abertura de dados e financia projetos de seu interesse. Assim, há 3 benefícios evidentes para os Estados

113 Somente em 20 de setembro de 2017, o Comitê Gestor da OGP aprovou uma metodologia objetiva e padronizada para a "Verificação de Valores" com base nos indicadores do V-DEM e *Monitor Civicus*. Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/process/joining-ogp/eligibility-criteria/> . Acesso em 25/05/21.

114 Por tudo isso, era previsível uma rápida expansão de seus membros.

participantes: a) o recebimento de dotação orçamentária para realizar os projetos de seu interesse; b) auxílio técnico para implantação desses projetos; c) fazer parte de um grupo de países com o *status* de democrático, ainda que efetivamente nem todos sejam.

A doação de dinheiro e a assistência técnica especializada permitem que os projetos se desenvolvam adequadamente¹¹⁵. Destaca-se que há subvenções específicas para países em desenvolvimento, como no caso do Brasil. Para tanto, a OGP, em parceria com o Banco Mundial, possui uma linha de crédito para apoiar os países membros que não dispõem de condições para arcar com sua contribuição anual para a organização internacional e para financiar ações internas dos membros ou de países que queiram se associar à OGP. O denominado *Trust Fund* é um fundo fiduciário de múltiplos doadores que visa manter as atividades da OGP e financiar projetos tanto de Estados como da sociedade civil.

Quanto ao *status*, ingressar na OGP acaba sendo uma alternativa para aqueles países mal avaliados nos *ranks* de transparência¹¹⁶, pois de certa forma equivale a um selo de que o país cumpre as melhores práticas de transparência, ainda que não seja sempre assim. Este parece ser o caso, por exemplo, do Brasil quando conseguiu mesmo sem ter uma lei de acesso à informação vigente ser membro fundador e ser bem avaliado pela OGP. Outro exemplo é o caso da Áustria, que foi considerado um país elegível¹¹⁷ para participar da OGP, mas está na última posição do rank formulado pela *Global Right to Information Rating* (RTI)¹¹⁸, junto com Palau; atualmente a Áustria é muito criticada por sua falta de transparência¹¹⁹. Os EUA também não têm boas avaliações na RTI e sua nota

¹¹⁵ Nem todos projetos e Estados membros da OGP são elegíveis para receber financiamentos, havendo criteriosa seleção da qual participa inclusive a sociedade civil.

¹¹⁶ O estabelecimento de *ranks*, como de transparência e democracia, passam justamente a ideia de que alguns Estados são bem-sucedidos e outros não, incentivando a competição pela busca de melhorias e de *status* tendo como referencial as regras e os valores dos Estados que estão no topo do *rank*.

¹¹⁷ Disponível em https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2019/08/SC_CS_Call_Minutes_20190716.pdf. Acesso em 01/06/2021.

¹¹⁸ Disponível em <https://www.rti-rating.org/country-data/>. Acesso em 01/06/2021.

¹¹⁹ Disponível em <https://www.access-info.org/2021-05-18/austria-strengthen-draft-foi-law/>. Acesso em 01/06/2021.

na *Freedom House*¹²⁰ está diminuindo nos últimos anos, mas, mesmo assim, têm nota máxima na OGP desde a sua fundação¹²¹.

Além disso, a ampliação do escopo de atuação da OGP parece indicar que ela hoje é muito mais um selo de democracia do que de transparência como em suas origens, tornando-se inclusive sua adesão mais atraente para determinados Estados.

Além desses benefícios e custos, mencione-se que, particularmente, a adesão do Brasil foi influenciada por outros fatores específicos, internos e externos¹²², dentre os quais mencione-se: a) a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no processo conhecido como Gomes Lund e Outros contra Brasil¹²³ que criticou a legislação brasileira por não cumprir com os parâmetros de transparência estabelecidos pelo Sistema Interamericano; b) o fato do Brasil ser considerado um dos poucos países democráticos sem Lei de Acesso à Informação¹²⁴; c) o apoio técnico direto da ONU por meio de Projeto de Cooperação Técnica 914BRZ5009 (intitulado “Política Brasileira de Acesso a Informações Públicas: garantia democrática do direito à informação, transparência e

¹²⁰ Os EUA tinham 94 pontos em 2010 e atualmente têm apenas 83; um dos 3 principais motivos da queda na avaliação foi o quesito transparência, conforme análise da *Freedom House*. Disponível em <https://freedomhouse.org/country/usa/freedom-world/2022>. Acesso em 27/10/22.

¹²¹ Disponível em https://docs.google.com/spreadsheets/d/1BRMrdv-UMB6VP_LZI3T68mXbCfczbCxnjzXNjv7Z6M/edit#gid=1406221191. Acesso em 14/06/21.

¹²² Castro Santos (2010b) defende a tese de que as variáveis externas podem influenciar na mudança do regime político dos Estados e, conseqüentemente, nas políticas públicas nacionais. PAGLIARINI; AGOSTINI, 2009; GÓMEZ, 2010; BLANTON (2006) defendem que a proliferação de leis de acesso à informação tem influência de fatores externos, em especial a adesão aos tratados internacionais. De fato, o contexto internacional aparentemente exerceu relevante influência nas políticas públicas brasileiras ligadas à transparência.

¹²³ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

¹²⁴ A situação poderia ser considerada embaraçosa porque até mesmo países considerados não democráticos já possuíam uma legislação nacional garantidora de direitos, ainda que mínimos, como no caso da China, Uzbequistão, Rússia e diversos Estados africanos. Vide Relatório Liberdade no Mundo de 2011 da *Freedom House*, disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2011>.

participação cidadã”)¹²⁵; d) a pressão de organizações não governamentais, nacionais¹²⁶ e estrangeiras¹²⁷; e) o convite dos EUA para o Brasil ser membro fundador e co presidente¹²⁸ no primeiro mandato da OGP; f) a isenção de contribuição no ano de 2012 para criação da OGP; e g) a percepção da Presidência da República sob o comando de Dilma Roussef, a qual já apoiava a transparência, da existência de uma janela de oportunidade¹²⁹ e seu empenho pessoal nos primeiros anos do mandato para aprovar a primeira lei de acesso à informação brasileira.

Ainda especificamente sobre o Brasil, certamente a ausência de uma legislação garantidora do acesso à informação prejudicava sua imagem enquanto democracia, ao menos dentre os seus pares. Por exemplo, o relatório *Freedom in The World* da *Freedom House* de 2011¹³⁰ criticava a falta de uma Lei de Acesso à Informação. A imagem abaixo demonstra que o Brasil era uma democracia relevante sem lei de acesso à informação:

¹²⁵ No projeto, tanto do ponto de vista técnico como ideológico, percebe-se a influência do pensamento democrático-liberal, exposto por exemplo nas citações de autores estrangeiros, tais como Samuel Huntington, James Madison, Jimmy Carter, Laura Neuman e Joseph Stiglitz, importantes referências norte americanas, além de menção a autores de outras nacionalidades, tais como ingleses e franceses. Ademais, a influência de fatores internacionais na formulação e implementação da Lei de Acesso à Informação se evidencia ainda mais na medida em que o projeto adotou como referência a experiência e os valores consolidados em outros países democráticos, em especial os EUA e a Suécia. Para maiores informações, ver edital da licitação: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2013/arquivos-1/noticia16013-portal.pdf> . O extrato da cooperação técnica firmada foi publicado no DOU em 26/05/2010: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/5259646/pg-2-secas-3-diario-oficial-da-uniao-dou-de-26-05-2010> . Acesso em 25/05/2021.

¹²⁶ Avritzer et al. (2003) argumentam que a democratização do Brasil possibilitou maior permeabilidade do Estado às demandas sociais e uma relação mais produtiva entre Estado e sociedade civil.

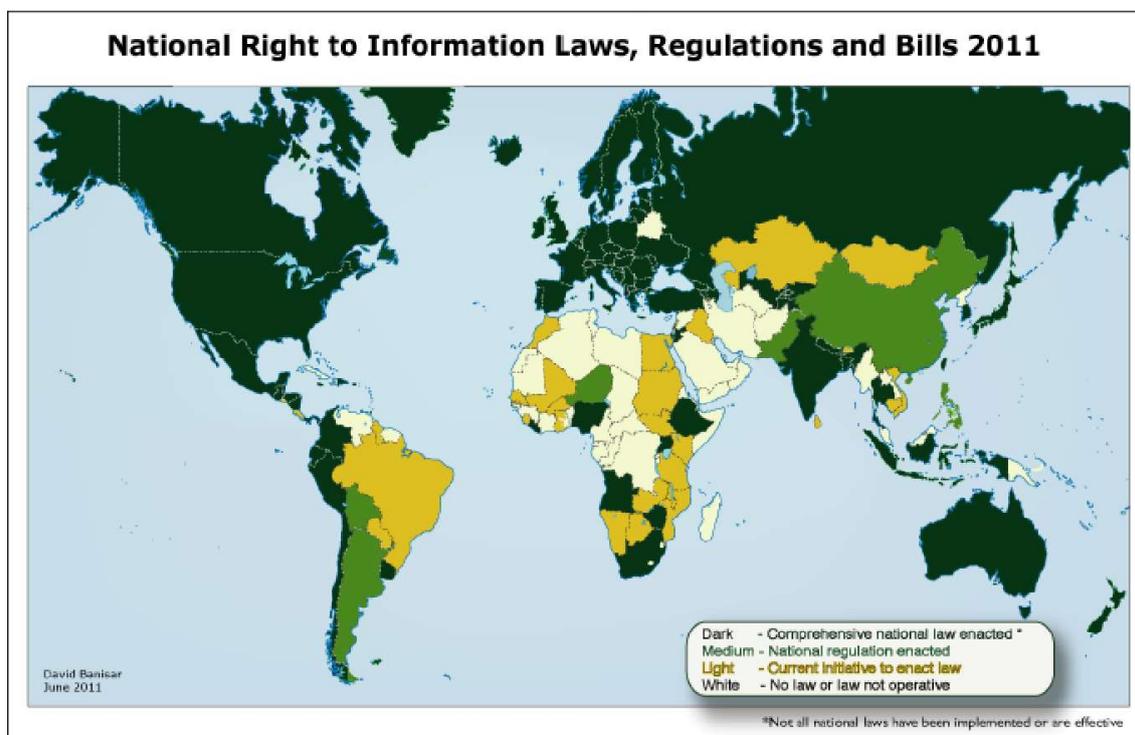
¹²⁷ Esses atores privados fomentaram a discussão do tema, inclusive no “Seminário Internacional sobre Acesso à Informação: Desafios de Implementação” foi realizado pela CGU em parceria com a UNESCO, em Brasília, nos dias 7 e 8 de julho de 2011, com participação de representantes de diversos países. Fonte: <https://aaerj.org.br/2011/06/15/seminario-internacional-acesso-a-informacao/> . Acesso em 24/06/2021. O próprio convite para o Brasil integrar a OGP como co presidente foi muito questionado por esses atores privados, já que o Brasil na prática ignorava os tratados internacionais que determinavam o acesso à informação pública.

¹²⁸ De forma relativamente surpreendente, o Brasil era convidado a firmar a Declaração do Governo Aberto para fundar a Parceria do Governo Aberto e assumir a co presidência dessa organização internacional. O convite foi surpreendente porque o Brasil não era exemplo de transparência, sequer tinha uma lei de acesso à informação e não tinha qualquer histórico glamoroso de democracia, haja vista o longo período ditatorial. O natural seria que Estados com tradição na transparência pública, como a Suécia, liderassem esse processo; contudo, houve a percepção dos EUA de que era necessário um representante da América do Sul e o Brasil foi escolhido não por acaso, pois sempre foi importante na região e aliado dos EUA e o fato do Brasil não ter adotado espontaneamente uma lei de acesso à informação apenas reforçou a necessidade de um estímulo mais direto.

¹²⁹ A percepção de vantagens pelo ator internacional, em um dado contexto e disponíveis por um lapso temporal, é chamada figurativamente de janela de oportunidade. (DOESER e EIDENFALK, 2013).

¹³⁰ Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2011/brazil>. no relatório de 2012 foi mencionada expressamente a aprovação da Lei de Acesso à Informação enquanto um avanço. Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2012> .

Figura 1 – Acesso à Informação no mundo em 2011



Fonte: BASINAR, junho de 2011¹³¹.

Por outro lado, a OGP era, já em 2011, uma instituição aparentemente promissora, primeiro porque patrocinada pelos EUA¹³², segundo porque gozaria de apoio de outras democracias, em especial da União Europeia, e seria certamente um grupo de *status*, composto quase que exclusivamente por democracias com relação privilegiada com os EUA. Por ser um grupo basicamente de democracias, era presumida uma relação diplomática com concessão de benefícios mútuos, em especial o financiamento internacional de políticas públicas nacionais, incentivos tecnológicos e capacitações. A entrada do Brasil em outros grupos de respeito já consolidados acarretava aparentemente custos maiores; no caso da OCDE, por exemplo, implicava renunciar às vantagens de país

¹³¹ Atualmente, os critérios estão disponíveis em <https://www.semanticscholar.org/paper/A-case-study-in-the-rise-of-public-sector-the-of-of-Stubbs/635d414ed7f68fd28f5a8f8c202fa93b7fe886a1/figure/1>.

¹³² Dentro da perspectiva Realista, o direito internacional e os organismos internacionais somente em regra são respeitados pelos Estados somente enquanto for conveniente. Contudo, o suporte das potências a essas instituições pode obrigar ou incentivar os demais atores internacionais a segui-las. Por isso a criação da OGP pelos EUA tem um significado muito importante.

em desenvolvimento e, ainda que desejasse ingressar na OCDE naquela época, o Brasil necessariamente teria de melhorar o acesso à informação pública, conforme consta do Projeto de Cooperação Técnica firmado com a ONU em 2010 para formulação e implementação da Lei de Acesso à Informação:

Se, por um lado, **a OCDE**, por exemplo, elogia alguns dos procedimentos de acesso a informações disponibilizados pelas agências reguladoras brasileiras [...]. Por outro, **a Organização avalia que** muitos mecanismos de transparência podem ser inseridos e aperfeiçoados e que, na comparação com outras nações pertencentes à OCDE, **o Brasil ainda se encontra em posição de desvantagem neste quesito**. – Destaques nossos.

Por tudo isso, o inesperado convite dos EUA para que o Brasil assumisse a copresidência da OGP foi percebida por Dilma Rousseff como uma janela de oportunidade. Não apenas entrar na OGP como copresidente, mas indiretamente ter a chancela internacional de que o Brasil, naquela ocasião, já possuía credibilidade pelos esforços realizados até o momento para implementar a transparência, desconsiderando a longa fase opaca que perdurava desde o período colonial. Além de maior influência sobre o grupo, a posição de membro fundador e copresidente lhe conferiria maior prestígio internacional, consagrando o Brasil como uma democracia de referência no sistema internacional.

Contudo, embora não houvesse uma regra formal, o ingresso do Brasil aparentemente estava condicionado a aprovação de uma Lei de Acesso à Informação¹³³. Essa condicionante decorria, precipuamente, do constrangimento que o Brasil já vinha passando por ser uma democracia paradoxalmente opaca. A pré-existente pressão pela transparência exercida pelas organizações não governamentais internacionais, pela mídia nacional, pela ONU e pela Corte Interamericana de Justiça aumentaria se o Brasil aderisse à OGP e permanecesse sem uma lei de acesso à informação, pois dos 8 membros fundadores da OGP, apenas Brasil¹³⁴ e Filipinas não tinham uma lei de acesso à informação, sendo que este último Estado já estava discutindo a implementação de uma. No Brasil, já tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.228/2009, de iniciativa da própria Dilma Rousseff enquanto era a autoridade máxima da Casa Civil da

¹³³ Isso fica mais evidente ao se considerar que a assinatura da OGP aconteceu em setembro de 2011 e, apenas dois meses após o ingresso do Brasil, foi aprovada a LAI

¹³⁴ A Indonésia tinha uma lei de acesso à informação e as Filipinas adotaram uma em 2016, conforme se verifica em <https://www.rti-rating.org/country-data/>. Acesso em 08/06/21.

Presidência da República. Como já havia disposição da Presidente em criar uma lei de acesso à informação para atender uma dívida com a Constituição da República, a qual previa desde 1988¹³⁵ a transparência, os custos políticos internos não eram altos¹³⁶, bastava sobrepujar a resistência interna do Gabinete de Segurança Institucional (GSI) e dos Ministérios da Defesa e das Relações Exteriores¹³⁷, os quais desejavam “manter a possibilidade do sigilo eterno”¹³⁸ e, conforme Rodrigues (2017), eram contra a desclassificação automática da informação, hipótese em que as informações que poderiam colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado seriam disponibilizadas pelo decurso de tempo.

Após o convite dos EUA, Dilma Rousseff promulgou primeiramente, em 15/09/2011, um Decreto¹³⁹ estabelecendo as diretrizes para o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto; esse normativo demonstra que o Brasil se preparava para entrar na OGP. O compromisso assumido interna e internacionalmente pelo Poder Executivo

¹³⁵ Marcio Cunha Filho (2019) menciona que organizações não governamentais, inclusive a Transparência Brasil e o Artigo 19, e a imprensa se uniram a autoridades públicas na defesa do projeto de lei. Marcio Cunha Filho (2019) destaca a influência de fatores externos durante a tramitação na Câmara, os quais em conjunto com fatores internos levaram o projeto a ganhar caráter de urgência: “Aderindo à proposta da CGU, diversas entidades da sociedade civil, bem como **representantes de organismos internacionais, exerceram influência considerável sobre o relatório final**, que apresentou resultado mais ambicioso do que a proposta inicial do Executivo”. – Destaque nosso.

¹³⁶ Além do impacto das variáveis externas já citadas sobre a política nacional, acrescenta-se que fatores domésticos também influenciaram na adoção da LAI. Num contexto de graves denúncias contra o Governo Lula, escândalo comumente denominado pela mídia de mensalão, e a correlata pressão social pelo combate à corrupção, surgia uma oportunidade real de se aprovar no Congresso Nacional uma Lei de Acesso à Informação.

¹³⁷ A Presidência da República, em 2006, respondeu o questionamento do Ministério Público Federal feito pelo Ofício n. 1.406/2006 (Brasil 2006a), relativamente a constitucionalidade da Lei n. 11.111/2005 por meio da Nota SAJ n. 93/2007 (Brasil 2006a), em que defendeu a validade dessa legislação restritiva com base em diversos argumentos, dos quais se destaca: “(...) a pressão existente de parte da população pelo acesso a documentos da ditadura [causou um] **temor por parte de parcela do Governo de que essa abertura pudesse ocasionar o acesso a documentos outros**, não relacionados àquele período de exceção, passíveis de colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado (...)” – Destaque nosso. Para além disso, é relevante mencionar a oposição do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, conforme aduz Cunha Filho (2019): “(...) a principal preocupação do MD estava relacionada a planos de guerra ou outros documentos que, apesar de terem sido elaborados há décadas, não necessariamente teriam sofrido grandes modificações, o que faria com que sua divulgação afetasse a segurança do país (entrevistado 14, entrevistado 17). Já o principal receio do MRE se relacionava à exposição de documentos protegidos por tratados internacionais bilaterais, o que poderia afetar a parceria do Brasil com outros países, ou mesmo ressuscitar antigas tensões do Brasil com vizinhos (entrevistado 17), ou poderia fazer com que o Brasil descumprisse acordos internacionais que tratavam sobre padronização de normas sobre classificação de informações (entrevistada 22). (...)”.

¹³⁸ Conforme nota de 06/12/2010 publicada no sítio eletrônico da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI). Disponível em <https://abraji.org.br/noticias/cabera-a-dilma-rousseff-aprovar-ou-nao-a-lei-de-acesso>, acesso em 22/10/2021.

¹³⁹ Ver detalhes em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Dsn/Dsn13117.htm.

por lógica tornava ainda maior os constrangimentos para a aprovação da Lei de Acesso à Informação pelo Congresso Nacional. Então, nesse jogo de dois níveis, num único movimento de promulgar o referido Decreto Dilma Rousseff reforçava suas pretensões internas e internacionais em prol da transparência e transferia para o Congresso o constrangimento pela eventual não aprovação de uma lei de acesso à informação.

Nesse contexto nacional e internacional, a Lei de Acesso à Informação foi de fato aprovada dois meses após a assinatura da OGP, no início de seu primeiro mandato, ocasião em que os Presidentes detêm maior influência junto ao Congresso Nacional para realizar suas aspirações legislativas. As propostas de modificações¹⁴⁰ em prejuízo a transparência foram afastadas pela ação da Presidente, inclusive a proposta de emenda que possibilitaria sucessivas e ilimitadas prorrogações de restrição de acesso à informação.

A Lei n. 12.527 foi publicada em 18 de novembro de 2011, e estabeleceu que sua entrada em vigor ocorreria em 180 (cento e oitenta) dias após essa data, ou seja, em 16 de maio de 2012 (art. 47), válida para todos os órgãos públicos nacionais. Ao sancionar a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11) e a Lei da Comissão da Verdade (Lei 12.528/11) em 18/11/2011, na presença de diversas autoridades e de cidadãos, a Presidente Dilma Rousseff disse que:

Este 18 de novembro de 2011 é uma data histórica para o Brasil. É o dia em que comemoramos – e partir de agora iremos comemorar – a transparência e celebrar a verdade. Por isso, **é grande meu orgulho ao sancionar essas duas leis.** Essas duas leis foram elaboradas durante o governo do presidente Lula, e aqui eu queria destacar a contribuição do ex-ministro Franklin Martins para as duas leis. (...)

Quero, também, destacar uma grande conquista que a nova Lei de Acesso à Informação Pública nos proporciona. Nenhum ato ou documento que atente contra os direitos humanos pode ser colocado sob sigilo de espécie alguma. **Q**

¹⁴⁰ Quando o projeto foi enviado para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, onde houve grande resistência à proposta. Reis (2014, p. 56) chama atenção para o fato de que os Senadores Fernando Collor de Mello (PTB-AL) e José Sarney (PMDB-AP) desejavam um lapso temporal superior aos 50 (cinquenta) anos de sigilo previstos na proposta. O anteprojeto ficou na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional de abril a outubro de 2011. Cunha Filho (2019) alega que, nesse momento, “o travamento do trâmite legislativo causou constrangimento internacional ao governo brasileiro (entrevistado 19)”. Por esse motivo, o Senador Fernando Collor, na condição de presidente da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, apresentou texto substitutivo que visava permitir a prorrogação da classificação de informações por indefinidas vezes. Somente após a apresentação de proposta de um texto substitutivo mais conservador pelo Senador Fernando Collor de Mello, o assunto foi liberado para ser discutido em plenário. A votação nominal ocorreu em 25 de outubro de 2011, tendo sido rejeitado o projeto substitutivo apresentado pelo Senador Fernando Collor de Mello e aprovado o projeto da Casa Civil com as retro citadas modificações propostas pelo Deputado Federal Ribeiro Filho.

sigilo não oferecerá, nunca mais, guarida ao desrespeito aos direitos humanos no Brasil.

Esta é uma importante conexão, uma conexão decisiva com a lei que cria a Comissão da Verdade. Uma não existe sem a outra, uma é pré-requisito para a outra, e isso **lançará luzes sobre períodos da nossa história que a sociedade precisa e deve conhecer.** São momentos difíceis que foram contados até hoje, ou, melhor dizendo, foram contados durante os acontecimentos sob **um regime de censura, arbítrio e repressão, quando a própria liberdade de pensamento era proibida.**

É fundamental que a população, sobretudo os jovens e as gerações futuras, conheçam nosso passado, principalmente o passado recente, **quando muitas pessoas foram presas, foram torturadas e foram mortas.** A verdade sobre nosso passado é fundamental para que aqueles fatos que mancharam nossa história nunca mais voltem a acontecer. – Destaques nossos.

A respeito desse discurso, Marcio Cunha Filho (2019) observa que:

Um dos entrevistados desta pesquisa afirmou que, durante o período em que trabalhou na Casa Civil, esta foi uma cerimônia muito carregada de emoções, e foi a ocasião em que a Presidente mais “se sentiu em casa”, pois “aquilo fazia muito sentido, muito sentido [para ela]” (entrevistado 14).

Primeiro, embora as discussões sobre essas leis tenham se iniciado durante o governo Lula¹⁴¹ tal qual a Presidente mencionou em seu discurso de 18/11/2011, é preciso frisar que ela teve desde o início desse processo papel de destaque, já que ocupava a Casa Civil na ocasião, enviando o projeto pró transparência proposto pela CGU¹⁴² ao Congresso. Em segundo lugar, ao enviar o projeto, houve uma opção dela por apoiar a parte do governo que lutava pela transparência, contrariando a posição do GSI e dos

¹⁴¹ Em movimento contrário à transparência, Lula propôs a Medida Provisória n. 228/2004, a qual foi convertida na Lei n. 11.111/2005. De acordo com Cunha Filho (2019, p. 134), a iniciativa visava conscientemente dificultar o acesso às informações do Estado: “A proposta de medida provisória foi elaborada pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI-PR) e parece ter sido rapidamente aceita pelo governo, pois foi assinada pelo presidente Lula logo após sua apresentação. Sob o pretexto de regulamentar o art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, **a lei objetivava proteger o Estado da divulgação de informações**, sendo muito difícil compreendê-la como um instrumento de cidadania voltado a promover o acesso à informação e romper com a cultura do sigilo (entrevistada 18).” – Destaque nosso. De acordo com a Lei n. 11.111/2005, a autoridade pública poderia decidir restringir acesso à informação que entendesse ser imprescindível a segurança do Estado e da sociedade por prazo indeterminado, isto é, eternamente.

¹⁴² De acordo com Ribeiro (2019), a CGU, a partir de 2003, inseriu em suas atividades a defesa do valor transparência em âmbito nacional. Especificamente em relação a LAI, a CGU, por meio de seu Conselho de Transparência e de seminários, discutiu com a sociedade civil o projeto legislativo que se tornaria a futura lei de acesso à informação. Paralelamente às ações da CGU, não se pode negar que havia outros esforços em prol da transparência. Por exemplo, em 2006, o Ministério Público Federal questionou a Presidência da República, por meio do Ofício n. 1.406/2006 (Brasil 2006a), a constitucionalidade da Lei n. 11.111/2005 que restringia em muito o preceito constitucional da transparência.

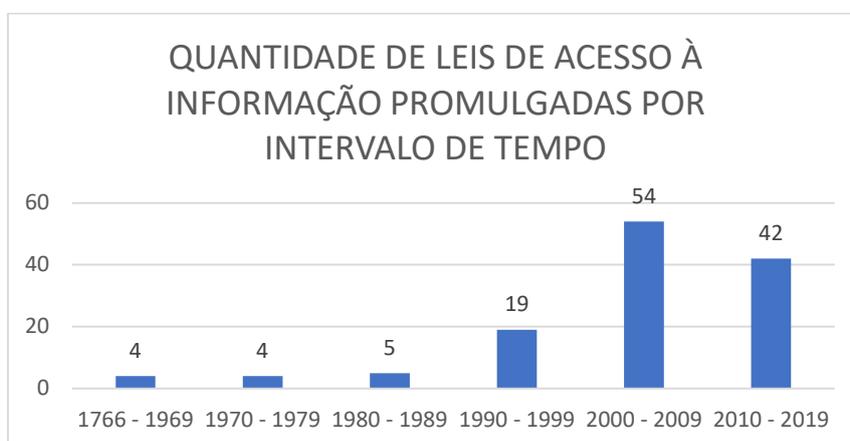
Ministérios da Defesa e das Relações Exteriores. Ainda é preciso dizer que a própria Presidente se considera incluída no conjunto de pessoas que lutaram contra a repressão no período da Ditadura Militar e foram torturadas, um dos possíveis motivos pelos quais aparentemente aspirava por maior transparência e a criação da Comissão da Verdade. Para além do ofício enquanto líder máximo do Estado, isso demonstraria seu interesse pessoal de aprovação dessas leis. Esse entendimento é reforçado durante o discurso de lançamento dessas leis quando a Presidente menciona o período da Ditadura Militar no Brasil, experiência particular pela qual passou.

Igualmente não parece ser mera coincidência a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11) ser publicada no mesmo dia que a Lei da Comissão da Verdade (Lei 12.528/11), já que esta tem, conforme sua ementa, a “finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.” Essas leis estão conexas por seus objetivos que basicamente é o de prestar informações verídicas, embora a segunda exija uma recuperação dos registros especificamente de um período da história do Brasil.

3.2.2.5 Da importância da OGP para o sub-regime de transparência

A promulgação de leis de acesso pelo mundo foi um processo lento que se iniciou em 1766 com a lei sueca. Contudo, conforme tabela abaixo, houve uma rápida expansão da transparência no sistema internacional nas últimas décadas:

Tabela n. 3 – Quantidade de leis de acesso à informação promulgadas por intervalo de tempo



* Considerou-se que a lei de acesso à informação da Colômbia foi promulgada em 1888 e não 1985.

Fonte: gráfico produzido pelo autor com base nos dados da RTI.

Observa-se que, no início, a adoção de leis de acesso à informação eram iniciativas isoladas de Estados, normalmente democracias avançadas, tais como Suécia, Finlândia e EUA, por exceção da Colômbia que tinha uma lei mais conservadora se comparada em especial com a sueca. Entre a primeira e a segunda lei de acesso à informação, há um intervalo de mais de 100 anos. Esse padrão basicamente se manteve até 1989.

Posteriormente, constata-se que a partir de 1990, com o fim do sistema bipolar e com a onda democrática em sua terceira fase, as leis de acesso à informação começam a se espalhar pelo mundo e há um pico da expansão no início dos anos 2000. Como era de se esperar, após o fim da União Soviética e o aumento do número de Estados democráticos, houve expansão de leis de acesso à informação pelo mundo. Uma possível e provável explicação é que essa rápida expansão seja resultado, ao menos em parte, do esforço dos EUA para exportar seus valores democráticos, o qual foi abordado anteriormente.

Na década de 2010 e 2019, já sob os auspícios da OGP, o movimento de expansão da transparência parece perder força; mas isso se explica ao menos em parte pelo fato dos Estados democráticos em sua maioria já terem adotado uma legislação pró transparência. A título de entendimento, cite-se que existem 74 Estados Livres em 2019, de acordo com a *Freedom House*; desses Estados Livres, 61 possuem lei de acesso à informação. Em 2019, dos 192 países do mundo, 128 possuem uma lei de acesso à informação e, desses 192 países, desde a criação da OGP (2011 – 2021), 41 Estados publicaram leis de acesso à informação e 20 deles fizeram parte da OGP em algum momento, dentre esses Estados, citem-se pela relevância os membros fundadores Brasil e Filipinas que eram resistentes a adoção da transparência. Somente em 2011, ano em que foi lançada a OGP, 7 Estados criaram leis de acesso à informação, todos membros da OGP por exceção de Mônaco. Para maiores detalhes, ver tabela em anexo à tese.

Contudo, nem todos os Estados reagiram à proposta dos EUA como o Brasil: também houve oposição a liderança dos EUA. A Rússia, que havia se manifestado inicialmente ser a favor da criação da OGP em 2012, recentemente reconsiderou sua posição, sendo hoje expressamente contra a organização, gerando atritos e evidenciando a intenção de criar seu próprio grupo de transparência, o qual fatalmente fará oposição aos Estados da OGP que em sua maioria são democráticos. Em relação à China, assevere-

se que esse Estado lançou seu plano nacional de abertura sem qualquer vínculo com a OGP e selecionando as regras que seriam aplicadas internamente a partir de 2002. A postura da China parece ser ligeiramente diferente da Rússia, pois não houve uma manifestação expressamente contrária; no momento, percebe-se que não preenche de fato os critérios de ingresso na OGP, mas a China tem se destacado justamente por assimilar as regras impostas e conseguir sucesso, como no caso da OMC. Ainda assim, há evidências lógicas de que os EUA deixaram de convidar Taiwan para não contrariar os interesses chineses, apenas isso parece explicar a não participação na OGP de um Estado democrático aliado dos EUA que não foi sequer avaliado como membro potencial. Ademais, Taiwan lançou seu próprio plano de ação para estabelecer um governo aberto, evidenciando seu interesse em seguir as regras do sub-regime da transparência; inclusive, a própria OGP já reconheceu os esforços desse Estado, mas jamais o convidou para ingressar. Diferentemente de Taiwan, houve a negativa de participação de aliados norte-americanos que chegaram a ser avaliados pela OGP, como Índia e Japão. Embora branda, a postura desses Estados deve ser considerada de oposição, pois se recusaram a assimilar todas as regras e valores do sub-regime de transparência. Além deles, é preciso lembrar daqueles Estados já mencionados que aderiram formalmente ao sub-regime da transparência, mas apresentaram resistência em adotar uma lei de acesso à informação e, por isso, foram excluídos e suspensos. Então, não basta estar alinhado à transparência apenas no discurso, pois a OGP permite que condutas diferentes da expectativa traçada sejam fiscalizadas e eventualmente punidas de forma direta ou indireta.

Enfim, a OGP não se posiciona enquanto um órgão legislante, mas sua importância reside em divulgar a transparência mesmo para quem não é membro, abrir o diálogo pela transparência para aqueles que são elegíveis e isso pode contribuir para fortalecer a expansão, manutenção e melhoria de qualidade das leis de acesso à informação pelo mundo. A OGP é uma variável importante para se entender a expansão das leis de acesso pelo mundo, mas definitivamente não conta toda a história das leis de transparência na última década, existem outras variáveis que impactam no processo de criação, inclusive variáveis internas que não são o objeto principal desta tese.

3.3 As principais normas do sub-regime internacional de transparência

Dada a vagueza dos tratados internacionais quanto ao dever de transparência dos Estados, inclusive com omissão da própria OGP em sanar essa questão, e a pluralidade

de leis de acesso à informação no âmbito nacional, houve esforços de diversos acadêmicos e instituições para se identificar a existência de normas compartilhadas, muito em decorrência da influência internacional das leis de acesso de referência, em especial dos EUA e da Suécia, para promovê-las enquanto o mínimo de transparência aceitável nas democracias.

Na academia, existem marcos doutrinários importantes, os quais são citados costumeiramente em obras sobre acesso à informação. Por exemplo, é muito conhecido o trabalho de Mendel (2009) no qual ele compara as legislações de acesso à informação de diversos países e identifica certas regras básicas compartilhadas; são igualmente relevantes as recomendações feitas pela Transparência Internacional¹⁴³, muitas delas adotadas pelos Estados. Outra dessas grandes referências são os “Princípios de Johannesburg”, os quais foram criados em 1995 quando especialistas do direito de acesso à informação se reuniram nessa cidade da África do Sul e iniciaram um amplo debate sobre o sigilo decorrente da segurança nacional. Em 1996, as conclusões dos debates da convenção internacional foram consolidadas em 17 princípios básicos¹⁴⁴ de acesso à informação com um foco maior na informação classificada. Os princípios foram publicados nesse mesmo ano e foram aprovados pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2000, e pela ONU (com menção aos princípios em diversos relatórios da Comissão de Direitos Humanos desde 1996).

Além da própria ONU, outras organizações internacionais produzem estudos sobre as normas básicas de acesso à informação, em regra a partir das considerações acadêmicas, sendo que na América se destacam as recomendações da OEA. Essa organização internacional, ao analisar as diversas legislações de acesso à informação, estabeleceu a principal referência de transparência no continente, a denominada Lei Modelo de Acesso à Informação da OEA¹⁴⁵, que, embora seja formalmente um conjunto de recomendações de boas práticas, identificou e consolidou de fato as normas básicas adotadas e compartilhadas pelos Estados membros da organização, inclusive Brasil e EUA. Além de serem normas compartilhadas, com a criação da OGP, o oferecimento de

¹⁴³ Disponível em <https://transparenciainternacional.org.br/conhecimento/>. Acesso em 21/05/2021.

¹⁴⁴ Disponível em https://www.right2info.org/resources/publications/ngo-statements/ngo-statements_joburgprinciples. Acesso em 31/05/2021.

¹⁴⁵ Disponível em http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/Publicacao_Lei_Modelo_Interamericana_2_0_Acesso_Informacao_Publica.pdf. Acesso em 19/05/2021.

benefícios pelos EUA e a contínua promulgação de leis de acesso à informação, os constrangimentos para seguir certas regras basilares de transparência aumentaram muito, e de certa forma essa é a proposta da lei modelo em comento, orientar quais seriam essas regras basilares. Essas recomendações vão ser descritas com o intuito de demonstrar as bases normativas do sub-regime da transparência e ainda para servir de referência analítica para os próximos capítulos, conforme se segue:

Das normas introdutórias

- aplica-se o princípio da máxima publicidade, de acordo com o qual a transparência é a regra geral e toda informação pública deve ser disponibilizada, ainda que se restrinja a parte de um registro;

- a lei de acesso à informação se aplica ao Estado no sentido amplo, compreendendo todos os níveis e poderes, além das empresas estatais, e também sendo aplicável a organizações privadas, tais como partidos políticos, agremiações, sindicatos e organizações sem fins lucrativos que recebam recursos públicos;

- no caso de dúvidas quanto à aplicação das normas, a interpretação deve sempre ser favorável à sociedade;

- a negativa de acesso à informação precisa ser motivada;

- o prazo geral máximo de sigilo¹⁴⁶ é de 5 anos contados da produção da informação, mas pode ser prorrogado por mais 5 excepcionalmente pelo órgão garantidor, sem ultrapassar 10 anos;

- nenhum tipo de informação estatal poderá ser sigiloso de maneira indefinida;

- podem ser demandas informações de interesse pessoal (inclusive informação pessoal) ou de interesse público;

Da apresentação das demandas de acesso à informação (transparência passiva)

¹⁴⁶ Os sujeitos obrigados podem negar o acesso à informação pública ante o risco claro, provável e específico de um dano significativo. Considera-se informação reservada aquela que:

a. impeça a futura prestação livre e franca de assessoramento no âmbito dos sujeitos obrigados e entre eles; b. possa prejudicar a condução das negociações e relações internacionais; c. ponha em risco a vida, a dignidade humana, a segurança ou a saúde de qualquer pessoa; d. contenha opiniões ou recomendações que façam parte do processo deliberativo dos servidores públicos, enquanto não seja aprovada a decisão definitiva; e. afete direitos do devido processo ou prejudique a condução dos expedientes judiciais ou dos procedimentos administrativos, até que se tornem definitivos; f. comprometa a capacidade do Estado de gerir a economia em caso de emergência econômica decretada por lei; e g. cause um grave prejuízo às atividades de verificação, inspeção, auditoria, investigação, prevenção ou persecução de delitos.

- possibilidade de solicitar informação de forma anônima;
- multiplicidade de formas para se solicitar acesso à informação;
- inexistência de custo para a apresentação de um pedido de acesso à informação, mas possibilidade de cobrança de taxas para reprodução e entrega da informação, as quais devem visar apenas o ressarcimento das despesas;
- possibilidade de dispensa da cobrança de taxas de reprodução e envio para os legalmente pobres;
- quando uma Autoridade Pública deixa de cumprir os prazos na lei de acesso à informação, não poderá haver cobrança de custas caso seja hipótese de disponibilização;
- possibilidade de indicação no pedido inicial da forma preferencial de entrega da informação (digital, impressa, pelos Correios etc);
- deve-se conceder a oportunidade para que o solicitante reduza ou modifique o escopo de sua solicitação, antes de qualquer negativa em razão do volume da informação ou dos trabalhos necessários para a disponibilização da informação;
- encaminhamento automático dos pedidos de acesso à informação recebidos por órgãos incompetentes para atendê-los para aqueles que detêm a informação;
- prestar assistência aos interessados que necessitem de orientação sobre o exercício do direito de acesso à informação;

Do procedimento de acesso à informação (transparência passiva)

- possibilidade de participação de terceiros interessados¹⁴⁷ nos processos de acesso à informação de natureza privada acumulada pelo Estado, aos quais caberá a manifestação sem caráter vinculativo de concordar ou não com a disponibilização da informação;
- todas as ações processuais devem ter um prazo razoável fixado;
- as respostas para uma solicitação de informação devem ser apresentadas com a maior brevidade possível e, no máximo, em 20 dias úteis contados a partir de seu recebimento;
- possibilidade de prorrogação do prazo de resposta, por igual período, quando for necessária a busca ou a análise de um grande número de informações ou ainda se a busca

¹⁴⁷ De acordo com a Lei Modelo da OEA de 2020, “Terceiros Interessados” se refere às pessoas que tenham interesse direto em impedir a divulgação de informação que tenham oferecido de forma voluntária a uma Autoridade Pública, seja porque essa divulgação afeta sua privacidade, seja porque prejudica seus interesses comerciais”.

for realizada em escritórios fisicamente separados ou quando a demanda dependa de consultas a outras instituições públicas antes da decisão;

- a ausência de resposta é considerada uma negativa de acesso à informação;
- todo demandante tem o direito de recorrer administrativamente da decisão negativa de acesso à informação;
- quando houver omissão a um pedido de informação o demandante poderá recorrer ao Órgão Garantidor;

Considerações gerais sobre sigilo

- a exceção à regra da transparência é legítima quando estritamente necessária em uma sociedade democrática;

- reconhecimento de um rol taxativo de sigilo¹⁴⁸, admitindo-se a negativa quando:

- a) decorrente do risco a segurança do Estado ou da sociedade; b) se tratar de informações pessoais sensíveis (aquelas que violam a imagem, honra, intimidade ou a privada de um indivíduo); c) protegidas pelo sigilo empresarial; d) protegidas pelo sigilo judicial; e) referentes ao segredo profissional do advogado; f) se tratar da prestação livre e franca de assessoramento no âmbito dos órgãos obrigados e entre eles; g) possa prejudicar a condução de negociações e das relações internacionais; h) colocar em risco a vida, a dignidade humana, a segurança ou a saúde de qualquer indivíduo; i) contenha opiniões ou recomendações que façam parte do processo deliberativo dos funcionários públicos, enquanto não seja aprovada a decisão definitiva (documento preparatório); j) afetar direitos do devido processo legal ou prejudicar a condução dos expedientes judiciais ou administrativos ainda não concluídos; k) comprometer a capacidade do Estado de gerir a economia em situações emergenciais reconhecidas em lei; e l) causar grave prejuízo às atividades de fiscalização, inspeção, auditoria, investigação, prevenção ou persecução de delitos;

¹⁴⁸ A OEA, em sua Lei Modelo de 2020, estabelece duas categorias de sigilo:

“a. informação reservada: compreende a informação pública que se exclui temporariamente do conhecimento das pessoas por existir um risco claro, provável e específico de dano a interesses públicos, conforme os requisitos contemplados nesta Lei;

b. informação confidencial: compreende a informação privada em poder de sujeitos obrigados, cujo acesso público se proíbe por mandato constitucional ou legal, em razão de um interesse pessoal juridicamente protegido”.

- a negativa de acesso à informação deverá ser detalhadamente justificada, com menção ao fundamento legal e de sua aplicação às informações demandadas;
- o ônus de provar a existência de sigilo é do Estado e não do demandante da informação;
- a Autoridade que deixe de cumprir os prazos legais do processo de acesso à informação deverá obter a aprovação prévia do Órgão Garantidor para recusar o pedido em parte ou totalmente;
- nenhum órgão pode se negar a informar se um documento se encontra ou não em seu poder. Em outros termos, a resposta do Estado deve ser objetiva ao conceder ou negar acesso, não podendo se furtar em dizer se a informação é ou não sigilosa;
- o sigilo não poderá ser aplicado em casos de violações graves de direitos humanos ou de crimes contra a humanidade. Nesses casos, há uma inafastável presunção de transparência que prevalece sobre qualquer sigilo, inclusive a invocação de razões de segurança nacional;
- o segredo também não poderá ser invocado quando se trate de informação relacionada a atos de corrupção praticados por agentes públicos, conforme definido nas leis e na Convenção Interamericana contra a Corrupção;
- a informação sobre investigações concluídas que não sejam judicializadas será de acesso público;

Do sigilo classificado

- a classificação das informações relativas à segurança nacional é a solução¹⁴⁹ especificamente democrática para possibilitar a garantia da segurança nacional de forma legítima, sem prejuízo ao controle social exercido pelas sociedades civis e a temporariedade do sigilo;
- as normas e os procedimentos que regulamentam a classificação da informação devem ser submetidos, antes de sua aprovação, a um processo de consulta aberta em que a sociedade tenha a oportunidade de expressar suas propostas e observações;

¹⁴⁹ Na contra inteligência defensiva, o Estado apenas protege suas informações da exploração adversária; nesse sentido, é fundamental a proteção das informações estratégicas¹⁴⁹ produzidas ou acumuladas pelo Estado. Essa proteção é ampla, envolvendo instrumentos jurídicos, tecnológicos e humanos. Para Cepik (2003, p. 153), a proteção de segredos estatais depende de 3 processos dependentes: a) procedimentos de classificação da informação, a principal contramedida de segurança objeto deste trabalho; b) controles de acesso aos que realmente necessitam tomar conhecimento da informação; c) responsabilização no caso de vazamento da informação.

- as autoridades máximas dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo poderão classificar informações;

- no Poder Executivo, além dos os Chefes de Estado e de Governo, poderão classificar informações as instituições supervisoras, os serviços de inteligência, as forças armadas, a polícia e ainda outros órgãos de segurança. A autoridade máxima de cada um desses órgãos é a responsável por classificar a informação, salvo no nível reservado;

- os funcionários públicos com poder de classificação poderão delegar a competência a subordinados hierárquicos, desde que seja a delegação feita ao menor número viável do ponto de vista administrativo;

- a decisão de classificação deve informar: a. o órgão que produziu a informação; b. a data ou o evento a que se refere a classificação; c. a autoridade que tomou a decisão de classificar a informação; d. os autorizados a acessar a informação; e. a distinção entre as partes da informação que serão submetidas ao sigilo e as que sejam de acesso público; e f. o prazo de sigilo;

- a classificação deve ser feita somente quando a divulgação da informação pode provocar um dano real, demonstrável e identificável;

- são situações em que as informações expõem a sociedade ou o Estado a risco: a. planos de defesa e operações militares em curso e questões sobre capacidade militar enquanto exista utilidade operacional aos inimigos; b. produção, capacidade ou uso dos sistemas de armamento e outros sistemas militares, inclusive os sistemas de comunicação¹⁵⁰; c. medidas específicas destinadas a resguardar o território do Estado, a infraestrutura crítica ou as instituições nacionais fundamentais (*institutions essentielles*) contra ameaças, uso da força ou sabotagem, cuja efetividade dependa de restrição de divulgação¹⁵¹; d. operações, fontes e métodos dos serviços de inteligência, sempre que digam respeito a assuntos relativos à segurança; e. informação sobre assuntos de segurança nacional disposta por um Estado estrangeiro ou organismo intergovernamental com a expectativa expressa de confidencialidade; e f. outras comunicações diplomáticas, na medida em que se refiram a assuntos relativos à segurança nacional;

¹⁵⁰ O sigilo inclui inovações e dados tecnológicos, produção, capacidade ou uso. A informação sobre dotações orçamentárias relativas a armamento e a outros sistemas militares e a lista de controle de armamento devem ser de acesso público.

¹⁵¹ A expressão “infraestrutura crítica” refere-se a recursos estratégicos, ativos e sistemas, sejam físicos, sejam virtuais, de tal importância para o Estado que sua destruição ou incapacidade teria um impacto debilitador na segurança nacional.

- a legislação nacional deve estabelecer uma lista exclusiva de categorias de informação passíveis de classificação, tais como a anteriormente mencionada;

- a informação classificada será pública quando: a. se extingam as causas que deram origem a sua classificação; b. expire o prazo de classificação; c. o Órgão Garantidor ou do Poder Judiciário determine que existe uma causa de interesse público que prevalece sobre a reserva da informação; d. a autoridade máxima da unidade administrativa respectiva do sujeito obrigado considere pertinente a desclassificação, em conformidade com o disposto na presente Lei;

Das outras negativas de acesso à informação

- necessidade de realização de buscas razoáveis pela informação solicitada antes de qualquer negativa pautada na sua não localização ou inexistência. Ademais, deve-se apresentar ao demandante os critérios e os métodos de busca, bem como os locais físicos ou sistemas em que a pesquisa foi feita. A busca deve ser sempre provada por meio de um processo devidamente documentado. Se a inexistência decorrer de sua ilegal destruição ou de caso fortuito ou força maior, o Estado deve proceder a sua reconstrução sempre que viável;

- o prazo máximo do sigilo sobre informações pessoais sensíveis deve ser de 20 anos a contar do falecimento do seu titular;

- a informação sobre investigações concluídas que não estejam judicializadas será de acesso público. Caso estejam judicializadas, a decisão pendente do juiz no caso concreto e em conformidade com a lei;

Da transparência ativa

- divulgação de informações de interesse geral por meio de sítios eletrônicos;

- disponibilização da informação preferencialmente em formato aberto e digital, a fim de possibilitar seu tratamento e utilização pelos interessados;

- publicação da lista de informações classificadas e desclassificadas com resumo que permita a identificação e rastreamento do documento. Devem constar do resumo a área que gerou a informação, o nome do documento, seu conteúdo (ainda que de maneira genérica), o tipo de classificação, a extensão da classificação, a data de início e encerramento do sigilo, sua justificativa e eventuais prorrogações. Essas informações não devem ser consideradas sigilosas em nenhuma hipótese;

- publicação em transparência ativa dos pedidos de acesso à informação sempre que possível;
- publicação em transparência ativa dos registros de informações solicitados em transparência passiva mais de uma vez;
- deve existir um arquivo geral de informações públicas;

Do órgão garantidor da transparência pública

- cada Estado deve criar um órgão autônomo e especializado, dotado de capacidade punitiva, para fiscalizar a aplicação da lei de acesso à informação, coordenar esforços pela transparência, emitir diretrizes técnicas e divulgar a lei de acesso à informação;
- o órgão garantidor (também chamado de órgão garante) deve registrar os pedidos, as respostas e os correlatos recursos em um sistema de acompanhamento centralizado (entradas e saídas);
- os representantes do órgão garantidor terão mandato, dedicação exclusiva à atividade, experiência e boa reputação, selecionados ao menos em uma etapa com participação do público;
- o órgão garantidor deve ter a competência de ordenar a desclassificação da informação que deixe de atender aos requisitos contemplados na lei de acesso à informação;
- o órgão garantidor deve publicar relatórios anuais sobre suas atividades e sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação. Deve ainda acompanhar a publicação dos relatórios anuais dos órgãos obrigados a prestar informação;

Das sanções

- a legislação deve prever punição administrativa e penal;
- o solicitante não poderá ser punido pelo exercício normal do direito de acesso à informação;
- deve ser feita responsabilização daqueles que infringirem as determinações legais, inclusive relativamente a decisão de classificação de informação que deveria ser pública;
- ação de ofício da autoridade pública sempre que constatar o descumprimento da lei de acesso à informação, seja instaurando investigação ou processo punitivo;

- criação de canal para recebimento de denúncias decorrentes do descumprimento da lei de acesso à informação.

Além das regras básicas acima descritas, assevera-se que essa lei modelo apresenta de forma detalhada um vasto rol exemplificativo de informações que seriam públicas, mas novamente se ressalta a importância do estudo justamente das exceções, já que a transparência é a regra geral presumida.

Ao comparar a Lei Modelo da OEA com as leis pioneiras de acesso à informação, verifica-se que todas as principais regras dessas leis nacionais foram diretamente assimiladas na da OEA, embora a Lei Modelo tenha acrescentado diversas outras inovações que sem dúvidas advieram de outras experiências nacionais mais recentes:

Tabela n. 4 – Normas basilares do direito de acesso à informação nos Estados pioneiros e na Lei Modelo da OEA

REGRAS BASILARES DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO	SUÉCIA (1766)¹⁵²	COLÔMBIA (1888)¹⁵³	FINLÂNDIA (1951)¹⁵⁴	OEA (2020)
Excepcionalidade do sigilo em relação a transparência	X	-	X	X
Desnecessidade de justificar um pedido de acesso à informação	X	-	X	X
Sigilo obrigatoriamente justificado	X	-	X	X
Acesso à informação independentemente do suporte ou da modalidade de registro	X	-	-	X
Disponibilização imediata da informação ou dentro de prazo razoável	X	-	X	X
Sigilo de documento preparatório	X	-	X	X

¹⁵² Versão original da lei em inglês. In: https://www.chydenius.net/tiedostot/worlds_first_foia.pdf . Acesso em 12/10/2022.

¹⁵³ Versão original. In: <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=276> . Acesso em 12/10/2022.

¹⁵⁴ Versão original. In: <https://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/1951/19510083> . Acesso em 12/10/2022.

	(previsão para alguns casos)		(previsão para alguns casos)	
Sigilo de Informações Pessoais	X (previsão para alguns casos)	-	X (previsão para alguns casos)	X
Gratuidade do acesso à informação	X	-	-	X
Transparência Ativa	X (muito limitada)	X (ampliada)	X (ampliada)	X
Pedidos de informação de interesse particular	-	X	X	X
Fornecimento da parte pública de um documento que contém informações sigilosas	-	-	X	X
Recurso administrativo no caso de negativa de acesso	-	-	X	X
Sigilo classificado em razão da segurança do Estado	-	-	X	X
Prazo limite para o sigilo	-	-	X	X
Previsão de punição	-	-	X	X

Fonte: tabela produzida pelo autor a partir da análise da legislação de referência.

3.4 Conclusão parcial

A ideia de que atualmente existe uma sociedade internacional na qual a transparência é reflexo da centralidade da informação, guarda compatibilidade com a existência de regimes internacionais. Neste capítulo, apresentou-se o sub-regime

internacional da transparência, sua formação inicial a partir de experiências nacionais e posteriormente a atuação catalizadora dos EUA. Demonstrou-se tratar de um sub-regime com elevada maturidade, haja vista a existência de normas jurídicas previstas em tratados internacionais, a tutela realizada por um organismo internacional e a grande adesão à adoção de leis de acesso à informação por parte dos atores internacionais. A OGP e a Lei Modelo da OEA foram discutidas, neste capítulo, enquanto símbolos desse sub-regime internacional e também como demonstração do compromisso com a transparência assumidos especificamente por Brasil e EUA.

No nível internacional, cabe destacar o interesse dos EUA de reforçar a democracia no sistema internacional. A estratégia dos EUA de exportar seus valores visava tornar o mundo um lugar mais seguro aos seus próprios interesses, conforme consta de seus planejamentos estratégicos. Quando todos discutem e agem a partir do referencial norte-americano, há grandes vantagens para os EUA que já estão preparados e acostumados com esse jogo democrático. A adoção especificamente do valor transparência e das regras supramencionadas do sub-regime correlato facilita a formação de consenso e favorece os EUA sob diversos aspectos. Eles já disponibilizavam informações desde 1966 com a publicação da FOIA; então, fomentar a transparência de outros Estados seria ao menos igualar as fragilidades da disponibilização de informações em termos de política externa, pois garantiria minimamente a obtenção de informações dos demais atores internacionais e ainda manteria a coerência entre suas políticas públicas nacionais e sua política externa. Nesse jogo da transparência, no nível internacional, embora os EUA tenham muito mais a esconder, o risco das informações estratégicas serem divulgadas é em tese muito menor dada a sua capacidade informacional para reunir, analisar e proteger informações. A probabilidade dos novatos errarem no jogo da transparência é, então, muito maior do que a hipótese remota dos EUA falharem. Mesmo que uma informação estratégica dos EUA possa numa eventualidade vazar, as consequências são muito limitadas, já que as potências estão resguardadas por uma capacidade militar muito superior aos países da periferia. Por outro lado, a maior disponibilidade de informações em fontes abertas é mais vantajosa para aqueles atores internacionais que possuem elevada capacidade informacional.

Ao estabelecer conceitos que lhe são favoráveis, os EUA podem ir além de fomentar uma crescente demanda mundial por transparência. A transparência tutelada no sub-regime descrito neste capítulo, com as limitações estabelecidas pelos ditames da segurança nacional e de outras exceções à transparência, reforça uma visão particular dos

EUA de como o mundo deve ser. Os EUA perceberam que poderiam propagar a transparência, em especial nas sociedades democráticas, colocando-se como defensor de supostos interesses gerais dos atores internacionais, conduzindo o sistema para a direção que deseja e, ao mesmo tempo, fazendo crer que se trata de um valor universal e naturalizando a negativa de acesso à informação nos casos de segurança nacional. Isto é, a transparência não irá incidir sobre qualquer vulnerabilidade das potências, as quais têm interesse especial sobre o sigilo de determinadas informações. Com o conceito de segurança nacional sendo estabelecido pelas potências militares em suas próprias leis de acesso à informação, a transparência é parte de um conjunto coerente de valores que, muito além do discurso, de fato estabelecem uma determinada ordem no sistema internacional e uma tendência a se manter o *status quo*. Além disso, a abertura dos Estados também favoreceria os fluxos de capitais e o sistema de produção capitalista defendidos pelos EUA, garantindo maiores vantagens principalmente às empresas norte-americanas na medida em que são elas que controlam esses fluxos e já absorveram, como os EUA, os custos para atuar nesse ambiente. Observa-se ainda que os EUA não fazem questão de estarem no topo do rank de transparência da RTI, primeiro porque já são referência de democracia bem-sucedida, recebendo inclusive notas máximas na própria OGP desde a sua fundação até a atualidade, e segundo, conforme será estudado adiante, a maior efetividade da transparência poderia comprometer os interesses e a eficiência da ação do Estado norte-americano.

Especificamente sobre a OGP e dentro da estratégia dos EUA de exportar a democracia, formar uma ampla organização internacional apenas de Estados democráticos e exclusivamente para a defesa da democracia poderia, como discutido anteriormente, gerar grande oposição de Estados autocráticos, tais como Rússia, China e Arábia Saudita. Por outro lado, criar um organismo para tutelar o valor transparência causaria menos atrito, seria uma forma indireta de fomentar a democracia ao menos no início e essa organização poderia no futuro se ampliar para outros valores democráticos. Assim, há de se reparar que há membros da OGP que não são considerados democracias, mas estão absorvendo ao menos o valor transparência na medida em que adotaram leis de acesso à informação; ademais, a própria OGP ampliou muito seu âmbito de atuação, possuindo agora diversos eixos de ação, conforme discutido anteriormente. De toda forma, a constituição da OGP nos moldes originais já era muito vantajosa para os EUA, pois o ingresso na OGP equivale na prática a assumir o compromisso de instituir uma lei

de acesso à informação¹⁵⁵. Mas é certo que o ingresso na OGP não estabelece automaticamente uma lei nacional de acesso à informação pautada no modelo jurídico norte-americano, principalmente em razão da flexibilidade outorgada para as ações nacionais de transparência e, em especial, pelo reconhecimento da soberania de cada Estado ao definir o que seria o risco a sua segurança nacional. Não há uma especificação minuciosa nos tratados internacionais de como o direito de acesso à informação deve ser exercido. Para concretizar o direito de acesso à informação, a legislação nacional continua sendo imprescindível ao determinar as regras que serão observadas. Por isso, há certa heterogeneidade entre os Estados-membros, ainda que existam normas compartilhadas, muitas decorrentes da influência dos EUA e da Suécia como principais modelos de lei de acesso à informação e da doutrina; essas normas básicas de transparência foram reconhecidas na Lei Modelo de Acesso à Informação da OEA.

Embora a proposta original da OGP era ser um espaço para trocas de experiências na área de transparência, no qual os Estados ditos bem-sucedidos poderiam influenciar aqueles que desejavam se desenvolver nessa área a adotarem as mesmas regras e ações, isso se alterou. A OGP aos poucos ampliou seu escopo temático para abarcar a discussão de praticamente todos os valores democráticos.

Hoje a OGP é uma organização internacional que tutela a democracia com certa autoridade legal-racional¹⁵⁶ pautada numa burocracia especializada e na livre filiação de Estados e na supostamente defesa do bem comum de seus membros. Sem dúvidas é um passo decisivo para fortalecer e ressignificar a ideia de transparência, sendo um local eminentemente de diálogo. Contudo, por mais que se acredite na imparcialidade e na impessoalidade das organizações internacionais, no momento da criação, já há existem patrocinadores da iniciativa e com isso um direcionamento de finalidade, princípios e valores. A imparcialidade e a impessoalidade até podem existir no momento da execução, mas dificilmente ocorre na criação dos organismos internacionais que passam a agir a partir dos marcos estabelecidos no ato instituidor. Dito de outra forma, a OGP pode ser imparcial ao analisar as propostas de ações de cada Estado, mas parte considerável das respostas aos problemas que surgirão estão previamente estabelecidas; e ao conceder

¹⁵⁵ Já que atualmente dos 78 filiados apenas 4 ainda não possuem uma lei de acesso à informação, fica subentendido de que é uma obrigação a criação de uma lei de acesso à informação.

¹⁵⁶ As organizações internacionais são “racionais, técnicas, imparciais e não-violentas” e por isso “parecem mais legítimas que a maioria dos Estados, os quais se apresentam como auto interessados e violentos” (BARNETT; FINNEMORE, 2004, p. 5; WEBER, 1978).

notas a seus filiados já tem a idealização do que seria correto. Ou seja, não há neutralidade dos organismos internacionais, pois são criados com propósitos definidos que espelham os interesses e valores de certos atores internacionais.

No caso da OGP, como visto, há um grupo de favorecidos, as democracias já consideradas consolidadas, que não buscam *status* por já deterem e ainda aumentam seu *softpower*¹⁵⁷; ela reflete em grande parte os interesses dos EUA, inclusive quanto a flexibilidade e falta de uniformidade quanto ao mínimo de transparência. Apesar de nem todos os Estados tenham aderido à OGP, houve uma adesão muito significativa e, para aqueles que aderiram e ainda não praticavam a transparência, há um custo de adequação das políticas públicas computado muito além do aspecto financeiro, superior aos custos dos EUA e de outras potências democráticas que já haviam internalizados esses custos há mais tempo. Por tudo isso, na perspectiva realista, a OGP seria mais um instrumento de promoção de democracia pelo mundo, mas não meramente por questões altruístas, mas porque o sistema internacional se torna mais seguro para os EUA quando as regras existentes são pautadas em seus valores e isso sem dúvidas se relaciona com a variável independente posição de poder no sistema internacional.

Claro que também existem vantagens para aqueles que apoiam as medidas, só que a distribuição dos benefícios a curto e longo prazo pode não ser exatamente igualitária. Se por um lado os EUA desejavam difundir seus valores, há também o desejo de muitos atores internacionais, como o Brasil, de mimetizar essas práticas de sucesso e fazer parte do grupo de Estados de democracias desenvolvidas. O Brasil foi um dos Estados que percebeu grandes vantagens em se filiar a OGP. Internamente, antes da OGP, o Brasil dava passos tímidos em direção a transparência¹⁵⁸. A aprovação da Lei de Acesso à

¹⁵⁷ A OGP precisa ser analisada a partir da perspectiva de que os Estados, principalmente as potências, desejam manter o controle sobre os fluxos de informação e a segurança nacional é um argumento para isso. A própria transparência propagada pela OGP é mais do que uma construção física ou mero discurso, é o resultado principalmente do exercício do *soft power*, uma construção simbólica que afeta as preferências de Estados, empresas e cidadãos de diversas formas diferentes. Por isso, a OGP não pode ser avaliada somente por sua declaração de governo aberto ou pelas regras do sub-regime tutelado, até porque essas regras não definem exatamente o que será de acesso público. Então, a OGP precisa ser avaliada pelas transformações que efetivamente produz nas sociedades nacionais e internacional.

¹⁵⁸ O Brasil não tinha uma lei de acesso à informação, mas possuía determinados deveres de transparência. orçamento participativo, audiências públicas, Lei de Responsabilidade Fiscal, transparência na área ambiental (“Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992), acesso à informação estatal para aqueles que comprovassem interesse jurídico (Lei n. 9.784 que define o legítimo interessado), criação do portal da transparência (Decreto Federal n. 5.482/2005) etc. Isso era muito pouco para o Brasil, a única das grandes democracias sem Lei de Acesso à Informação.

Informação no Brasil pode ser vista como um jogo de dois níveis. Mudanças estruturais no sistema internacional realizadas pelos EUA criavam uma janela de oportunidade para atores que desejavam participar da construção da parceria pelo governo aberto, simbolizada pelo convite formulado pelos EUA para o Brasil ocupar a co presidência da OGP. Para o Brasil, internamente, os benefícios de ocupar a co presidência da OGP foram percebidos imediatamente pelo governo brasileiro principalmente em razão do desejo particular e da atuação da Presidente da República Dilma Rousseff para a adoção da Lei de Acesso à Informação, com o apoio especializado da CGU enquanto ainda era um órgão de Estado¹⁵⁹. A Presidente deixaria um avanço muito significativo em termos democráticos com a aprovação da Lei de Acesso à Informação, melhorando a participação social, o controle dos recursos públicos e o combate à corrupção. Contudo, a aprovação da Lei de Acesso à Informação contrariava burocracias especializadas importantes no Brasil, em especial as áreas de defesa e de política externa¹⁶⁰ que tentaram até o último momento evitar uma transparência abrangente. Nesse nível de jogo, a disputa foi vencida pela Presidente da República graças ao apoio de diversos atores democráticos, com a aprovação de uma lei de acesso à informação com limites temporais para o sigilo. Ademais, embora didaticamente a análise possa ser dividida em dois níveis, fatores externos certamente influenciaram no jogo político interno. Não há dúvidas de que o apoio técnico da ONU, os benefícios do convite norte-americano e a decisão da Corte Interamericana, ainda que em caráter de recomendação, reforçaram a aprovação do Projeto de Lei de Acesso à Informação que já tramitava no Congresso Nacional. Somente após a aprovação de uma lei de acesso à informação, o Brasil aderiu realmente ao sub-regime da transparência. Participando da OGP, o Brasil ganhou o prestígio de ser membro fundador e co presidente de um grupo de Estados com *status* de democráticos; além da liderança desse grupo, estabeleceu relações privilegiadas com os EUA, ao menos relativamente a transparência pública, e ainda se colocou como referência mundial nesse tema apagando um passado vergonhoso herdado desde antes da ditadura militar. Consoante Pinheiro (2015), o mínimo esforço esperado do Brasil em prol da transparência o ajudou a se consolidar como uma

¹⁵⁹ Atualmente a CGU é um ministério subordinado ao Presidente da República.

¹⁶⁰ Além da oposição mencionada anteriormente durante os debates legislativos, cite-se que, embora a LAI tenha se tornado vigente a partir de 2012, somente em 2013 o Ministério da Defesa apresentou um projeto de “formulação e implementação da política de gestão da informação do Ministério da Defesa”, merecendo uma ação especial no Plano de Ações brasileiro na OGP, o que não se verificou com nenhum outro órgão nacional.

autoridade moral na área de democracia e temas adjacentes, tais como direitos humanos e meio ambiente. O Brasil recebeu financiamento internacional para suas políticas públicas, incentivos tecnológicos, capacitações, assessoramento técnico e sempre teve a prerrogativa de definir como seria feita a abertura do Estado. Enfim, o Brasil teve uma considerável evolução das políticas públicas nacionais e ganhou prestígio internacional.

Isto posto, toda a discussão sobre os EUA enquanto promotor da transparência é importante para se entender o contexto de criação da LAI no Brasil e como fatores internacionais influenciaram não apenas na adoção de uma lei de acesso à informação, mas de uma lei que, ao menos no papel, é realmente favorável à transparência, enquanto domesticamente os norte-americanos mantiveram vigente uma lei de 1966, temas que serão apresentados detalhadamente em capítulos específicos. Além disso, procurou-se demonstrar como a variável independente regime político democrático foi relevante para que o Brasil adotasse uma lei de acesso à informação, em especial por causa da busca pelo *status* democrático. Ademais, além de discutir a formação do sub-regime de transparência, o objetivo fundamental deste capítulo era apresentar as normas desse sub-regime internacional, as quais serão referenciais analíticos importantes para comparar as legislações e posteriormente se avaliar na prática as políticas públicas de transparência do Brasil e dos EUA.

4 POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS: a FOIA e seus regulamentos.

Neste e no próximo capítulo, serão apresentadas sequencialmente as políticas públicas de acesso à informação norte-americana e a brasileira.

Quanto à política nacional de transparência do Brasil e dos EUA, há 2 pontos a serem considerados. O primeiro deles diz respeito a adequação das leis de acesso à informação ao sub-regime de transparência (itens 4 e 5 da tese); o segundo verificar se as leis de acesso à informação são efetivas, isto é, se são de fato cumpridas (itens 6 e 7).

Quanto ao primeiro ponto, as diretrizes gerais das políticas públicas são estabelecidas pelas leis de acesso à informação, as quais devem regular o ciclo da informação na sociedade civil; elas são a principal referência doméstica para a análise da política de transparência, simbolizando os acordos políticos previamente estabelecidos para resolver as tensões entre sigilo e transparência. Essas normas devem ser analisadas tendo como referência comparativa a Lei Modelo da OEA, a qual simboliza as principais normas do sub-regime de transparência.

Neste capítulo, portanto, será analisada a política nacional de transparência dos EUA no aspecto normativo. Serão apresentados os princípios e as regras gerais da política de transparência contidas na FOIA, verificando se existe coerência desse conjunto normativo com a referida Lei Modelo.

Repise-se desde já que em um Estado democrático a regra é a transparência e somente em situações previstas em lei o sigilo é legítimo, isto é, quando aprovadas numa interação entre sociedade civil e Estado mediada pelo Congresso Nacional. Então, uma análise da FOIA ou de qualquer lei de acesso à informação deve se dar principalmente pelo estudo e comparação das exceções, isto é, das condições de sigilo. Assim, deve-se mapear na lei de acesso à informação em especial as situações nela previstas em que o segredo deve prevalecer desde que apresentada motivação no caso concreto. Contudo, deve-se informar desde já que as regras procedimentais afetam diretamente o sigilo e, por isso, a presente avaliação não pode se furtar de discutir o procedimento de acesso à informação. O estudo pormenorizado dessas regras de sigilo da FOIA fornecerá parte significativa do arcabouço de referência para, posteriormente, avaliar se as decisões judiciais do Poder Judiciário norte americano foram legítimas.

Além disso, ainda mais adiante, o estudo da FOIA é referência necessária para a análise comparativa com o Brasil proposta neste trabalho, permitindo avaliar se existem

conceitos e normas básicos minimamente padronizados entre esses Estados democráticos, além de permitir identificar aspectos particulares positivos e negativos das políticas de transparência, em teoria e também na prática.

4.1 Considerações gerais sobre a FOIA

Em linhas gerais, a FOIA segue o modelo democrático ao estabelecer que a transparência é a regra geral. Como toda democracia, existem relevantes exceções em que o sigilo é admitido, as quais podem ser agrupadas em 9 categorias diferentes a serem oportunamente detalhadas, sendo que duas delas são particularmente importantes para as democracias: segurança nacional e intimidade e vida privada dos cidadãos.

No caso dos EUA, por seu papel de grande potência, pressupõe-se a existência de diversas preocupações relativas à segurança nacional, o que justifica dar ênfase na descrição e análise do sigilo classificado, mas sem desconsiderar a existência das outras hipóteses legais de sigilo e do procedimento de acesso à informação. Aqui é evidente que o papel da variável independente posição de poder no sistema internacional afetará as restrições de acesso à informação dos EUA; ou seja, não se pode deixar de considerar o papel funcional e complementar do segredo para a consecução do *status quo* norte-americano. Assim, domesticamente, uma política nacional de transparência se implementa através de uma Lei de Acesso à Informação, na qual o sigilo é contemplado dentro dos interesses dominantes como mecanismo que possibilita a adoção efetiva de ao menos um grau de transparência que não prejudique a posição de poder do Estado. O regime jurídico de controle dessas informações é vinculado a diversas penalizações caso as normas de proteção sejam descumpridas.

4.1.1 Âmbito de aplicação

A FOIA é uma lei federal e estabelece as regras gerais de transparência somente para o Poder Executivo federal. Assim, de acordo com a FOIA, a informação detida ou controlada diretamente pelo Poder Executivo federal é devida ao cidadão, independentemente do formato da mesma. Ao fixar os limites de sua aplicação, a FOIA se utiliza do termo agências federais, compreendendo qualquer departamento executivo ou militar (5 USC 102), empresas estatais e estabelecimentos independentes vinculados

ao Poder Executivo federal¹⁶¹ (5 USC 105), aplicando-se também a regra da transparência quando a informação está de posse de uma organização privada contratada para gerenciar registros estatais. Dentro dessa sistemática, a FOIA excluiu dos deveres nela previstos o Congresso Nacional, o Poder Judiciário, os governos locais e todas as demais empresas privadas de prestar informações a sociedade, ainda que recebam recursos públicos.

A FOIA não é um texto exaustivo da transparência do Estado, embora estabeleça as regras gerais dessa política pública. Há diversas leis autônomas que estabelecem regras especiais para determinados tipos de informações, sendo que algumas delas já foram mencionadas no Capítulo 2: *Espionage Act* de 1917, *Atomic Energy Act* de 1946 e *Privacy Act* de 1974. Além das exceções mencionadas, embora a FOIA inclua o dever do Gabinete Executivo do Presidente de prestar informações, os registros do próprio Presidente e seus assessores diretos, dentro ou não do mandato, são regidos por normativo especial, não estando sujeitos a FOIA e sim à Lei de Registros Presidenciais (44 U.S.C. §§ 2201 - PRA)¹⁶². Somente após 5 anos contatos do fim do mandato, extensíveis até 12 anos em algumas situações, os registros presidenciais passam a ser regidos pela FOIA e se tornam em regra públicos.

Ademais, existem regras específicas do ponto de vista procedimental e também para a interpretação dos mandamentos da FOIA. A própria FOIA estabelece que cabe a cada agência ou ao chefe de poder executivo federal estabelecer em regulamentos diretrizes e especificidades para a sua execução, desde que estejam coerentes com os ditames legais e constitucionais¹⁶³. Assim, embora a FOIA seja aplicável a todas as agências no nível federal, não o é de forma uniforme, pois a sua regulamentação traz regras e interpretações específicas para cada agência. Por exemplo, de acordo com a Ordem Executiva n. 13.526, há um tratamento diferenciado ao Departamento de Defesa dos EUA, equiparando o departamento a uma agência e concedendo-lhe relativa autonomia para a proteção e liberação de suas informações. Há ainda autorização em

¹⁶¹ Seriam, de acordo com a seção 6.1 (hh), qualquer “contratante governamental, licenciado, detentor de certificado ou donatários que estão sujeitos ao controle da agência patrocinadora sob os termos do contrato, licença, certificado ou concessão”.

¹⁶² De acordo com a Guia de Referência de 2018 do NARA, quando é solicitada uma informação protegida pela LRP, o titular da informação (presidente) é notificado para que, querendo, opte por disponibilizar ou negar a informação.

¹⁶³ O Escritório de Supervisão da Segurança da Informação, por força da Ordem Executiva n. 13.526 (seção 5.1), também possui competência para padronizar os procedimentos de classificação e desclassificação da informação.

favor do Departamento de Defesa para a criação de programa especial de acesso à informação, fora dos parâmetros fixados na Ordem Executiva em questão, embora essa prerrogativa se estenda também a outros órgãos (Energia, Segurança Interna, Agência Nacional de Inteligência e Procuradoria Geral). O próprio Departamento de Defesa assevera em seu Guia de Referência FOIA de 2020¹⁶⁴ que, o programa de acesso à informação é descentralizado pelos diversos órgãos que o compõem, devido ao seu tamanho e complexidade. Assim, cada setor do departamento goza de autonomia para processar os pedidos de informação e responder diretamente ao público no que diz respeito aos seus próprios registros.

Quanto ao objeto do pedido de acesso à informação, com base na FOIA somente se podem pedir informações; não se podem solicitar providências de qualquer outro tipo que não a prestação de informações. Por exemplo, o mesmo Guia de Referência FOIA de 2020 do Departamento de Defesa salienta que não se podem apresentar questionamentos ou solicitar avaliações subjetivas; somente se pode demandar informações oficialmente registradas. Dessa forma, não estão no conceito de informação a análise ou interpretação de dados, respostas a interpelações pessoais, processamento de denúncias, a produção de registros para atender uma solicitação ou a solicitação de quaisquer outras ações que não a de prestar informações existentes e de posse da agência.

A informação desejada precisa ainda ser especificada, com a descrição detalhada de indexadores que permitam a localização do objeto, tais como nomes, títulos, datas, lugares, eventos, assuntos, número do registro, destinatários ou emissários. É admissível o contato da agência com o interessado a fim de que se atenda a esse requisito¹⁶⁵, sendo que o prazo para atendimento do pedido apenas se inicia com a identificação do objeto a ser localizado. Quanto ao solicitante, qualquer pessoa pode apresentar uma demanda de acesso à informação, inclusive estrangeiros e pessoas jurídicas, conforme consta no Guia de Referência FOIA do Departamento de Defesa norte-americano de 2020.

¹⁶⁴ FONTE: <https://open.defense.gov/Transparency/FOIA/FOIA-Handbook/> .

¹⁶⁵ Conforme consta no Guia de Referência FOIA de 2018 da (*National Archives and Records Administration* (NARA)).

4.1.2 Exceções à transparência

Nos EUA, os pedidos de acesso somente podem ser negados com base em argumentos legalmente previstos; a FOIA sacramenta a transparência como regra geral e traz expressamente as principais situações de negativa de acesso à informação nos EUA, além de reconhecer a existência de diversos outros sigilos previstos em leis especiais que regulam temas específicos, conforme citado anteriormente. Dentro desses parâmetros, a FOIA estabelece o sigilo de nove categorias de informações produzidas ou custodiadas pelo Estado, as quais também podem ser denominadas de isenções da transparência:

1. Informações classificadas para proteger a segurança nacional.
2. Informações relacionadas exclusivamente às regras e práticas internas de pessoal de uma agência, incapazes de afetar os cidadãos.
3. Informações cuja divulgação é proibida por outra lei federal, enquadrando-se em um sigilo especial autônomo em relação à FOIA.
4. Segredos ou informações comerciais ou financeiras, cujo acesso costumeiramente é restrito.
5. Comunicações privilegiadas dentro ou entre agências, incluindo aquelas protegidas por sigilo de processo deliberativo e de advogado.
6. Informações pessoais sensíveis, as quais se divulgadas podem causar dano a privacidade e intimidade de outros indivíduos.
7. Informações relativas à aplicação da lei que:
 - (A) Interferem razoavelmente nos procedimentos de execução da lei;
 - (B) Privam o direito a um julgamento justo de acusados;
 - (C) Constituem uma invasão injustificada de privacidade pessoal;
 - (D) Divulgam a identidade de uma fonte confidencial;
 - (E) Revelam técnicas e procedimentos para investigações ou processos judiciais, ou diretrizes para investigações ou processos policiais, se tal divulgação puder causar o risco de facilitar o descumprimento da lei;
 - (F). Colocam razoavelmente em risco a vida ou a segurança física de qualquer indivíduo.
8. Informações relativas à supervisão de instituições financeiras.
- 9: Informações geológicas e geofísicas.

A isenção n. 1 é o sigilo das informações classificadas em razão da segurança nacional. Assim, a FOIA exclui da transparência as informações que podem ocasionar risco a segurança nacional, o que guarda coerência em princípio com a Lei Modelo da OEA. Tal regra de sigilo não exclui automaticamente o acesso à informação dos órgãos que fazem parte da comunidade de inteligência norte-americana, sendo que todos os órgãos devem necessariamente declarar formalmente que existe risco à segurança nacional, dentro de um procedimento internacionalmente conhecido como classificação de informação, para proteger quaisquer dados que possam legitimamente negar essas informações. Acrescente-se que os registros, uma vez classificados, somente podem ser disponibilizados ao público se houver a desclassificação da informação, o que será

abordado mais adiante. Mencione-se que essas regras estão em conformidade com a Lei Modelo da OEA. Assim, a FOIA, ao admitir a possibilidade de classificação da informação em razão do risco à segurança nacional, estabelece um importante instrumento jurídico para todo o Estado, em sintonia com a Lei de Segurança Nacional norte-americana e a Ordem Executiva n. 12.333, possibilitando o cumprimento do dever de proteger as informações sensíveis que controla.

Contudo, o conceito de segurança nacional não é definido na FOIA. Vale notar que a falta de definição legal concede ao detentor da informação certa margem de discricionariedade para aplicar essa negativa, questão que será aprofundada posteriormente.

A isenção n. 2 estabelece o segredo sobre os atos internos dos órgãos (*interna corporis*), desde que sejam incapazes de afetar qualquer cidadão, tais como normativos, decisões e orientações que apenas organizem a atividade meramente burocrática da agência. Não se trata de uma exceção comum para as democracias na atualidade, pois em certa medida acaba por inverter o preceito de que a transparência é a regra, exigindo que o cidadão demonstre estar sendo afetado pela informação que desconhece; é difícil para a sociedade civil avaliar o impacto de informações que são sigilosas, na prática podem ser afetados sem ter qualquer confirmação de que exista um registro público que poderia ser de seu interesse.

A isenção n. 3 é o reconhecimento pela FOIA dos sigilos estabelecidos em outras leis, sejam elas anteriores ou posteriores a FOIA. Assim, a FOIA tem o papel de estabelecer as regras gerais, as quais são utilizadas inclusive para interpretar as leis especiais que tratam do tema transparência sigilo. Por exemplo, além da já mencionada exclusão de informações dos Presidentes por até 12 anos contatos do término do mandato, cabe mencionar a Lei de Energia Atômica de 1954, a qual prevê um tratamento diferente da FOIA para as informações sobre temas de energia, as quais também não são reguladas pela Ordem Executiva n. 13.526, não se sujeitando aos procedimentos de desclassificação da informação previstos nesse normativo e não possuem prazo específico para publicização, afronta direta a vedação do sigilo eterno previsto pela Lei Modelo da OEA.

A isenção n. 4 prevê a proteção de informações comerciais e financeiras, as quais são um desdobramento do direito à vida privada e intimidade dos cidadãos, seguindo em parte as orientações pautadas por esses valores. Ademais, é preciso lembrar que, dentro do sistema capitalista, esse sigilo tem função particularmente importante por permitir a livre concorrência. Não seria adequado ao funcionamento do mercado se o Estado

coletasse essas informações de natureza privada e as divulgasse, até porque se o Estado fizesse isso quebraria a confiança que os empresários têm junto ao Estado, a qual justifica a disponibilização delas restritivamente ao fisco. Destaca-se que, quando se é solicitada uma informação comercial privada de posse do Estado, aplica-se a Ordem Executiva n. 12.600 que exige que as agências entrem em contato com o titular da informação para verificar seu interesse na cessão da informação ao demandante; a manifestação do particular não é determinante de negativa de acesso, mas é imprescindível, o que está em conformidade com as orientações da OEA.

A isenção n. 5 protege as informações que fundamentam a tomada de decisão das autoridades públicas; assim, por exemplo, pareceres técnicos, inclusive jurídicos, que sejam base para a tomada de decisão não precisariam ser disponibilizados ao público. A ideia aqui é permitir que o funcionário público possa exteriorizar sua opinião sem qualquer possível constrangimento, disponibilizando para a população apenas os argumentos e aspectos efetivamente adotados como justificativa para embasar a decisão, exigindo conseqüentemente a produção de um terceiro documento diretamente vinculado a decisão tomada ou que esta contenha por si só a sua justificativa. Não há prazo para o fim desse sigilo e os documentos protegidos por esse sigilo não são segregáveis, isto é, a FOIA dispensa o dever de disponibilização parcial da informação, exceção à regra geral retro citada da Lei Modelo da OEA. Ademais, são também informações não rastreáveis, como os atos internos das agências, pois não constam de listas ou inventários que permitam sua localização posterior ao fim do sigilo, impedindo o controle social, descumprindo também orientação da OEA.

A isenção n. 6 estabelece a ampla proteção das informações pessoais sensíveis, isto é, aquelas que podem causar dano à imagem, à honra, vida privada ou intimidade do cidadão. A informação pessoal é aquela que se refere a uma pessoa, mas ser pessoal não é necessariamente ser sigilosa. Somente será sigilosa se sua divulgação tiver o potencial de causar dano a intimidade, honra ou vida privada do seu titular, isto é, aquele cujas informações fazem referência. Importa ainda mencionar que o sigilo desse tipo de informação não poderia ser oposto justamente ao seu titular. Em regra, enquanto o titular da informação está vivo, somente se pode acessar com sua autorização ou se houver interesse público notório recaindo sobre ela, cujo ônus probatório é do interessado em acessar a informação. É possível acessar após a morte do titular¹⁶⁶. Mas, ainda que se

¹⁶⁶ Disponível em <https://www.justice.gov/usao/resources/making-foia-request/foia-frequently-asked-questions> .

confirme a morte, a informação pode se manter sigilosa pelo interesse da família¹⁶⁷, em especial para proteção da imagem do falecido, cabendo aqui o ônus da família em demonstrar o dano à imagem. Por isso, não há um prazo determinado nos EUA para divulgação de informações pessoais, o que também contraria a referida Lei-Modelo.

A isenção n. 7 estabelece um sigilo amplo sobre as informações cuja divulgação poderia prejudicar o cumprimento da lei, seja em um caso concreto específico ou de forma geral. A principal informação objeto de proteção é aquela cuja divulgação pode prejudicar a responsabilização de infratores para a aplicação das penalidades devidas; mas se protegem aqui também as informações sobre as testemunhas e sobre as partes para garantia de confiança e efetividade do sistema punitivo estatal. Tal como no item 5, o sigilo aqui é por prazo indeterminado, o documento sigiloso não é segregável nem rastreável. Destaca-se a proteção da chamada fonte confidencial, a qual seria “qualquer indivíduo ou organização que forneceu, ou que se possa razoavelmente esperar que forneça, informações aos Estados Unidos sobre questões relativas à segurança nacional com a expectativa de que as informações ou o relacionamento, ou ambos, devem ser mantidos em sigilo”.

A isenção n. 8 protege as informações privadas coletadas pelo Estado em sua atividade de supervisão de instituições financeiras. Tal como mencionado na isenção n. 4, protegem-se informações essencialmente privadas, cuja coleta tem apenas o objetivo de supervisionar o mercado financeiro, mas sem interferir na livre iniciativa e concorrência.

Já a isenção n. 9 protege as informações geológicas e geofísicas. Revela a preocupação com informações estratégicas sobre recursos nacionais, cuja disponibilidade

¹⁶⁷ “Can Exemptions 6 and 7(C) be applied to protect the privacy of deceased persons?”

No, not directly, but careful consideration should be given to whether such protection can be extended to others. After death, a person no longer possesses privacy rights. See *Diamond v. FBI*, 532 F. Supp. 216, 227 (S.D.N.Y. 1981); but see *Kiraly v. FBI*, 3 GDS ¶ 82,466 (N.D. Ohio Mar. 15, 1982). However, it is important to note that while privacy rights cannot be inherited by one's heirs, the disclosure of particularly sensitive personal information pertaining to a deceased person may well threaten the privacy interests of surviving family members or other close associates. See, e.g., *Lesar v. Department of Justice*, 636 F.2d 472, 486-88 (D.C. Cir. 1980); see also *Attorney General's Memorandum on the Public Information Section of the Administrative Procedure Act* at 36 (1967).” Disponível em <https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-foia-counselor-questions-answers-24> . Acesso em 24/06/2021.

poderia possibilitar a estimativa das capacidades do Estado em diversos setores; essas informações geológicas e geofísicas poderiam estar dentro do objeto de classificação previsto na isenção n. 1, cujo rol é estabelecido em Ordem Executiva e será posteriormente apresentado, mas houve opção por estabelecer uma proteção de nível superior na medida em que está expressamente elencada pela FOIA, protegendo automaticamente essas informações sem a necessidade de classificação da informação.

4.2. Classificação da informação

A classificação da informação consiste num instrumento jurídico de proteção de informações¹⁶⁸ que atribui um regime especial de tratamento de informações cuja disponibilidade pode afetar a segurança nacional. Importa mencionar que a classificação pode ter como desdobramento, a depender do regime jurídico, o estabelecimento de outras barreiras protetivas, especialmente físicas e digitais, embora com elas não se confunda. Por outro lado, proferida dentro de parâmetros legais dentro das democracias, a decisão de classificar concretamente uma determinada informação é política, não apenas porque quem a toma é uma autoridade pública, mas em especial porque se atribui sigilo a determinado registro em razão do risco à segurança nacional. Ademais, em tese a classificação da informação, enquanto prática aceita legitimamente pelas democracias, não necessariamente se restringe a hipóteses tradicionais de risco à segurança nacional, haja vista o movimento de securitização de diversos outros temas.

É relevante novamente citar que nem todo sigilo decorre de um procedimento de classificação da informação, há informações cujo sigilo decorre diretamente de lei especial¹⁶⁹ ou da própria FOIA, situações que não dependem de uma decisão de autoridade pública do Poder Executivo para estarem protegidas, pois a proteção legal geral e abstrata já é, nesses casos, suficiente para justificar a negativa de acesso.

A FOIA apenas prevê genericamente o procedimento de classificação vinculado ao risco da segurança nacional¹⁷⁰, sem sequer definir qual tipo de informação poderia

¹⁶⁸ Nos EUA, a classificação da informação protege não apenas o acesso ao documento, mas até mesmo a confirmação de sua existência (seção 3.6, “a”).

¹⁶⁹ São exemplos de leis especiais que estabelecem sigilo a [Lei de Espionagem de 1917](#), a [Lei de Energia Atômica de 1954](#) e a [Lei de Proteção de Identidades de Inteligência](#) de 1982.

¹⁷⁰ Há proposta de lei para alterar e complementar o atual sistema de classificação de informações, propondo incorporar na FOIA regras procedimentais de classificação, conforme proposta do Senador Wyden,

afetar a segurança nacional; o procedimento de classificação exige, no caso dos EUA, que o Poder Executivo federal¹⁷¹ norte-americano faça a sua regulação, dentro dos limites constitucionais e daqueles estabelecidos pela FOIA. A Ordem Executiva n. 13.526, que estabelece a regulamentação vigente da FOIA no âmbito exclusivamente do Poder Executivo federal dos EUA, é dividida em 6 partes que, além de estabelecer regras gerais, cobre todo o ciclo da proteção da informação: classificação original, classificação derivada, desclassificação, salvaguarda, implementação e revisão. Nesse sentido, a Ordem Executiva n. 13.526 determina que cada chefe de agência deve estabelecer controles para garantir que as informações que coloquem a segurança nacional em risco sejam classificadas, usadas, processadas, armazenadas, reproduzidas, transmitidas, destruídas ou desclassificadas conforme a legislação vigente.

Há ainda na Ordem Executiva menção expressa que as autoridades e funcionários públicos se sujeitam a penalidades se (1) divulgarem informações devidamente classificadas; (2) classificarem ou manterem classificação das informações em violação ao normativo ou qualquer diretiva de implementação; (3) criarem ou mantiverem programa de acesso especial contrário a ordem executiva; ou (4) violarem qualquer outra disposição desta ordem ou suas diretrizes de implementação. As sanções administrativas, a serem aplicadas pelo chefe da agência, compreendem a repreensão, suspensão sem pagamento, remoção, cancelamento da autoridade de classificação, perda de autorização para acesso às informações classificadas ou outras sanções de acordo com a lei aplicável e o regulamento da agência. Ressalte-se aqui que a FOIA expressamente reconhece a aplicabilidade das sanções administrativas retro citadas cumulativamente com a punição judicial, a qual abrange inclusive a pena privativa de liberdade.

A Ordem Executiva n. 13.526 também não é exaustiva, determinando que o Diretor de Inteligência Nacional pode, relativamente à Comunidade de Inteligência norte-americana, emitir diretivas especiais para implementar a classificação e desclassificação da informação dessas agências.

disponível em <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3733/text?r=20&s=1> . Acesso em 22/09/2020.

¹⁷¹ Embora a FOIA não preveja, em tese os demais entes e poderes da federação poderiam classificar informações, tal como ocorre no Brasil. Acontece que normalmente o Poder Judiciário e o Legislativo não manejam tanta informação sensível como o Poder Executivo; de toda forma, quando o sigilo nos EUA é necessário para as suas atividades, normalmente há previsão em leis especiais, tais como o segredo de justiça.

De acordo a Ordem Executiva n. 13.526, a informação somente pode ser classificada se cumulativamente preencher os seguintes requisitos: a) a decisão for tomada por autoridade competente; b) versar sobre uma informação de posse ou propriedade do governo federal; c) cuja “divulgação não autorizada (...) pode resultar em danos à segurança nacional”.

Quanto ao primeiro requisito, a autoridade classificadora é aquela que detém competência para estabelecer um grau de sigilo sobre as informações das agências sob a sua supervisão. A Ordem Executiva n. 13.526 prevê que a classificação original de informações pode ser feita por: (1) o presidente e o vice-presidente da República; (2) chefes de agência; e (3) funcionários do governo dos Estados Unidos com delegação de poderes das autoridades públicas retro mencionadas. No caso da delegação de poderes, funcionários públicos autorizados a classificar informações em um nível determinado também estão expressamente autorizados a classificar em níveis inferiores, conforme consta na ordem executiva. As delegações da autoridade de classificação original devem ser limitadas ao mínimo possível para atender à necessidade de serviço, conforme previsto na FOIA, sendo importante demonstrar a imprescindibilidade da delegação.

Quanto ao segundo requisito, somente podem ser classificadas informações de posse ou propriedade do Estado, ou seja, aquelas produzidas pelo Estado ou que foram recolhidas por ele. Cabem duas observações: a) a FOIA não se aplica a informações que estão exclusivamente na posse de atores da iniciativa privada, ainda que recebam recursos públicos, por exceção daqueles que são contratados justamente para gerir informações do Estado; b) certas informações recolhidas pelo Estado serão protegidas por sigilo, tais como as fiscais, comerciais e de foro íntimo, independentemente de classificação.

Mas não é toda informação do Estado que pode ser classificada, pois a FOIA é expressa ao reduzir o uso da classificação exclusivamente para a informação que traga risco a segurança nacional. Nesse sentido, ao regulamentar a FOIA, a Ordem Executiva n. 13.526 restringe a possibilidade de classificação aos seguintes temas:

- (a) planos militares, sistemas de armas ou operações;
- (b) informações de governos estrangeiros;
- (c) atividades de inteligência (incluindo ação secreta), fontes ou métodos de inteligência ou criptologia;
- (d) relações estrangeiras ou atividades estrangeiras dos Estados Unidos, incluindo fontes confidenciais;
- (e) questões científicas, tecnológicas ou econômicas relacionadas com a segurança nacional;
- (f) Programas do Governo dos Estados Unidos para a proteção de materiais ou instalações nucleares;

(g) vulnerabilidades ou capacidades de sistemas, instalações, infraestruturas, projetos, planos ou serviços de proteção relacionados com a segurança nacional; ou

(h) o desenvolvimento, produção ou uso de armas de destruição em massa.

Essa tipologia apresentada pela ordem executiva serve de tipo ideal para a classificação de informações, com uma previsão abstrata das hipóteses que poderia haver risco à segurança nacional e, conseqüentemente, ensejar a proteção da informação. Trata-se de um rol taxativo, de modo que não seria admissível a classificação para além desses temas e todos eles apresentam uma relação mais evidente com a segurança nacional no sentido mais tradicional. Ou seja, nos EUA, não se observa a ampliação do conceito de segurança para temas como meio ambiente ou direitos humanos, pois mesmo quando se refere a “assuntos científicos, tecnológicos ou econômicos”, há expressa ressalva de serem os diretamente conexos com a segurança nacional.

Embora os tipos sejam relativamente abrangentes e ainda que haja alguma conexão com questões de segurança nacional, a classificação de informações não pode visar precipuamente a ocultação de ilegalidades, da ineficiência ou de erro do Estado ou evitar mero constrangimento, seja pessoal ou do governo. Concretamente, se houver dúvida sobre a necessidade de classificar as informações, ela não deve ser feita.

Para restar evidente que a questão prioritária é a segurança nacional, o normativo exige a identificação ou descrição dos danos potenciais no ato de classificação, sendo que em algumas hipóteses, o dano é presumido pela temática. Por exemplo, a divulgação de qualquer informação sobre governos estrangeiros¹⁷² é presumidamente prejudicial à segurança nacional, não devendo ser disponibilizada dentro do período limite de proteção pela classificação, exceto se ela não foi produzida pelos EUA e houver autorização prévia do Estado a qual se refere¹⁷³.

Cada Estado possui seus níveis de classificação da informação; nos EUA, no âmbito do Poder Executivo federal, os níveis seriam Confidencial, Secreto e Ultrassegredo. A opção por atribuir no ato de classificação determinado nível de depende

¹⁷² Estão compreendidas nesse conceito tanto as informações concedidas por governos estrangeiros ou organizações internacionais aos EUA, bem como as produzidas pelos EUA em conjunto com governos estrangeiros ou organizações internacionais acerca dos mesmos.

¹⁷³ Pelo princípio da reciprocidade, essas mesmas regras seriam aplicadas as informações norte americanas de posse de governos estrangeiros.

da sensibilidade da informação que varia conforme o impacto¹⁷⁴ da publicação da informação na sociedade, frisando que o impacto deve ser avaliado não apenas pela intensidade dos efeitos¹⁷⁵, mas também pela duração dos efeitos sobre a sociedade. A informação que exige a classificação no nível ultrassecreto é aquela com o potencial de causar danos extremamente graves e permanentes a segurança nacional. O nível secreto poderia em tese causar danos graves; por seu turno, a informação de acesso restrito teria potencial para causar danos menores, cujos efeitos indesejáveis não perdurariam muito tempo. A grande diferença entre os graus de classificação nos EUA não é o prazo de duração do sigilo, mas sim a lista de pessoas autorizadas a conhecê-lo, de modo que nos níveis maiores a restrição de acesso é maior. No caso de dúvida quanto ao grau de sigilo, a ordem executiva orienta que a informação seja classificada em nível inferior.

A duração da classificação original deve ser assinalada no momento da decisão, podendo ser uma data certa ou um evento específico, em regra até o limite de 10 anos, ocasião em que a informação em tese se tornará automaticamente pública (desclassificação automática), embora seja sujeita a sucessivas prorrogações conforme detalhamento a ser feito adiante. Se não for possível pré-estabelecer o prazo de desclassificação no ato de classificação, será o mesmo considerado como 10 anos a partir da data da decisão.

A decisão de classificação é formalizada num documento denominado internacionalmente por Termo de Classificação de Informações, o qual nos EUA deve conter o nível de classificação, a identificação dos danos potenciais a segurança nacional, a identidade da autoridade da classificação, a agência vinculada, o prazo de classificação, observações obrigatórias relativas a presença de fontes humanas ou conceitos-chave e projetos de armas de destruição em massa e, ainda, a justificativa para a classificação, com menção obrigatoriamente do enquadramento legal do caso concreto em um dos temas retro transcritos. Contudo, qualquer um desses itens pode ser excluído se revelar a informação classificada ou qualquer outra informação sigilosa, nos termos da seção 1.6.

¹⁷⁴ Para esse fim, a Ordem Executiva n. 13.527 define, na seção 6.1 (I), danos à segurança nacional como prejuízo “à defesa nacional ou às relações exteriores dos Estados Unidos devido à divulgação não autorizada de informações, levando em consideração aspectos das informações como sensibilidade, valor, utilidade e procedência dessa informação”.

¹⁷⁵ É de se repetir que, conforme mencionado no primeiro capítulo desta tese, a sensibilidade da informação depende também do momento em que a informação é divulgada. Dito de outra forma, a informação pode ter um enorme impacto social num dado momento, mas perder sua importância num curto espaço de tempo, o que exigiria uma classificação mais baixa correlata a sua sensibilidade que é avaliada no momento da classificação, mas pode ser revista a qualquer momento consoante será detalhado posteriormente.

O documento classificado deve indicar com marca própria, página por página, a existência de sigilo, uma vez que é possível a disponibilização parcial do documento quando a classificação não é integral; os documentos estrangeiros podem manter suas marcações de origem ou receber níveis superiores de sigilo, conforme o padrão estabelecido na Ordem Executiva n. 13.526. Quando a informação é desclassificada, incluindo na hipótese automática, é preciso realizar a marcação de informação desclassificada, o que prática obriga a revisão do documento antes de ser disponibilizado, embora formalmente não haja essa obrigação, prática que se pauta no princípio da economicidade na medida que evita o retrabalho. Nessa oportunidade, a ordem executiva é expressa ao permitir a prorrogação da classificação, dentro dos limites temporais estabelecidos pela ordem executiva, a fim de postergar a divulgação de informações sigilosas, e a reclassificação para graus mais altos de sigilo.

4.3 Da disponibilização da informação classificada

4.3.1 Desclassificação de ofício

A desclassificação é a decisão política de cancelar uma classificação ainda vigente. A desclassificação de ofício pode ser feita a qualquer momento, encontrando justificativa sempre que houver ilegalidade na classificação, em erro culpável ou não, dolo em ocultar ilegalmente a informação ou simplesmente a perda da sensibilidade da informação. Percebidas essas situações, é dever do Estado desclassificar a informação. Excepcionalmente, uma informação realmente sigilosa também pode ser desclassificada de ofício antes do termo originalmente atribuído se o interesse público pela transparência for preponderante, numa análise que pode ser realizada de ofício pela autoridade de classificação. Neste último caso, a Ordem Executiva n. 13.526 reconhece a possibilidade da desclassificação da informação causar dano, mas se orienta pela publicidade quando “a necessidade de proteger tais informações [for] superada pelo interesse público na divulgação das” mesmas, hipótese em que a desclassificação deve ser feita em prol da sociedade civil e teoricamente em detrimento do Estado. O que importa em todos esses casos é que a informação sob sigilo deveria ser pública e a autoridade teve conhecimento disso por sua própria iniciativa.

Embora possa ou não ser espontânea, a desclassificação de ofício ocorre por iniciativa funcional das autoridades de classificação originária do Poder Executivo

federal, do seu superior hierárquico ou por funcionário público com delegação¹⁷⁶, a qual está sujeita a confirmação do Painel de Apelações de Classificação de Segurança entre Agências (*Interagency Security Classification Appeals Panel - ISCAP*)¹⁷⁷. Ademais, o Diretor do Escritório de Supervisão de Segurança da Informação pode determinar que a classificação é contrária às regras da Ordem Executiva n. 13.526 e, por isso, determinar sua nulidade. Da decisão do Diretor do Escritório de Supervisão de Segurança da Informação cabe apelação da agência ao Presidente do Conselho de Segurança Nacional. Nesse caso, as informações permanecem sigilosas até a decisão final do recurso. Excepcionalmente, compete também ao Diretor Nacional de Inteligência dos EUA desclassificar qualquer informação ou rebaixar o seu grau de sigilo, hipótese na qual não caberia recurso.

4.3.2 Da desclassificação automática da informação

4.3.2.1 Apontamentos gerais

Importante salientar que a FOIA não prevê expressamente um prazo limite para o fim da classificação de informações; o limite temporal de sigilo surgiu mais recentemente no governo Clinton através da Ordem Executiva n. 12.958, de 17 de abril de 1995, a qual previa que após 25 anos os documentos de reconhecido e permanente valor histórico seriam desclassificados automaticamente, exceto se a agência revisasse as informações e se manifestasse justificadamente pela prorrogação do sigilo. Trata-se de um modelo de transparência das informações desclassificadas restrita aos documentos de valor histórico; a atual Ordem Executiva n. 13.527 manteve basicamente as regras da ordem anterior, proibindo expressamente que a informação seja classificada por tempo indeterminado: “Nenhuma informação pode permanecer classificada indefinidamente”.

¹⁷⁶ A iniciativa de desclassificação depende do cargo, não da pessoa que o exerceu no momento da classificação. Pode ainda a desclassificação ser promovida por seu substituto nas situações de afastamento do titular, ainda que se trate de uma substituição temporária.

¹⁷⁷ Conforme Ordem Executiva n. 13.527, compete ao Painel, além de a) decidir sobre os recursos de particulares quanto a classificação de informação¹⁷⁷, b) aprovar, alterar ou rejeitar as propostas de desclassificação automática das agências; e c) avaliar pedidos de desclassificação por iniciativa da própria agência; d) aconselhar e auxiliar o Presidente da República no cumprimento de sua autoridade constitucional e discricionária para proteger a segurança nacional dos Estados Unidos.

Daí o motivo da desclassificação ser atividade constante e permanente exercida diretamente pela agência classificadora, com planejamento previamente aprovado pelo Painel de Apelações de Classificação de Segurança entre Agências e com uso de controles para garantia da transparência quando a condição é alcançada¹⁷⁸; a desclassificação se opera automaticamente com a ocorrência do termo pré-estabelecido no ato de classificação, ocasião em que se presume a ampla acessibilidade dos registros mesmo sem nova manifestação da autoridade classificadora. Todavia, embora se presuma pública, a Ordem Executiva vigente exige em regra uma revisão do documento antes da efetiva disponibilização, ocasião em que o sigilo da informação poderia motivadamente ser prorrogado. A revisão da desclassificação não é feita necessariamente pela autoridade classificadora que assinou a decisão original e é dispensada apenas se o documento já possui mais de 25 anos e, concomitantemente, foi declarado como de valor histórico para os EUA no momento da classificação ou por ato posterior, embora a revisão possa ser feita se assim desejar o governo.

Advirta-se que há expressa orientação na Ordem Executiva n. 13.526 sobre a não desclassificação automática quando há vazamento da informação protegida. Nesse sentido, por exemplo, embora diversos detalhes do uso de *drones* para ataques sejam de conhecimento público, principalmente em razão das operações no Paquistão divulgadas amplamente pela mídia local e internacional, o governo norte-americano considera essas informações como classificadas (CROWLEY, 2012, p. 257).

4.3.2.2 Dos limites temporais da informação classificada

Inicialmente o prazo limite do sigilo é de 10 anos contados da produção da informação¹⁷⁹, seja qual for o nível do segredo, mas nada impede que a classificação seja feita por período inferior. Por outro lado, a identidade de fontes humanas que prestam informações aos EUA ou os conceitos-chave e projetos de armas de destruição em

¹⁷⁸ A seção 3.2 possui, em sua alínea “e”, uma importante orientação: “Na medida do possível, as agências devem adotar um sistema de gestão de registros que facilitará a divulgação pública de documentos no momento em que tais documentos forem desclassificados de acordo com as disposições para desclassificação automática na seção 3.3 desta ordem.”

¹⁷⁹ Sobre a contagem do prazo, a ordem executiva possui uma brecha não benéfica ao cidadão que pode estender em muito o lapso do sigilo em sua seção 3.3, “a”: “Se a data de origem de um registro individual não puder ser facilmente determinada, a data da classificação original deve ser usada em seu lugar.”

massa¹⁸⁰ podem ser classificados originalmente por período de até 25 anos. Aqui se ressalta, novamente, que as armas nucleares não estão sujeitas à FOIA e nem à Ordem Executiva n. 13.526, mas sim a legislação específica anteriormente mencionada que regulamenta o sigilo da energia nuclear, o qual não possui termo pré-definido, opção legal que é plenamente explicada pela variável independente posição de poder no sistema internacional.

A qualquer momento dentro do prazo geral de 10 anos de sigilo, admite-se justificadamente diminuir o prazo da classificação, seja por erro na análise inicial ou pela diminuição potencial dos efeitos danosos ao longo do tempo. Vencido o prazo de sigilo originalmente atribuído, a informação restaria desclassificada e deveria ser disponibilizada.

Contudo, em certas situações a sensibilidade da informação pode continuar a existir mesmo após 10 anos; nesses casos, é possível a prorrogação do sigilo. Somente no último ano do período inicial de sigilo estabelecido por até 10 anos e por iniciativa da autoridade classificadora, pode-se prorrogar motivadamente o segredo para até 25 anos contados da data da produção da informação, desde que o Painel de Apelações de Classificação de Segurança entre Agências (*Interagency Security Classification Appeals Panel*) aprove essa prorrogação. Caso o Painel negue a prorrogação, é possível ao chefe da agência recorrer ao Presidente do Conselho de Segurança Nacional, que terá a palavra final sobre o caso. Sendo prorrogado o sigilo, o documento se torna automaticamente público quando se completar esse prazo extra, lembrando que 25 anos contados da data de produção da informação seria o limite máximo.

Se não for possível desclassificar a informação automaticamente mesmo após os 25 anos supramencionados, em razão de seu conteúdo persistir sensível, a Ordem Executiva n. 13.525 prevê um procedimento de autorização de prorrogação do sigilo por até 25 anos adicionais, evitando a desclassificação automática, se o registro:

- (1) revelar a identidade de uma fonte humana confidencial, uma fonte de inteligência humana, um relacionamento com um serviço de inteligência ou segurança de um governo estrangeiro ou organização internacional, ou uma fonte de inteligência não humana; ou prejudicar a eficácia de um método de inteligência atualmente em uso, disponível para uso ou em desenvolvimento;
- (2) revelar informações que ajudariam no desenvolvimento, produção ou uso de armas de destruição em massa;
- (3) revelar informações que prejudicariam os sistemas ou atividades criptológicas dos Estados Unidos;

¹⁸⁰ Conforme definido em 50 USC 1801.

- (4) revelar informações que prejudicariam a aplicação de tecnologia de ponta em um sistema de armas dos Estados Unidos;
- (5) revelar planos de guerra militares dos EUA formalmente nomeados ou numerados que permanecem em vigor, ou revelar elementos operacionais ou táticos de planos anteriores que estão contidos em tais planos ativos;
- (6) revelar informações, incluindo informações de governos estrangeiros, que causariam sérios danos às relações entre os Estados Unidos e um governo estrangeiro, ou às atividades diplomáticas em andamento dos Estados Unidos;
- (7) revelar informações que prejudicariam a capacidade atual dos funcionários do Governo dos Estados Unidos de proteger o Presidente, o Vice-Presidente e outros protegidos para os quais os serviços de proteção, no interesse da segurança nacional, são autorizados;
- (8) revelar informações que possam prejudicar seriamente os planos atuais de preparação para emergências de segurança nacional ou revelar vulnerabilidades atuais de sistemas, instalações ou infraestruturas relacionadas com a segurança nacional; ou
- (9) violar um estatuto, tratado ou acordo internacional que não permite a desclassificação automática ou unilateral de informações em 25 anos.

Trata-se de um rol taxativo e todas são situações conexas com a ideia de segurança nacional. De uma forma geral, permanece o conceito tradicional de segurança ligado a questões militares. É evidente que o rol é bem extenso, compreendendo diversas situações diferentes.

Perfazendo o total de 50 anos de sigilo após a prorrogação adicional de 25 anos, novamente incidiria a desclassificação automática, exceto se o registro versar sobre “(A) a identidade de uma fonte humana confidencial ou uma fonte de inteligência humana; ou (B) os conceitos-chave de projeto de armas de destruição em massa.” Somente nessas situações, as informações podem extraordinariamente permanecer sob sigilo por até 75 anos de sua produção; neste caso, é igualmente necessário um pedido especial fundamentado do chefe da agência a ser apreciado pelo Painel para que a prorrogação do sigilo permaneça por esse prazo máximo de 75 anos contados da produção da informação. Sem dúvidas essas sucessivas possibilidades de prorrogação em diversas temáticas encontrariam amparo na variável independente posição de poder dos EUA no sistema internacional

4.3.3 Da permanência da sensibilidade da informação mesmo após a sua desclassificação automática

Atingido o prazo de classificação e sem a possível prorrogação, as informações se presumem públicas. Há duas situações completamente diferentes a serem discutidas aqui: a primeira delas é quando o prazo limite da desclassificação ocorreu, mas ainda era possível a sua prorrogação, e a segunda quando já não é mais possível prorrogar o sigilo.

No primeiro caso, se o marco temporal da desclassificação ocorreu havendo possibilidade de prorrogação e se a informação ainda não tiver sido divulgada à sociedade pela autoridade competente, pode o chefe da agência que identificar eventual sensibilidade residual da informação realizar a prorrogação da classificação. O fato é que, embora a informação esteja presumidamente desclassificada, o marco temporal previamente ajustado não inibe erros humanos e realmente a sensibilidade da informação pode continuar. Embora não exista previsão de que o Estado deve fazer uma revisão das informações a serem desclassificadas, já que essa se operaria automaticamente, a orientação jurídica em questão visa garantir a possibilidade de revisão da desclassificação sob o pretexto do risco à segurança nacional, em especial quando um pedido de acesso à informação é feito. Isso significa que é possível fazer uma prorrogação da classificação que acaba por sepultar o caráter automático da desclassificação, que perde sua força face a apresentação de uma nova justificativa pelo governo para se operar a prorrogação.

Por outro lado, em uma segunda situação, é possível que mesmo após as sucessivas prorrogações juridicamente admitidas, a desclassificação formal da informação por decurso de tempo não retire a sensibilidade da informação e nem a isente de outros obstáculos para sua efetiva disponibilização. Na prática, mesmo após decorrido o prazo máximo de classificação da informação em um Estado democrático, isso não significa que o governo deseje que a informação venha ao conhecimento do público; muitas informações de natureza pública permanecem efetivamente protegidas por mecanismos jurídicos sutis e indiretos ou ainda situações em que a legislação é omissa, de modo que sequer a existência dessas informações é disponibilizada em transparência ativa e os funcionários que as divulgam são duramente punidos, inclusive nos EUA. Há modalidades de informação desclassificadas nos EUA que somente podem ser disponibilizadas caso solicitadas e após nova revisão, jamais em transparência ativa¹⁸¹; nesse caso, o funcionário público que tem acesso a essas informações continua com o dever de manter o sigilo, não poderia encaminhá-las a terceiros a não ser que por necessidade da atividade pública, a qual justifica seu uso. Por outro lado, o cidadão muitas vezes não tem sequer consciência de sua existência, exceto pelo monitoramento feito pelo Centro Nacional de Desclassificação do NARA que publica em transparência ativa uma

¹⁸¹ Nesse sentido, por exemplo, a Ordem Executiva n. 13.556 de 04/11/2010 confere suporte para diversas marcações para informações não classificadas, dentre as quais *Sensitive But Unclassified* (SBU), *For Official Use Only* (FOUO) e *Controlled Unclassified Information* (CUI).

lista trimestral dos documentos desclassificados¹⁸², a qual é composta somente pelos documentos de valor histórico permanente que são enviados pelas agências ao NARA. Então, quando encaminhada ao NARA muitas vezes a informação classificada é enquadrada em termos genéricos ou simplesmente não são encaminhadas ao NARA por falta de previsão legal, o que impede na prática a apresentação de um pedido para acessá-las. Essas informações ficam num certo limbo em que os funcionários públicos que a acessam não podem revelar sua existência à sociedade civil, mesmo após exaurido o prazo máximo de classificação. Além disso, mesmo que um cidadão faça o pedido de acesso de um registro desclassificado após o prazo máximo, o Estado ainda poderia alegar a existência de problemas operacionais para a disponibilização da informação, tais como sua não localização ou inexistência, ou argumentar que a informação é sigilosa por outros motivos que não o sigilo decorrente do risco à segurança nacional, por exemplo que a informação é de natureza pessoal sensível ou que há sigilo judicial, hipótese que poderia ser somada a necessidade operacional de rever o documento já desclassificado automaticamente. Repita-se novamente: as situações relatadas são indiretamente admitidas pela FOIA e seus regulamentos, em um combinado de omissão na lei com determinação expressa ou nova omissão dos regulamentos.

Por tudo isso, o que se quer demonstrar aqui é que a chamada desclassificação automática da informação nos EUA não se opera de forma tão simples como se poderia imaginar, muitas vezes não bastando o atingimento do prazo previsto de desclassificação, na medida em que surgem novos obstáculos para o efetivo acesso, muitos deles criados deliberadamente com o propósito de manter o sigilo e outros decorrentes da má-gestão da informação.

4.3.4 Do procedimento geral de acesso à informação a partir de pedido de particular

Uma lei de acesso à informação deve estabelecer um procedimento em que o cidadão tem a iniciativa de demandar a informação que deseja do Estado, esteja ela

¹⁸² A lista se encontra em <https://www.archives.gov/declassification/ndc>. Os documentos possuem indicação de sua localização no NARA e uma descrição vaga, tão somente com o título do registro. Os títulos são extremamente vagos, por exemplo, um dos registros liberados no primeiro trimestre de 2020 é “*Item S-72; Technical Reports, 1912-1966*”, outro é “*Specification And Standard Development Case Files*” e há ainda “*Correspondence*”, diversos “NPC” e “X”. Não se pode dizer que sejam erros isolados, mas sim um padrão que acontece em todas as listas. Obviamente não é possível o acesso on-line dos documentos para conferência do teor.

classificada ou não. Como previsto pelas regras internacionais de transparência, esse procedimento, para ser efetivo, precisa ter a menor quantidade possível de barreiras para a formulação do pedido, com prazos fixos, instâncias recursais autônomas e imparciais que possam efetivamente reavaliar os pedidos de acesso à informação.

Nos EUA, conforme previsto na FOIA, qualquer interessado pode demandar acesso à informação pública e igualmente solicitar a revisão da classificação¹⁸³, havendo previsão de procedimento para tanto. Por outro lado, todas as agências do Poder Executivo federal têm o dever de cumprir as regras de transparência da FOIA e, portanto, recebem e respondem pedidos de acesso à informação; de forma correlata, todas as agências do Poder Executivo federal possuem informações sensíveis, produzidas ou coletadas, e podem em tese negá-las pelos fundamentos da FOIA, inclusive por meio da classificação da informação.

Aqui é importante esclarecer que todas as agências devem manter um serviço de acesso à informação, para responder aos deveres legais de transparência ativa e passiva; mas embora todas essas agências possam classificar informações, nem todas possuem órgãos de inteligência dedicados a atuar na área de transparência, o que não justifica descumprir o dever legal de proteger certas informações. O cumprimento desse dever enaltece o papel do órgão central de inteligência na orientação de todo o Poder Executivo federal. Dito de outra forma, quem decide direta e concretamente se um pedido de informação vai ser ou não atendido, geralmente, não é o serviço de inteligência, mas qualquer órgão do Poder Executivo federal norte-americano, o qual não pode ignorar as eventuais recomendações do órgão central de inteligência.

Considerando essas peculiaridades, a regra posta determina que os pedidos de acesso à informação são dirigidos à agência que a produziu ou que a detém¹⁸⁴, exceto

¹⁸³ A alínea “h” da seção 3.5 ressalta que o procedimento em questão não se aplica a governos estrangeiros ou seus representantes. O pedido de desclassificação forçada da informação (*Mandatory Declassification Review* - MDR), regulado pela supramencionada Ordem Executiva e de iniciativa de qualquer interessado, inicia um procedimento de revisão da desclassificação de informações, independentemente da data de produção ou origem do registro.

¹⁸⁴ Conforme consta em orientação do Departamento de Justiça norte-americano: “An “equity” is information that was originated, classified by, or concerns the activities of another government agency or organization and only they can declassify it. Records that contain other agency “equities” must be referred to those agencies for declassification review.” In: <https://www.justice.gov/open/declassification/declassification-faq> . Acesso em 10/09/2020. Por outro lado, o Guia de Referência FOIA de 2018 da NARA explica que, quando a NARA recebe uma solicitação de informação que está classificada, é necessário que se faça contato com a agência classificadora para análise da possibilidade de desclassificação.

estando a informação classificada, ocasião em que o pedido de desclassificação somente pode ser dirigido a agência que classificou a informação. Logo, ao receber um pedido de informação, cabe a agência primeiramente verificar se a informação demandada está em seu poder, havendo a possibilidade de reencaminhamento para a agência que possui a informação se o pedido foi erroneamente direcionado pelo cidadão a um órgão que não a possui. Em segundo lugar, deve-se verificar se existe classificação da informação demandada, pois a classificação desloca a competência para responder ao pedido, como dito antes.

De acordo com a FOIA, para apresentação do pedido de acesso à informação sem classificação ou de desclassificação a uma agência federal, existem três requisitos essenciais: a) a identificação do solicitante¹⁸⁵; b) a especificação da informação cujo acesso é desejado¹⁸⁶. É dever do interessado especificar o documento que deseja acesso, o que nem sempre é simples, pois não nem sempre se sabe exatamente o teor do documento objeto da demanda e às vezes nem há confirmação da existência dele, restando evidente prejuízo na capacidade de argumentação do interessado na medida em que o interessado muitas vezes apenas conhece o tema sobre o qual deseja receber informações; e c) o recolhimento das taxas devidas ou o pedido justificado de isenção. As taxas para o acesso à informação, cobradas apenas na via passiva, podem compreender diversos custos, tais como os de pesquisa, de duplicação ou até mesmo de revisão de eventuais segredos existentes em um determinado documento. Como regra geral, pedidos que demandam atividade de pesquisa até duas horas são gratuitos, inclusive de revisão da informação e de reprodução até o limite de 100 páginas. Contudo, mesmo fora dessa isenção geral, há diversas hipóteses em que a taxa é minorada, tais como quando há interesse público na informação, para uso por instituição científica ou pela mídia objetivando informar a sociedade. Por outro lado, solicitantes com intenção de promover interesses comerciais com a informação demandada sempre pagam integralmente as taxas¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Conforme [36 C.F.R. § 1250.20\(b\)](#).

¹⁸⁶ Nesse caso, ao propor sua demanda pela via passiva, é possível que o cidadão faça opção pela forma e formato do objeto demandado, desde que já existente, conforme previsto na alínea B do parágrafo 3 da subseção A.

¹⁸⁷ Embora não seja o objetivo principal numa democracia, a depender da qualidade da informação, a transparência pode beneficiar as empresas e, conseqüentemente, cria valor para a economia nacional gerando empregos, tecnologia e bem estar social.

Além dos 3 requisitos essenciais para se solicitar acesso a qualquer informação, exige-se adicionalmente a apresentação de justificativa do interessado para a revisão da desclassificação, uma vez que a informação classificada é presumidamente sigilosa e, por isso, o ônus de provar o caráter público da informação é relegado ao interessado. Esta é outra grande barreira para o acesso, pois o interessado tem sua capacidade de argumentação ainda mais reduzida na medida em que não sabe se a informação é realmente sensível tal como se presume e quais danos sua divulgação poderia em tese causar.

De forma extraordinária, junto com o pedido de acesso à informação o interessado pode demandar o processamento célere de seu pedido, desde que haja necessidade imperiosa¹⁸⁸, conforme previsto na FOIA.

Após a formalização do pedido, cabe a agência competente, conforme retro mencionado, avaliá-lo, sendo a decisão institucional inicial em questão de responsabilidade de funcionário público especificamente designado para a atividade. A agência, para fins de economicidade e celeridade, pode agregar pedidos de um mesmo interessado ou até mesmo de interessados diferentes com o mesmo objeto para apreciá-los em conjunto numa única decisão.

Relativamente ao prazo de resposta, a FOIA determina que em regra a informação pública deve ser disponibilizada imediatamente. Contudo, conforme regras procedimentais complementares dessa lei, há a possibilidade da decisão ser tomada no prazo máximo de 20 dias úteis, dentro dos quais a agência deve atender ao pedido ou negá-lo justificadamente, informando ainda neste último caso a possibilidade de buscar assistência de um agente público especificamente designado para realizar a mediação ou o direito de recorrer administrativamente¹⁸⁹.

O prazo original de resposta pode ser estendido por até 10 dias úteis, em situações específicas. As situações que justificariam a dilação do prazo são bem delimitadas:

(I) a necessidade de buscar e coletar os registros solicitados nas instalações de campo ou em outros estabelecimentos distintos do escritório que processa a solicitação;

¹⁸⁸ Tais como excepcional interesse público, risco de vida ou a segurança e perda substancial de direitos fundamentais.

¹⁸⁹ De acordo com o Guia de Referência do Departamento de Defesa de 2020, os pedidos são triados e enquadrados em três categorias de análise (*Simple*, *Complex* ou *Expedited*), conforme o grau de complexidade. Os pedidos colocados para análise de acordo com a ordem de recebimento, mas podem ser decididos em ordem diferentes de acordo com a complexidade.

- (II) a necessidade de buscar, coletar e examinar apropriadamente uma quantidade volumosa de registros separados e distintos que são exigidos em uma única solicitação; ou
- (III) a necessidade de consulta, que deve ser conduzida com toda a rapidez praticável, com outra agência que tenha interesse substancial na determinação da solicitação ou entre dois ou mais componentes da agência com interesse substancial no assunto nele.

De forma extraordinária, para pedidos muito abrangentes que exigem uma carga de trabalho superior ao ordinariamente prestado pela agência em pedidos de acesso à informação, é possível estender ainda mais o prazo de resposta inicial, devendo a agência entrar em contato com o demandante para diminuir o escopo do pedido para que possa ser processado dentro do prazo legal ou combinar um novo prazo para entrega da informação de acordo com a necessidade de serviço. Saliente-se que se a resposta da agência não é apresentada dentro do prazo legal, prorrogado ou não, ou dentro do prazo combinado, quando se tratar de pedido de amplo escopo, a omissão é entendida como negativa.

Antes da apresentação da decisão ao interessado, é feita a avaliação arquivística do registro, exceto se essa avaliação já tiver sido realizada nos últimos 2 anos, hipótese em que basta a comunicação do fato.

Quando a decisão da agência é no sentido de negar acesso à informação demandada, a FOIA é rigorosa quanto a necessidade de motivação. Por exemplo, ao se negar um pedido em razão da falta de capacidade laboral para atendê-lo, o Estado precisa em regra estimar o volume de trabalho necessário. Se a negativa for em razão da não localização da informação, está prevista a obrigação do Estado de explicitar os esforços razoáveis empreendidos, manualmente ou por meio de sistemas informatizados; esses esforços precisam ser demonstrados caso a informação não seja localizada ou seja considerada inexistente, não se admitindo uma negativa de acesso pautada somente na mera alegação de que não foi encontrada. Há, no mínimo, o dever de se relatar como as buscas foram empreendidas.

Sendo a decisão favorável pela disponibilização da informação, o procedimento se encerra. Contudo, havendo decisão negativa de acesso, é facultado ao interessado recorrer à autoridade máxima da agência. Nesse caso, a FOIA estabelece que o interessado tem prazo não inferior a 90 dias úteis para propor seu recurso, estabelecido individualmente por cada agência em regulamento próprio.

A decisão administrativa desse recurso deve ser tomada no prazo de 20 dias úteis¹⁹⁰. Tal como o prazo original de resposta, o prazo das decisões recursais pode ser estendido por até 10 dias úteis nas mesmas situações excepcionais retro mencionadas. A decisão desse recurso em regra exaure o procedimento administrativo de acesso à informação.

Contudo, em se tratando de pedido de desclassificação de informação, há recursos extras. Na hipótese de negativa da autoridade máxima da agência, é possível ao cidadão recorrer ao Painel de Apelações de Classificação de Segurança entre Agências (*Interagency Security Classification Appeals Panel - ISCAP*), conforme previsto na FOIA¹⁹¹ e na Ordem Executiva n. 13.526. Compete ao Painel decidir, em última instância, sobre os recursos de particulares quanto a classificação de informação¹⁹². Da decisão do Painel, caberia recurso administrativo ao Presidente dos EUA em decorrência do seu poder hierárquico sobre todo o Poder Executivo, mas esse recurso é exclusivo da agência contra os interesses do cidadão.

Esgotados os recursos administrativos no âmbito do Poder Executivo federal e mantida a negativa de acesso, seja informação com ou sem classificação, a FOIA prevê a possibilidade do interessado recorrer ao Poder Judiciário. A ação judicial em questão deve ser proposta no prazo máximo de 6 anos contados da intimação da última negativa em sede administrativa.

É preciso salientar que, nos EUA, apresentar uma demanda em juízo é onerosa, já que procedimentos judiciais costumam demorar e envolver custos financeiros significativos (taxas e honorários advocatícios). O interessado pode apresentar sua demanda ao Tribunal Distrital em que reside ou onde a agência está situada ou ainda no Distrito de Columbia. Em juízo, a agência tem o prazo de 30 dias para se manifestar após a citação. Após oitiva das versões, cabe ao Tribunal avaliar a decisão administrativa, podendo conceder a informação ou até mesmo determinar a sua produção, tal como

¹⁹⁰ Ao contrário do que se espera, o atraso acontece com frequência. No Guia de Referência FOIA da NARA, por exemplo, consta que “A FOIA exige que respondamos ao seu recurso no prazo de 20 dias úteis a partir do seu recebimento. No entanto, geralmente temos atrasos em nossa fila de recursos”.

¹⁹¹ O painel é um órgão colegiado, formado por representantes dos Departamentos de Estado, Defesa e Justiça, do Arquivo Nacional, do Gabinete do Diretor de Inteligência Nacional e do Conselho de Segurança Nacional.

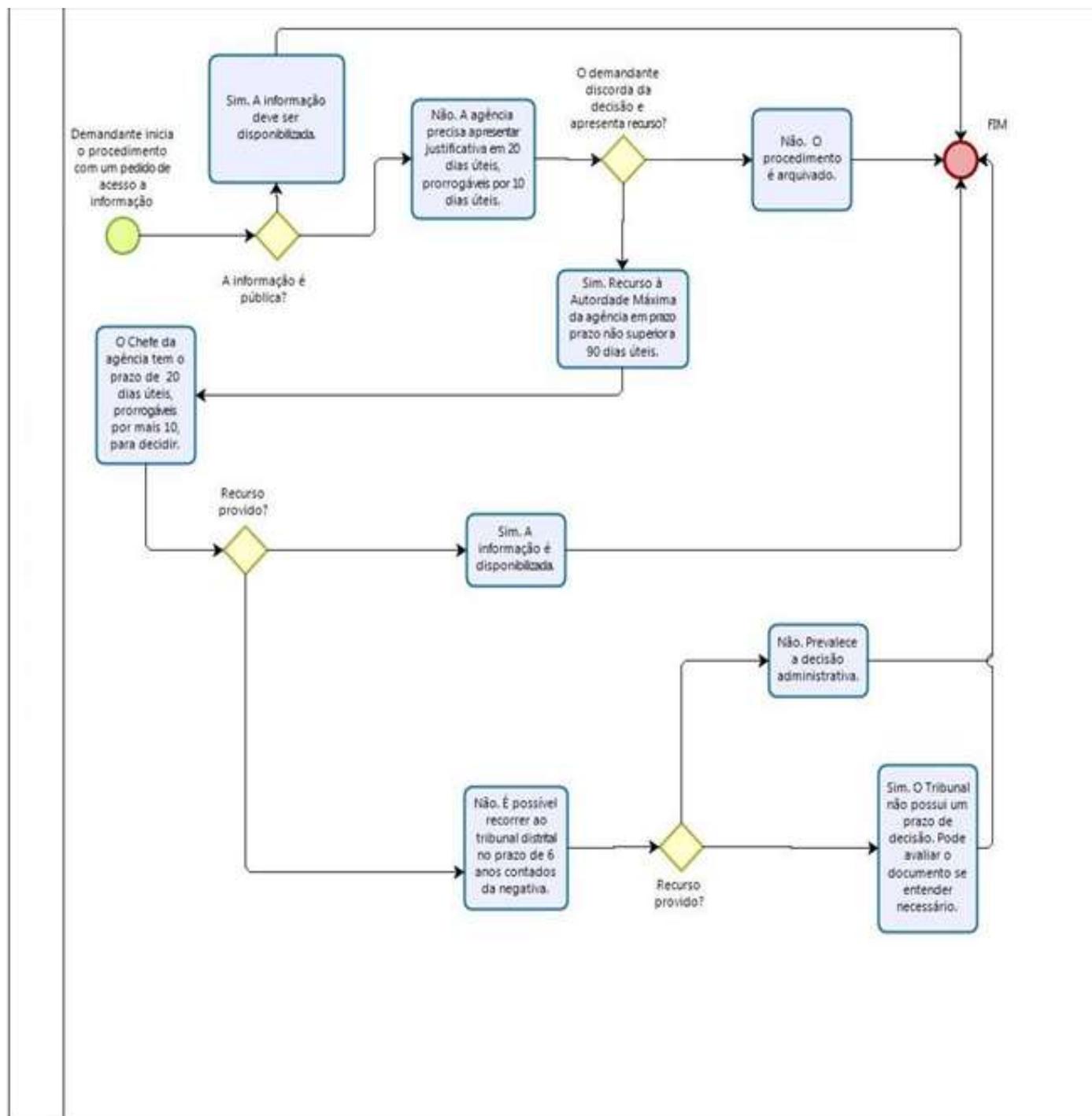
¹⁹² O recurso somente será admitido, conforme seção 5.3 (c) da Ordem Executiva n. 13.526, se (1) o apelante esgotou todos os recursos administrativos dentro do órgão responsável; (2) não há ação atual pendente sobre a questão na Justiça Federal; e (3) as informações não foram objeto de revisão pelos tribunais federais ou pelo Painel nos últimos 2 anos.

expresso na FOIA; no primeiro caso, também é expressa a prerrogativa do Tribunal de demandar a apresentação do documento para a sua adequada avaliação, procedimento denominado de revisão em câmara.

Caso o Tribunal seja favorável à demanda do interessado, está previsto que a agência será oficiada para disponibilizar a informação e, eventualmente quando constatada infração, o Tribunal pode oficiar as agências devidas a fim de que o funcionário público venha a ser responsabilizado disciplinarmente pela negativa ilegal de acesso à informação. Esta norma é fundamental para fortalecer o mecanismo de responsabilização pelo descumprimento da FOIA, servindo de incentivo ao cumprimento dos deveres nela previstos.

A seguir, apresentam-se os fluxogramas e cadeias recursais dos procedimentos de acesso à informação dos EUA:

Figura n. 2 – Procedimento geral de acesso à informação nos EUA



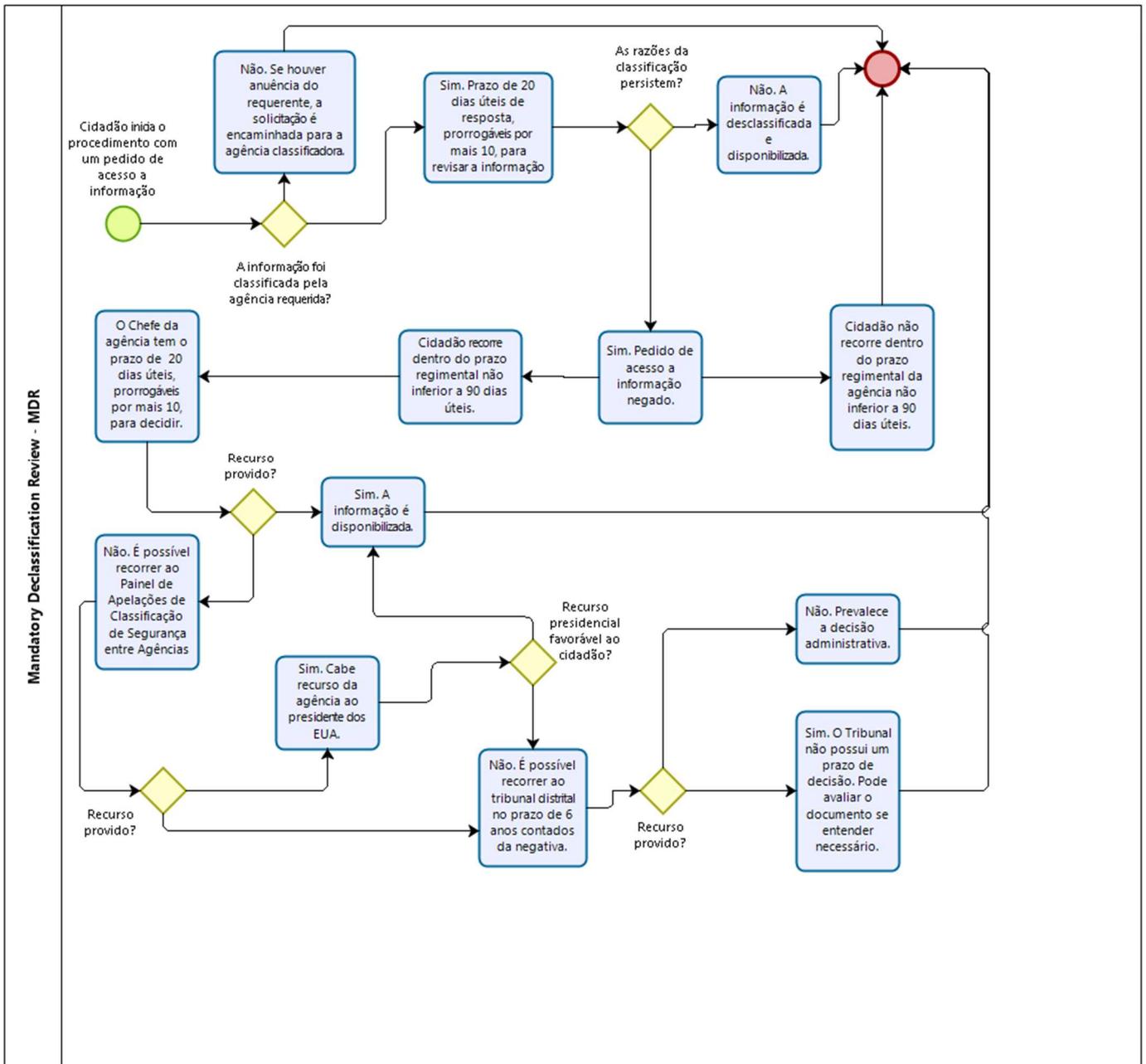
Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na FOIA e na Ordem Executiva n. 13.526 – EUA, 2021.

Figura n. 3 - Cadeia de recursos em pedido de acesso à informação sem classificação nos EUA



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na FOIA e na Ordem Executiva n. 13.526 – EUA, 2021.

Figura n. 4 – Procedimento de acesso à informação classificada nos EUA



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na FOIA e na Ordem Executiva n. 13.526 – EUA, 2021.

Figura n. 5 - Cadeia de recursos em pedido de desclassificação de informações nos EUA



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na FOIA e na Ordem Executiva n. 13.526 – EUA, 2021.

4.4 Conclusão parcial

A política pública de transparência atual dos EUA é estabelecida pela FOIA, uma das primeiras leis do mundo a prever a transparência enquanto dever do Estado, conforme estudado anteriormente. Muito em razão do papel de liderança dos EUA entre as democracias, a FOIA foi importante modelo para as diversas leis de acesso à informação que surgiram com o processo de democratização, em especial após a denominada terceira onda da democracia. A compreensão geral desse normativo de 1966 é fundamental para qualquer estudo de transparência haja vista ser referência mundial, inclusive para o Brasil.

Ainda assim, considerando a evolução pela qual a legislação de acesso à informação passou principalmente nas últimas décadas, a FOIA está bem distante das recomendações da OEA. De fato, os problemas de transparência nos EUA são diversos e se iniciam na FOIA: há em certas situações somente uma previsão extremamente genérica das justificativas para a negativa de acesso à informação; há hipóteses de sigilo sem prazo determinado, não segregáveis e sem possibilidade de controle social; a FOIA deixa para que o próprio Poder Executivo estabelecer em norma infralegal as hipóteses de classificação e os prazos para disponibilizar a informação classificada, o que fragiliza toda política de acesso à informação na medida em que questões centrais ficam sujeitas

às mudanças a cada novo governo, haja vista a facilidade das regras jurídicas serem alteradas.

Especificamente sobre as omissões na FOIA, convém citar desde já que elas abrem espaço para interpretações e práticas potencialmente ilegais, tais como a criação de hipóteses de sigilo não previstas expressamente em lei como a *glomar response*, a qual será posteriormente debatida de forma aprofundada. Neste momento, apenas se cite que se trata de justificativa não prevista na lei de acesso à informação dos EUA que autoriza o governo a não responder a uma solicitação de acesso à informação quando a resposta, seja de deferimento ou não, coloca em risco a segurança nacional. É uma construção jurisprudencial, hipótese de negativa discutida pela primeira vez quando foram solicitadas informações sobre um navio norte-americano chamado Glomar:

The Glomar Response takes its name from the CIA's refusal to confirm or deny the existence of records about "the Hughes Glomar Explorer, a ship used in a classified [CIA] project 'to raise a sunken Soviet submarine from the floor of the Pacific Ocean to recover the missiles, codes, and communications equipment onboard for analysis by United States military and intelligence experts.'" Roth v. U.S. Dep't of Justice, 642 F.3d 1161, 1171 (D.C. Cir.2011) (quoting Phillipiv. CIA, 655 F.2d 1325, 1327 (D.C. Cir.1981)). A Glomar response is valid "if the fact of the existence or nonexistence of agency records falls within a FOIA exemption."

Wolf, 473 F.3d at 37.

Por seu turno, a Ordem Executiva n. 13.526, responsável por regulamentar a FOIA, estabelece categorias temáticas de forma muito ampla para classificação, como por exemplo “Relações Exteriores” ou “atividades de inteligência”; também não há um entendimento formalizado sobre os níveis de sigilo decorrentes da classificação, sendo que a falta de critérios objetivos para se estabelecer o dano ou potencial dano à segurança nacional decorrente da disponibilização da informação prejudica uma escolha legítima do nível de sigilo. Ainda assim, o conceito de segurança nacional nas normas estadunidenses de transparência parece ser mais restrito do que o apresentado nas estratégias de segurança nacional da Presidência da República; o impacto dessa opção política será avaliado adiante quando da avaliação das decisões judiciais dos Tribunais norte-americanos.

Ademais, a despeito da falta de previsão na FOIA, a criação de limite temporal nas ordens executivas para a classificação da informação foi de extrema importância. Contudo, esse prazo parece ser demasiadamente longo em um universo não desprezível de casos, atingindo 75 anos em diversas situações.

Acrescente-se ainda que, conforme retro apresentado, o controle social sobre as informações classificadas é muito prejudicado nos EUA, não apenas pelo estabelecimento dos longos prazos, mas porque inexistente a previsão legal de publicação de listas de informações classificadas e desclassificadas e nem toda informação desclassificada é enviada ao NARA. Quanto a primeira situação, formalmente reconhecida nos normativos para se manter informações estatais desclassificadas na completa opacidade, é a falta de previsão na FOIA da obrigação das agências de publicar listas de informações classificadas e desclassificadas ou de, ao menos, encaminhar todos os documentos para um arquivo único, capaz de listar o que está disponível. Ao contrário, a omissão permite que informações desclassificadas fiquem em arquivos aos quais a sociedade civil não tem acesso, de modo que essas informações ficam protegidas por um sigilo eterno.

Quanto a segunda situação, as agências somente têm o dever de encaminhar para o NARA as informações desclassificadas de valor histórico; quanto às demais informações desclassificadas, não há prazo definido para encaminhamento ao NARA, conforme consta do seu Guia de Referência de 2018: “as agências geralmente não transferem esses registros permanentes ou arquivísticos para o NARA até que eles tenham 20-30 anos”. Assim, de acordo com o Guia de Referência FOIA de 2018 do NARA, estima-se que:

menos de 5% de todos os registros que as agências federais criam ou recebem no decorrer da condução dos negócios do governo dos Estados Unidos são considerados de valor permanente e são transferidos para os Arquivos Nacionais para preservação permanente e acesso.

Apenas os documentos de guarda permanente, isto é, de valor histórico são encaminhados para o NARA¹⁹³. Isso significa que a desclassificação automática vai realmente se efetivar sobre uma parcela muito limitada de informações estatais (aquelas encaminhadas ao NARA), sendo que os 95% restantes permanecem em regra com a própria agência que produziu a informação. Como também não há qualquer obrigação de transparência ativa dessas informações desclassificadas supostamente sem valor histórico, a sociedade civil não conhece sua existência, sem que o cidadão saiba que essas informações já são públicas, de modo que fica inviabilizado na prática requerer acesso àquilo cuja existência é ignorada por completo. Essas informações sem valor histórico, em tese, poderiam até ser destruídas antes de se tornarem públicas, conforme critérios e

¹⁹³ In: <https://www.archives.gov/records-mgmt/scheduling/permanent-records> . Acesso em 22/02/2022.

procedimento previsto na legislação arquivística norte-americana, sem nunca serem conhecidas. Além disso, muitas informações arquivadas no NARA mantêm a natureza sigilosa por outros motivos, já que nesses documentos poderiam deter informações pessoais sensíveis e sigilos legais autônomos¹⁹⁴.

Do ponto de vista processual, o caminho para se demandar acesso a uma informação, em especial a classificada, é longo nos EUA, haja vista a pluralidade de instâncias e os correlatos prazos. Além disso, o sistema recursal da FOIA para acesso à informação classificada ou não é desfavorável ao interessado, pois faltam maiores garantias legais de imparcialidade nas instâncias recursais: há na prática uma única possibilidade de revisão externa da negativa de acesso que é realizada pelo Poder Judiciário, já que o Painel é composto exclusivamente por agências do próprio governo, sem representantes da sociedade civil, e somente atua em demandas de informações classificadas. A revisão externa pelo Poder Judiciário, por outro lado, dependeria de um demandante mais esclarecido de seus direitos de acesso à informação e com disposição para percorrer o citado demorado caminho que em regra exige o pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, fatos que muitas vezes inviabilizam uma ação judicial para revisão da negativa administrativa de acesso.

Dito isso, com base em tudo o que foi apresentado e considerando a Lei Modelo da OEA, a legislação que regula a política pública de transparência nos EUA estaria descumprindo em especial as seguintes recomendações internacionais:

Tabela n. 5 – Principais normas da Lei Modelo de Acesso à Informação da OEA não internalizadas pelos EUA

CRITÉRIOS DESCUMPRIDOS DA LEI MODELO	LEGISLAÇÃO DOS EUA
<p>ÓRGÃOS SUJEITOS À LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: a lei de acesso à informação se aplica ao Estado no sentido mais amplo possível, compreendendo todos os níveis e poderes, além das empresas estatais, e também sendo aplicável a organizações privadas, tais como partidos políticos, agremiações, sindicatos e organizações sem fins lucrativos que recebam recursos públicos.</p>	<p>Apenas ao Poder Executivo federal, inclusive agências e departamentos, e as empresas privadas contratadas especificamente para gerenciar informações públicas.</p>

¹⁹⁴ Essa discussão foi feita no processo judicial CAUSE OF ACTION V. NARA, NO. 13-5127, 2014 WL 2135977 (D.C. CIR. MAY 23, 2014) (RANDOLPH, S. J.).

<p>TEMAS FORA DO ESCOPO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: o ideal é que todo tema esteja sujeito às regras de transparência.</p>	<p>São diversos temas não regulados pela FOIA, tais como energia nuclear e informações presidenciais.</p>
<p>NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO PEDIDO DE INFORMAÇÃO: como a informação é em regra pública, a motivação deve ser dispensada</p>	<p>Não se exige em regra motivação para o pedido, mas existem exceções injustificadas, tais como a demanda por informações classificadas, em que há evidente prejuízo à sociedade civil na medida em que o órgão deveria ao menos explicitar o dano potencial. Há ainda outra exceção injustificada relevante denominada <i>glomar response</i>¹⁹⁵ que sequer tem previsão legal e será detalhada posteriormente.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE UM ARQUIVO GERAL: a centralização das informações facilita a sua localização e permite um inventário geral, o qual em tese diminui as negativas por inexistência da informação.</p>	<p>O NARA centraliza a guarda dos arquivos de valor histórico permanente¹⁹⁶. Dos documentos desclassificados, terão guarda permanente no NARA apenas aqueles de valor histórico¹⁹⁷.</p>

¹⁹⁵ Trata-se de justificativa não prevista na lei de acesso à informação dos EUA que autoriza o governo a não responder a uma solicitação de acesso à informação quando a resposta, seja de deferimento ou não, coloca em risco a segurança nacional. É uma construção jurisprudencial, discutida pela primeira vez quando se discutiu informações sobre um navio norte-americano chamado Glomar: "*The Glomar Response takes its name from the CIA's refusal to confirm or deny the existence of records about "the Hughes Glomar Explorer, a ship used in a classified [CIA] project 'to raise a sunken Soviet submarine from the floor of the Pacific Ocean to recover the missiles, codes, and communications equipment onboard for analysis by United States military and intelligence experts.'"* Roth v. U.S. Dep't of Justice, 642 F.3d 1161, 1171 (D.C. Cir.2011) (quoting Phillipiv. CIA, 655 F.2d 1325, 1327 (D.C. Cir.1981)). A Glomar response is valid "if the fact of the existence or nonexistence of agency records falls within a FOIA exemption." Wolf, 473 F.3d at 37"

¹⁹⁶ De acordo com a Ordem Executiva n. 13.526/09: "*Records having permanent historical value*" means Presidential papers or Presidential records and the records of an agency that the Archivist has determined should be maintained permanently in accordance with title 44, United States Code."

¹⁹⁷ "Sec. 3.7. National Declassification Center. (a) There is established within the National Archives a National Declassification Center to streamline declassification processes, facilitate quality-assurance measures, and implement standardized training regarding the declassification of records determined to have permanent historical value."

<p>EXISTÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA SOBRE PEDIDOS E RESPOSTAS DE ACESSO A INFORMAÇÃO: tal prática serve em tese para diminuir os pedidos de acesso à informação, evitando inclusive o retrabalho de analisar pedidos repetitivos da sociedade.</p>	<p>Muito reduzida, pois as perguntas e respostas não são produzidas antevendo uma futura publicação. Ademais, a falta de centralização dos pedidos em um sistema dificulta a transparência ativa dos mesmos.</p>
<p>ROL DE INFORMAÇÕES CLASSIFICADAS: a lista de documentos classificados, com os detalhes devidos.</p>	<p>Não há obrigação legal de se divulgar essa lista e não existe o costume das agências em divulgá-la.</p>
<p>ROL DE INFORMAÇÕES DESCLASSIFICADAS: a lista de documentos desclassificados, com os detalhes devidos.</p>	<p>A divulgação é feita pelo Centro Nacional de Desclassificação do NARA¹⁹⁸, a qual é composta somente pelos documentos de valor histórico permanente. Há uma outra lista dos documentos classificados liberados pelo ISCAP¹⁹⁹ por meio de suas decisões. Ambas as listas raramente trazem o assunto</p>
<p>EXISTÊNCIA DE SISTEMA INFORMATIZADO PARA CENTRALIZAR OS PROCEDIMENTOS DE ACESSO A INFORMAÇÃO: o uso da tecnologia para processar os pedidos de acesso à informação é essencial para o registro formal dos atos, contagens dos prazos e fácil localização do canal adequado para se apresentar uma demanda de acesso à informação.</p>	<p>Há múltiplos canais para se obter a informação desejada, sendo que cada órgão tem flexibilidade para estabelecer como o cidadão será atendido. Atualmente o governo norte americano envida esforços para centralizar a apresentação de pedidos no site https://www.foia.gov/search.html, mas o uso do mesmo pelas agências não é obrigatório.</p>
<p>POSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DE TAXAS PARA O ACESSO A INFORMAÇÃO: inexistência de custo para a apresentação de um pedido de acesso à informação, mas</p>	<p>Não há em regra isenção, mas pedidos que demandam atividade de pesquisa de até duas horas são dispensados das</p>

¹⁹⁸ A lista se encontra em <https://www.archives.gov/declassification/ndc>.

¹⁹⁹ Disponível em <https://www.archives.gov/declassification/iscap/releases>. Acesso em 22/06/22.

<p>possibilidade de cobrança de taxas para reprodução e entrega da informação, as quais devem visar apenas o ressarcimento das despesas.</p>	<p>taxas, inclusive de revisão da informação e de reprodução até o limite de 100 páginas. Acima dos valores de isenção, há redução de taxas em certas hipóteses.</p> <p>As taxas para o acesso à informação, cobradas apenas na via passiva, podem compreender diversos custos, tais como os de pesquisa, de duplicação ou até mesmo de revisão de eventuais segredos existentes em um determinado documento.</p>
<p>SOLICITAR INFORMAÇÃO DE FORMA ANÔNIMA: a fim de evitar retaliações ao demandante e considerando que a sua identificação normalmente não agrega valor ao procedimento de tomada de decisão, é importante a previsão do pedido anônimo.</p>	<p>Não há previsão de solicitação anônima na FOIA e o sistema central do Poder Executivo federal demanda o preenchimento do campo “nome”.</p>
<p>RESPOSTA OBJETIVA À DEMANDA: nenhum órgão pode se negar a informar se um documento se encontra ou não em seu poder. Em outros termos, a resposta do Estado deve ser objetiva ao conceder ou negar acesso, não podendo se furtar em dizer se a informação é ou não sigilosa.</p>	<p>Essa regra não existe na legislação, o que permitiu a criação da <i>glomar response</i>.</p>
<p>PERDA DO PRAZO PARA RESPOSTA: a Autoridade que deixe de cumprir os prazos legais do processo de acesso à informação deverá obter a aprovação prévia do Órgão Garantidor para recusar o pedido em parte ou totalmente.</p>	<p>Não existe essa regra nos EUA.</p>
<p>ÓRGÃO REVISOR ADMINISTRATIVO EXTERNO: ao menos um recurso deve ser externo ao órgão que detém a informação para garantia da independência.</p>	<p>Não existe no procedimento ordinário de acesso à informação. No rito da desclassificação, existe ISCAP, órgão vinculado à Presidência.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE ÓRGÃO DE SUPERVISÃO ADMINISTRATIVA: esse órgão deve ser autônomo e especializado, dotado de capacidade punitiva, para fiscalizar a aplicação da lei de acesso à informação, coordenar esforços pela</p>	<p>O NARA parece ser o órgão central, mas a competência é dividida com outras instituições públicas. O NARA não tem autonomia suficiente para</p>

<p>transparência, emitir diretrizes técnicas e divulgar a lei de acesso à informação.</p>	<p>desempenhar esse papel e nem capacidade punitiva.</p>
<p>MANDATOS FIXOS PARA A AUTORIDADE DE MONITORAMENTO OU MEMBROS DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS: a existência de mandatos aumenta a imparcialidade e independência das autoridades.</p>	<p>Não há previsão de mandatos, de modo que é possível a substituição a qualquer momento.</p>
<p>OS REPRESENTANTES DO ÓRGÃO GARANTIDOR DEVERÃO TER DEDICAÇÃO EXCLUSIVA À ATIVIDADE, EXPERIÊNCIA E BOA REPUTAÇÃO, SELECIONADOS AO MENOS EM UMA ETAPA COM PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO</p>	<p>Não há essas exigências.</p>
<p>O ÓRGÃO GARANTE TEM A FACULDADE DE ORDENAR A DESCLASSIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO: deve não apenas existir um órgão garantidor, mas ele deve também ter competência para rever todas as decisões das agências sujeitas a transparência, inclusive se a informação estiver classificada.</p>	<p>Não. Apenas o ISCAP pode, no âmbito administrativo, desclassificar uma informação.</p>
<p>PRAZO MÁXIMO DO SIGILO SOBRE INFORMAÇÕES PESSOAIS DE 20 ANOS A CONTAR DO FALECIMENTO: é dever do Estado proteger as informações pessoais enquanto as mesmas forem sensíveis.</p>	<p>Em regra, enquanto o titular da informação está vivo, somente se pode acessar com sua autorização do ou se houver supremacia do interesse público. É em regra possível acessar após a morte do titular. Mas, ainda que se confirme a morte, a informação pode se manter sigilosa pelo interesse da família.</p>
<p>PRAZO MÁXIMO LIMITE DE SIGILO CLASSIFICADO: por questão de segurança jurídica, é preciso estabelecer em lei a data limite para a disponibilização da informação à sociedade. Esse limite é de 10 anos, incluindo prorrogações.</p>	<p>Existe apenas em ato infralegal, sujeito a alteração unilateral do Poder Executivo federal, e ainda assim com diversas possibilidades de prorrogação podendo atingir até 75 anos a contar da produção do documento.</p>

<p>INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÕES DE SIGILO ETERNO</p>	<p>Há diversas situações em que a legislação não define um prazo limite para o sigilo.</p>
<p>O SIGILO NÃO PODERÁ SER APLICADO EM CASOS DE VIOLAÇÕES GRAVES DE DIREITOS HUMANOS OU DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: nesses casos, há uma presunção absoluta de que interessa a sociedade conhecer dessas situações.</p>	<p>Não há previsão legal nesse sentido, mas a informação poderá ser disponibilizada se houver supremacia do interesse público, hipótese mais genérica.</p>
<p>OS SUJEITOS OBRIGADOS PODEM NEGAR O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA QUANDO A PERMISSÃO ACARRETE VIOLAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES OFICIAIS RESTRITAS.</p>	<p>Há nos EUA o sigilo sobre as comunicações internas e entre agências, situação em que não está previsto prazo para publicidade.</p>
<p>AS NORMAS E OS PROCEDIMENTOS QUE REGULAMENTEM A CLASSIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO SERÃO SUBMETIDOS, ANTES DE SUA ADOÇÃO, A UM PROCESSO DE CONSULTA ABERTA EM QUE AS PESSOAS TENHAM A OPORTUNIDADE DE EXPRESSAR SUAS PROPOSTAS E OBSERVAÇÕES</p>	<p>Não houve essa consulta para elaboração da Ordem Executiva regulamentadora da classificação da informação</p>
<p>CONCEITO DE SEGURANÇA NACIONAL PREVISTO NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: a previsão legal é feita pelo Poder Legislativo e aplicada pelo Poder Executivo dentro de um sistema republicano de freios e contrapesos.</p>	<p>Não há previsão expressa na FOIA, mas apenas na Ordem Executiva n. 13.526/2009. Isso significa que haveria uma maior facilidade para que o Poder Executivo alterasse o conceito. Na norma infralegal, o conceito de segurança segue a vertente mais tradicional.</p>
<p>O CARÁTER RESERVADO DA INFORMAÇÃO CLASSIFICADA EM PODER DOS SUJEITOS OBRIGADOS SERÁ DECLARADO MEDIANTE UM ATO ADMINISTRATIVO QUE DEVERÁ INCLUIR ELEMENTOS MÍNIMOS QUE PERMITAM O CONTROLE SOCIAL: é importante para a sociedade poder identificar, no futuro, qual a informação foi classificada, por qual motivo e por quem.</p>	<p>Nos EUA, não há um padrão com elementos mínimos que permitam o controle social. Esse controle acaba sendo feito apenas com a publicação das informações desclassificadas, fragilizando muito a possibilidade da sociedade apresentar pedidos de</p>

	desclassificação e acompanhar se todos os documentos estão realmente sendo desclassificados automaticamente.
<p style="text-align: center;">POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES PELO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO ADMINISTRATIVA</p>	<p>O NARA não pode aplicar sanções disciplinares a funcionários públicos de outras instituições, apenas aos seus. Cabe ao <i>U.S. Office of Special Counsel</i> (OSC) a competência para punir administrativamente, mas não tem competência para punir funcionários dos órgãos de inteligência²⁰⁰. A competência do OSC é prevista na FOIA²⁰¹. Muito raramente há punição administrativa²⁰². Cabe ao Poder Judiciário pode aplicar as sanções criminais.</p>

Fonte: tabela produzida pelo autor a partir da Lei Modelo da OEA e da FOIA.

São no total 26 recomendações relevantes não internalizadas na política pública de transparência norte-americana. Não se está aqui negando a importância da FOIA para os EUA ou para o mundo; pelo contrário, a política externa dos EUA e o modelo de transparência norte-americano influenciaram de forma positiva a adoção de leis de acesso à informação pelo mundo, inclusive no Brasil. Contudo, é evidente que existem problemas na FOIA e que a mesma pode ser considerada retrógrada ao descumprir tantas recomendações da OEA, de modo que aqui está se indicando pontos nos quais a melhoria é urgente e desmistificando a ideia de que nas democracias consideradas avançadas ou tradicionais não haveria opacidade desejada e consubstanciada em lei. Além dos problemas no nível normativo retro apontados, quando da avaliação das decisões judiciais norte-americanas, serão considerados os problemas na aplicação da FOIA, tais como os

²⁰⁰ §2302(a)(2)(C)(ii).

²⁰¹ §552(a)(4)(F).

²⁰² Fonte: <https://www.foiaadvisor.com/home/2016/6/11/qa> . Acesso em 26/06/2021.

operacionais e as estratégias utilizadas pelo Poder Executivo federal e reconhecidas pelo Poder Judiciário para se negar acesso à informação. Antes disso, na sequência deste capítulo, será avaliada a lei de acesso à informação do Brasil, etapa essencial para posterior análise comparativa com a FOIA.

5 POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA NO BRASIL

A descrição e a análise da legislação que regulamenta a política pública de acesso à informação brasileira são, tal como o regramento norte-americano, pressupostos para a avaliação da implementação dessa política e essenciais para a posterior análise comparativa com os EUA, já que a norma jurídica serve como mediadora dos interesses políticos de um Estado democrático de Direito. Por isso, o objetivo deste capítulo é apresentar a Lei de Acesso à Informação (LAI) do Brasil para possibilitar a compreensão da política de transparência brasileira, em especial o entendimento das hipóteses de negativa de acesso à informação, inclusive da classificação da informação, seus procedimentos e ainda a possibilidade de manutenção da negativa mesmo após o período de classificação da informação.

Assim, apresentação das peculiaridades das regras de transparência do Brasil fornecerá a contextualização que subsidiará a análise dos dados coletados junto ao Poder Judiciário brasileiro, permitindo avaliar as estratégias de negativa e se existem conceitos básicos minimamente padronizados entre esses Estados Democráticos, além de permitir identificar aspectos particulares positivos e negativos de cada Estado que serão relevantes para a aplicação concreta das leis de transparência. E, em um segundo momento, permitirá comparar as políticas públicas de transparência entre Brasil e EUA, tanto em termos normativos como de implementação das normas em questão.

5.1 Considerações gerais sobre o acesso à informação no Brasil

Pinheiro (2015, p. 93) entende que o Brasil herdou de Portugal uma cultura do sigilo decorrente não apenas de interesses domésticos da aristocracia voltados para a dominação burocrática patrimonialista do Estado, mas também de “preocupações relativas à segurança nacional impostas por um sistema internacional anárquico”.

Por isso e por outros fatores, a construção jurídica e fática da transparência do Brasil foi morosa, mesmo após a promulgação da atual Constituição da República em 1988 que estabeleceu a transparência como dever do Estado. Desde a independência do Brasil até 2011, somente vigoraram leis que regulamentavam o sigilo, impondo dificuldades para se acessar as informações do Estado, sem um procedimento legal que garantisse minimamente o direito de acessar os dados públicos, sem prazos determinados e sem instâncias recursais benéficas à sociedade. Coerente com esse procedimento, a

legislação no Brasil sempre teve como cerne a regulação do sigilo e não se estabeleceu a transparência como regra geral, ao menos até a vigência da LAI em 2012.

Por seu turno, quando da primeira campanha presidencial, Lula mencionou em seus programas de governo a necessidade de melhoria da transparência e prometeu uma Lei de Acesso à Informação²⁰³. Todavia, contrariando frontalmente seu discurso, Lula não apenas editou uma medida provisória restritiva do direito de acesso à informação, posteriormente convertida na Lei n. 11.111/05, como também defendeu a validade das restrições junto ao Poder Judiciário através da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República²⁰⁴. Essa explicação dada pela Presidência não faz sentido, pois nunca se cogitou dar transparência a informações que realmente pudessem ocasionar risco à segurança nacional, sendo que o objetivo era basicamente que a transparência fosse considerada a norma geral. Os documentos oficiais citados neste trabalho demonstram que havia uma divisão dentro do Estado, simbolizada, em apertada síntese, de um lado pela CGU e pelo MPF e do outro pelo GSI, Ministério da Defesa e Ministério das Relações Exteriores. Até o fim do seu mandato, a Lei de Acesso à Informação não foi aprovada, o que nos induz a acreditar que Lula não vislumbrou a Lei de Acesso à Informação como uma vantagem relevante para a sociedade que compensasse, em termos de custo político naquele momento, o enfrentamento da cultura brasileira do sigilo, situação explicada pela variável independente democracia, na medida em que a pressão popular era aparentemente insuficiente para constranger a elite política brasileira a reconhecer a regra geral de transparência já contida na Constituição da República.

Como mencionado anteriormente, a Lei n. 11.111/01, que era vigente antes da LAI, regulava expressamente o sigilo das informações²⁰⁵; sem regras de transparência

²⁰³ Maiores detalhes disponíveis em <https://abraji.org.br/noticias/lei-de-acesso-a-informacao-nao-valeranas-eleicoes-diz-mendes-ribeiro-pmdb-rs-relator-do-projeto> .

²⁰⁴ Conforme citado anteriormente, Presidência da República, em 2006, respondeu questionamento do Ministério Público Federal feito pelo Ofício n. 1.406/2006 (Brasil 2006a), relativamente a constitucionalidade da Lei n. 11.111/2005 por meio da Nota SAJ n. 93/2007 (Brasil 2006a), em que defendeu a validade dessa legislação restritiva com base em diversos argumentos, sendo que o principal argumento seria o risco à segurança nacional:

“(…) a pressão existente de parte da população pelo acesso a documentos da ditadura [causou um] **temor por parte de parcela do Governo de que essa abertura pudesse ocasionar o acesso a documentos outros**, não relacionados àquele período de exceção, passíveis de colocar em risco a segurança da sociedade de do Estado (...)” – Destaque nosso.

²⁰⁵ “Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111impresao.htm .

ativa e sem detalhes da transparência passiva, cabia ao cidadão demonstrar o interesse jurídico e a necessidade de acessar a informação que em tese seria pública, não havendo sequer exigência de motivação para uma resposta negativa. A informação classificada igualmente não tinha prazo para ser acessada, podendo ser sigilosa enquanto os motivos desconhecidos exigissem. Nesse sentido, o Decreto n. 4.553/2002, que regulava a proteção de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, previa no §1º do artigo 7º que: “O prazo de duração da classificação ultrassecreta poderá ser renovado indefinidamente, de acordo com o interesse da segurança da sociedade e do Estado”. (BRASIL, 2002).

No âmbito da transparência passiva, principalmente por inexistirem sanções específicas para a negativa de acesso, a alternativa era apresentar a demanda na via judicial²⁰⁶, a qual igualmente também exigia, dentro do paradigma do sigilo, a comprovação da necessidade e do interesse em se obter a informação negada. Ademais, a referência nos processos judiciais era a Lei do *Habeas Data*, muito restritiva para as pretensões sociais já que possibilitava somente o acesso à informação pessoal por seu próprio titular.

No Brasil, a primeira lei digna de nota sobre transparência que efetivamente melhorou o nível de acesso à informação pública foi a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000). Ela inaugurava a obrigação do Estado de estabelecer uma política de transparência ativa de informações fiscais, catalisando posteriormente a criação dos “portais de transparência”, os quais se iniciaram basicamente com informações fiscais e se expandiram gradativamente para diversas outras áreas²⁰⁷. Posteriormente, a Lei Capiberibe (Lei Complementar n. 131/2009) alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal para estabelecer a obrigação do Estado de disponibilizar, em tempo real, informações ainda mais detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira. Contudo, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei Capiberibe visam apenas a melhoria da transparência ativa e em temas originalmente restritos, conseqüentemente, insuficiente para o atendimento aos múltiplos interesses dos cidadãos de uma democracia,

²⁰⁶ Nesse caso, os cidadãos poderiam optar pelo *habeas data*, regido atualmente pela Lei n. 9.507/1997, que se resume a acessar “informações relativas à pessoa do impetrante”, ou pelo mandado de injunção, que permitiria na ausência de um procedimento de acesso a informação acessar qualquer dado de interesse e necessidade do requerente.

²⁰⁷ Na atualidade, o escopo dos portais de transparência se ampliou muito; deles constam, por exemplo, informações sobre convênios públicos, remuneração de servidores, benefícios a cidadãos, viagens a serviço, sanções aplicadas a pessoas físicas e jurídicas, imóveis funcionais etc.

tanto que posteriormente a transparência ativa foi ampliada pela LAI, incluindo muitos temas básicos que não estavam abrangidos. Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei Capiberibe regulamentavam apenas a transparência ativa, evidentemente insuficiente diante da regra de transparência estabelecida pela Constituição da República.

Somente em 2012 com a vigência da sua Lei de Acesso à Informação e em conformidade com a contextualização informada no item 3, o Brasil inaugurou uma nova etapa de sua política de transparência ao recepcionar diversos princípios e regras internacionais do sub-regime da transparência, forçando uma releitura da cultura de opacidade e dos normativos pretéritos que efetivamente privilegiavam o segredo.

5.1.1 Âmbito de aplicação

A LAI se enquadra como uma lei nacional não simplesmente em razão de ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, mas porque estabelece deveres para todos os entes da federação. Ou seja, seus dispositivos ordinariamente são aplicáveis a União Federal, distrito federal, estados e municípios, embora existam regras especificamente dirigidas à União Federal. De acordo com a LAI, todos os órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive Ministério Público e Defensoria Pública, de todos os níveis da federação têm o dever de prestar informações em transparência ativa e passiva. Destaca-se que a LAI não exclui de sua aplicação os órgãos de inteligência brasileiros²⁰⁸, de modo que eles dispõem em regra dos mesmos deveres de transparência e excepcionalidades para a negativa de acesso à informação; como nos EUA, há sim um tratamento diferenciado para os órgãos de defesa em determinadas situações, as quais serão mencionadas oportunamente ainda neste capítulo.

Além de se aplicar aos órgãos da administração direta, a LAI também se aplica a administração indireta, englobando autarquias, consórcios públicos, fundações públicas, empresas estatais (públicas e de economia mista) e empresas privadas controladas indiretamente pelo Estado. Há ainda o dever de transparência para pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que recebem recursos públicos, embora a transparência

²⁰⁸ O artigo 4º do Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002, estabelece os órgãos que fazem parte do sistema de inteligência nacional: Casa Civil da Presidência da República, Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Defesa, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia, Ministério da Saúde, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, Ministério do Meio Ambiente, CGU, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Infra Estrutura, Ministério das Minas e Energia e Advocacia-Geral da União.

se limite a gestão desses recursos²⁰⁹; a LAI seria aplicável por analogia e no mesmo parâmetro às entidades privadas que visam lucro, tais como concessionárias de serviços públicos, aos partidos políticos, os conselhos profissionais e aos sindicatos. Por tudo isso, não há dúvidas de que o escopo de aplicação da LAI é muito mais abrangente que o da FOIA, atendendo recomendação da OEA feita por meio de sua Lei Modelo.

Tal como nos EUA, o objeto tutelado na LAI são informações; não se pode solicitar providências diversas do acesso à informação ao Estado com base nessa lei, nem mesmo em regra a produção de informações. Em seu artigo 7º, a LAI estabelece que é dever do Estado prestar informações primárias, íntegras, autênticas e atualizadas, preferencialmente no formato aberto e universal, admitindo-se que o demandante opte até mesmo pelo formato da informação, quando existente em diversas apresentações (artigo 11, §5º e 6º). Ao contrário dos EUA em que o acesso à informação pessoal é regulado por lei específica e a FOIA desempenha papel acessório, a LAI tutela diretamente e de forma expressa pedido de informações de interesse pessoal²¹⁰, o que é um pequeno benefício em termos de organização legislativa; mas, ao final o resultado é o mesmo, o interessado tem direito a acessar as suas próprias informações pessoais e excepcionalmente de terceiros, desde que comprovada a titularidade ou devidamente fundamentado o interesse sobre a informação de terceiros no caso concreto.

Há ainda a possibilidade de que seja solicitada a melhoria da transparência ativa no procedimento de acesso à informação, direito reconhecido pela CGU, embora não haja previsão específica na LAI para tanto.

5.1.2 Diretrizes gerais da LAI e seus regulamentos

Além de se aplicar ao Estado como um todo, de acordo com o artigo 12 da LAI, o serviço de acesso à informação é em regra gratuito. Podem ser cobrados exclusivamente os valores necessários ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados²¹¹, exceto na situação de demandante hipossuficiente, ocasião em que o serviço

²⁰⁹ O artigo 63 do Decreto n. 7.724/12 estabelece a lista de informações que as entidades privadas devem prestar; nada impede de outras informações serem solicitadas pelo interessado à instituição pública repassadora dos recursos.

²¹⁰ Conforme reconhecido no artigo 60 do Decreto n. 7.724/12.

²¹¹ O Decreto n. 7.724/12 ilegalmente autoriza a cobrança dos custos de envio da informação, a qual muitas vezes é prestada de forma física por opção do próprio Estado.

é integralmente gratuito. Quando a informação já é digital ou já está digitalizada, não seria o caso de cobrar qualquer valor ao erário, pois não existem custos de reprodução da mesma. Dessa forma, a isenção no Brasil é bem ampla, mais do que nos EUA e atende à recomendação da OEA.

A LAI no Brasil, tal como nos EUA, estabeleceu dois procedimentos diferentes para acesso à informação, um geral para solicitar informações públicas e outro para especificamente se demandar informações classificadas que poderiam em tese causar risco à segurança nacional, ambos com prazos de resposta determinados e instâncias recursais administrativas internas e externas à instituição detentora da informação demandada no âmbito federal, cabendo ainda a possibilidade da demanda ser proposta ao Poder Judiciário.

A LAI estabelece uma presunção relativa de transparência para as informações produzidas ou reunidas pelo Estado, de modo que em regra não se exige justificativa do particular para acessar informações; em termos jurídicos, a LAI incorporou o princípio internacional da máxima transparência, dessa forma, cabe ao Estado o ônus de demonstrar jurídica e factualmente que a informação a ser negada é sigilosa, não podendo exigir em regra a motivação do demandante (artigo 10, §3º da LAI), salvo em raras exceções previstas em lei, tais como no caso das já mencionadas informações pessoais de terceiros e exatamente como nos EUA.

Por ser a regra geral a transparência, a negativa de acesso a uma informação necessariamente deve ser motivada e qualquer sigilo necessariamente precisa ter previsão legal. Para se negar o acesso, há várias situações de sigilo, os quais serão apresentados no próximo item, são exceções ao princípio da transparência que decorrem do dever do Estado em certas situações de garantir, por meio do sigilo, outros valores igualmente constitucionais. Existem proteções previstas na própria LAI e em outras leis especiais que regulamentam não raras vezes sigilos constitucionais. Ademais, tal como nos EUA, a LAI reconheceu a possibilidade de negativa de acesso à informação em diversas hipóteses diferentes. Dentre essas situações de segredo, cite-se desde já que a LAI estabeleceu a possibilidade de classificação da informação pautada na decisão política de autoridade representativa do interesse público para a preservação da segurança do Estado e da sociedade, dentro de um rol taxativo previsto em seu artigo 23. No que interessa neste momento, cite-se que, com a classificação da informação, a lógica probatória e

argumentativa se inverte, presumindo verdadeira a declaração que existe risco à segurança nacional, de modo que se exige no Brasil fundamentação para um pedido de desclassificação de informação. Essa exceção que exige a motivação está prevista indiretamente na LAI e no Decreto n. 7.724/12; de acordo com a LAI, a decisão e classificação é sigilosa, inclusive a motivação da classificação cujo sigilo é reforçado pelo ato regulamentador, e, por isso, caberia ao interessado apresentar as razões para a desclassificação da informação; é evidente que isso contraria a recomendação da OEA e a validade do dispositivo brasileiro é, no mínimo, questionável.

Como atenuador do sigilo, a LAI consagrou, no §2º do seu artigo 7º e tal como nos EUA, o dever do Estado de, “quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa”, disponibilizar o acesso à parte não sigilosa. Essa lei fez ainda previsão de forma específica de sanções administrativas, em seus artigos 32 e 33, na hipótese de descumprimento das regras de transparência, punindo tanto a negativa de disponibilização de informação pública como o vazamento de informação sigilosa, seja praticado por pessoa natural ou jurídica. As consequências penais estão previstas, no Brasil, no Código Penal.

Para além da transparência passiva, padronizou-se e se ampliou a transparência ativa, com um rol minucioso e não exaustivo (artigo 8º), suficiente para atender ao menos as informações básicas que todo cidadão deveria ter acesso prontamente. A legislação não estabeleceu, por outro lado, um mecanismo automático de melhoria da transparência ativa, tal como existe nos EUA em que uma informação pública ao ser solicitada 3 vezes precisa necessariamente ser inserida na transparência ativa.

A LAI delegou poderes para que a CGU²¹² se tonasse a principal agência para garantia da política de transparência nacional, ainda que fosse instância recursal apenas do Poder Executivo federal; assim, a CGU recebeu competência recursal para revisar as decisões no âmbito do Poder Executivo federal (artigo 16), constituindo-se como terceira instância recursal no procedimento geral de acesso à informação, inclusive com

212 De fato, desde 2003 a criação da CGU já liderava importantes iniciativas de transparência, tais como o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, o Portal da Transparência em 2005 e o Programa Olho Vivo no Dinheiro Público em 2004. Ademais, no ano de 2006, a CGU decidiu criar a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), a qual posteriormente seria transformada por força do Decreto n. 8.109/2013 em Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), órgão mantido pelo Decreto n. 9.681/2019 que aprovou a atual estrutura da CGU. Essa secretaria foi criada especificamente para atuar com o tema da transparência. Com esses movimentos, não há dúvidas de que a CGU assumia ser o órgão mais adequado do governo para promover a transparência pública (PAES, 2012).

competência para rever a classificação de informação em algumas situações, as quais serão detalhadas adiante. E o Decreto n. 7.724/2012, em seu artigo 68, conferiu outras responsabilidades à CGU, competindo-lhe em especial: “promover campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência”, “promover o treinamento dos agentes públicos e, no que couber, a capacitação das entidades privadas sem fins lucrativos”, “monitorar a implementação da” LAI, “preparar relatório anual com informações referentes à implementação da” LAI “a ser encaminhado ao Congresso Nacional”; “monitorar a aplicação [do Decreto n. 7.724/2012], especialmente o cumprimento dos prazos e procedimentos; e “definir, em conjunto com a Casa Civil da Presidência da República, diretrizes e procedimentos complementares necessários à implementação”. A CGU pode ainda, em conjunto com o Ministério da Economia e nos termos do artigo 69 do Decreto n. 7.724/2012, “estabelecer procedimentos, regras e padrões de divulgação de informações ao público, fixando prazo máximo para atualização” e “detalhar os procedimentos necessários à busca, estruturação e prestação de informações no âmbito do SIC”. Por tudo isso, não há dúvidas de que a CGU é órgão garantidor da LAI, em especial do cumprimento do procedimento e da qualidade das respostas no âmbito do Poder Executivo federal, garantindo por exemplo que não haverá omissão em pedidos de acesso à informação (artigo 22 do Decreto n. 7.724/12).

A LAI criou ainda a Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI), órgão do Poder Executivo federal formado atualmente por representantes de 9 órgãos da administração pública federal²¹³. Compete a CMRI julgar em última instância os pedidos de acesso à informação no âmbito federal (§ 3º do artigo 16 da LAI), “rever a classificação de informações ultrassecretas ou secretas, de ofício ou mediante provocação de pessoa interessada” e “prorrogar o prazo de sigilo de informação classificada como ultrassecreta” (artigo 35 da LAI).

Frise-se ainda que, dentro da sistemática estabelecida pela LAI, o artigo 70 do Decreto n. 7.724/2012 delegou ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, as seguintes competências: “estabelecer regras de indexação relacionadas à classificação de informação”; “expedir atos complementares e estabelecer procedimentos

²¹³ De acordo com o artigo 46 do Decreto n. 7.724/2012, a CMRI é composta por: I - Casa Civil da Presidência da República, que a presidirá; II - Ministério da Justiça e Segurança Pública; III - Ministério das Relações Exteriores; IV - Ministério da Defesa; V - Ministério da Economia; VI - Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; VII - Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; VIII - Advocacia-Geral da União; e IX - Controladoria-Geral da União.

relativos ao credenciamento de segurança de pessoas, órgãos e entidades públicos ou privados, para o tratamento de informações classificadas;” e “promover, por meio do Núcleo de Credenciamento de Segurança, o credenciamento de segurança de pessoas, órgãos e entidades públicos ou privados, para o tratamento de informações classificadas”.

A LAI, por ser norma de caráter nacional, precisou ser regulamentada no âmbito de toda a federação; União Federal, distrito federal, estados e municípios, mediante ato da autoridade máxima de cada poder, fixaram a interpretação oficial que lhe seria dada para aplicação, podendo inclusive em alguns casos dispor sobre temas relevantes nos quais a lei foi omissa, sem, contudo, criar óbices ao acesso ou deveres para a sociedade civil, já que o ato regulamentador não pode contrariar as regras estabelecidas por uma lei somente uma lei pode criar deveres para os particulares.

Na esfera federal, por ato do Presidente da República, foram promulgados os decretos n. 7.724/2012 e n. 7.845/2012, sendo que o primeiro regula a LAI de uma forma geral, inclusive o procedimento de classificação da informação, e o segundo decreto estabelece “procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo” e também “dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento”.

Posteriormente, em 2018, cabe mencionar que o Congresso Nacional aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a qual foi alterada pela Lei n. 13.853/2019; trata-se de lei que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis, por pessoas naturais e jurídicas, de direito público ou privado. De certa forma, da perspectiva das instituições públicas, o novo marco legal complementa a Lei de Acesso à Informação. A LGPD não estabelece critérios para definição de qual informação é pública²¹⁴, nem infrações ou sanções para agentes públicos, mas estabelece direitos aos titulares das informações, formaliza importantes orientações a serem seguidas pelas instituições públicas a fim de evitar vazamentos de dados e cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados²¹⁵.

Há ainda outros regulamentos que, com menos relevância neste capítulo, também regulamentam a LAI²¹⁶, a saber: a) Decreto Federal n. 8.777, de 11/05/2016, o qual

²¹⁴ Há apenas na lei um rol exemplificativo do que seria informação pessoal sensível.

²¹⁵ Para a iniciativa privada, a sua importância é mais significativa, pois estabelece deveres para as pessoas naturais e jurídicas privadas, além de sanções para o caso de descumprimento.

²¹⁶ O já citado Decreto sem nº de 15/09/2011, que instituiu o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto e dá outras providências, é anterior a LAI, embora seja relevante para a política de transparência.

institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal; b) Decreto n. 10.332, de 28/04/2020, que estabelece a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022 no âmbito federal; c) Decreto n. 10.046, de 09/10/2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e cria o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Paralelamente a esses marcos normativos existem ainda diversos atos administrativos da CGU, do GSI e da CMRI que regulam e orientam a política federal de transparência.

5.1.3 Exceções à transparência

A LAI estabelece diretamente hipóteses de negativa de acesso à informação quando o pedido for sobre: a) informações pessoais sensíveis (artigo 31); b) documentos preparatórios para a tomada de decisão (§3º do artigo 7); c) informação classificada (artigo 23). Além dessas situações, desde já convém mencionar que a LAI reconhece a existência de sigilos especiais, previstos em leis específicas; além disso, há situações de negativa de acesso à informação não pautadas expressamente em lei, mas em interpretações estabelecidas em atos regulamentadores (como decretos, portarias, súmulas e enunciados) cuja validade pode ser questionada em alguns casos.

As informações pessoais sensíveis são aquelas cuja publicidade afetam negativamente a honra imagem, intimidade ou vida privada dos indivíduos. Podem ser negadas pelo prazo máximo de 100 anos, havendo necessidade de coerência do lapso temporal de restrição com a justificada da negativa. Essas informações excepcionalmente podem ser disponibilizadas imediatamente caso haja interesse público em sua disponibilização, a depender por exemplo do tipo de relação que o Estado tem com o cidadão sobre o qual versa a informação, da importância da informação para o controle social do Estado ou mesmo de ato de praticado por particular que de alguma forma se relacione com o Estado. É o caso, por exemplo, da remuneração dos servidores públicos ou da residência oficial de autoridades públicas. Não é que a disponibilização dessa informação não afete a vida privada do indivíduo; até pode afetar, mas, considerando a ponderação entre os benefícios da transparência e seus custos, o interesse público em prol do acesso tem prevalência. Ainda que inexistente menção expressa na LAI, a informação pessoal deve em regra ser disponibilizada imediatamente ao seu próprio titular, como tem

entendido a CGU, embora haja exceções²¹⁷. Da mesma forma que nos EUA, essa regra está em descompasso com os limites estabelecidos pela OEA, embora não seja tão ruim como no caso norte-americano já que, nos EUA, o prazo de negativa de informações pessoais sensíveis pode ser muito maior, configurando até mesmo um sigilo eterno.

A segunda hipótese de negativa prevista diretamente pela LAI é quando a informação está contida em um registro considerado de caráter preparatório. Documento preparatório é aquele usado para subsidiar a tomada de uma decisão, aproximando-se muito da ideia contida na FOIA de sigilo do procedimento deliberativo, embora este seja mais amplo. Tal como nos EUA, a negativa teoricamente se respalda no fato de que, em certos casos, a divulgação antecipada dos subsídios de uma eventual decisão pode prejudicar a sociedade, inclusive a própria decisão. Assim, embora em regra a participação da sociedade nas decisões do Estado seja benéfica, a LAI permite que o Estado negue acesso ao documento preparatório quando há possibilidade real do interesse público ser prejudicado. Há necessidade de justificativa, a qual não se restringe em aventar que existe decisão pendente, mas sim uma conexão evidente entre a divulgação do documento antes da tomada de decisão e seus efeitos negativos. Exemplo disso seria uma negociação comercial internacional entre dois Estados que pode em tese diminuir impostos de importação e conseqüentemente afetar o mercado produtor doméstico e a bolsa de valores; a medida não necessariamente vai ser adotada, mas a mera revelação da eventual adoção é capaz de impactar negativamente na dinâmica do mercado e afetar inclusive outros Estados. Diferentemente dos EUA em que não há prazo para a disponibilização de documento preparatório, no Brasil este é necessariamente público após a tomada da decisão, o que guarda coerência com as recomendações da Lei Modelo da OEA.

Como última hipótese de negativa de acesso à informação prevista expressamente pela LAI, existe a classificação da informação nas situações em que a divulgação pode colocar em risco a segurança do Estado ou da sociedade, objeto de análise pormenorizada no próximo item, haja vista ser tema de maior destaque neste trabalho.

Como dito anteriormente, para além das hipóteses de negativa de acesso à informação regulamentadas diretamente pela LAI, o seu artigo 22 reconhece ainda a

²¹⁷ Por exemplo, há medidas em procedimentos de investigação e de responsabilização que têm o acesso postergado a fim de que os atos de interesse público não sejam prejudicados pelo conhecimento prévio do investigado ou acusado. Nesse caso, o acesso à informação seria momentaneamente desarrazoado por prejudicar o cumprimento da lei.

validade de hipóteses de sigilo estabelecidas em leis especiais, sejam elas anteriores ou posteriores a LAI, o que também se verifica nos EUA. Assim, diversas informações são protegidas por leis específicas que estabelecem, por exemplo, o sigilo bancário, financeiro, judicial, investigativo policial, empresarial e intelectual. Nesse sentido de se reconhecer a existência de leis especiais que estabelecem sigilos autônomos a LAI, cite-se que o Decreto n. 7.724/12 menciona ainda, em seu artigo 5º, que não se sujeitam à LAI as informações relativas à atividade empresarial obtidas pelas entidades públicas no exercício de competência de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos. Essas informações coletadas pelo Estado são essencialmente privadas e, quando afetam o mercado, estão protegidas pelo sigilo empresarial e só podem ser divulgadas pelo Estado de forma isonômica e com base em previsão legal e respaldo no interesse social.

Além das negativas aventadas até o momento, diretamente previstas pela LAI ou expressamente por ela reconhecidas, um pedido de acesso à informação pode ser negado por questões formais (burocráticas) ocasionadas por erro do demandante. Relativamente a esses erros procedimentais, não se trata de uma negativa do pedido por ser a informação sigilosa, mas uma negativa por falha do demandante na forma de proceder, isto é, seguir o procedimento previsto na LAI, o que também acontece nos EUA. Os erros mais comuns são apresentar pedidos fora do escopo da LAI, como providências para a punição de agentes públicos, ou pedidos duplicados ao invés da interposição de recursos, situações em que faz sentido negar acesso às informações demandadas. Contudo, no Brasil, um exemplo que merece ser citado por não existir qualquer previsão específica na LAI sobre isso é a necessidade do respeito aos canais especiais de acesso à informação, que em regra são mais adequados que o FALA BR²¹⁸ (antigo Serviço eletrônico de Acesso à Informação – e-SIC), canal geral da LAI. De acordo com a Súmula n. 1, de 27/01/2015, da CMRI os interessados em acessar informações públicas devem fazer uso dos canais administrativos especiais antes de apresentar sua demanda no FALA BR, só podendo recorrer à LAI se esses canais especiais forem inefetivos. A ideia é interessante, pois mantém os serviços de informação efetivos e eliminaria demandas desnecessárias pela

²¹⁸ O FALA BR é a Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação, disponível em <https://falabr.cgu.gov.br/publico/Manifestacao/SelecionarTipoManifestacao.aspx?ReturnUrl=%2f>. Acesso em 09/11/2022.

via da LAI, a qual nem sempre é a mais célere²¹⁹. No caso da área de Defesa, esse erro procedimental é ainda mais comum, pois muitos militares submetem pedidos de acesso à informação diretamente pelo FALA BR, desconsiderando a existência dos canais internos, como o Departamento de Recursos Humanos ou a própria chefia imediata, o que equivale a ignorar a rígida hierarquia institucional; assim, o entendimento dominante é que o militar deve apresentar seu pedido de acesso à informação primeiramente para a própria corporação e somente se houver negativa lhe é facultado demandar o serviço de acesso à informação estabelecido pela LAI²²⁰.

Ainda discutindo situações de negativa de acesso à informação não previstas expressamente na LAI, o Decreto n. 7.724/2012 prevê em seu artigo 13 a possibilidade de negativa do pedido de acesso à informação que for genérico, desproporcional, desarrazoado ou que exija do Estado trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados, tal como nos EUA²²¹. Os EUA também adotam a possibilidade de negativa nessas 4 situações, embora igualmente não haja menção literal a elas no texto da FOIA. Essas negativas de acesso abrem espaço para que o pedido seja negado em sua totalidade, ainda que paradoxalmente a informação seja assumidamente pública. Tais situações realmente não estão previstas expressamente na LAI, mas há argumentação forte no sentido de que retiram sua validade indiretamente dela e da própria Constituição da República²²².

²¹⁹ Contudo, conforme será visto adiante, esse argumento muitas vezes foi utilizado de forma indevida, pois se pressupõe que eventual negativa sob esse argumento deveria necessariamente implicar atendimento do pedido reformulado, ao menos em parte, no canal especial e não apenas reiniciar uma discussão que será desfavorável aos interesses dos demandantes.

²²⁰ A LAI não revogou os antigos canais de acesso à informação; muitos deles são efetivos e houve um investimento enorme para criá-los já adaptados a informação demandada. Por exemplo, o e-SIC não valida a identidade do solicitante, enquanto o e-CAC da Receita Federal já o faz, podendo disponibilizar na plataforma informações pessoais. Ademais, em certas situações, ser atendido via e-SIC seria uma via mais rápida que certos canais especiais, de modo que a fila de atendimento seria descumprida. Por essas razões, é razoável dar preferência aos canais especiais se de fato forem efetivos para o acesso à informação.

²²¹ Sem entrar em detalhes, adianta-se que nos EUA, conforme será apresentado no item 6, também se nega acesso a pedidos genéricos, desproporcionais, desarrazoados ou que exijam trabalhos adicionais, mesmo sem previsão literal na FOIA ou em seus regulamentos.

²²² A negativa de informação meramente por ato infra legal é inadmissível no Brasil; contudo, há o entendimento de que o Decreto n. 7.724/2012 estaria na verdade regulando a aplicabilidade dos princípios lógico-constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, se o pedido é genérico, não poderia ser atendido pelo simples motivo de não se saber o que é concretamente demandado. Adiante esses temas serão tratados.

O pedido genérico é aquele que não permite sua imediata identificação, em descumprimento ao dever do demandante de especificar, na medida do possível, a informação a que deseja acesso. A negativa nessa circunstância faz sentido, pois não se pode obrigar o Estado a empreender esforços sem uma direção minimamente viável para a localização da informação, assumindo custos desnecessários pela falta supável de orientação por parte do particular. Não se deve, por outro lado, confundir pedidos abrangentes ou volumosos com a ideia de genérico, pois não há relação necessária quanto a sua especificidade.

Quanto a negativa por desproporcionalidade, considera-se existir pedido desproporcional quando os custos de seu atendimento superam significativamente os benefícios da disponibilização para a sociedade; consideram-se não apenas os custos materiais para a identificação, localização e triagem da informação, mas também os decorrentes das horas a serem dedicadas pelos funcionários públicos para a efetiva disponibilização da informação em relação à capacidade responsiva da instituição pública demandada. A desproporcionalidade fica devidamente demonstrada quando o setor fica paralisado em razão da demanda de acesso à informação, sem conseguir desempenhar adequadamente suas atividades principais, ou ainda quando deixa de atender a outros pedidos de acesso à informação, havendo nesses casos restrição de outros direitos igualmente fundamentais preteridos em função de eventual atendimento de demanda de acesso à informação. Por tudo isso, a orientação do Decreto n. 7.724/12 é para que não sejam atendidos pedidos desproporcionais. Entretanto, cite-se que pedidos muito abrangentes e volumosos podem até eventualmente exigir do Estado esforços acima do normal para o seu atendimento, podendo, portanto, ser enquadrados na categoria de desproporcionais, mas não há relação necessária. Em tese, pedidos abrangentes e volumosos factualmente podem ser atendidos; a decisão em questão depende principalmente da capacidade responsiva do órgão e da evidente utilidade social da informação, as quais poderiam descaracterizar a desproporcionalidade.

Seguindo o raciocínio de que o Estado deve dirigir sua capacidade responsiva para atender as demandas prioritárias, face à infinidade das expectativas particulares e coletivas que lhe são apresentadas; por isso, os pedidos que exigem do Estado análise, interpretação ou consolidação de informações em tese devem ser negados por falta de amparo na LAI, a qual pressupõe a disponibilização de informações existentes e não sua produção. A ideia que fundamenta essa negativa é que o próprio requerente deveria realizar os trabalhos adicionais que deseja, não sobrecarregando o Estado com demandas

de tratamento de informação de seu interesse particular. Nesse sentido, o próprio Decreto n. 7.724/12 prevê que, caso haja necessidade de realização de trabalhos adicionais, é dever do Estado disponibilizar as informações primárias para que o próprio requerente possa analisá-las, interpretá-las ou consolidá-las. Contudo, essa solução corriqueiramente não pode ser aplicada porque é muito comum as informações primárias que poderiam subsidiar a realização dos trabalhos adicionais estarem juntas com informações sigilosas, exigindo uma atuação prévia e necessária do Estado para identificá-las e protegê-las, o que pode se enquadrar como atividade desproporcional.

Sobre a negativa por pedido desproporcional ou trabalhos adicionais, é preciso evitar abusos por seu uso, em especial deve se considerar que as instituições públicas têm o dever de investir em capacitação e tecnologia para melhorar os serviços prestados, inclusive o serviço de informação ao cidadão; dito de outra forma, a negativa de acesso por falta de capacidade responsiva não pode criar um sigilo eterno. Contrariando as normas da Lei Modelo da OEA, por exemplo, Toledo (2021) narra uma situação ao menos em parte abusiva envolvendo as Forças Armadas brasileiras. O autor alega que as instituições públicas brasileiras estão impondo que “um documento desclassificado não seria automaticamente público. Seria necessária a análise individual de cada um deles, por um servidor próprio, para verificar se é possível ou não divulgar o documento”, que poderia conter informações protegidas por outro sigilo que não o classificado. Tal situação, além de contrariar a desclassificação automática prevista na LAI, propicia a negativa da informação na medida em que as instituições públicas têm, de forma complementar, alegado falta de condições para realizar essa atividade de revisão do documento desclassificado, negando os pedidos sob o argumento de que o acesso aos documentos desclassificados seria desproporcional. De fato, o trabalho de tarjar as informações que se mantêm sigilosas após o período de desclassificação até pode ser considerado desproporcional à capacidade responsiva da instituição que detém a informação, caso sejam demandados conjuntos expressivos de documentos desclassificados. Contudo, considerando que a informação seja no mínimo parcialmente pública após a desclassificação, limitações de pessoal ou dificuldades operacionais não poderiam ser argumentos permanentes para prejudicar o direito fundamental de acesso, de modo que a disponibilização imediata da informação pode não ocorrer logo após a sua desclassificação, por causa da desproporcionalidade, mas a negativa precisa buscar soluções, seja a disponibilização da parte viável imediatamente ou a fixação de um prazo limite para a realização das melhorias exigidas no serviço público em questão. O abuso,

neste caso, é evidente porque a alternativa dada pela Marinha do Brasil foi “que fossem solicitados quinze documentos por vez” mensalmente, o que tornaria possível a análise individualizada das informações desclassificadas antes de sua disponibilização. Ao avaliar a alternativa, Toledo (2021) concluiu que, nesse ritmo, seriam necessários 265 anos para que um cidadão conseguisse cópia dos documentos que a Marinha desclassificou entre 2013 e 2020²²³. Em outra situação de abuso, Toledo (2021) narra que um documento desclassificado permaneceu na prática totalmente sigiloso, haja vista as tarjas realizadas quando de sua disponibilização²²⁴.

A última hipótese de negativa prevista pelo Decreto n. 7.724/2012 é quando o pedido é desarrazoado, ofendendo princípios básicos do Direito, a razão de Estado ou o funcionamento normal da sociedade. De início, frisa-se que o conceito é extremamente vago, o que torna a negativa por essa razão uma espécie de válvula de escape: é muito comum o Estado, quando não sabe muito bem como negar a informação ao cidadão, apresentar esse motivo. Há situações de abuso, embora em alguns casos realmente faça sentido negar o acesso pela falta de razoabilidade do pedido. Por exemplo, já houve negativa de acesso pela CGU ao plano de contingência da Presidência da República para o caso de atentados e à planta do imóvel sede do Banco Central do Brasil; ainda que ambos tivessem esgotado o prazo de classificação da informação, esses documentos foram negados, já que contrariam outros interesses públicos e prejudicaria a finalidade do próprio documento.

Outra hipótese de negativa de acesso à informação, por corolário lógico e factual, é quando ela não é localizada ou inexistente, neste último caso porque foi destruída ou simplesmente não foi produzida ou coletada pelo Estado; a informação não localizada e a inexistente recebem basicamente o mesmo tratamento. Embora não haja previsão expressa, logicamente não se pode pedir a disponibilização de uma informação que nunca existiu, sendo admissível, entretanto, solicitar a produção da informação quando há o dever legal de produzi-la previsto em lei específica, já que a LAI não estabelece essas

²²³ Toledo (2021, p. 1) detalha suas contas: “cada pedido de informação registrado por meio da LAI à Marinha leva, em média, 21 dias para ser respondido, segundo a CGU. Só a Marinha desclassificou, entre 2013 e 2020, 69.315 mil documentos. Para ter acesso a todos eles, seriam necessários 4.621 pedidos de informação divididos em quinze documentos por vez. Se a média de 21 dias por pedido fosse seguida, seriam necessários 97.041 dias, ou **265 anos**”.

²²⁴ Toledo (2021, p. 1): “Nos casos em que o Exército me enviou alguma informação, havia tantas tarjas no papel que foi possível apenas saber que alguém estava fazendo alguma coisa, em algum lugar, em algum momento. Mas nunca soube quem, onde nem o porquê” (...) “Até mesmo o nome da autoridade que colocou os documentos sob sigilo continuou com tarjas”.

hipóteses de produção. Por outro lado, sempre é possível pedir a reconstituição de uma informação destruída ou não localizada, a dificuldade é ter subsídios que permitam a elaboração da segunda via do documento destruído ou perdido. Quanto as buscas pela informação, antes de ser considerada inexistente ou não localizada, ao contrário da FOIA, a LAI não exige expressamente que o Estado demonstre esforços razoáveis para a sua localização antes de decisão negativa de acesso, o que contraria a Lei Modelo da OEA. Mas a CGU tem exigido, como nos EUA, a comprovação de que o Estado tentou atender ao pedido, ao menos mencionando os locais buscados e os meios usados para a tentativa frustrada de disponibilizar a informação. Ademais, a CGU tem requerido a colaboração do cidadão para fornecimento de maiores detalhes sobre a informação de seu interesse, inclusive a indicação da localização possível da informação. Nas hipóteses de informação perdida ou destruída, pode haver ou não um ato ilícito a exigir apuração, pois dependerá de saber se a informação foi destruída ou sua localização ocultada ilícita e dolosamente sem respeito aos prazos de guarda e reprodução digital da informação. Somente se pode exigir a punição dos responsáveis pela eventual perda dos registros públicos quando houver conduta dolosa, sendo que a LAI prevê a instauração de procedimento administrativo contra os agentes públicos responsáveis, além da possibilidade de aplicação de sanções judiciais de ordem criminal.

5.2 Classificação da informação

No caso das informações estatais que hipoteticamente podem causar danos a segurança nacional, o Brasil, por meio da LAI, estabeleceu um duplo mecanismo de sigilo. Num primeiro momento, a informação ainda na forma de subsídio poderia ser enquadrada como documento preparatório e ser negada sob o argumento de que sua disponibilização poderia prejudicar a tomada de decisão pelo Estado (§3º do artigo 7 da LAI). Depois de tomada a decisão, a informação poderia ser ainda classificada, estabelecendo uma proteção total que pode durar até 50 anos contados da data de sua produção.

No Brasil, não basta ao Estado alegar junto ao interessado que a informação está classificada ou que há necessidade de se proteger a informação sob pena de causar dano à segurança nacional, é preciso que a negativa jurídica de acesso seja apresentada à sociedade e se enquadre em uma hipótese prevista em lei (artigo 23 da LAI e inciso I do artigo 19 do Decreto n. 7.724/12). Nesse caso, conforme artigos 11 e 14, a LAI exige a

disponibilização das razões de Direito da recusa de acesso à informação, que se consubstancia basicamente na produção do TCI, embora o Estado tenha inserido tarjas temporárias na motivação fática, como será detalhado em item próprio.

Mesmo após o prazo de classificação, informações desclassificadas podem excepcionalmente permanecer sensíveis no todo ou em parte e serem negadas com base em outros tipos de sigilo, como por exemplo a de sigilo bancário (Lei Complementar n. 105/2001), como no caso das informações pessoais (§1º do artigo 31 da LAI), ou ainda com base no artigo 13 do Decreto n. 7.724/12, conforme visto anteriormente no relato de Toledo (2021) envolvendo as Forças Armadas brasileiras. Em diversas dessas situações, o lapso do sigilo, na prática ou por força de lei, acaba sendo maior que o da classificação ou até mesmo sem prazo pré-determinado como no caso do pedido desproporcional, desarrazoado ou do sigilo judicial, sendo que esse último só pode ser imposto e retirado pelo Poder Judiciário²²⁵, o qual deveria observar as regras que estabelecem limites temporárias ao sigilo.

5.2.1 Objeto de classificação

A Constituição da República estabelece, no inciso XXXIII do artigo 5º, o direito de todos receberem do Estado informações de seu interesse particular, coletivo ou geral; paralelamente, no mesmo inciso, reconhece o sigilo das informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Essa norma, como visto anteriormente, reproduz a ideia de que, nas sociedades democráticas, a segurança nacional não se refere meramente a sobrevivência do Estado, mas também a garantia de existência da sociedade civil e de seus direitos fundamentais.

A melhor correlação entre a necessidade de proteção da informação e segurança nacional, no Brasil, está contida na Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação); embora ela não defina o conceito de “segurança nacional”, a LAI estabeleceu quando se considera legítima a negativa de acesso à informação no caso de risco à “segurança da sociedade” ou à “segurança do Estado”. Nesse sentido, a LAI, ao regulamentar a proteção

²²⁵ Via de regra a decisão judicial que estabelece o sigilo não tem previsão expressa de um termo final, embora se possa entender que seriam aqueles previstos pelas leis especiais que em tese embasaram a decisão judicial. Mesmo assim, do ponto de vista operacional, apenas a autoridade judicante pode retirar o sigilo e isso normalmente depende de um pedido do interessado que nem sabe se o processo judicial realmente existe.

dessas informações, estabeleceu as situações em que é possível o estabelecimento do denominado sigilo classificado²²⁶:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

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

Ao se analisar o normativo acima percebe-se que o *caput* indica que poderia haver algum grau diferença entre a segurança da sociedade e a do Estado, mas isso não fica evidente nos incisos, de modo que tudo faz referência à segurança nacional indiscriminadamente. Contudo, em razão dos conceitos anteriormente apresentados²²⁷, verifica-se que algumas das situações passíveis de classificação encontram evidente correspondência com a ideia tradicional de segurança nacional e o interesse estatal pela sobrevivência, tais como informações que colocam “em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional”, prejudicam “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;” inviabilizam “planos ou operações estratégicos das Forças Armadas”, “atividades de inteligência” e causam “risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional”. Por outro lado, percebe-se a securitização de diversos temas para além das questões tradicionais,

²²⁶ O Decreto n. 7.724/12, em seu artigo 25, replica as hipóteses de classificação da informação em sua literalidade, sem acrescentar outras orientações ou detalhes relevantes.

²²⁷ Ver item 2.

incorporando interesses da sociedade civil, tais como saúde, vida, estabilidade financeira e econômica. Assim, o conceito de segurança nacional adotado pelo Brasil evidencia preocupação com diversos temas humanitários e condições que são importantes para a vida em uma sociedade democrática, exigindo a proteção das informações estratégicas correlatas derivadas do risco para a segurança nacional. Portanto, na LAI, o termo segurança do Estado e da sociedade refere-se não apenas a ameaças do sistema internacional, mas também ameaças que possam perturbar a ordem, a paz e os direitos fundamentais da sociedade democrática.

Ao se mencionar segurança do Estado, quer se proteger as instituições públicas enquanto na segurança da sociedade se protege a coletividade de indivíduos, de modo a, no conjunto, garantir as estruturas públicas e privadas nacionais essenciais para o funcionamento de uma sociedade democrática. Por isso, o conceito de segurança passível de classificação no Brasil é ampliado em relação aos EUA²²⁸, garantindo a proteção por classificação de informações sobre economia, saúde, fiscalizações domésticas, pesquisa e desenvolvimento científico.

Então, no Brasil, há situações de informações passíveis de classificação diferentes da segurança nacional tradicional, situação diversa do que ocorre nos EUA²²⁹, já que toda informação classificada pelos norte-americanos necessariamente envolve dano potencial ao conceito mais tradicional de segurança nacional. Ademais, no Brasil, além da securitização de diversos temas, os termos previstos na LAI são ainda mais genéricos do que na FOIA e isso torna o conceito de segurança nacional ainda mais abrangente, embora a previsão em questão esteja em lei, mais difícil de ser alterada do que nos EUA; nos EUA, há menção mais precisa das informações que merecem proteção, que se resumem às 8 situações de risco que ensejam a classificação, todas previstas na já citada Ordem Executiva n. 13.527. Ademais, a LAI exigiu a classificação das informações relativas à atividade de inteligência, conforme inciso VIII do artigo 23. Diferente do Brasil, nos EUA as “informações relativas à aplicação da lei” não necessitam de classificação, sendo

²²⁸ Ver item 4.

²²⁹ Nos EUA, a Ordem Executiva n. 13.527 prevê a classificação de um rol bem mais restrito e específico: “planos militares, sistemas de armas ou operações”, “informações de governos estrangeiros”, “atividades de inteligência (incluindo ação secreta), fontes ou métodos de inteligência ou criptologia”, “relações estrangeiras ou atividades estrangeiras dos Estados Unidos, incluindo fontes confidenciais”, “questões científicas, tecnológicas ou econômicas relacionadas com a segurança nacional”, “Programas do Governo dos Estados Unidos para a proteção de materiais ou instalações nucleares”, “vulnerabilidades ou capacidades de sistemas, instalações, infraestruturas, projetos, planos ou serviços de proteção relacionados com a segurança nacional” e “o desenvolvimento, produção ou uso de armas de destruição em massa”.

sigilosas sem uma definição expressa de prazo, tais como espionagem, investigações, fiscalizações e repressão de infrações (inclusive a identidade de testemunhas), divergindo novamente da Lei Modelo da OEA ao estabelecer sigilos permanentes. No Brasil, até existe sigilo especial para algumas investigações, tais como as realizadas pela polícia civil (nos estados e distrito federal) e polícia federal, mas esse sigilo não abarca por exemplo procedimentos disciplinares, fiscalizações, auditoria e depoimento de testemunhas, e mesmo os inquéritos policiais citados no Brasil em regra se tornam públicos quando subsidiam ação judicial que em regra é de livre acesso a população, por exceção da existência de sigilo judicial.

No Brasil, há ainda uma peculiaridade interessante que decorre da LAI. A classificação não precisa proteger a íntegra do documento ou do conjunto de documentos; assim, o acesso a parte pública de um documento classificado é possível a qualquer momento, conforme prevê o Decreto n. 7.724/12: “Art. 33. Na hipótese de documento que contenha informações classificadas (...) ficando assegurado o acesso às partes não classificadas por meio de certidão, extrato ou cópia, com ocultação da parte sob sigilo”. Na prática, as instituições públicas brasileiras acabam optando pela classificação integral do texto, o que seria desnecessário, mas na prática adiaría o trabalho de analisar detalhadamente o documento e evitaria avaliações precipitadas dos impactos da transparência na sociedade, mantendo a segurança das informações sensíveis, embora com prejuízo a transparência. Nos EUA, não há regra similar, de modo que o documento classificado é inteiramente sigiloso, solução que não pode ser considerada a melhor.

5.2.2 Do termo de classificação da informação

A negativa de acesso à informação pautada no argumento de que a disponibilização causa risco à segurança nacional pressupõe a prévia classificação da informação, decisão que se formaliza com a produção do Termo de Classificação da Informação (TCI). Cabe lembrar que a classificação da informação é um dever da autoridade pública quando se depara com informações que colocam em risco a segurança nacional.

A LAI estabelece as regras gerais para a formalização da classificação de uma informação:

Art. 28. A classificação de informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada em decisão que conterà, no mínimo, os seguintes elementos:

- I - assunto sobre o qual versa a informação;
- II - fundamento da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 24;
- III - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, conforme limites previstos no art. 24; e
- IV - identificação da autoridade que a classificou.

Parágrafo único. A decisão referida no **caput** será mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada.

Pela leitura do parágrafo único do artigo 28 da LAI, verifica-se que a intenção era manter em sigilo o TCI por completo, o que contraria a orientação da Lei Modelo da OEA. Contudo, de forma mais generosa com a transparência e minorando a contrariedade com as normas internacionais, o Decreto n. 7.724/12, além de detalhar os elementos do TCI, reconhece a possibilidade de sua disponibilização, por exceção da motivação fática, nos seguintes termos:

Art. 31. A decisão que classificar a informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada no Termo de Classificação de Informação - TCI, conforme modelo contido no Anexo, e conterá o seguinte:

- I - código de indexação de documento;
- II - grau de sigilo;
- III - categoria na qual se enquadra a informação;
- IV - tipo de documento;
- V - data da produção do documento;
- VI - indicação de dispositivo legal que fundamenta a classificação;
- VII - razões da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 27;
- VIII - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, observados os limites previstos no art. 28;
- IX - data da classificação; e
- X - identificação da autoridade que classificou a informação.

§ 1º O TCI seguirá anexo à informação.

§ 2º **As informações previstas no inciso VII do caput deverão ser mantidas no mesmo grau de sigilo que a informação classificada.** – Destaque nosso.

Quanto aos elementos do TCI, a LAI exige que essa decisão contenha assunto específico, para legitimar o sigilo, sendo indicativo importante da própria necessidade do sigilo, e garantir o controle social da restrição de acesso imposta pelo Estado. Sua importância para o controle social é garantir minimamente a rastreabilidade do registro sigiloso e também para que o cidadão possa embasar minimamente uma solicitação de desclassificação da informação. Entretanto, ao contrário do previsto na LAI, não consta no Decreto n. 7.724/12 a obrigação do TCI conter indicação de assunto; ao que parece, a exigência da LAI foi substituída, de forma inadequada, com a exigência da categoria dentro do Vocabulário Controlado de Governo Eletrônico, a qual apresenta de forma

extremamente vaga o tema objeto de sigilo; dessa forma, fica prejudicada em parte a possibilidade imediata da sociedade civil questionar a classificação, embora o código de indexação do documento²³⁰ permita a sua individualização para acesso em momento posterior (e eventual punição da autoridade que negou o acesso à informação indevidamente). Há recomendação da CGU, frise-se, para que a lista de documentos desclassificados tenha o campo assunto. Assim, do ponto de vista jurídico, haveria um sistema de controle social minimamente viável *a posteriori*. Já o controle interno, realizado pela CMRI, não fica prejudicado, já que a comissão pode exigir a apresentação do TCI na íntegra para julgar pedidos de desclassificação, reavaliar a classificação ou realizar a prorrogação ou não do sigilo. Da mesma forma, nada impede que o Poder Judiciário, quando provocado, faça a avaliação do documento, determinando a sua desclassificação na hipótese de ser constatada ilegalidade.

Outra parte obrigatória de um TCI é a sua fundamentação. O fundamento da classificação é jurídico e fático; do ponto de vista jurídico, é o enquadramento legal da situação em uma das hipóteses gerais e abstratas de classificação da informação (artigo 23 da LAI combinado com o inciso VI do artigo 31 do Decreto n. 7.724/2012). O fundamento fático (inciso VII do artigo 31 do Decreto n. 7.724/12), por outro lado, diz respeito a motivação concreta, com apresentação do fato específico que exige proteção e que se enquadraria na norma geral e abstrata prevista na lei; basicamente é uma argumentação de como a divulgação de informação específica poderia prejudicar a segurança da sociedade ou do Estado, o que pressupõe discutir o nexo causal entre a divulgação da informação e o dano à segurança nacional. Contudo, no Brasil, a LAI e seus regulamentos não exigem que o TCI contenha prova de possibilidade de dano à segurança nacional para a informação ser classificada²³¹, contrariando recomendação da OEA que exige prova do dano; não há também um teste obrigatório do interesse público no acesso à informação prévio ou posterior a classificação, embora ocasionalmente a CGU o faça em situações de sigilo diverso do classificado. Portanto, o dever da autoridade classificadora é apontar no TCI o motivo da classificação, discorrendo como a divulgação de uma informação específica poderia, teoricamente, impactar negativamente na

²³⁰ De acordo com o artigo 50 do Decreto n. 7.845/12, toda informação classificada receberá um Código de Indexação de Documento que contém Informação Classificada – CIDIC. Os artigos 51 e 52 do mesmo decreto padronizam a produção do CIDIC.

²³¹ Nessa linha de raciocínio e mesmo antes da LAI ser aprovada, Cepik (2003) defendia que cabe ao Estado provar a necessidade fática do segredo para a segurança nacional e essa justificativa é essencial para a garantia do controle social.

segurança nacional, e indicar a adequação ao artigo 23 da LAI. Costumeiramente, a descrição do fundamento é genérica e imprecisa, sem apontar ainda que em teoria uma relação lógica evidente entre a divulgação da informação e possíveis danos à sociedade ou ao Estado. O Decreto n. 7.724/12, ao regulamentar a produção do TCI em seu artigo 31, §2º, estabelece que a motivação do ato tem o mesmo grau de sigilo que a informação classificada, em tese porque sua publicidade poderia revelar indiretamente a própria informação. Isso de fato poderia acontecer se a motivação fosse pormenorizada e focasse na relação causal entre a divulgação da informação e o dano potencial, mas raramente se observa no Brasil termos de classificação da informação com detalhamento da motivação²³².

O prazo do sigilo é também elemento fundamental do TCI; no Brasil, a forma de fixação do limite do sigilo é essencialmente diferente dos EUA, pois depende fundamentalmente do grau de classificação estabelecido. Na escolha do nível de sigilo e de forma vinculada com a motivação, a autoridade competente, a ser indicada no TCI, deve considerar, nos termos da LAI²³³, o interesse público sobre a informação, o risco da informação causar dano e a dimensão possível do dano que pode ser causado à segurança da sociedade e do Estado. O Decreto n. 7.724/12 complementa as regras para o estabelecimento do nível de sigilo determinando que seja observado o teor da informação, sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado (artigo 26) e que seja adotado o critério menos restritivo possível (artigo 27). Então, além da apresentação do assunto, da motivação fática e do seu enquadramento legal, é necessário que a autoridade estabeleça o nível de sigilo das informações e, conseqüentemente o prazo para a disponibilização da informação no futuro. No Brasil, a LAI prevê no artigo 24 três níveis de sigilo classificado:

²³² Atenta a esse problema e a outros conexos, a CMRI publicou a Resolução n. 04, em 27 de abril de 2016, fazendo constar que: “Na elaboração dos Termos de Classificação de Informações, as autoridades classificadoras deverão observar a necessidade de motivar adequadamente o ato classificatório no campo “razões para a classificação” (...) deverá conter as informações necessárias e suficientes à avaliação da classificação, incluindo a descrição da informação classificada”. Disponível em <https://www.gov.br/acessoinformacao/pt-br/assuntos/recursos/recursos-julgados-a-cmri/sumulas-e-resolucoes/resolucao-no-03-de-27-de-abril-de-2016>.

²³³ “Art 24 (...) § 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados: I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final”.

a) informação ultrassecreta: restrição de acesso por até 25 anos²³⁴, contados da data de produção da informação, podendo ser prorrogado uma única vez por igual período. No Poder Executivo federal, podem estabelecer esse nível de sigilo o Presidente da República; o Vice-Presidente da República; os Ministros de Estado e as autoridades com as mesmas prerrogativas ministeriais; os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e os Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior²³⁵.

b) informação secreta: restrição de acesso por até 15 anos, contados da data de produção da informação, não se admitindo a prorrogação, embora possa haver reclassificação para nível de ultrassecreto. Quanto a competência para classificar a informação neste nível, a LAI reconhece que todas as autoridades com competência para estabelecer o nível ultrassecreto também podem determinar o nível secreto e, além disso, acrescenta as autoridades máximas de autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista.

c) informação reservada: restrição de acesso por até 5 anos²³⁶, contados da data de produção da informação, não se admitindo a prorrogação, embora possa haver reclassificação para nível secreto ou ultrassecreto. Na mesma sistemática de quem pode o mais pode o menos, a LAI reconhece adicionalmente a competência dos agentes públicos “que exerçam funções de direção, comando ou chefia, nível DAS 101.5, ou superior, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, ou de hierarquia equivalente, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade”.

²³⁴ Importa salientar que a LAI estabelece faixas temporais de restrição de acesso, de modo que não necessariamente toda informação ultrassecreta terá prazo de sigilo de 25 anos. A faixa do sigilo ultrassecreto vai a partir de 15 até 25 anos.

²³⁵ Os demais poderes e membros da federação possuem autonomia para estabelecer a competência de classificação em qualquer nível de sigilo previsto pela LAI, sendo razoável manter uma paridade de cargos com a solução apresentada ao Poder Executivo federal. Além disso, observa-se novamente um tratamento diferenciado para as forças armadas, já que seus Comandantes, tal como os chefes de missão diplomática, podem fazer a classificação no nível mais elevado, mas estão sujeitos a ratificação do ato pelo Ministro de Estado correlato, conforme § 2º do artigo 27 da LAI. Embora sejam submetidos ao Ministro da Defesa e precisem de sua ratificação dentro do tempo estabelecido por regulamento interno para a manutenção do sigilo, a decisão pelo sigilo é válida ao menos num prazo curto. O ato administrativo em questão seria imperfeito, isto é, sem a ratificação devida é ao menos momentaneamente suficiente para a proteção da informação, o que não tem paralelo nos EUA.

²³⁶ O lapso temporal pode ser definido ou atrelado a um determinado evento, mas nunca superior ao limite de 5 anos. Os demais níveis seguem o mesmo padrão.

A data de produção do documento é também elemento necessário em um TCI, pois é a partir dela que se inicia a contagem do prazo de restrição de acesso à informação sigilosa classificada; em conjunto com o grau de sigilo estabelecido, permite fixar a data em que as informações classificadas estarão disponíveis para a sociedade.

Além desses elementos, ressalte-se que o TCI precisa ser assinado pela autoridade competente, com sua identificação legível, sem a qual não poderia gerar qualquer efeito. Formalizada a decisão de classificação pelo TCI, necessária no Brasil para todas as instituições públicas na hipótese de risco a segurança do Estado ou da sociedade, os documentos nos quais as informações estão registradas se tornam sigilosos, inclusive com a devida marcação, tal como nos EUA, embora a tipologia seja diferente.

Ademais, realizada a classificação há obrigação de se divulgar a lista de informações classificadas e, posteriormente, também a de informações desclassificadas, conforme consta na LAI:

Art. 30. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade publicará, anualmente, em sítio à disposição na internet e destinado à veiculação de dados e informações administrativas, nos termos de regulamento:

- I - rol das informações que tenham sido desclassificadas nos últimos 12 (doze) meses;
- II - rol de documentos classificados em cada grau de sigilo, com identificação para referência futura;
- III - relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações genéricas sobre os solicitantes.

A CGU apresentou orientações para que a lista com documentos classificados seja publicada com as mesmas informações essenciais para a produção do TCI previstas na LAI, com destaque quanto a recomendação de constar o assunto sobre o qual versa o registro²³⁷. De forma complementar, a publicação da lista de informações desclassificadas foi regulamentada pela CMRI, conforme Resolução nº 2, de 30 de março de 2016²³⁸, a

²³⁷ Disponível em

https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46638/1/guia_informacoes_classificadas-versao_3.pdf.

²³⁸ “Art. 1º O rol das informações desclassificadas, ao qual se refere o art. 45, inciso I, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, deverá apresentar, no mínimo, a descrição das seguintes informações: I – dados que identifiquem o documento desclassificado, a exemplo do Número Único de Protocolo - NUP, do Código de Indexação de Documento que contém Informação Classificada - CIDIC, ou outro; II – grau de sigilo ao qual o documento desclassificado ficou submetido; III – breve resumo do documento desclassificado.” Disponível em <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/assuntos/recursos/recursos-julgados-a-cmri/sumulas-e-resolucoes/resolucao-no-02-de-30-de-marco-de-2016>.

qual enfatiza a obrigação de constar da publicação um “breve resumo do documento desclassificado”. A publicação conjunta dessas listas é essencial para o acompanhamento da classificação de informações e o posterior acesso à informação desclassificada, seja em decorrência da desclassificação automática, de ofício ou a pedido de particular, conforme será analisado nesta sequência. Apenas as informações de guarda permanente podem ser enviadas para o Arquivo Nacional brasileiro. Nos EUA, é feita apenas a publicação da lista de informações desclassificadas de valor histórico, cuja guarda é do NARA, ou aquelas desclassificadas pelo Painel de Recursos, não havendo uma consolidação pública das informações que estão classificadas.

5.3 Do acesso à informação classificada

Nos termos do artigo 25 da LAI, “é dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção”. A proteção vai muito além dos sistemas informatizados ou barreiras físicas; começa pela proteção jurídica que determina a restrição de acesso, inclusive de compartilhamento de informações classificadas²³⁹, pois, em tese, quanto menos particulares e agentes públicos têm acesso à informação classificada menor o potencial de seu vazamento. Ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de particulares, outros órgãos e agentes públicos terem acesso à informação, é necessária cautela e proteção da informação no compartilhamento²⁴⁰. Assim, o acesso à informação classificada por particulares e mesmo internamente por funcionários do Estado é restrito aos que tenham comprovada necessidade de conhecê-la em razão de interesse particular legalmente reconhecido ou competência funcional e que sejam devida e previamente credenciadas, nos termos do artigo 25, § 1º, da LAI.

Especificamente quanto ao acesso por agentes públicos, quanto maior o grau de classificação menos pessoas têm acesso a ela. Tal como nos EUA, autorizações de acesso de sigilos de maiores níveis também concedem o acesso a informações de sigilo dos níveis

²³⁹ Há várias formas diferentes de se proteger uma informação. Por exemplo, a criptografia. Mas não é objetivo do trabalho fazer essa discussão, apenas há necessidade de mencionar neste capítulo como se dá a classificação da informação e seu acesso formal.

²⁴⁰ O acesso por particulares ou outros agentes públicos, mesmo externos ao órgão classificador, não quebra o sigilo tratando-se na realidade do já mencionado compartilhamento de informações que não altera a sua natureza sigilosa, conforme artigo 25, §2º, da LAI.

inferiores, e não há dispensa da comprovação da necessidade de conhecer da informação nem do devido credenciamento. O credenciamento no Brasil, conforme artigo 43 do Decreto n. 7.724/12, é feito “segundo as normas fixadas pelo Núcleo de Segurança e Credenciamento, instituído no âmbito do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, sem prejuízo das atribuições de agentes públicos autorizados por lei”. No ato de credenciamento, há necessidade de especificar a informação classificada que será acessado pelo agente público²⁴¹ e que este está ciente do dever de manter sigilo da informação que vai receber.

Para os particulares, há casos excepcionalíssimos em que a informação ainda sob classificação pode ser compartilhada, situações de primazia do interesse particular do acesso à informação sobre o interesse público da segurança coletiva, isto é, mesmo em casos em que o TCI é válido o Estado deveria de conceder acesso ao particular. Em regra, nesses casos, a informação classificada deve ser avaliada a partir dos princípios gerais do Direito, muitos deles constitucionalizados no Brasil. A segurança nacional é sem dúvidas valor fundamental ao ordenamento jurídico, mas encontra sua equivalência em outros valores igualmente constitucionais que no caso concreto precisam ser respeitados, sendo plausível que o respeito de direitos individuais possa ter maiores benefícios que os do sigilo. Assim, cabe a ponderação de valores²⁴² no caso concreto para se avaliar se o interesse particular teria preponderância sobre a classificação. A razoabilidade e a proporcionalidade devem ser critérios de análise dos benefícios e custos sociais para a divulgação de uma informação sigilosa, classificada ou não. Há situações em que a ponderação seria dispensada porque a própria lei já determina a primazia do interesse particular sobre o público. A LAI estabelece, no *caput* do seu artigo 21, que nenhuma informação necessária à tutela administrativa ou judicial de direito fundamental pode ser negada pelo Estado. Nesse caso, embora não haja qualquer ressalva na LAI, é razoável entender que o Estado pode solicitar a motivação do pedido e a comprovação de sua vinculação com outro direito em discussão administrativa ou judicial. Nesse sentido, o

²⁴¹ Conforme Instrução Normativa 02/NSC/GSI/PR, de 27/06/2013: “5.2 A credencial de segurança estará sempre associada à informação classificada que a pessoa natural tem necessidade de conhecer e com prazo de validade preestabelecido, não superior a dois anos”. Disponível em http://dsic.planalto.gov.br/legislacao/legislacaocredseg/8-nc_01_in02_nsc_gsipr_2013.pdf, acesso em 19/10/2020.

²⁴² Não pode haver ofensa direta ao núcleo de outros princípios, pode haver apenas uma limitação de outras normas que não afete essencialmente outros direitos fundamentais. Nem sempre se deve privilegiar o interesse coletivo, pois nem mesmo numa democracia a maioria pode esmagar os interesses pessoais de minorias; a lei deve ser o mediador entre o coletivo e o pessoal, a fim de se alcançar um interesse público do Estado em conceder ou não a informação.

artigo 42 do Decreto n. 7.724/12 exige a apresentação das “razões que demonstrem a existência de nexos entre as informações requeridas e o direito que se pretende proteger”. A apresentação das razões poderia ser dispensada, extraordinariamente, por exemplo caso se trate de informações de notório interesse pessoal. Então, nesta hipótese, a classificação de informação cederia face a comprovação por particular de sua necessidade de saber; a informação também não se tornaria pública, mas seria concedido acesso ao interessado. Nos casos de supremacia do interesse pessoal sobre a classificação da informação, não se desclassifica o registro, apenas se compartilham as informações com o interessado. Além dessa presunção de legitimidade para acesso, também com respaldo na LAI, o Decreto n. 7.724/12 prevê que: “Art. 41. As informações sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de classificação em qualquer grau de sigilo nem ter seu acesso negado”. A classificação neste caso estaria acobertando condutas ilícitas e haveria supremacia do conhecimento sobre as violações de direitos humanos sobre a suposta segurança nacional, ainda que efetivamente exista algum risco. Neste caso, a classificação precisa ser anulada. Em termos burocráticos e nessas situações excepcionais em que ele tem direito de acesso à informação classificada, o parágrafo único do artigo 18 do Decreto n. 7.845/12 exige a assinatura de Termo de Compromisso de Manutenção de Sigilo (TCMS), que é um compromisso de manutenção do sigilo da informação, sob pena de responsabilidade penal, civil e administrativa. O TCMS descreve sucintamente e identifica precisamente qual informação será acessada e frisa que a mesma não poderá ser divulgada. Importa frisar que a impossibilidade de opor qualquer sigilo em situações de violação de direitos humanos e fundamentais encontra respaldo expresso na Lei Modelo da OEA e os EUA não reproduziram esses dispositivos em seu ordenamento jurídico.

Embora existam as exceções acima descritas, a sociedade civil normalmente acessa a informação classificada apenas após a sua desclassificação, a qual pode ocorrer de ofício, automaticamente ou a pedido de particular, conforme será visto na sequência.

5.3.1 Desclassificação de ofício

No Brasil e tal como nos EUA, a desclassificação de ofício é aquela realizada diretamente pelo próprio Estado em razão de seu dever de anular seus atos, quando se

constatam erros de fato ou de direito²⁴³, ou da prerrogativa de revogar a classificação por conveniência, em regra pela percepção de que há preponderância do interesse social em acessar aquela informação²⁴⁴ ou ainda se as razões da classificação não mais persistem. A desclassificação de ofício pode se iniciar mediante provocação ou espontaneamente, a qualquer momento ou nos termos de regulamentação, mas essencialmente não se trata do exercício direto de uma prerrogativa do interessado, mas sim de um dever do Estado de apenas manter em conformidade com a lei as classificações necessárias, já que pode ocorrer sem intervenção de interessado.

O artigo 29 da LAI prevê que a informação classificada poderá ser reavaliada pela autoridade classificadora ou outra hierarquicamente superior a qualquer momento. Ao se reavaliar, pode-se manter o sigilo nas condições originais, desclassificar a informação, reduzir o nível de sigilo ou diminuir o prazo de sigilo dentro do mesmo grau originalmente estabelecido. Então, a reavaliação das informações é o principal momento em que o Estado pode, de ofício, desclassificar uma informação, a qual pode se iniciar espontaneamente ou por provocação do particular. Diferentemente dos EUA em que a desclassificação exige referendo da ISCAP, no Brasil a autoridade que classificou a informação ou seu superior hierárquico podem desclassificar a informação²⁴⁵.

Os novos sigilos classificados como ultrassecretos, por força do §3º do artigo 27 da LAI, devem ser submetidos a avaliação da CMRI imediatamente após a formalização da decisão classificatória. Ao regular esse artigo, o Decreto n. 7.724/12 ampliou o dever do Estado ao estabelecer em seu artigo 32 que “a autoridade (...) que classificar informação no grau ultrassecreto ou secreto deverá encaminhar cópia do TCI à Comissão Mista de Reavaliação de Informações no prazo de trinta dias, contado da decisão de classificação ou de ratificação”. Recebido o TCI nos níveis ultrassecreto ou secreto, é dever da CMRI fazer uma primeira reavaliação da classificação. A reavaliação das classificações, nesse caso,

²⁴³ Inclusive quando a sensibilidade da informação se altera.

²⁴⁴ Cite-se a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, de 10/12/1969: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

²⁴⁵ Além da autoridade classificadora poder reavaliar suas classificações a qualquer momento, as antigas informações ultrassecretas e secretas classificadas feitas sob a égide da Lei n. 11.111/2005, de acordo com o artigo 39 da LAI, deveriam ser reavaliadas “no prazo máximo de 2 (dois) anos, contado do termo inicial de vigência” da própria LAI. Caso não fossem reavaliadas, conforme §3º do artigo 72 do Decreto n. 7.724/12, as informações seriam consideradas, automaticamente, desclassificadas.

deve ser feita de ofício pela CMRI no prazo máximo de quatro anos, contados do recebimento do TCI, conforme previsto no inciso II do artigo 35 combinado com o inciso I do *caput* do art. 47, ambos do Decreto n. 7.724/12. Não que se exija a aprovação da CMRI para se estabelecer o sigilo ultrassecreto, mas esse órgão pode desclassificar ou mesmo reclassificar a informação por ele recebida.

5.3.2 Da desclassificação automática da informação

A desclassificação automática ocorre por expressa previsão legal de prazo máximo de sigilo, havendo ou não o interesse do órgão em manter a restrição de acesso, havendo ou não pedido de interessado. A regra geral está prevista no artigo 24 da LAI: “§4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público”.

Conforme esclarecido anteriormente, a informação reservada possui prazo de sigilo de até 5 anos; a informação secreta é protegida por até 15 anos; e a informação ultrassecreta, por seu turno, é mantida em sigilo por até 25 anos, prorrogáveis uma única vez por no máximo igual período. Consequentemente, exaurido o prazo estabelecido no TCI, a informação em tese seria pública.

Assim, quando a informação classificada do tipo reservada alcança o prazo de sigilo fixado no TCI, a presunção de sigilo se encerra automaticamente²⁴⁶ e não há previsão sequer de qualquer ato prévio do Estado antes da divulgação da informação, Contudo, antes da informação classificada nos graus secreto e ultrassecreto se tornar automaticamente pública, cabe à CMRI proceder a uma reavaliação dessas classificações²⁴⁷, agora para analisar se não seria o caso de prorrogar o sigilo

²⁴⁶ Ante de findo o prazo, o órgão poderia ter realizado a reclassificação da informação para um grau de sigilo maior.

²⁴⁷ De acordo com o Decreto n. 7.724/12, a CMRI também possui prazo para decidir sobre a manutenção do sigilo: “Art. 51. A revisão de ofício da informação classificada no grau ultrassecreto ou secreto será apreciada em até três sessões anteriores à data de sua desclassificação automática”.

ultrassecreto²⁴⁸ ou reclassificar a informação secreta²⁴⁹ para ultrassecreta; se nenhuma ação nesse sentido for tomada pela CMRI, a informação torna-se em regra pública em decorrência da automaticidade prevista em lei, devendo essa avaliação da CMRI ser feita antes do prazo limite de sigilo.

Ressalte-se, não obstante, que mesmo após a desclassificação automática, os documentos desclassificados realmente podem conter informações protegidas por outros sigilos, tais como informações pessoais cuja proteção alcança até 100 anos²⁵⁰. Dito de outra forma, o Estado pode em tese manter a negativa de acesso aos registros desclassificados com base em outros argumentos, garantido o acesso à parte pública.

5.3.3 Do procedimento de acesso à informação, classificada ou não, a pedido de particular

É preciso neste momento retomar que há no Brasil um procedimento geral para acesso à informação e outro diferente para se demandar a desclassificação da informação. Especificamente no procedimento geral e no âmbito do Poder Executivo federal, os pedidos, as respostas e os recursos são centralizados no FALA BR. Acrescente-se que o sítio eletrônico no qual os pedidos de acesso à informação são formulados não comporta o rito da desclassificação, de modo que não é possível simplesmente repassar o pedido para o rito correto dentro do FALA BR; conseqüentemente, os pedidos de desclassificação, por não terem um sistema próprio, não estão consolidados em um único repositório. Eles são apresentados de formas variadas, por e-mail, no balcão do Serviço de Informação ao Cidadão etc²⁵¹.

²⁴⁸ Cite-se que a decisão de prorrogação do sigilo ultrassecreto também deve ser submetida a avaliação da CMRI, conforme artigo 49 do Decreto n. 7.724/12, o qual estabelece que a informação ultrassecreta a ser prorrogada deve ser encaminhada à CMRI até um ano antes do vencimento do termo final de restrição de acesso, devendo a decisão quanto a prorrogação ser tomada, impreterivelmente, em até três sessões subseqüentes à data do seu recebimento.

²⁴⁹ Decreto n. 7.724/12: “Art. 51. A revisão de ofício da informação classificada no grau ultrassecreto ou secreto será apreciada em até três sessões anteriores à data de sua desclassificação automática”.

²⁵⁰ Há que se combater os abusos. Toledo (2021) narra que “De 45 documentos [desclassificados] específicos solicitados, apenas 29 foram fornecidos, quase todos eles com tarjas que tornavam os papéis indecifráveis.”

²⁵¹ Os pedidos no geral podem ser recebidos por qualquer forma. Na CGU, conforme artigo 12 da Portaria n. 2.348, de 02 de outubro de 2020, o pedido do rito geral apresentado por meio físico é obrigatoriamente inserido no sistema e-SIC.

Nos pedidos de acesso à informação, a LAI admite que o Estado pode exigir a identificação do solicitante e a especificação da informação requerida. Na atualidade, em cumprimento a orientação da Lei Modelo da OEA, no âmbito federal, o FALA BR permite o pedido de informações anônimo²⁵² e, por analogia, o mesmo raciocínio se aplicaria ao pedido de desclassificação de informações, a fim de se evitar qualquer tipo de represália.

5.3.3.1 Do procedimento geral de acesso à informação

O pedido de acesso à informação pelo rito geral não precisa ser motivado, já que se presume a transparência. Esse pedido inicial normalmente é avaliado pelo Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), mas a tarefa de respondê-lo pode ser designada a qualquer servidor público que prestará uma resposta inicial em nome da instituição. Sendo a informação demandada nesse rito realmente de natureza pública, cabe ao Estado disponibilizá-la imediatamente, conforme artigo 11 da LAI. Caso haja necessidade de localizar e analisar a documentação demandada, a decisão quanto ao acesso deverá ser tomada em até 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias. Se a instituição demandada não possuir a informação, basta repassar o pedido de acesso a quem supostamente a detém, caso tenha conhecimento, o que pode ser feito dentro do FALA BR. Se for negado acesso à informação no procedimento geral de acesso, é possível apresentar sucessivamente dois recursos internos à instituição demandada, ambos no prazo de 10 dias, o primeiro para uma autoridade superior àquela que negou inicialmente o acesso e o segundo recurso para sua autoridade máxima da instituição, sendo de 5 dias o prazo de resposta. Ainda caberiam recursos externos sucessivamente para a CGU e para a CMRI, ambos no prazo de 10 dias, devendo a CGU se manifestar em 5 dias e a CMRI até a sua terceira reunião ordinária²⁵³. Especificamente quanto a CMRI, convém citar que as instituições públicas não podem recorrer a ela se discordarem da decisão da CGU, de modo que se trata de um recurso exclusivo para o cidadão. Ademais, na prática, o órgão somente chancela as

²⁵² Conforme o princípio constitucional da impessoalidade e o disposto no art. 10, § 7º da Lei nº 13.460/2017.

²⁵³ O prazo para a CMRI decidir não está previsto na LAI, apenas no Decreto n. 7.724/12, o qual estabelece em seu artigo 50 que os recursos submetidos à CMRI devem ser julgados impreterivelmente até a terceira reunião ordinária subsequente à data de seu recebimento.

decisões da CGU²⁵⁴ no procedimento geral de acesso à informação, perdendo consequentemente parte de sua importância na política pública de transparência. De toda forma, no âmbito do Poder Executivo federal, o processo se encerraria com a decisão administrativa da CMRI.

Ainda assim, cabe discutir um ponto relevante: dentro do procedimento geral de acesso à informação, pode ocorrer da informação ser negada sob a justificativa de estar classificada. Nesta hipótese, cabe ao Estado disponibilizar o TCI ou as suas informações básicas, indicando expressamente no corpo da resposta a autoridade classificadora e informar quanto a possibilidade de apresentação de um pedido de desclassificação da informação a essa autoridade (inciso III do artigo 19 do Decreto n. 7.724/12) fora do sistema e-SIC. Contudo, quando dos recursos no procedimento geral de acesso à informação pública negado com base no fato da informação estar classificada, embora não seja o objetivo primordial desse rito, extraordinariamente é possível provocar discussão sobre desclassificação da informação, seja ela feita pela própria instituição ou, no âmbito federal, pela CGU ou CMRI. A desclassificação nessas hipóteses, por provocação em procedimento que inicialmente não visava precipuamente a desclassificação, é na verdade feita de ofício pela instituição demandada ou pelas instâncias recursais que identificam erros na classificação ou até mesmo a sua desnecessidade.

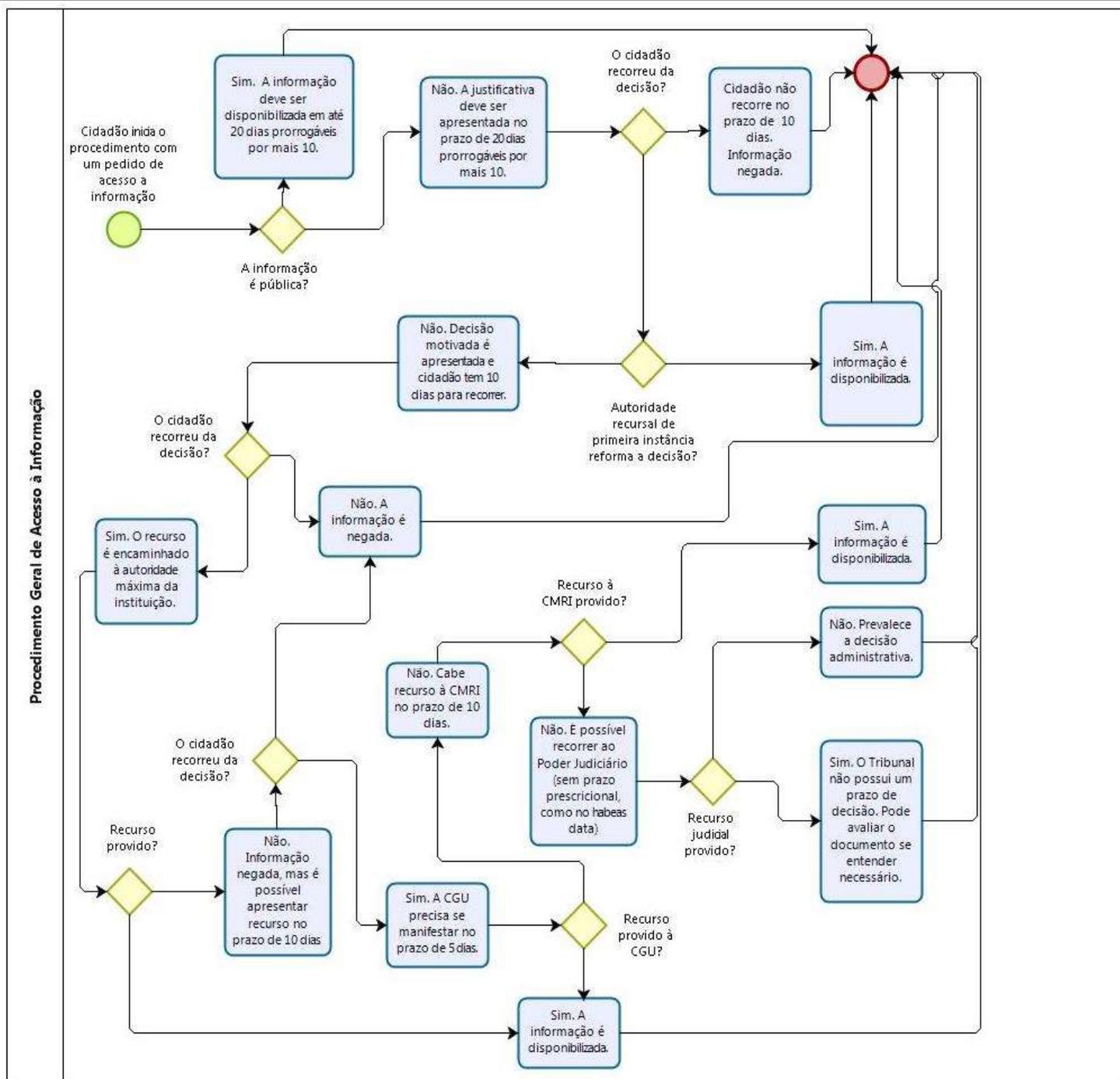
Especificamente na CGU, a discussão sobre a classificação surge no recurso de terceiro grau que pode ser apresentado a ela: 1) quando a resposta que indefere o acesso não apresenta o TCI ou os seus dados básicos, pode o recorrente questionar a própria existência da classificação (artigo 16, inciso I, da LAI e artigo 21 do Decreto n. 7.224/12); 2) ou, caso sejam apontadas irregularidades formais no TCI apresentado, pode a CGU em grau de recurso avaliar se os procedimentos de classificação de informação estabelecidos na LAI foram devidamente observados (artigo 16, inciso III, da LAI). Em ambas as hipóteses, não ocorre exatamente uma desclassificação da informação quando de sua disponibilização, pois no primeiro caso somente se admite que a CGU exija a apresentação do TCI e sem esta decisão nunca existiu realmente uma informação

²⁵⁴ Das 3.416 decisões proferidas até outubro de 2020, em apenas 84 a decisão da CGU foi reformada em parte ou integralmente, o que equivale a 2,45% dos recursos interpostos. Acesso em 26/10/2020. Ademais a CMRI perdeu bastante prestígio, pois, ao se avaliar as atas das primeiras reuniões, percebe-se a presença constante de ministros representando suas respectivas pastas, o que gradativamente diminui até não haver mais a presença deles. Disponível em <https://www.gov.br/cessoainformacao/pt-br/assuntos/recursos/recursos-julgados-a-cmri>.

classificada; no segundo caso, por força de lei, não compete a CGU avaliar a motivação do ato, mas sim aspectos meramente formais da classificação, tais como o prazo de validade da mesma, se o ato foi praticado por autoridade competente, se há indexadores que permitem acompanhar a desclassificação da informação no futuro ou se há indicação do enquadramento legal. A CGU não pode, dentro dessa sistemática, demandar os fundamentos fáticos da classificação, tal como o próprio cidadão, o que na prática reafirma sua incompetência para desclassificar qualquer informação. Assim, se houver inexistência ou erro formal de classificação, não se estaria desclassificando uma informação, haja vista que não haveria classificação válida. Dito de outra forma, a CGU não desclassifica informações, apenas verifica o cumprimento de formalidades legais e, se descumpridas, exige seu cumprimento; do contrário, se informação não está classificada, é pública e pode ser concedida pela CGU. Ademais, mesmo constatado o erro formal ou a inexistência de classificação, a falta de classificação válida pode em tese ser sanada a fim de se proteger uma informação que realmente se adeque às orientações da LAI. Já no recurso superior no rito geral destinado à CMRI, o interessado pode provocar uma ação de ofício a fim de que a informação seja desclassificada, mas nas hipóteses restritas à competência de desclassificação da CMRI. Em sentido restrito, a eventual desclassificação seria de ofício, já que a provocação do particular interessado não foi feita pelo rito adequado, embora a iniciativa da desclassificação não tenha sido espontânea.

A seguir, apresentam-se o fluxograma e cadeia recursal do procedimento geral de acesso à informação do Brasil:

Figura n. 6 – Procedimento geral para acesso à informação no Brasil



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na LAI e no Decreto n. 7.724 – Brasil, 2021.

Figura n. 7 - Cadeia de recursos em pedido de acesso à informação não classificada no Brasil



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na LAI e no Decreto n. 7.724 – Brasil, 2021.

5.3.3.2 Do procedimento de acesso à informação classificada

Conforme artigo 10 da LAI, qualquer interessado poderá apresentar pedido de desclassificação de informações à instituição que fez a classificação da informação; como dito anteriormente, atualmente o pedido de desclassificação não pode ser apresentado diretamente pelo interessado no FALA BR. Ressalte-se que, de acordo com o artigo 36 da LAI, “o pedido de desclassificação ou de reavaliação da classificação poderá ser apresentado aos órgãos e entidades independente de existir prévio pedido de acesso à informação”.

Ao contrário de um pedido de informações públicas, a solicitação de desclassificação precisa ser motivada pelo interessado, como discutido anteriormente. Isso porque a decisão de classificação faria presumir a necessidade do sigilo e de que a disponibilização da informação poderia causar dano ao Estado e a sociedade. Tal como

nos EUA, a tarefa argumentativa dada ao demandante é muito complexa, pois não se sabe em regra a motivação concreta da classificação e o demandante em tese nunca teve acesso anteriormente ao documento no qual a informação está registrada, normalmente tendo apenas uma vaga ideia do conteúdo que lhe permitiria em tese questionar o sigilo presumido.

Apresentado o pedido de desclassificação da informação, a autoridade classificadora deve, no prazo de 30 dias, estabelecido no parágrafo único do artigo 36 do Decreto n. 7.724/12, tomar sua decisão.

No caso de negativa de desclassificação da informação, o recurso cabível deve ser dirigido ao Ministro de Estado da área ou dirigente máximo da instituição²⁵⁵, conforme artigo 17 da LAI. Mas, antes da decisão recursal, nos termos do §1º do mesmo artigo 17, o recurso deve ser submetido à apreciação de pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior à autoridade que exarou a decisão impugnada, a qual poderá liberar a informação ou manter a negativa. Somente com a manutenção da negativa em questão o recurso será encaminhado à autoridade máxima da instituição. Havendo manutenção da negativa por decisão da autoridade máxima, é possível que o interessado recorra, com base no §2º do mesmo artigo 17, à Comissão Mista de Reavaliação de Informações, mas apenas se a informação sob demanda for secreta ou ultrassecreta; sendo reservada, não haveria em tese possibilidade de recurso. Outro detalhe interessante é que a LAI não estabelece prazos específicos para a interposição de recurso ou para a tomada de decisão dentro do procedimento de desclassificação; por isso, o Decreto n. 7.724/12 estabeleceu que o prazo seria de 10 dias para o interessado recorrer e 30 dias para as autoridades decidirem sobre o recurso, prazo bem generoso para o Estado, com a seguinte sistemática:

Art. 37. Negado o pedido de desclassificação ou de reavaliação pela autoridade classificadora, o requerente poderá apresentar recurso no prazo de dez dias, contado da ciência da negativa, ao Ministro de Estado ou à autoridade com as mesmas prerrogativas, que decidirá no prazo de trinta dias.

§ 1º Nos casos em que a autoridade classificadora esteja vinculada a autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista, o recurso será apresentado ao dirigente máximo da entidade.

²⁵⁵ “Art. 36 (...)§ 1º Nos casos em que a autoridade classificadora esteja vinculada a autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista, o recurso será apresentado ao dirigente máximo da entidade. § 2º No caso das Forças Armadas, o recurso será apresentado primeiramente perante o respectivo Comandante, e, em caso de negativa, ao Ministro de Estado da Defesa.” Novamente, ressalte-se que as forças armadas possuem um tratamento diferenciado de outras instituições públicas.

§ 2º No caso das Forças Armadas, o recurso será apresentado primeiramente perante o respectivo Comandante, e, em caso de negativa, ao Ministro de Estado da Defesa.

§ 3º No caso de informações produzidas por autoridades ou agentes públicos no exterior, o requerimento de desclassificação e reavaliação será apreciado pela autoridade hierarquicamente superior que estiver em território brasileiro.

§ 4º Desprovido o recurso de que tratam o **caput** e os §§1º a 3º, poderá o requerente apresentar recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações, no prazo de dez dias, contado da ciência da decisão.

Da mesma forma que no procedimento geral de acesso à informação, a CMRI deve julgar o recurso até a terceira reunião ordinária subsequente à data do seu recebimento.

É imprescindível repetir que, tanto nos EUA quanto no Brasil, o cidadão geralmente não tem acesso às informações mínimas para poder argumentar quanto a possibilidade da informação ser pública. Nesse sentido, complementa-se que, embora haja previsão de publicação de listas de informações classificadas e desclassificadas no Brasil, não há uma adequada transparência dos procedimentos de classificação e desclassificação da informação, já que as listas de informações classificadas e desclassificadas, cuja obrigatoriedade consta na LAI, não permitem um controle social apurado²⁵⁶. Ademais as informações processuais relativas aos pedidos de desclassificação não estão em transparência ativa, ao contrário dos pedidos gerais de acesso à informação, o que causa certa estranheza, já que os pedidos do procedimento ordinário estão. Nos EUA, a situação se agrava, pois não há lista de informações classificadas e a lista de informações desclassificadas é extremamente restrita, como visto anteriormente, e há falhas semelhantes, por exemplo com indicação de assuntos genéricos nos poucos documentos listados.

No caso de sigilo classificado, a publicidade adequada ao menos das listas de desclassificação poderia garantir o mínimo controle social após o prazo de sigilo²⁵⁷. O

²⁵⁶ Por exemplo, o Ministério da Defesa cumpriu a orientação da CGU, feita no Guia anteriormente mencionado, para que sua página na internet com as listas contivesse “duas áreas específicas, para a apresentação das listagens requeridas” com nomenclaturas de rol de informações classificadas e desclassificadas, conforme se verifica no sítio eletrônico oficial: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/aceso-a-informacao/informacoes-classificadas-e-desclassificadas>; contudo, nas informações classificadas usa-se somente o genérico termo do vocabulário controlado, enquanto nas informações desclassificadas o assunto muitas vezes é vago, como por exemplo “Encaminhamento de documentação ao Assessor Especial Militar do MD, para conhecimento, arquivo e eventual descarte.”, disponível em https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/lai/informacoes_classificadas/2020/desclassificados_01_jun_20.pdf. Acesso em 15/04/2021.

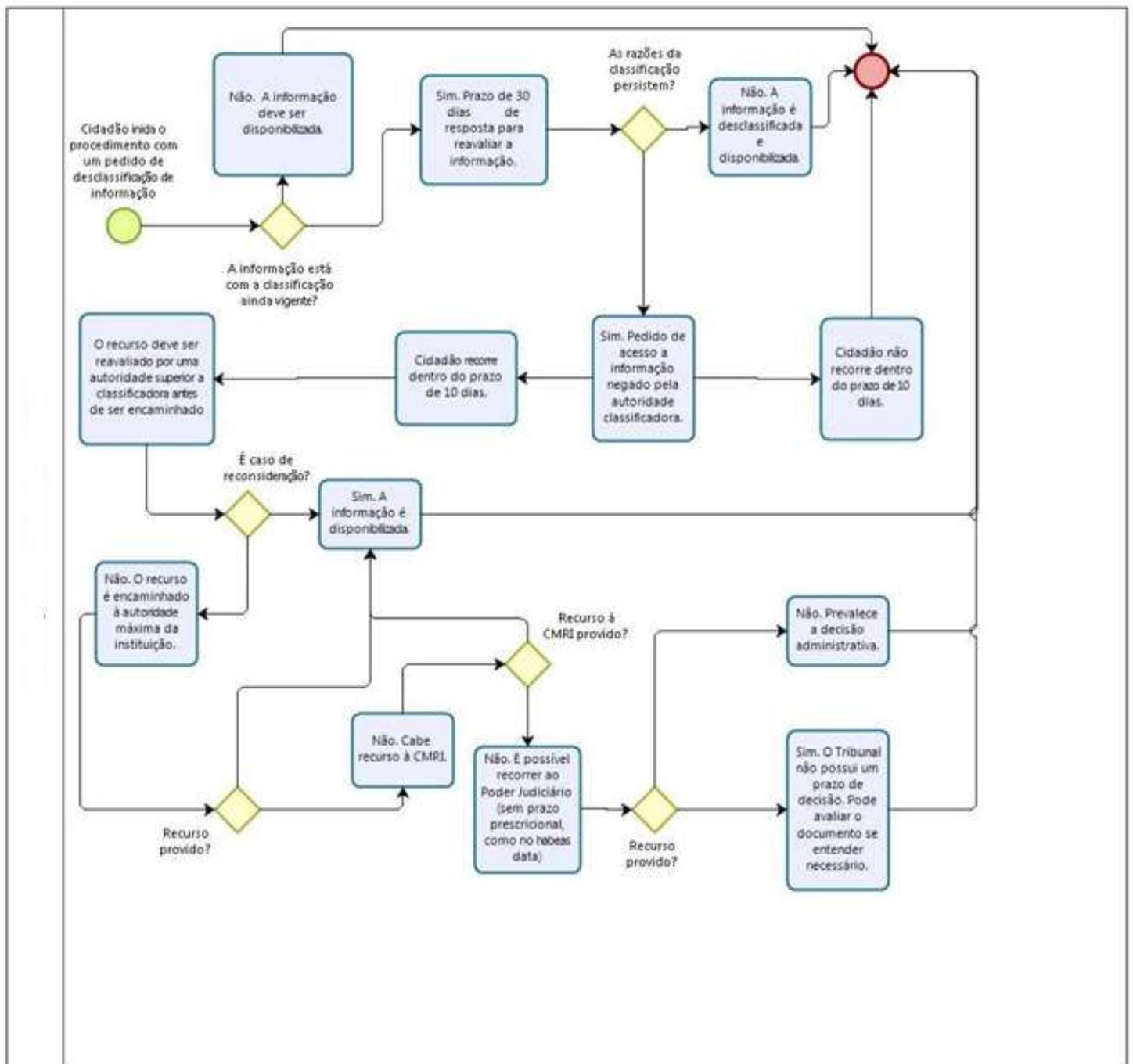
²⁵⁷ Ainda assim, existem diversos problemas, como os descritos anteriormente (informação permanece sensível, informação não localizada, pedido desproporcional, documentos incompletos ou sem anexos e ainda listas com informações extremamente genéricas). Acrescente-se aqui um problema extra relatado por

controle social *a posteriori* parece ser mais viável após a desclassificação e, além do acesso, possibilitaria a responsabilização das autoridades públicas, ao menos nos sigilos reservados e secretos em que o prazo de classificação é menor. Paralelamente ao controle social *a posteriori*, enquanto a informação está classificada, deve haver controle interno e externo pelas instituições democráticas competentes. Contudo, no Brasil, a CGU não pode exatamente desclassificar informações e a CMRI tem sido pouco atuante nesse sentido, em regra só referendando as decisões anteriores do próprio Estado, até porque essa instância decisória não tem nenhuma representatividade popular.

A seguir, apresentam-se o fluxograma e cadeia recursal do procedimento de acesso à informação classificada do Brasil:

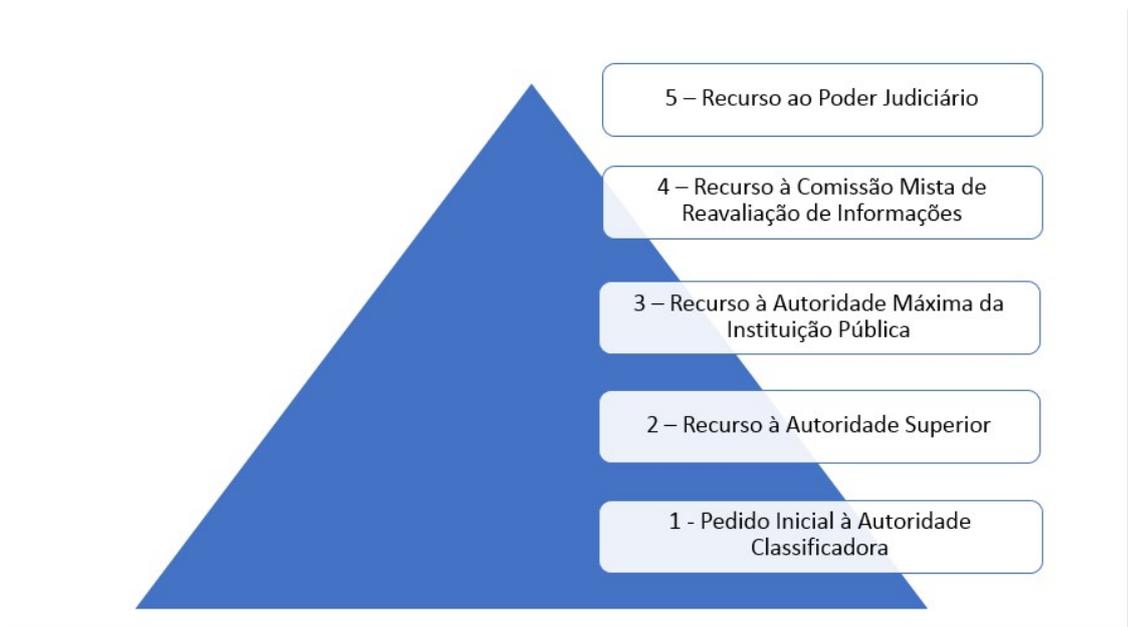
Toledo (2021, p. 1): “Outro problema grave é que, em alguns casos, esses documentos possuem anexos ou são parte de um processo maior, mas podem ser classificados e desclassificados separadamente. Como a lista divulgada na internet não organiza os documentos por processo, é como se houvesse um quebra-cabeças de quase 400 mil peças – total de informações desclassificadas por Marinha, Exército e Aeronáutica – em que o jogador só consegue algumas partes, sem ideia do que resultará no quadro final”.

Figura n. 8 – Procedimento de acesso à informação classificada no Brasil



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na LAI e no Decreto n. 7.724 – Brasil, 2021.

Figura n. 9 - Cadeia de recursos em pedido de desclassificação no Brasil



Fonte: imagem elaborada pelo autor com base na LAI e no Decreto n. 7.724 – Brasil, 2021.

5.4 Conclusão parcial

No Brasil, de uma forma geral, os procedimentos para acesso à informação e as situações reconhecidas de sigilo são semelhantes às dos EUA, embora cada país guarde suas peculiaridades e existam diferenças significativas. Quanto às semelhanças, no procedimento prevê prazos razoáveis, desnecessidade de motivação, instâncias recursais, autoridade de monitoramento, penalidades aos infratores etc. Do ponto de vista das exceções à transparência, tanto a FOIA como a LAI preveem o sigilo de documento preparatórios e informação pessoal sensível, bem como negativa de acesso na hipótese de erros procedimentais. Também em termos de sigilos legais autônomos, previstos em leis especiais e reconhecidos pelas respectivas leis de acesso à informação, parece haver certa equivalência entre Brasil e EUA, tais como o sigilo judicial, empresarial e de propriedade intelectual. É preciso disponibilizar a parte pública dos registros demandados, há rol mínimo de informações em transparência ativa e é cabível o acionamento do Poder Judiciário quando o interessado discordar da decisão administrativa.

A primeira distinção importante é em relação ao âmbito de aplicação dessas leis. A FOIA é aplicável nos EUA somente ao Poder Executivo federal, enquanto a LAI é uma lei nacional.

Chama atenção o fato de que nos EUA, ao contrário do Brasil, existem situações de sigilo permanente, isto é, sem termo legalmente estabelecido. A existência de sigilos eternos é uma afronta a Lei Modelo da OEA. Nenhuma informação em uma democracia poderia ser reservada de maneira indefinida.

Uma das diferenças mais significativas está na maior amplitude do conceito de segurança nacional utilizado para a classificação da informação pelo Brasil em comparação com os EUA, os quais utilizam um conceito mais tradicional e restrito. Num primeiro momento, tal constatação para ser contraditória com a posição de poder dos EUA no sistema internacional ou mesmo com o grau de sua democracia. Acontece que esses temas securitizados pelo Brasil na LAI, que se vinculam primordialmente a proteção da sociedade, estão, geralmente, previstos na FOIA como sigilos independentes de classificação, equivalentes a sigilos legais que não exigem produção de TCI, não possuem prazo limite de sigilo e não permitem a rastreabilidade pela publicação de listas de desclassificação, dentre outras diferenças já apontadas. Por exemplo, as informações que podem prejudicar o cumprimento da lei nos EUA estão compreendidas em um tipo de sigilo legal diferente do classificado pelo risco à segurança nacional enquanto, no Brasil, essas informações em regra precisam ser classificadas, exigindo um trabalho rotineiro e custoso de classificação.

Outra diferença é em relação aos prazos do sigilo classificado. Nos EUA, o prazo máximo de restrição é maior, até 75 anos, prazo que não depende diretamente do grau de sigilo. Ademais, embora não seja expressa na LAI, a interpretação da CMRI do parágrafo §2º do artigo 24 da LAI²⁵⁸ tem consolidado um quarto tipo de sigilo classificado: o sigilo reservado especial de informações presidenciais. De acordo com essa interpretação, as informações que colocam em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) é sigilosa até o término do mandato. A CMRI tem entendido que essa restrição de acesso pode ser estendida para os mandatos de outros presidentes e vice-presidentes se houver continuidade de governo e risco para

²⁵⁸ §2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

eles advindo dos mandatos anteriores. Nos EUA, sequer se aplica a FOIA a essas informações, como visto anteriormente, pois estão protegidas por sigilo legal especial, como no caso das informações necessárias para o cumprimento da lei. A informação presidencial somente pode ser disponibilizada no curso do mandato se assim o desejar a referida autoridade máxima e, após o término do mandato, o ex presidente pode estender o sigilo em algumas situações por até 12 anos. Além da maior amplitude temporal (pela falta de previsão de um termo final de sigilo), a restrição de acesso à informação presidencial, em termos de conteúdo abrangido, é muito mais ampla nos EUA que no Brasil, já que neste último país o sigilo é somente sobre as informações que coloquem em risco a segurança do Presidente, do Vice-Presidente ou dos respectivos cônjuges e filhos.

Nos EUA, não há limite para delegações, havendo apenas um rigoroso controle para a prática do ato. No Brasil, ao contrário dos EUA, a LAI estabeleceu que somente a classificação de sigilos secretos e ultrassecretos podem ser delegadas, mas sem possibilidade de subdelegação (§ 1º do artigo 27)²⁵⁹. Por seu turno, o Decreto n. 7.724/12, no §1º do seu artigo 30, vedou exatamente essa possibilidade, de modo que se entende não haver no Brasil qualquer possibilidade de delegação das prerrogativas de classificação da informação²⁶⁰. No Brasil, também diferentemente dos EUA, há uma pluralidade de autoridades com competência para estabelecer a classificação da informação, em especial no nível reservado.

No Brasil, de forma semelhante aos EUA, de acordo com o artigo 40 do Decreto n. 7.724/12, as informações de guarda permanente²⁶¹ que forem objeto de desclassificação devem ser encaminhadas para preservação. Como nos EUA, não há no Brasil um órgão que de fato guarde todas as informações públicas; essas informações ficam dispersas no Arquivo Nacional ou no arquivo permanente de cada instituição pública, inclusive as informações classificadas, o que dificulta que os interessados saibam exatamente onde se encontram as informações²⁶² e mesmo se existem.

²⁵⁹ Recentemente houve uma tentativa, no governo Bolsonaro, de realizar uma ampliação do rol de legitimados a classificar informações, por meio de delegação, conforme previsto no Decreto n. 9.690, de 23 de janeiro de 2019. Mas a medida foi questionada no Supremo Tribunal Federal e o governo optou por recuar com a medida, revogando o controverso decreto.

²⁶⁰ O §2º do artigo 30 do Decreto é ilegal, por afrontar o §1º do artigo 27 da LAI.

²⁶¹ A [Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991](#), estabelece quais são os documentos de guarda permanente, não podendo ser destruído sob qualquer pretexto.

²⁶² De acordo com Toledo (2021), “a maior dificuldade para fazer (...) pesquisa [de informações desclassificadas] é que esses documentos não existem, na prática, em nenhum acervo público. Eles ficam

No Brasil, a criação de 2 procedimentos diferentes pela LAI, um para acessar informação pública e outro para se desclassificar informações sigilosas, não parece ter sido benéfico para a sociedade porque, quando da sua implementação, não houve do ponto de vista tecnológico a integração entre os 2 ritos, de modo que um pedido recebido como de acesso pudesse ser convertido no FALA BR para uma demanda de desclassificação. Dito em outras palavras, trilhar um procedimento primeiro para depois iniciar o segundo, de forma física, é um atraso em termos de celeridade, segurança e transparência. O rito nos EUA também não raras vezes ocorre fora de um sistema eletrônico centralizado, sendo que este não é tão intuitivo e dinâmico como o FALA BR e sequer permite o repasse de um pedido de acesso à informação para outro órgão, muito menos a conversão de um pedido de acesso para pedido de desclassificação.

A LAI tem ainda diversas vantagens para a sociedade em relação à FOIA: as informações necessárias a tutela de direitos fundamentais devem ser disponibilizadas, informações sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos são igualmente públicas²⁶³, o prazo máximo de classificação é inferior ao norte-americano, a parte pública da informação sempre pode ser disponibilizada e há possibilidade em ambos os procedimentos de se recorrer a um maior número de instâncias, inclusive externas ao próprio órgão.

Dito isso, com base em tudo o que foi apresentado e considerando a Lei Modelo da OEA, a legislação que regula a política pública de transparência no Brasil estaria descumprindo em especial as seguintes recomendações internacionais:

armazenados nas próprias instituições, sem nenhum canal digital ou físico que permita acessá-los diretamente”. (...) “O Exército alegou não ter encontrado um dos documentos pedidos, o que pode demonstrar que esse verdadeiro labirinto do sigilo militar leva até mesmo à perda de documentos públicos.”

²⁶³ Lei de Acesso à Informação: “Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.”

Tabela n. 6 – Principais normas da Lei Modelo de Acesso à Informação da OEA não internalizadas pelos Brasil

CRITÉRIO DESCUMPRIDO DA LEI MODELO	LEGISLAÇÃO DO BRASIL
<p>NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO PEDIDO DE INFORMAÇÃO: como a informação é em regra pública, a motivação deve ser dispensada.</p>	<p>Não se exige em regra motivação para o pedido, mas existem exceções injustificadas, tais como a demanda por informações classificadas, em que há evidente prejuízo à sociedade civil na medida em que o órgão deveria ao menos explicitar o dano potencial.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE UM ARQUIVO GERAL: a centralização das informações facilita a sua localização e permite um inventário geral, o qual em tese diminui as negativas por inexistência da informação.</p>	<p>No Brasil, existe o Arquivo Nacional, órgão central do sistema de gestão de documentos de arquivo. Mas, em termos de guarda, efetivamente apenas promove o recolhimento dos documentos considerados de guarda permanente²⁶⁴, inclusive os desclassificados que possuam essa condição. Ainda assim, de acordo com a Portaria nº 252, de 30 de dezembro de 2015, o repasse não parece ser um dever, mas uma faculdade do órgão que detém os documentos em questão.</p>
<p>PERDA DO PRAZO PARA RESPOSTA: a Autoridade que deixe de cumprir os prazos legais do processo de acesso à informação deverá obter a aprovação prévia do Órgão Garantidor para recusar o pedido em parte ou totalmente.</p>	<p>Não há previsão legal.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE ÓRGÃO DE SUPERVISÃO ADMINISTRATIVA: esse órgão deve ser autônomo e especializado, dotado de capacidade punitiva, para fiscalizar a aplicação da lei de acesso à informação,</p>	<p>A CGU e a CMRI, mas ambos não possuem autonomia e o segundo não possui capacidade punitiva para fazer valer suas decisões.</p>

²⁶⁴ A tabela de temporalidade do Arquivo Nacional menciona quais são os documentos de guarda permanente. Disponível em http://www.siga.arquivonacional.gov.br/images/publicacoes/cctt_meio.pdf. Acesso em 22/06/21.

<p>coordenar esforços pela transparência, emitir diretrizes técnicas e divulgar a lei de acesso à informação.</p>	
<p>MANDATOS FIXOS PARA A AUTORIDADE DE MONITORAMENTO OU MEMBROS DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS: a existência de mandatos aumenta a imparcialidade e independência das autoridades.</p>	<p>Não há previsão de mandatos, de modo que é possível a substituição a qualquer momento.</p>
<p>OS REPRESENTANTES DO ÓRGÃO GARANTIDOR DEVERÃO TER DEDICAÇÃO EXCLUSIVA À ATIVIDADE, EXPERIÊNCIA E BOA REPUTAÇÃO, SELECIONADOS AO MENOS EM UMA ETAPA COM PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO</p>	<p>Não há previsão legal.</p>
<p>PRAZO MÁXIMO DO SIGILO SOBRE INFORMAÇÕES PESSOAIS DE 20 ANOS A CONTAR DO FALECIMENTO: é dever do Estado proteger as informações pessoais enquanto forem sensíveis.</p>	<p>Até 100 anos, exceto se houver autorização prévia ou supremacia do interesse público.</p>
<p>PRAZO MÁXIMO LIMITE DE SIGILO CLASSIFICADO: por questão de segurança jurídica, é preciso estabelecer em lei a data limite para a disponibilização da informação à sociedade. Esse limite é de 10 anos, incluindo prorrogações.</p>	<p>Existe previsão expressa na LAI, de forma objetiva, no máximo de 50 anos a contar da produção do documento.</p>
<p>INFORMAÇÕES INEXISTENTES OU NÃO LOCALIZADAS: não se pode admitir a mera negativa pela informação não ter sido localizada ou ser inexistente. Há necessidade de realização de buscas razoáveis pela informação solicitada antes de qualquer negativa pautada na sua não localização ou inexistência.</p>	<p>A LAI não exige expressamente que o Estado demonstre esforços razoáveis para a localização da informação antes da tomada de decisão quanto a sua não localização ou inexistência. Mas a CGU, em sede recursal, tem exigido a comprovação de que o Estado tentou atender ao pedido, ao menos mencionando os locais buscados e os meios usados para a tentativa frustrada de disponibilizar a informação.</p>

<p>AS NORMAS E OS PROCEDIMENTOS QUE REGULAMENTEM A CLASSIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO SERÃO SUBMETIDOS, ANTES DE SUA ADOÇÃO, A UM PROCESSO DE CONSULTA ABERTA EM QUE AS PESSOAS TENHAM A OPORTUNIDADE DE EXPRESSAR SUAS PROPOSTAS E OBSERVAÇÕES: a participação social prévia e direta aumenta a legitimidade das decisões estatais.</p>	<p>Não houve uma ampla consulta pública para o projeto de lei que se transformou na LAI²⁶⁵, embora a CGU tenha promovido um seminário internacional em 2011 com grande cobertura da mídia e tenha discutido o assunto com representantes da sociedade civil.</p>
<p>CLASSIFICAÇÃO APENAS QUANDO A DIVULGAÇÃO DA INFORMAÇÃO SOLICITADA PODE PROVOCAR UM DANO REAL, DEMONSTRÁVEL E IDENTIFICÁVEL: a decisão de classificar a informação deve considerar a existência do dano potencial à segurança nacional.</p>	<p>A LAI e seus regulamentos não exigem que o TCI contenha prova de possibilidade de dano à segurança nacional para a informação ser classificada e nem mesmo o presume. A LAI somente determina que gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado deve ser observado na escolha do grau de sigilo. Na prática, raramente o dano potencial é mencionado nos TCIs. Contudo, na escolha do nível de sigilo e de forma vinculada com a motivação, a autoridade competente, deve considerar diversos critérios, inclusive o risco da informação causar dano à segurança da sociedade e do Estado, bem como a dimensão possível do dano.</p>
<p>ROL DE INFORMAÇÕES DESCLASSIFICADAS: a lista de documentos desclassificados, com os detalhes devidos, permite que a sociedade acompanhe a disponibilização de informações. Devem constar do resumo a área que gerou a informação, o nome do documento, seu conteúdo (ainda que de maneira genérica), o tipo de classificação, a extensão da</p>	<p>Há obrigação legal de se divulgar essa lista, mas há problemas de consolidação e ela não cumpre os elementos mínimos indicados pela OEA. Cada órgão do Estado divulga a sua própria lista. A publicação da lista de informações desclassificadas foi regulamentada pela CMRI, conforme Resolução nº 2, de 30 de março de</p>

²⁶⁵ Fonte: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105237> . Acesso em 24/06/21.

classificação, a data de início e encerramento do sigilo, sua justificativa e eventuais prorrogações.	2016, a qual enfatiza a obrigação de constar da publicação um “breve resumo do documento desclassificado”. CGU.
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: tabela produzida pelo autor a partir da avaliação da legislação brasileira e da lei modelo da OEA.

É claro que não se pode comparar a FOIA e a LAI apenas quanto ao número de recomendações relevantes que são descumpridas, mas a diferença agrega ao relato qualitativo anterior: enquanto a legislação dos EUA descumpre 26 recomendações relevantes, não internalizadas na política pública de transparência, o Brasil descumpre apenas 12, sendo que em alguns casos relevantes a falta de internalização é apenas parcial.

A análise comparativa entre a FOIA e a LAI, cuja análise foi feita inicialmente de forma separada, pode ser resumida na tabela abaixo:

Tabela n. 7 – Principais diferenças normativas entre a FOIA e a LAI

AMPLITUDE DE APLICAÇÃO DA LEI DE ACESSO A INFORMAÇÃO	EUA	BRASIL
ÓRGÃOS SUJEITOS À LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: a lei de acesso à informação se aplica ao Estado no sentido mais amplo possível, compreendendo todos os níveis e poderes, além das empresas estatais, e também sendo aplicável a organizações privadas, tais como partidos políticos, agremiações, sindicatos e organizações sem fins lucrativos que recebam recursos públicos.	Apenas ao Poder Executivo federal, inclusive agências e departamentos, e as empresas privadas contratadas especificamente para gerenciar informações públicas.	Todo o Estado, compreendendo a União Federal, estados e municípios, incluindo todos os órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive Ministério Público e Defensoria Pública. Ademais, se aplica a toda administração indireta e a qualquer instituição privada que receba recursos públicos.

<p>SISTEMA DE INTELIGÊNCIA: o ideal é que esteja sujeito às regras de transparência</p>	<p>O sistema de inteligência tem o dever de prestar informações, embora possa negar acesso pelos mesmos fundamentos das demais agências.</p>	<p>O sistema de inteligência tem o dever de prestar informações, embora possa negar acesso pelos mesmos fundamentos das demais agências.</p>
<p>TEMAS FORA DO ESCOPO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: o ideal é que todo tema esteja sujeito às regras de transparência</p>	<p>São diversos temas não regulados pela FOIA, tais como energia nuclear e informações presidenciais.</p>	<p>Os temas fora do escopo da LAI são apenas os sigilos tradicionais.</p>
<p>OBJETO DO PEDIDO: em regra, somente se podem solicitar informações existentes</p>	<p>A FOIA é expressa ao limitar os pedidos a informações; não se pode solicitar providências diversas do acesso à informação ao Estado com base nessa lei, nem mesmo em regra a produção de informações. É possível solicitar a melhoria de transparência ativa.</p>	<p>A LAI é expressa ao limitar os pedidos a informações; não se pode solicitar providências diversas do acesso a informação ao Estado com base nessa lei, nem mesmo em regra a produção de informações. É possível solicitar a melhoria de transparência ativa.</p>
<p>NATUREZA DA INFORMAÇÃO POSSÍVEL DE SER DEMANDADA</p>	<p>Interesse pessoal ou público</p>	<p>Interesse pessoal ou público</p>
<p>REGRA GERAL É A TRANSPARÊNCIA: o princípio da máxima publicidade determina a presunção de acesso das informações acumuladas e produzidas pelo Estado, inclusive com interpretação favorável a sociedade.</p>	<p>As informações estatais são presumidamente de acesso público, exceto em situações em que regra legal inverte esse ônus, tais como quando se solicitam informações classificadas ou pessoais de terceiros.</p>	<p>As informações estatais são presumidamente de acesso público, exceto em situações em que regra legal inverte esse ônus, tais como quando se solicitam informações classificadas ou pessoais de terceiros.</p>
<p>NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO PEDIDO DE</p>	<p>Não se exige em regra motivação para o pedido, mas existem</p>	<p>Não se exige em regra motivação para o pedido, mas existem</p>

<p>INFORMAÇÃO: como a informação é em regra pública, a motivação deve ser dispensada.</p>	<p>exceções injustificadas, tais como a demanda por informações classificadas, em que há evidente prejuízo à sociedade civil na medida em que o órgão deveria ao menos explicitar o dano potencial.</p> <p>Há ainda outra exceção injustificada relevante denominada <i>glomar response</i> que sequer tem previsão legal e será detalhada posteriormente.</p>	<p>exceções injustificadas, tais como a demanda por informações classificadas, em que há evidente prejuízo à sociedade civil na medida em que o órgão deveria ao menos explicitar o dano potencial.</p>
<p><i>GLOMAR RESPONSE</i>: é a possibilidade de não responder diretamente a solicitação de informação, não negando a sua existência nem a confirmando. Nesse caso, não há apresentação de motivação.</p>	<p>Nos EUA, existe a <i>glomar response</i>. Trata-se de uma construção jurisprudencial, não prevista na FOIA.</p>	<p>Não se admite a <i>glomar response</i>. Mesmo em casos de risco à segurança nacional, deve-se apresentar as informações do TCI, por exceção da motivação da classificação, caso a mesma revele a informação classificada.</p>
<p>POSSIBILIDADE DE ACESSO À PARTE PÚBLICA DE DOCUMENTO COM SIGILO: é um desdobramento do princípio da máxima publicidade</p>	<p>Possibilidade de acesso a parte pública de documento com sigilo, desde que a parte a ser disponibilizada seja minimamente inteligível. Contudo, essa regra não se aplica às informações classificadas e a outras situações.</p>	<p>Possibilidade de acesso a parte pública de documento com sigilo, inclusive para as informações classificadas, desde que a parte a ser disponibilizada seja minimamente inteligível.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE UM ARQUIVO GERAL: a centralização das informações facilita a sua localização e permite um inventário geral, o qual em tese diminui as</p>	<p>O NARA centraliza a guarda dos arquivos de valor histórico permanente²⁶⁶, dentre outras funções. Dos documentos desclassificados, terão guarda</p>	<p>No Brasil, existe o Arquivo Nacional, órgão central do sistema de gestão de documentos de arquivo. Mas, em termos de guarda, efetivamente apenas</p>

²⁶⁶ De acordo com a Ordem Executiva n. 13.526/09: “Records having permanent historical value” means Presidential papers or Presidential records and the records of an agency that the Archivist has determined should be maintained permanently in accordance with title 44, United States Code.”

negativas por inexistência da informação.	permanente no NARA apenas aqueles de valor histórico ²⁶⁷ .	promove o recolhimento dos documentos considerados de guarda permanente ²⁶⁸ , inclusive os desclassificados que possuam essa condição. Ainda assim, de acordo com a Portaria nº 252, de 30 de dezembro de 2015, o repasse não parece ser um dever, mas uma faculdade do órgão que detém os documentos em questão.
<p style="text-align: center;">PUBLICAÇÃO DE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS:</p> <p style="text-align: center;">tal prática serve em tese para diminuir os pedidos de acesso à informação, evitando inclusive o retrabalho de analisar pedidos repetitivos da sociedade.</p>	O rol de registros obrigatórios em transparência ativa é pequeno, mas é exemplificativo. Qualquer documento que é solicitado 3 vezes deve ser disponibilizado em transparência ativa.	O rol de registros é amplo e de caráter meramente exemplificativo.
<p style="text-align: center;">EXISTÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA SOBRE PEDIDOS E RESPOSTAS DE ACESSO A INFORMAÇÃO:</p> <p style="text-align: center;">tal prática serve em tese para diminuir os pedidos de acesso à informação e facilitar a disponibilização célere da informação, evitando inclusive o retrabalho de analisar pedidos repetitivos da sociedade.</p>	Muito reduzida, pois as perguntas e respostas não são produzidas antevendo uma futura publicação. Ademais, a falta de centralização dos pedidos em um sistema dificulta a transparência ativa dos mesmos.	Embora não haja determinação legal, há transparência para todos os pedidos apresentados ao Poder Executivo federal, por exceção daqueles em que o próprio solicitando ou o Estado indicam ter informações pessoais.

²⁶⁷ “Sec. 3.7. National Declassification Center. (a) There is established within the National Archives a National Declassification Center to streamline declassification processes, facilitate quality-assurance measures, and implement standardized training regarding the declassification of records determined to have permanent historical value.”

²⁶⁸ A tabela de temporalidade do Arquivo Nacional menciona quais são os documentos de guarda permanente. Disponível em http://www.siga.arquivonacional.gov.br/images/publicacoes/cctt_meio.pdf. Acesso em 22/06/21.

<p>ROL DE INFORMAÇÕES CLASSIFICADAS: a lista de documentos classificados, com os detalhes devidos, permite que a sociedade acompanhe a disponibilização de informações. Devem constar do resumo a área que gerou a informação, o nome do documento, seu conteúdo (ainda que de maneira genérica), o tipo de classificação, a extensão da classificação, a data de início e encerramento do sigilo, sua justificativa e eventuais prorrogações. Essas informações não devem ser consideradas sigilosas em nenhuma hipótese.</p>	<p>Não há obrigação legal de se divulgar essa lista e não existe o costume das agências em divulgá-la.</p>	<p>Há obrigação legal de se divulgar a lista de informações classificadas, com as mesmas informações essenciais para a produção do TCI previstas na LAI, inclusive o assunto sobre o qual versa o registro e por exceção da motivação.</p>
<p>ROL DE INFORMAÇÕES DESCLASSIFICADAS: a lista de documentos desclassificados, com os detalhes devidos, permite que a sociedade acompanhe a disponibilização de informações. Devem constar do resumo a área que gerou a informação, o nome do documento, seu conteúdo (ainda que de maneira genérica), o tipo de classificação, a extensão da classificação, a data de início e encerramento do sigilo, sua justificativa e eventuais</p>	<p>A divulgação é feita pelo Centro Nacional de Desclassificação do NARA²⁶⁹, a qual é composta somente pelos documentos de valor histórico permanente que são enviados pelas agências ao NARA. Além disso, não existe um campo assunto, o qual às vezes é mencionado no nome do documento. Há uma outra lista dos documentos classificados liberados pelo ISCAP²⁷⁰.</p>	<p>Há obrigação legal de se divulgar essa lista. Cada órgão do Estado divulga a sua própria lista. A publicação da lista de informações desclassificadas foi regulamentada pela CMRI, conforme Resolução nº 2, de 30 de março de 2016, a qual enfatiza a obrigação de constar da publicação um “breve resumo do documento desclassificado”.</p> <p>CGU.</p>

²⁶⁹ A lista se encontra em <https://www.archives.gov/declassification/ndc> .

²⁷⁰ Disponível em <https://www.archives.gov/declassification/iscap/releases> . Acesso em 22/06/22.

<p>prorrogações. Essas informações não devem ser consideradas sigilosas em nenhuma hipótese.</p>		
<p>PUBLICIDADE DO TCI: a transparência sobre a decisão de classificar uma informação permite a posterior responsabilização da autoridade de classificação pelos atos ilícitos eventualmente praticados.</p>	<p>Não existe um Termo de Classificação da Informação padronizado. De toda forma, a decisão que classifica a informação em regra é pública, mas qualquer dado dessa decisão pode ser suprimido se revelar a informação classificada ou qualquer outra informação sigilosa. Findo o prazo de classificação presume-se que essas informações são públicas. O grande problema é que não há um dever nos EUA de publicar esses TCIs e também inexistente o dever de publicar a lista de informações classificadas e desclassificadas.</p>	<p>O TCI é público, por exceção de sua motivação. Findo o prazo da classificação, todos os dados do TCI são presumidamente públicos.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE SISTEMA INFORMATIZADO PARA CENTRALIZAR OS PROCEDIMENTOS DE ACESSO A INFORMAÇÃO: o uso da tecnologia para processar os pedidos de acesso à informação é essencial para o registro formal dos atos, contagens dos prazos e fácil localização do canal adequado para se apresentar uma demanda de acesso à informação.</p>	<p>Há múltiplos canais para se obter a informação desejada, sendo que cada órgão tem flexibilidade para estabelecer como o cidadão será atendido. Atualmente o governo norte americano envida esforços para centralizar a apresentação de pedidos no site https://www.foia.gov/search.html, mas o uso do mesmo pelas agências não é obrigatório.</p>	<p>O uso do FALA BR é obrigatório para o Poder Executivo federal, inclusive sua administração indireta, mas não abrange a desclassificação de informações. Além do mais, o mesmo sistema é cedido a estados, municípios e respectivas administrações indiretas.</p>

<p>POSSIBILIDADE DE DEMANDAR ACESSO À INFORMAÇÃO POR MÚLTIPLOS CANAIS: são aceitos pedidos por e-mail, por sistemas específicos ou até mesmo pessoalmente em balcão.</p>	<p>Sim</p>	<p>Sim</p>
<p>POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DO FORMATO DA INFORMAÇÃO A SER ENTREGUE: digital, impressa, formato aberto, universal etc.</p>	<p>Sim</p>	<p>Sim</p>
<p>POSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DE TAXAS PARA O ACESSO A INFORMAÇÃO: inexistência de custo para a apresentação de um pedido de acesso à informação, mas possibilidade de cobrança de taxas para reprodução e entrega da informação, as quais devem visar apenas o ressarcimento das despesas.</p>	<p>Não há em regra isenção, mas pedidos que demandam atividade de pesquisa de até duas horas são dispensados das taxas, inclusive de revisão da informação e de reprodução até o limite de 100 páginas. Acima dos valores de isenção, há redução de taxas em certas hipóteses.</p> <p>As taxas para o acesso à informação, cobradas apenas na via passiva, podem compreender diversos custos, tais como os de pesquisa, de duplicação ou até mesmo de revisão de eventuais segredos existentes em um determinado documento.</p>	<p>A LAI autoriza a cobrança apenas dos custos de reprodução da informação; o decreto regulamentador, de forma ilegal, amplia a cobrança para a remessa da informação.</p> <p>Tratando-se de documento já digital, há isenção de taxas, tanto para o procedimento em si e como para a reprodução e envio da informação.</p> <p>Ademais, mesmo que exista custo de reprodução da informação, o benefício da isenção é concedido a todos que não possuam boas condições econômicas.</p>
<p>SOLICITAR INFORMAÇÃO DE FORMA ANÔNIMA: a fim de evitar retaliações ao demandante e considerando que a sua</p>	<p>Não há previsão de solicitação anônima na FOIA e o sistema central do Poder Executivo</p>	<p>A LAI não prevê solicitação anônima, mas o sistema FALA BR permite a apresentação de demanda nessa modalidade desde</p>

<p>identificação normalmente não agrega valor ao procedimento de tomada de decisão, é importante a previsão do pedido anônimo.</p>	<p>federal demanda o preenchimento do campo “nome”.</p>	<p>que não se trate de informação pessoal do próprio solicitante.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE INSTÂNCIA RECURSAIS INTERNAS: é indispensável a existência de recurso a instâncias imparciais e tecnicamente preparadas, de preferência para a autoridade máxima do órgão, inclusive para os casos de omissão.</p>	<p>Existe apenas uma instância recursal interna nos dois ritos.</p>	<p>Existem 2 instâncias recursais internas nos dois ritos.</p>
<p>ÓRGÃO REVISOR ADMINISTRATIVO EXTERNO: ao menos um recurso deve ser externo ao órgão que detém a informação para garantia da independência.</p>	<p>No rito da desclassificação, existe ISCAP, órgão vinculado à Presidência.</p>	<p>No rito geral, é possível acionar a CGU e a CMRI. No rito de desclassificação, é possível recorrer à CMRI.</p>
<p>EXISTÊNCIA DE ÓRGÃO DE SUPERVISÃO ADMINISTRATIVA: é indispensável a existência de uma autoridade que tenha competência legal para avaliar a política pública de transparência, o que é mais amplo e diferente da mera existência de uma instância recursal externa. Esse órgão deve ser autônomo e especializado, dotado de capacidade punitiva, para fiscalizar a aplicação da lei de acesso à informação, coordenar esforços pela transparência, emitir</p>	<p>O NARA parece ser o órgão central, mas outras instituições públicas também atuam realizando a supervisão. O NARA não tem autonomia suficiente para desempenhar esse papel e nem capacidade punitiva.</p>	<p>A CGU e a CMRI, mas ambos não possuem autonomia e o segundo não possui capacidade punitiva para fazer valer suas decisões.</p>

diretrizes técnicas e divulgar a lei de acesso à informação.		
EXISTÊNCIA DE AUTORIDADE DE MONITORAMENTO DA TRANSPARÊNCIA ESPECÍFICO PARA CADA ÓRGÃO: a existência de um responsável em cada agência é importante não apenas como ponto focal, mas também para a responsabilização.	Sim, com nível mínimo equivalente a Diretor	Sim, havendo recomendação que ela esteja vinculada à autoridade máxima do órgão.
POSSIBILIDADE DE RECURSO AO PODER JUDICIÁRIO: a apreciação do caso concreto pelo Poder Judiciário deve ser inafastável.	Sim	Sim
O SIGILO NÃO PODERÁ SER APLICADO EM CASOS DE VIOLAÇÕES GRAVES DE DIREITOS HUMANOS OU DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: nesses casos, há uma presunção absoluta de que interessa a sociedade conhecer dessas situações.	Não há previsão legal nesse sentido, mas a informação poderá ser disponibilizada se houver supremacia do interesse público.	No Brasil, a LAI determina que “As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. No Brasil, a transparência é até mais ampla porque se garante a informação sempre que necessária a tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.
INFORMAÇÃO SOBRE INVESTIGAÇÕES, AUDITORIAS OU INSPEÇÕES	O sigilo existe por prazo indefinido e é oponível inclusive aos que estão sendo investigados.	O sigilo existe enquanto a investigação estiver em curso ²⁷¹ , após essa etapa, o documento

²⁷¹ Código de Processo Penal: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

<p>CONCLUÍDAS QUE NÃO SEJAM JUDICIALIZADAS SERÁ DE ACESSO PÚBLICO: causar grave prejuízo às atividades de fiscalização, inspeção, auditoria, investigação, prevenção ou persecução de delitos. Mas a informação que conste de procedimento concluído e que não estejam judicializadas será de acesso público.</p>		<p>somente permanecerá de acesso restrito se o Poder Judiciário estabelecer o segredo de justiça.</p> <p>De toda forma, o legítimo interessado tem o direito de acessar os documentos em todas as etapas da persecução penal.</p>
<p>INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÕES DE SIGILO ETERNO</p>	<p>Há diversas situações em que a legislação não define um prazo limite para o sigilo.</p>	<p>Não há previsão legal.</p>
<p>CONCEITO DE SEGURANÇA NACIONAL PREVISTO NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: a previsão legal é feita pelo Poder Legislativo e aplicada pelo Poder Executivo dentro de um sistema republicano de freios e contrapesos.</p>	<p>Não há previsão expressa na FOIA, mas apenas na Ordem Executiva n. 13.526/2009. Isso significa que haveria uma maior facilidade para que o Poder Executivo alterasse o conceito. Na norma infralegal, o conceito de segurança segue a vertente mais tradicional.</p>	<p>Há previsão na LAI das hipóteses que causam risco à segurança nacional. Há a securitização de temas para além do conceito tradicional de segurança nacional, mas que de fato afetam a sociedade civil.</p>
<p>CLASSIFICAÇÃO APENAS QUANDO A DIVULGAÇÃO DA INFORMAÇÃO SOLICITADA PODE PROVOCAR UM DANO REAL, DEMONSTRÁVEL E IDENTIFICÁVEL: a decisão de classificar a informação deve considerar a existência do dano potencial à segurança nacional.</p>	<p>A Ordem Executiva n. 13.526/2009 exige em regra a identificação ou ao menos a descrição dos danos potenciais, sendo que em algumas hipóteses, o dano é presumido pela temática. O dano deve ser considerado para a escolha do nível de classificação da informação.</p>	<p>A LAI e seus regulamentos não exigem que o TCI contenha prova de possibilidade de dano à segurança nacional para a informação ser classificada e nem mesmo o presume. A LAI somente determina que gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado deve ser</p>

		observado na escolha do grau de sigilo. Na prática, raramente o dano potencial é mencionado nos TCIs. Contudo, na escolha do nível de sigilo e de forma vinculada com a motivação, a autoridade competente, deve considerar diversos critérios, inclusive o risco da informação causar dano à segurança da sociedade e do Estado, bem como a dimensão possível do dano.
O CARÁTER RESERVADO DA INFORMAÇÃO CLASSIFICADA EM PODER DOS SUJEITOS OBRIGADOS SERÁ DECLARADO MEDIANTE UM ATO ADMINISTRATIVO QUE DEVERÁ INCLUIR ELEMENTOS MÍNIMOS QUE PERMITAM O CONTROLE SOCIAL: é importante para a sociedade poder identificar, no futuro, qual a informação foi classificada, por qual motivo e por quem.	Nos EUA, não há um padrão com elementos mínimos que permitam o controle social. Esse controle acaba sendo feito apenas com a publicação das informações desclassificadas, fragilizando muito a possibilidade da sociedade apresentar pedidos de desclassificação e acompanhar se todos os documentos estão realmente sendo desclassificados automaticamente.	Tal como previsto pela LAI, o TCI brasileiro atende as exigências do sub-regime da transparência. O problema está mais nos erros de preenchimento do TCI do que na forma como está previsto em lei. O maior problema aqui é a falta de um detalhamento do assunto do documento classificado.
PREVISÃO DE PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA E PENAL.	A FOIA prevê genericamente a punição, a qual é detalhada em outros normativos legais.	Há previsão detalhada na LAI das condutas infracionais e das sanções administrativas. As punições penais se encontram em outras leis (em especial no Código Penal).

<p>POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES PELO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO ADMINISTRATIVA</p>	<p>O NARA não pode aplicar sanções disciplinares a funcionários públicos de outras instituições, apenas aos seus. Cabe ao <i>U.S. Office of Special Counsel</i> (OSC) a competência para punir administrativamente, mas não tem competência para punir funcionários dos órgãos de inteligência²⁷². A competência do OSC é prevista na FOIA²⁷³. Muito raramente há punição administrativa²⁷⁴. Cabe ao Poder Judiciário pode aplicar as sanções criminais.</p>	<p>A CGU pode aplicar as sanções administrativas; apenas o Poder Judiciário pode aplicar as sanções criminais. A CGU nunca puniu qualquer funcionário público por descumprir a LAI, embora existam raras punições por outros entes federados.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

* A tabela ampliada de comparação entre a legislação norte-americana e a brasileira está em anexo, inclusive com comentários iniciais sobre a efetividade dessas leis.

Fonte: tabela produzida pelo autor a partir da avaliação da legislação norte-americana e brasileira.

Com a relativa autonomia fixada por esses limites internacionais, o Brasil buscou a experiência das democracias consolidadas para desenvolver sua política de transparência, inclusive dos EUA. Por isso, Brasil e EUA têm diversas semelhanças em termos de política pública de transparência, embora existam diferenças extremamente relevantes. De uma forma geral, pode-se dizer que a LAI está mais em sintonia com a transparência pública do que a FOIA; no Brasil, não existe sigilo sem término, a LAI reconhece a primazia do exercício de direitos fundamentais sobre o sigilo (não admitindo a negativa de acesso à informação necessária para a tutela judicial ou administrativa de direito fundamental), o sigilo não poderá ser aplicado em casos de violações graves de direitos humanos ou de crimes contra a humanidade, a LAI se aplica a todo o Estado, há isenção ampla de taxas para acessar a informação na via administrativa e judicial,

²⁷² §2302(a)(2)(C)(ii).

²⁷³ §552(a)(4)(F).

²⁷⁴ Fonte: <https://www.foiaadvisor.com/home/2016/6/11/qa> . Acesso em 26/06/2021.

reconhece-se a possibilidade de solicitar informação de forma anônima, dentre outras práticas. Essas regras nacionais em tese propiciariam muito mais a concessão da informação no Brasil do que nos EUA.

Dentre as semelhanças positivas entre Brasil e EUA, destacam-se: a regra geral é a transparência, o sigilo deve quase sempre ser justificado, há órgãos garantidores do acesso à informação, há um procedimento formal com instâncias recursais e prazos fixos para o Estado apresentar suas respostas, reconhece-se o valor histórico das informações e protege-se a informação pessoal sensível.

Não há dúvidas que a Lei de Acesso à Informação brasileira, de 2011, é mais moderna, haja vista os dispositivos nela previstos e por, ao menos no papel, atender melhor as recomendações da Lei Modelo da OEA. Considerando os parâmetros internacionais, embora, no geral, a LAI seja mais avançada em termos jurídicos do que a FOIA, a sua efetividade deve ser questionada²⁷⁵, tal como a própria política pública de acesso à informação dos EUA. Não que a LAI ou a FOIA sejam inefetivas²⁷⁶, ambas são relevantes dentro dos respectivos contextos nacionais. Em especial, no Brasil, com um sistema de acesso à informação que aparentemente é mais benéfico aos cidadãos que no modelo norte-americano, as áreas do Estado mais sensíveis podem tender a criar subterfúgios e barreiras ilegais para impedir o acesso de informações que em tese deveriam ser disponibilizadas, de modo que o descumprimento da lei demonstraria a fragilidade da democracia brasileira. Enquanto nos EUA, com uma legislação mais restritiva de acesso à informação e com uma democracia supostamente consolidada, a expectativa é que a FOIA seja mais efetiva.

Considerando que o objetivo principal desta tese é justamente analisar comparativamente a política de transparência do Brasil e dos EUA, a partir das respectivas legislações nacionais e dos pedidos de acesso à informação apresentados ao Poder Executivo federal que foram submetidos às respectivas segundas instâncias recursais do Poder Judiciário federal, no período de 2013 até 2020, a fim de verificar a aplicação direta e indireta do sigilo e sua conformidade com as normas internacionais de

²⁷⁵ Toledo (2021, p. 1) faz isso nos seguintes termos: “Apesar das claras limitações do estudo – não foi possível ter acesso a todo o acervo de documentos desclassificados por imposições dos próprios órgãos que dominam tais informações -, a pesquisa demonstrou que não há, por parte das Forças Armadas, nenhum interesse em transparência. Elas apenas buscam uma forma de fazer parecer que cumprem a lei, sem jamais cumpri-la na prática. A literatura internacional dá um nome a isso: transparência opaca, aquela que finge ser aberta, mas nada revela sobre uma política pública ou decisão de um administrador”.

²⁷⁶ Nesse contexto de vigência da LAI, Pinheiro (2015, p. 95) entende que essa lei está consolidando a democracia no Brasil ao superar a cultura do sigilo.

transparência, nos próximos capítulos avaliarão como essas legislações são aplicadas pelo Poder Judiciário dos EUA e do Brasil.

6 A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INFORMAÇÃO DOS EUA ANALISADA A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS DAS CORTES DE APELAÇÃO

Neste capítulo, avaliam-se aspectos da implementação da política pública de transparência dos EUA a partir da FOIA e de seus regulamentos, legislação que estabelece como deve ser a disponibilização de informações do Estado. Invariavelmente, a prática extrapola as situações juridicamente desejadas. Isso porque as leis estabelecem como a vida em sociedade deve ser, mas factualmente haverá negativas ilícitas daquilo que deveria ser de fato público, com base em barreiras e argumentos não previstos em Lei ou simplesmente contrários a ela para tornar o Estado opaco. Há também a possibilidade real de uma informação realmente sigilosa ser disponibilizada por erro ou intencionalmente, sendo que o erro pode ocorrer por decisão administrativa ou judicial.

Nessas situações em que o Poder Executivo nega informações públicas, restaria aos interessados, nos EUA e igualmente no Brasil, recorrer ao Poder Judiciário para reverter a negativa de acesso à informação; e, advirta-se desde já, que um judiciário enfraquecido não é suficiente para romper eventuais barreiras ilegais e antidemocráticas, permitindo a prevalência da decisão administrativa do próprio governo.

Como explicado anteriormente na introdução desta tese, nos EUA, foram avaliadas todas as decisões judiciais de mérito proferidas pelas Cortes de Apelação do Distrito de Colúmbia e do nono circuito (9th) entre os anos de 2013 a 2020 relativas ao tema transparência envolvendo o Poder Executivo federal. Ressalte-se aqui novamente que foram desconsideradas as decisões relativas à transparência dos estados membros ou mesmo a transparência exigida para as empresas privadas, bem como demandas contra o Congresso Nacional e o próprio Poder Judiciário. Além disso, somente foram consideradas as decisões das Cortes de Apelação do Distrito de Colúmbia e o nono circuito que efetivamente resolveram demanda sobre a concessão ou não de uma informação, sendo desconsideradas discussões sobre temas tangenciais, tais como taxas judiciais e honorários advocatícios, ou as de caráter meramente provisório ou instrumental (que determinam providências sem decidir o mérito). Dessa forma, foram analisados 139 acórdãos de um total de 317 decisões em segunda instância proferidas pelas duas Cortes de Apelação estadunidenses selecionadas envolvendo o tema transparência.

A Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia foi escolhida para análise das decisões por ser a sede da capital federal, onde se concentra o maior número de processos, 33,72% de todos os processos, em todas as Cortes dos EUA, sobre transparência identificados na pesquisa no âmbito da segunda instância. Essa concentração das ações judiciais na Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia decorre justamente do fato de DC ser a capital federal, onde se localizam diversas instituições públicas federais e arquivos de documentos físicos. Embora as agências federais possam ser acionadas nos tribunais em que o cidadão reside, por uma série de motivos é mais prático para o advogado propor a ação na capital, em especial o conhecimento mais especializado dos juízes. Por outro lado, a Corte de Apelação do nono circuito compreende os estados federados da Califórnia, Alaska, Óregon, Washington, Idaho, Montana, Nevada, Ilhas Marianas, Guam, Havaí e Arizona, com sede na Califórnia; foi selecionada porque possui relevante quantidade e variedade de processos administrativos de acesso à informação, em parte decorrente do fato de deter aproximadamente 20% da população norte-americana e ainda ser a região mais importante para o PIB dos EUA, com destaque para o estado da Califórnia que sozinho é responsável por quase 15% de toda riqueza gerada internamente pelos norte-americanos. Ao combinar desenvolvimento com uma população significativa, acaba por concentrar também relevante número de pedidos e uma variedade maior de casos.

6.1 Quantidade de processos sobre transparência pública de 2013 a 2020

Tabela n. 8 – Quantidade e percentual de processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal dos EUA nas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito entre os anos de 2013 a 2020

CORTES DE APELAÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSOS SOBRE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA ENVOLVENDO O PODER EXECUTIVO DE 2013 A 2020	PERCENTUAL CONSIDERANDO APENAS AS DUAS CORTES
DC	107	76,98%
NONO CIRCUITO	32	23,02%

DC E NONO CIRCUITO	139	100,00%
-----------------------	-----	---------

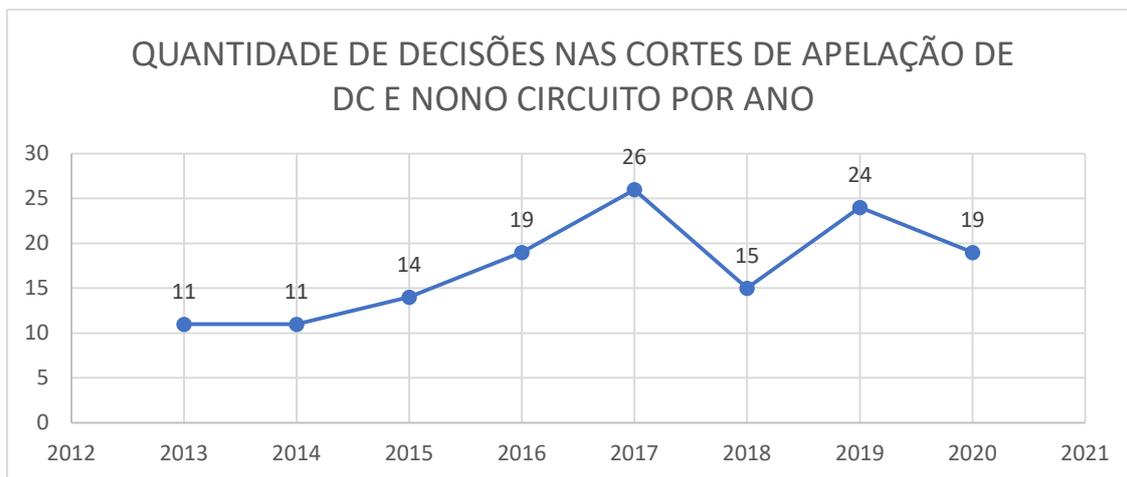
Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Considerando que a população norte-americana em 2020 era de 331.002.651, resta evidente que as demandas judiciais nas Cortes de Apelação em análise envolvendo o acesso a informações públicas, em termos absolutos, é extremamente reduzido, mesmo se considerando a totalidade das demandas apresentadas em todas as Cortes, isto é, 317 no interregno de 2013 a 2020. Ou seja, de um total de 6.252.084 de pedidos administrativos recebidos pelo Poder Executivo federal norte-americano entre 2013 e 2020, apenas 317 se tornaram recurso na segunda instância do Poder Judiciário.

Quanto as explicações para tanto, não há dúvidas de que a eficiência do procedimento administrativo de acesso à informação tem relação direta com o reduzido número de ações e apelações judiciais, indicando também certa legitimidade das eventuais negativas do Poder Executivo. Por outro lado, como causa secundária, não se pode deixar de reconhecer a existência de certas barreiras para a população ter acesso a prestação jurisdicional, em especial os significativos custos das demandas judiciais e ainda a morosidade no julgamento da causa. Isso não significa que o controle social seja baixo, pois, além de uma suposta eficiência da transparência passiva, há que se reconhecer que a transparência ativa também pode ser boa e sua expansão progressiva possa, gradativamente, minimizar as demandas judiciais.

6.2 Quantidade de decisões sobre transparência por ano

Figura n. 10 – Quantidade de decisões judiciais relativas ao acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal dos EUA de 2013 a 2020 nas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito



* Não se trata da quantidade de ações proposta nem da quantidade de processos judiciais em trâmite.

Fonte: figura elaborada pelo autor com dados do Departamento de Justiça e Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

O gráfico acima demonstra que o número de decisões proferidas pelas cortes selecionadas relativas à transparência do Poder Executivo federal aumentou, em termos de média, no mandato do republicano Donald Trump (2017-2020). Embora nos últimos anos a tendência seja errática, na média anual houve crescimento do número de decisões em relação ao ano de 2013. Com base nesse gráfico, a sucessão presidencial entre democratas e republicanos²⁷⁷ não impactaria na quantidade de demandas judiciais, mas ajuda a contextualizar a política pública dos EUA enquanto uma política de Estado. Ao contrário, no Brasil, como será visto adiante, a política pública sofre bruscas variações com a sucessão presidencial, demonstrando estar mais próxima a uma política de governo, o que não é o ideal.

6.3 Tempos médios para a tomada da decisão pelas cortes de apelação

Conforme tabela abaixo, o tempo médio de julgamento da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia é quase o dobro da média do Nono Circuito. O maior volume geral de ações judiciais na capital federal é a explicação mais simples para essa diferença, de modo que o maior tempo médio parece não tornar mais atrativa a alternativa de acionar o Poder Executivo federal no tribunal de residência do cidadão demandante.

²⁷⁷ Mencione-se que, no plano internacional, o governo Obama aparentemente estava mais comprometido com a expansão da transparência, o que se verifica com a criação da OGP.

Tabela n. 9 – Tempo médio em dias para julgamento dos recursos dirigidos à Cortes de Apelação selecionadas em processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal dos EUA entre 2013 e 2020

CORTES DE APELAÇÃO	TEMPO MÉDIO EM DIAS DOS PROCESSOS SOBRE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA ENVOLVENDO O PODER EXECUTIVO FEDERAL DE 2013 A 2020
DC	228
NONO CIRCUITO	118
MÉDIA COMBINADA DE DC E NONO CIRCUITO	203

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Nos EUA, é possível o julgamento sumário do processo de solicitação de acesso à informação quando o caso se trata apenas de uma questão de Direito, isto é, os fatos não são controversos e, portanto, a tomada de decisão não depende de providências probatórias para além da simples juntada de documentos de menor complexidade; assim, no caso de julgamento sumário, basta a interpretação das normas e dos documentos para a solução do caso, hipótese em que o julgamento é em tese célere²⁷⁸.

Situação diversa ocorre quando há necessidade do Poder Judiciário acompanhar a realização de buscas pelas informações, de avaliação dos registros que contêm as informações demandadas, oitiva de especialistas ou das partes; nesse caso, o procedimento judicial segue o rito ordinário das ações cíveis, mais longo e demorado.

Acrescente-se ainda que um tempo médio de 203 dias para julgamento do recurso no âmbito da Corte de Apelação parece ser em regra satisfatório, mas é preciso lembrar que para propor o recurso judicial o interessado precisa primeiro exaurir todo o

²⁷⁸ “A court may grant summary judgment only if there is “no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law.” AGUIAR V. DEA, 865 F.3D 730 (D.C. CIR. 2017) (GARLAND, C. J.) - 16-5029. Concretamente, em sede de processos judiciais, verificam-se diversos julgamentos céleres, como nos CASOS RUSSELL V. DEPT. OF STATE, N. 14-56046, 2016 WL 3212257 (9TH CIR. JUNE 8, 2016) (PER CURIAM) e SMITH V. USMS, N. 11-36012, 2013 WL 1737141 (9TH CIR. APR. 23, 2013) (CANBY, J., IKUTA, J., WATFORD, J.) (*unpublished opinion*), em que as decisões foram prolatadas em 2 e 7 dias respectivamente após o recurso para a Corte de Apelação. Decisões desse tipo são comuns inclusive nas Cortes de Apelação quando o julgamento é sumário.

procedimento administrativo para só então propor a ação judicial e, no caso de negativa de acesso, aí sim seria cabível o recurso de apelação à Corte que demora na média os citados 203 dias para ser julgado.

Neste contexto, ressalte-se que no procedimento administrativo é comum nos EUA a resposta não ser imediata e não ser prestada nos primeiros 20 dias úteis iniciais estabelecidos pela FOIA. Apenas para se ter uma ideia, em 2020 o tempo médio de resposta a um pedido de acesso à informação no *Department of Energy* foi de 31 dias e de 33 dias no *Department of Justice*. Além disso, houve casos em que a resposta inicial descumpriu absurdamente os prazos da FOIA, chegando a demorar mais de 2 mil dias²⁷⁹. Um dos processos em que o prazo para tomada de decisão extrapolou o razoável foi *DIBACCO V. DEP'T OF ARMY*, N. 17-5048, 2019 WL 2479443 (D.C. CIR. JUNE 14, 2019) (GRIFFITH, J.), em que a demanda administrativa do cidadão é de 1985, havendo o início das disputas judiciais em 1987, as quais até junho de 2019 não tinham se encerrado. Essas situações relatadas são evidentemente fora da média, mas, considerando os recursos administrativos internos e a avaliação inicial do caso no tribunal, chega-se a conclusão que a obtenção da solução numa Corte de Apelação não é tão célere.

E mesmo que não haja resposta tempestiva da agência em justificar no processo administrativo a negativa, a Corte de Apelação pode em tese manter a negativa de acesso à informação, como foi discutido no caso *CITIZENS FOR RESPONSIBILITY AND ETHICS IN WASHINGTON V. FEC*, N. 12-5004, 2013 WL 1296289 (D.C. CIR. APR. 2, 2013) (KAVANAUGH, J.). Ou seja, a extrapolação do prazo de resposta previsto na FOIA não acarreta automaticamente a disponibilização da informação.

Dentro desses tempos médios, o conjunto de processos judiciais analisados permite afirmar que existe a prática de buscar a resolução negociada das divergências tanto na sede administrativa como na judicial, mas muitas vezes isso atrasa a tomada de decisão tanto no âmbito administrativo como judicial, como no processo *Rojas-Vega v. USCIS*, N. 15-5292, 2016 U.S. App. LEXIS 10642 (D.C. Cir. June 10, 2016) no qual a Corte de Apelação demorou 227 dias para julgar o recurso com perda parcial do objeto em decorrência da necessidade do Estado de revisar as informações a serem disponibilizadas em decorrência de um acordo.

²⁷⁹ Estão disponíveis em transparência ativa relatórios de tempo médio em processos administrativos, vide: <https://www.foia.gov/data.html/results> .

6.4 Partes litigantes

Todo processo judicial relativo à transparência tem duas partes, uma que quer preservar o sigilo da informação e a outra que demanda o seu acesso. A primeira parte em regra é o Estado, que detém a informação, mas extraordinariamente pode ser um particular que detém a informação em nome do Estado, parte ou não de sua administração indireta. O demandante de forma geral é a sociedade civil, conceito que compreende não apenas os cidadãos, mas uma pluralidade de agentes privados.

6.4.1 Demandantes de acesso à informação pela via judicial em sede de recurso de segunda instância nas cortes de apelação de DC e Nono Circuito

Tabela n. 10 – Número de processos judiciais nos EUA por tipo de solicitante, envolvendo o tema transparência e o Poder Executivo federal, com decisão proferida entre 2013 e 2020 pelas Cortes de DC e Nono Circuito

SOLICITANTES DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM RECURSOS DE SEGUNDA INSTÂNCIA	QUANTIDADE DE PROCESSOS	PERCENTUAL
Cidadão	80	56,74%
Empresa	6	4,26%
Mídia	6	4,26%
Ente Público	3	2,13%
ONG	45	31,91%
Sindicato	1	0,71%
TOTAL	141*	100,00%

* Embora tenham sido analisados 139 processos judiciais, em dois deles havia dois tipos diferentes de demandantes.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Conforme tabela acima, os cidadãos constituem o principal grupo que demanda acesso à informação nas Cortes de Apelação dos EUA estudadas. É de se salientar que muitos são pesquisadores, professores, empresários e jornalistas, mas não se identificam necessariamente dessa forma nas ações e, por isso, não agem em nome de universidades,

empresas ou de veículos de imprensa; por isso foram enquadrados nessa categoria geral²⁸⁰.

Observou-se que os EUA têm cidadãos solicitantes contumazes, ou seja, aqueles que insistentemente apresentam pedidos dentro de uma mesma temática ou conexos, não raramente visando receber as informações que lhe foram negadas em outras oportunidades, conforme por exemplo se verifica nos autos do processo SHAPIRO V. DOJ, N. 17-5122, 2018 WL 3117203 (D.C. CIR. JUNE 26, 2018) (SENTELLE, S.C.J.)²⁸¹ E BOYD V. EOUSA, N. 16-5133, 2016 U.S. APP. LEXIS 17066 (D.C. CIR. SEPT. 16, 2016). O cidadão em questão fazia inclusive pedidos de informação sobre o andamento de seus pedidos de acesso à informação²⁸², em conduta aparentemente abusiva na medida em que visava pressionar o Estado a disponibilizar as informações que desejava.

Outro grupo de destaque é formado pelas Organizações Não Governamentais, as quais não visam lucro e se propõe majoritariamente a finalidades de benemerência de interesse social. Foi a segunda categoria mais presente na condição de demandante de acesso à informação. Ressalte-se que algumas delas são dedicadas à defesa da transparência pública, com forte presença nas Cortes de Apelação em estudo na condição de *amici curiae*, isto é, a parte interessada que presta auxílio ao demandante de acesso à informação, mas nesses casos em que essas instituições atuaram representando ou apoiando interesses específicos de um indivíduo considerou-se o recurso como compreendido na categoria “cidadão”.

Importa mencionar a participação de empresas e da mídia que possuem um papel relevante na democracia-liberal. As empresas tiveram uma participação percentual de 4,26% nos processos. A mídia, também foi solicitante em 4,26% dos processos, atuou em vários outros como *amici curiae*, isto é, apoiando juridicamente a abertura do acesso à

²⁸⁰ Por exemplo, no caso BENJAMIN V. DEP'T OF STATE, N. 16-5175, 2017 WL 160801 (D.C. CIR. JAN. 3, 2017), o pedido foi feito por um professor, mas em nome próprio e não da instituição na qual trabalha.

²⁸¹ “Shapiro is regarded by the U.S. Department of Justice (DOJ) as the “most prolific” FOIA requester, and the FBI has claimed that his requests for information through the FOIA are “irreparably damag[ing] to national security.” SHAPIRO V. DOJ, N. 17-5122, 2018 WL 3117203 (D.C. CIR. JUNE 26, 2018) (SENTELLE, S.C.J.).

²⁸² “The FBI provided the search slip in question, actually a spreadsheet, in response to Dr. Shapiro’s FOIA request for information about his FOIA requests.” SHAPIRO V. DOJ, 944 F.3D 940 (D.C. CIR. 2019) (WILLIAMS, S.C.J.) - 18-5123.

informação demandada por outrem²⁸³; não se considerou no percentual retro citado o recurso como oriundo da mídia, mas sim da categoria que realmente o propôs.

É de se citar ainda que às vezes ocorre de uma agência pública que não compõe o Poder Executivo federal ou outro ente de federação demandar acesso a informações que estão de posse do governo federal, embora sejam casos raros (2,13%). Essa situação parece demonstrar a falta de coordenação entre as instituições públicas do Estado e a ausência de mecanismos efetivos para evitar a judicialização desse tipo de demanda que teoricamente não deveria ocorrer numa república federativa.

Outra observação importante é relativa à possibilidade de se solicitar uma FOIA às avessas (também chamada de FOIA reversa), isto é, a parte que ingressa em juízo quer manter a informação em sigilo enquanto o Réu deseja sua divulgação. Esses casos foram considerados relevantes e foram incorporados na pesquisa porque a decisão judicial ao final terá que avaliar a mesma questão, isto é, se as informações em discussão são públicas ou não. Tal prática é admitida nos EUA com base na jurisprudência, como se verifica nas decisões *JUREWICZ V. USDA*, N. 12-5331, 2014 WL 394107 (D.C. CIR. FEB. 4, 2014) (ROGERS, C. J.)²⁸⁴, *CHIQUITA BRANDS INT'L INC. V. SEC*, NO. 14-5030, 2015 WL 4385618 (D.C. CIR. JULY 17, 2015) (GRIFFITH, J.) e *DOE V. FEC*, NO. 18-5099, 2019 WL 1576741 (D.C. CIR. APR. 12, 2019) (RANDOLPH, S. C. J.), dentre diversos outros. No caso da FOIA reversa, a parte autora não foi considerada a demandante da informação para fins da produção da tabela acima, sendo feita a inversão para fins estatísticos de forma que houvesse coerência para que o demandante pela transparência não estivesse vinculado a sua situação processual como autor ou como réu.

6.4.2 Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial das cortes de apelação de DC e Nono Circuito por negarem o acesso à informação

Tabela n. 11 - Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial das cortes de apelação do Distrito de Colúmbia e Nono Circuito por negarem acesso à informação com decisão publicada entre os anos de 2013 e 2020

²⁸³ Por exemplo, no processo *Ctr. for Int'l Env'tl. Law v. USTR*, N. 12-5136, 2013 WL 2450527 (D.C. Cir. 7 de junho de 2013) (Randolph, J.), houve atuação do *The Reporters Committee for Freedom of the Press* em apoio a ONG demandante.

²⁸⁴ Nesse caso, por exemplo, criadores e negociantes de cães ajuizaram ação judicial tentaram impedir que réu divulgasse número de cães comprados e vendidos a cada ano e receita anual de vendas de cães.

AGÊNCIAS DEMANDADAS NAS CORTES DE APELAÇÃO DE DC E NONO CIRCUITO	QUANTIDADE DE PROCESSOS	% Total
CIA	17	9,66%
Cidadão	3	1,70%
Departamento de Agricultura	3	1,70%
Departamento de Comércio	1	0,57%
Departamento de Defesa	14	7,95%
Departamento de Educação	1	0,57%
Departamento de Saúde e Serviços Humanos	5	2,84%
Departamento de Segurança Interna (<i>Department Of Homeland Security</i>)	12	6,82%
Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano	1	0,57%
Departamento do Interior	2	1,14%
Departamento de Justiça	30	17,05%
Departamento de Justiça - Escritório de Prisões	6	3,41%
Departamento de Justiça - Administração de Combate às Drogas	6	3,41%
Departamento de Justiça - Escritório Executivo para Revisão de Imigração	1	0,57%
Departamento de Justiça - FBI	32	18,18%
Departamento de Estado	12	6,82%
Departamento de Transporte	3	1,70%
Departamento do Tesouro	8	4,55%
Departamento de Assuntos dos Veteranos	2	1,14%
Empresa Privada	2	1,14%
Agência de Proteção Ambiental	3	1,70%
Comissão Eleitoral Federal	1	0,57%
Conselho de Proteção de Sistemas de Mérito	1	0,57%
Administração Nacional Aeronáutica e Espacial (Nasa)	1	0,57%
Serviço Postal	1	0,57%
Presidência	4	2,27%
Comissão de Valores Mobiliários e Câmbio	2	1,14%
Administração da Segurança Social	2	1,14%
TOTAL	176*	100,00%

* Há um número maior de agências acionadas judicialmente do que de decisões proferidas pelas Cortes, pois os processos não raramente envolvem mais de uma instituição pública, seja porque a informação de interesse do demandante está fracionada ou porque mais de uma instituição detém a mesma informação e em tese teria interesse em manter a restrição.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Numa primeira análise da tabela acima, verifica-se que parte das demandas ao Poder Judiciário é muito fragmentadas, mas, certos conjuntos e agências se destacam, em especial as áreas de inteligência e defesa.

No âmbito da segunda instância do Poder Judiciário federal norte-americano, o Departamento de Justiça, considerando todos os órgãos acionados, foi parte em 42,62% de todos os recursos de acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal, sendo que o FBI é demandado em 18,18% do total dos processos judiciais.

Destacam-se ainda dentro das áreas de defesa e inteligência a CIA, o *Department of Defense*, o *Department of Homeland Security* e o *Department of State*, o primeiro com 9,66% dos recursos, o segundo com 7,95% e os dois últimos com 6,82%. Como será apresentado a seguir, há evidente correlação entre as agências acionadas judicialmente e as informações cuja sociedade tem interesse em acessar, mas são efusivamente negadas no âmbito de pedidos administrativos pautados na FOIA.

Quanto aos pedidos apresentados à Presidência da República não se referem necessariamente a informações produzidas pelo Presidente (ou por seus assessores diretos), embora efetivamente sempre possuam alguma conexão com a cúpula do governo que de fato compreende milhares de funcionários e documentos produzidos e coletados. Assim, a porcentagem em questão abarca toda a Presidência, ainda que eventualmente essas demandas sejam negadas por estarem fora do escopo da FOIA.

Situação curiosa é que houve pedidos dirigidos a empresas privadas e a cidadãos que desempenharam, em algum momento, funções públicas²⁸⁵; por outro lado, o polo ativo da demanda da informação nessas situações figurou tanto na categoria “instituição pública” como “cidadão”.

Situação diversa da anterior, mas interessante de se mencionar neste momento, é que, quando há pedido de acesso é de informação particular de cidadãos ou de empresas coletadas pelo Estado, ou seja, de posse do Estado embora tenha natureza essencialmente privada, os particulares sobre os quais versam as informações podem ser consultados em sede de procedimento administrativo quanto a possibilidade do Estado disponibilizar essas informações, mas isso não limita a decisão do Estado, a qual pode em tese contrariar a pretensão de sigilo dos particulares. Trata-se de uma prática em princípio interessante,

²⁸⁵ Nesses casos, as decisões em regra negaram por completo o acesso à informação: "*The Freedom of Information Act (...) provides a cause of action only against an 'agency,' not individuals.*" *RISENHOOVER V. STANFIELD*, NO. 19-5029, 2019 U.S. APP. LEXIS 12569 (D.C. CIR. APR. 25, 2019) (PER CURIAM)

ao menos em termos de legitimidade, exigindo um estudo mais apurado para avaliar a efetividade da medida. Quando há o procedimento judicial, esses particulares (cidadãos ou empresas) precisam compor o polo passivo da demanda, conforme se verificou em 1,14% dos processos analisados. Aqui é interessante destacar que, no processo *People for the Ethical Treatment of Animals v. HHS*, N. 16-5269, 2018 WL 4000478 (D.C. Cir. Aug. 17, 2018) (Griffith, J.), a ausência de manifestação da empresa em sede de procedimento administrativo foi considerada uma anuência e parte da informação demanda foi disponibilizada.

6.5 Temas objeto de solicitação de acesso à informação nas cortes de apelação do Distrito de Colúmbia e Nono Circuito

Tabela n. 12 – Tema objeto de solicitação de acesso à informação nas Cortes de Apelação do Distrito de Colúmbia e Nono Circuito com decisões proferidas entre 2013 e 2020

TEMA OBJETO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NAS CORTES DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLÚMBIA E NONO CIRCUITO	QUANTIDADE DE PROCESSOS	PERCENTUAL
Ação Militar	14	9,93%
Benefício Previdenciário	3	2,13%
Concurso Público	2	1,42%
Economia	10	7,09%
Educação	1	0,71%
Eleições	2	1,42%
Infraestrutura	2	1,42%
Meio Ambiente	8	5,67%
Parecer Jurídico sobre lei	1	0,71%
Pedidos de acesso à Informação	2	1,42%
Presidente da República	6	4,26%
Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações	55	39,01%
Política Externa	10	7,09%
Saúde	3	2,13%
Sistema Carcerário	12	8,51%
Terrorismo	3	2,13%
Topografia	1	0,71%
Transporte	1	0,71%
Tributos	1	0,71%
Outros	4	2,84%
TOTAL	141*	100,00%

* Cabe esclarecer que em uma das ações judiciais, foram solicitadas informações de 3 temas diferentes, de modo que o total de temas foi de 141, embora os processos analisados tenham sido apenas 139.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Informações relativas a fiscalização, investigação e punição de particulares constituem o maior grupo temático com 39,01% de todos os recursos apresentados na segunda instância das duas Cortes de Apelação em estudo. Concretamente os pedidos dessa categoria temática são muito variados, versando, por exemplo, sobre o acesso a métodos de investigação, pareceres jurídicos, testemunhos, nome de jurados, nome de juízes e teor de denúncias por atos ilícitos. Isso demonstra não apenas que esse tipo de informação é importante para a sociedade, mas sobretudo revela que seu acesso tem sido negado tanto em procedimentos administrativos de acesso a informação como também na primeira instância do Poder Judiciário. Conforme será apresentado a seguir, os argumentos para embasar as negativas de acesso à informação nessas situações são diversos, mas se concentram na tese de que a informação seria pessoal (em especial de terceiros), protendendo interesse particular relativo a vida privada, ou de que a revelação da informação poderia causar prejuízo ao cumprimento da lei (seja essa informação concedida antes ou após a conclusão dos trabalhos estatais), hipótese esta em que haveria a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, inclusive do demandante de rever sua punição²⁸⁶. De fato, fiscalizações e investigações em curso podem ser negadas a terceiros, conforme previsto na Lei Modelo da OEA, porque o acesso à informação poderia prejudicar a imagem do fiscalizado/investigado; nesse caso, a informação poderia ser disponibilizada ao terceiro ao final do procedimento, quando houver decisão definitiva sobre o assunto, embora a FOIA realmente permita a negativa para garantia do cumprimento da lei em certas situações. Entretanto, ressalta-se ainda que a maior parte dos demandados nos casos dessa categoria é o próprio sujeito fiscalizado, investigado ou punido que deseja acesso à informação, o que em tese faria dele um legítimo interessado e titular da informação. A negativa nesse caso poderia ser apenas temporária para evitar

²⁸⁶ O assunto de negativa de acesso à informação pessoal ao seu próprio titular é complexo e envolve o *Privacy Act* - 5 U.S.C. §552 a (j) (2). Não obstante haja previsão de que o titular da informação pode acessá-la com base na Lei de Privacidade dos EUA, também há previsão de que a agência pode promulgar regulamentações para excluir qualquer sistema de registros da Lei de Privacidade se o sistema tem como função principal a garantia da aplicação das leis. Esse tema foi discutido, por exemplo, no caso TYLER V. BOP, NO. 18-5187, 2019 U.S. APP. LEXIS 9416 (D.C. CIR. MAR. 28, 2019) (PER CURIAM).

prejuízo à estratégia e finalidade do procedimento, mas a concessão jamais poderia ser negada permanentemente como foi, pautada em omissão da FOIA quanto ao término desse sigilo.

Informações sobre ações militares norte-americanas, inclusive sobre armamentos adquiridos e quadro efetivo, compõem quase 10% das demandas em sede de recurso judicial, demonstrando certa relevância para a sociedade. Esses temas se vinculam fortemente a ideia de informações estratégicas que podem prejudicar a segurança nacional em sua acepção mais tradicional, mas esse não é o único argumento utilizado para as negativas, conforme será discutido adiante.

Em terceiro lugar, com 8,51%, desponta o desejo da sociedade civil de ter acesso a informações sobre o Sistema Carcerário, sendo que na maioria das vezes essa solicitação é feita pelo próprio prisioneiro ou por seus parentes que tentam saber as condições da prisão, a possibilidade de progressão de regime etc. Esse assunto tem evidente conexão com a demanda por informações relativas a fiscalização, investigação e punição de particulares, mas optou-se por tratá-los de forma separada em razão de certas peculiaridades, de modo que no assunto “Sistema Carcerário” estão especificamente os pedidos de informações relativos a execução da pena.

O tema economia compreendeu 7,09% dos pedidos de acesso à informação; nessa categoria, entraram pedidos sobre orçamento, finanças e patrimônio públicos e ainda questões envolvendo a propriedade intelectual de entidades particulares administradas pelo Estado ou que mantinham relação com o Estado. Em outra categoria, optou-se por consolidar as demandas referentes a tributos, as quais somaram apenas 0,71%.

Sob a denominação “Política Externa” foram enquadrados pedidos sobre ações de política externa estadunidenses, as quais totalizaram 7,09% dos pedidos recursais. Por exemplo, houve pedidos compreendendo as relações entre EUA e outros atores internacionais, tais como a ONU e Taiwan; dentro dessa categoria foram incluídos também pedidos de informações gerais sobre a política de imigração dos EUA. Optou-se por inserir os pedidos relativos a atos de terrorismo em uma categoria própria, pois podem em tese ser praticados por norte-americanos dentro do próprio território, sem qualquer elemento de estraneidade a justificar seu enquadramento da categoria de Política Externa.

Não há número de pedidos significativos sobre benefícios previdenciários, saúde, educação ou eleições nos EUA, o que em tese indica que a transparência funciona adequadamente ou a sociedade civil não tem interesse nesses assuntos, sendo mais plausível do ponto de vista lógico a primeira hipótese.

Quanto à categoria residual “Outros”, curiosamente, cite-se que há pedidos de acesso à informação sobre os dados dos processos de acesso à informação apresentados ao Poder Executivo federal, uma vez que essas informações não estão em transparência ativa, descumprindo orientação da OEA; e também há pedidos de acesso a informação sobre o andamento de outros pedidos de acesso à informação. Por isso, observa-se que, nos EUA, há baixa transparência sobre os meios de acesso à informação.

6.6 Das decisões judiciais

Neste momento, é importante esclarecer que o Poder Judiciário, ao longo de um processo judicial, prolata diversas decisões: despachos, sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias. Os despachos são decisões judiciais de natureza meramente administrativa, proferidos com a finalidade de dar seguimento ao processo judicial, estabelecendo obrigações para as partes basicamente para regular a manifestação delas de forma adequada. As sentenças e os acórdãos resolvem as questões centrais do processo, sendo que as primeiras são tomadas pelos magistrados de primeira instância e as segundas são decisões coletivas dos Tribunais; não há dúvidas de que nesta tese a análise recai precipuamente sobre essas decisões coletivas dos tribunais.

As decisões interlocutórias são aquelas que possuem natureza jurisdicional, não se limitando a questões burocráticas, mas são tomadas no curso do processo sem resolver a questão central do processo judicial. É também interessante, nesta tese, avaliar uma espécie específica dessas decisões interlocutórias, as denominadas liminares, a fim de verificar a coerência delas com as decisões coletivas definitivas, permitindo identificar mudanças na interpretação judicial quanto ao sigilo.

6.6.1 Das liminares

Há vários tipos de decisões interlocutórias e a denominada liminar é uma delas. A liminar é uma decisão de caráter provisório que ocorre em regra no início do processo e serve para antecipar ação de interesse principal da parte autora, sem, contudo, pôr fim ao conflito judicial. A concessão de uma liminar antecipa a tutela requerida pela parte autora, independentemente do tipo de processo, nos casos em que há plausibilidade do direito alegado, perigo na demora e reversibilidade da decisão liminar, de modo que o Poder

Judiciário posteriormente possa se retratar da decisão provisória tomada, caso verifique erro no atendimento inicialmente deferido.

No caso dos EUA, nenhuma liminar foi concedida no juízo de primeira instância nas ações judiciais de acesso à informação, conduta adequada para a garantia da eventual reversão da decisão pela Corte de Apelação, pois, em processos de acesso à informação, caso a informação fosse disponibilizada no início do processo, antes da decisão final do Poder Judiciário, não seria possível posteriormente subtrai-la do domínio público caso se optasse ao final pela negativa. Não se trata de inverter a presunção de transparência, a qual consiste de fato na exigência do sigilo estar fundamentado em uma justificativa prevista em lei. A não concessão de liminar apenas posterga o momento de acesso à informação, mas não desincumbe o Estado de apresentar um motivo para a situação excepcional do sigilo.

Então, repita-se que a não concessão de liminares nos EUA está adequada com o dever de proteção à informação e segurança jurídica das decisões. Em substituição a concessão de liminares, nos EUA, verifica-se um esforço, para além da celeridade, em se alcançar a resolução negociada da lide, sendo que, neste momento, o Poder Judiciário apenas assume a responsabilidade de mediar a negociação, não de definir o que pode ou não ser concedido. Assim, caso as partes litigantes alcancem um acordo, este será homologado pelo magistrado, sendo que os efeitos dele em tese são até melhores que os da liminar, principalmente por encerrar em definitivo a controvérsia.

6.6.2 Da avaliação dos registros supostamente sigilosos pelo poder judiciário

Desde já, ressalte-se que a questão em discussão neste tópico é um dos achados mais significativos da tese. No curso do processo judicial, cabe ao juízo a busca pela verdade e, nesse sentido, tem o dever de analisar as alegações das partes antes de prolatar a sentença ou o acórdão. Nos processos de acesso à informação, é possível que o documento demandado seja avaliado pelo juízo a fim de se confirmar em especial a aderência da justificativa invocada para negativa de acesso à informação, ou seja, o magistrado pode decidir por verificar, diretamente ou por meio de especialista, a suposta sensibilidade das informações demandadas que o Estado deveria em tese proteger; esta decisão pela avaliação do documento está na classe interlocutória.

Muitas vezes o magistrado não tem conhecimento técnico especializado na área em que o debate se situa, de modo que não possui condições de verificar diretamente se

o documento demandado realmente é sigilo; então, o Direito prevê que ele pode designar um especialista, denominado perito judicial, para lhe auxiliar na tomada de decisão, sendo este necessariamente uma pessoa imparcial, sem relações com as partes envolvidas. Dito de outra forma, o próprio juiz pode avaliar um documento cujo acesso está sendo requerido, caso esteja dentro da sua formação, ou pode designar um perito para que apresente um relatório técnico avaliando o documento demandado em termos de sensibilidade. Nesses casos denominados de revisão em câmara pelo Poder Judiciário, o magistrado ou o perito emitem uma opinião imparcial, ainda que se abra espaço para discussão do teor do documento com as partes, em especial aquela que detém a informação, já que o sigilo impediria uma participação mais efetiva do demandante da informação.

Nos EUA, considerando os 139 casos estudados, em apenas 17 houve efetiva análise pelo juiz do documento demandado ou pelo menos de parte do conjunto documental; isto representa 12,23% de situações em que a tarefa foi realizada pelo Poder Judiciário, sendo que não houve nenhum caso de nomeação de perito judicial:

Tabela n. 13 – Processos em que houve análise documental pelas Cortes de DC e Nono Circuito antes da prolação da decisão

TOTAL DE PROCESSOS DAS CORTES DE APELAÇÃO DE DC E NONO CIRCUITO	REALIZAÇÃO DA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES PELO JUDICIÁRIO ANTES DA TOMADA DE DECISÃO	NÃO REALIZAÇÃO DA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES PELO JUDICIÁRIO ANTES DA TOMADA DE DECISÃO
139	17	122

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

A expectativa era de que esse percentual de revisão do documento pelo Poder Judiciário fosse muito mais alto. O Poder Judiciário, ao não avaliar o documento supostamente sigiloso, acaba por valorizar demais as afirmações do Estado, muitas vezes feitas por supostos especialistas, inclusive militares, dando às alegações estatais uma presunção de veracidade que não pode ser afastada pelo demandante que sequer teve acesso a informações básicas do documento para poder embasar seu pedido de acesso. Cabe lembrar ainda que as alegações do Estado, mesmo quando feitas por especialistas

na área, são parciais, pois esses funcionários públicos cumprem ordens hierárquicas, via de regra, não podendo discordar de seus superiores quanto a decisão pela manutenção do sigilo.

Assim, por exemplo, nos casos em que o Poder Executivo invoca a segurança nacional, o Poder Judiciário em regra não analisa o documento, acreditando que as alegações feitas por militares ou agentes de inteligência são verdadeiras. Frise-se que, nas poucas vezes em que o documento foi analisado pelo juiz da causa, em nenhuma delas houve designação de especialista imparciais (peritos judiciais), de modo que se deve questionar se o juiz tem capacitação para avaliar se realmente a liberação da informação é capaz de causar dano segurança nacional, questão de natureza técnica que vai além do seu domínio sobre as questões meramente de Direito.

Há evidente descumprimento da FOIA e da Lei Modelo da OEA quando o Poder Judiciário considera verdadeiras as alegações do Estado, evidentemente realizando uma inversão ilícita do princípio da máxima transparência e, conseqüentemente, do ônus da prova, de modo que caberia ao demandante demonstrar que a informação é pública. Por outro lado, mesmo quando o documento é avaliado pelo Poder Judiciário, o demandante não consegue influenciar diretamente na avaliação que eventualmente é feita, não podendo igualmente questionar a opinião do juiz pela falta de informações, já que não tem acesso ao documento *sub judice*.

6.6.3 Das sentenças e dos acórdãos

Inicialmente, cabe explicar que os 139 casos em estudo passaram pela primeira instância antes de alcançar as Cortes de Apelação de DC e do Nono Circuito, as quais se manifestaram por acórdãos. Na primeira instância, as 139 sentenças podiam ser objeto de recurso tanto do Estado como do demandante da informação, inclusive de ambos ao mesmo tempo, dependia de quem se sentia insatisfeito com a sentença.

Em relação às 139 sentenças que foram objeto de recurso às Cortes de Apelação de DC e do Nono Circuito, é de se destacar que, de forma geral, as decisões judiciais nas Cortes de Apelação norte-americanas não foram favoráveis aos demandantes, conforme tabela abaixo, a qual revela que em aproximadamente 60% das ações o acesso não foi concedido pelo juiz (primeira instância):

Tabela n. 14 – Tipos de sentença em que houve recurso para as Cortes de DC e Nono Circuito envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

TIPO DE SENTENÇA	QUANTIDADE DE DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NAS AÇÕES OBJETO DE RECURSO ÀS CORTES DE DC E NONO CIRCUITO	PERCENTUAL
Acesso Concedido	10	7,19%
Acesso Parcialmente Concedido	11	7,91%
Acesso Não Concedido	83	59,71%
Perda do Objeto	2	1,44%
Perda Parcial do Objeto	33	23,74%
TOTAL	139	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Um dos possíveis motivos para a negativa de acesso à informação é a alta credibilidade concedida às alegações do Estado, a qual ofende o princípio da máxima transparência e, como já discutido, inverte, nos processos judiciais, o ônus da prova contra os interesses do demandante. Apesar disso, a não concessão da informação por si só não é um problema, pois poderia estar em conformidade com o dever do Estado de proteger a informação. Contudo, mais adiante será feita uma avaliação qualitativa dessas negativas, a fim de que se verifique se elas têm fundamento legal na FOIA e se estão dentro da expectativa democrática estabelecida na Lei Modelo da OEA.

A concessão plena da informação demandada apenas ocorre nas decisões do tipo “acesso concedido” e “perda do objeto”, o que totaliza tão somente 8,63% dos casos. Quanto a situação de perda do objeto, ressalte-se tratar da hipótese em que a instituição requerida opta voluntariamente por disponibilizar a informação no curso do processo judicial, mas neste caso antes da sentença, seja por provocação direta ou não do Poder Judiciário por meio de atividade de mediação. Assim, a tomada de decisão pelo Poder Judiciário no processo judicial torna-se desnecessária, pois se a informação demandada já foi concedida pela instituição demandada em resolução negociada, a apreciação do objeto da demanda pelo Poder Judiciário fica prejudicada, perde o sentido, uma vez que o problema foi resolvido e a situação de concessão da informação não pode ser revertida.

Assim, embora a causa de perda do objeto²⁸⁷ ou de perda parcial do objeto sejam variadas e em regra decorrerem da atividade de negociação entre as partes promovida diretamente pelo Poder Judiciário, é de se mencionar que, de certa forma, a entrega da informação nesse momento do processo judicial aponta para uma negativa prévia indevida de acesso à informação, falha nas decisões administrativas e judiciais anteriores, pois raramente há algum acontecimento fático que transforma de repente uma informação sigilosa sensível em uma informação pública; o que normalmente se altera é a percepção do governo sobre a informação que havia sido negada; isso acontece porque a judicialização da demanda estende o prazo de análise do documento e é feita uma revisão mais cuidadosa normalmente com a participação de outros funcionários públicos que atuam nas demandas judiciais, os quais inclusive conhecem de antemão os entendimentos do Poder Judiciário. Às vezes para se ter a perda do objeto a agência até opta por produzir o documento, embora a FOIA não estabeleça essa obrigação²⁸⁸.

Ainda sobre esse tema da resolução negociada das disputas de acesso à informação, também se verificou ser muito comum a perda do objeto em processos administrativos de acesso à informação e isso tem um impacto importante nas demandas judiciais; como há muitas informações concedidas antes do ajuizamento da ação, seja pelo deferimento parcial do pedido ou pela sua perda parcial no curso do procedimento administrativo, o Poder Judiciário nos EUA acaba analisando apenas questões muito específicas de informações, ou seja, demandas mais pontuais e sobre questões mais sensíveis.

Sobre os acórdãos, nos 139 casos analisados em houve recurso pelo interessado em acessar a informação ou Estado, as decisões nas Cortes de Apelação podem ser sintetizadas da seguinte forma:

Tabela n. 15 – Tipos de acórdão em que houve recurso para as Cortes de DC e Nono Circuito envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

²⁸⁷ Está a se considerar a perda do objeto apenas em processos judiciais, mas é importante frisar que essa situação também acontece no curso de recursos administrativos.

²⁸⁸ Por exemplo, vide processo PRISON LEGAL NEWS V. SAMUELS, NO. 13-5269, 2015 WL 3513372 (D.C. CIR. JUNE 5, 2015) (RANDOLPH, S. J.).

TIPO DE ACÓRDÃO	QUANTIDADE DE DECISÕES PROFERIDAS PELAS CORTES DE APELAÇÃO	PERCENTUAL
Acesso Concedido	5	3,60%
Acesso Parcialmente Concedido	30	21,58%
Acesso Não Concedido	76	54,68%
Perda do Objeto	2	1,44%
Perda Parcial do Objeto	26	18,71%
TOTAL	139	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

De acordo com a tabela acima, nas Cortes de Apelação, verifica-se que a decisão plenamente favorável a concessão da informação é rara (3,60%), predominando a decisão pela negativa (54,68%). Observa-se desde já uma tendência geral à manutenção das negativas de acesso à informação, mas com aumento do número de acessos parcialmente concedidos e uma diminuição correlata das situações de perda parcial.

Buscando maior detalhamento, foi feita correlação dessas tabelas dos tipos de decisão na primeira instância e na segunda instância, avaliando-se caso a caso; verificou-se que, em linhas gerais e conforme tabela a seguir apresentada, as decisões realmente tenderam a ser mantidas (77,70%), de modo que a taxa de revisão foi de apenas 22,30%, sendo que nem sempre essa revisão foi favorável à transparência. Assim, do pouco revisto, 67,74% foi a favor da transparência ainda que de forma parcial:

Tabela 16 – Quantidade de decisões mantidas e revistas pelas Cortes de DC e Nono Circuito sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal norte-americano com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

TOTAL DE DECISÕES DAS CORTES DE APELAÇÃO	REVISÃO PRÓ TRANSPARÊNCIA (EM PARTE OU NO TODO)	REVISÃO CONTRA TRANSPARÊNCIA (EM PARTE OU NO TODO)	MANUTENÇÃO DA DECISÃO ORIGINAL
139	21	10	108

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Apenas 2 acessos integrais foram mantidos pelas Cortes tal como decididos pela primeira instância; houve ainda manutenção de 9 decisões de acessos parcialmente concedidos, 26 perdas de objeto parciais e as 2 perdas de objeto integrais já mencionadas, as quais não poderiam ser revistas. Ainda de acordo com a tabela retro e dentro do conjunto de 108 decisões mantidas, a manutenção da decisão original implicou referendar 69 negativas de acesso à informação, ainda que em um desses casos tenham sido aprovadas diligências extras para se avaliar se realmente seria hipótese de negativa.

Em 21 casos, as Cortes de Apelação reformaram a decisão judicial inicial pró transparência. Dos 5 casos de acesso concedido pelas duas Cortes, 2 foram de manutenção das decisões de primeira instância e apenas em 3 casos o acórdão ampliou para a totalidade o acesso à informação concedido em sentença. Por outro lado, houve um aumento real do acesso parcialmente concedido. De toda forma, a quantidade de acessos concedidos é muito pequena e demonstra que, de uma forma ou outra, o governo norte-americano manteve o sigilo do que era importante no universo de 139 casos.

Por lógica, as situações de perda parcial ou total do objeto ocorridas na primeira instância, por serem irreversíveis, foram mantidas na segunda instância, ainda que o demandante acreditasse que poderia haver outras informações além das prestadas pelo Estado, mas cuja existência de informações extras não foi comprovada nas Cortes. Isso explica a manutenção de duas situações de perda total, sem progressão de perda total em outros casos.

Relativamente às demais decisões das duas Cortes que foram favoráveis a transparência, confirmou-se que houve nessa instância um aumento de informações disponibilizadas voluntariamente pelo governo nas decisões em que já havia a denominada perda parcial do objeto, de modo que as informações concedidas nesses casos foram ampliadas (perda parcial das informações para perda parcial de outras informações), o que explica em parte o número significativo de decisões a favor da transparência da tabela acima (aumento da quantidade de perda parcial); dito de outro modo, parte significativa da revisão a favor da transparência só aconteceu por decisão do próprio governo em disponibilizar ao menos parte das informações demandadas antes do Poder Judiciário decidir o caso concreto.

Além dos já citados casos, também houve casos em que o governo conseguiu reverter completamente o acesso concedido anteriormente ou ao menos reduzir as informações que seriam realmente prestadas devido a decisão judicial de primeira instância. Houve 10 casos a informação havia sido concedida em parte ou totalmente e

foi efusivamente negada pela Corte de Apelação em evidente retrocesso em termos de transparência.

Do ponto de vista quantitativo, a revisão pró transparência foi, então, pequena, mas do ponto de vista qualitativo foi ainda mais modesta. Nas decisões das Cortes de Apelação em que houve melhoria da transparência, verificou-se que nas situações em que houve a perda do objeto (parcial ou total) ou concessão do acesso (parcial ou total) as informações efetivamente disponibilizadas eram publicamente óbvias, já divulgadas anteriormente ou de pouquíssima importância e utilidade, tais como no caso *ACLU V. CIA*, N. 11-5320, 2013 WL 1003688 (D.C. CIR. 2013) (GARLAND, J.)²⁸⁹. Nesse caso, uma ONG faz pedido à CIA de registros relativos ao uso de veículos aéreos não tripulados ("drones") para realizar assassinatos direcionados no exterior e indagava se a CIA tinha interesse nesse assunto. Após exaustivo processo negocial conduzido pelo Poder Judiciário, reconhecendo a aplicação em parte da *glomar response* e da isenção 1, a sentença foi de concessão parcial da informação, tendo a CIA confirmado seu óbvio interesse no tema, contudo sem confirmar se faz uso de drones. Além disso, menciona-se que nessas situações de perda do objeto, de uma forma geral, o esforço negocial se situa muito mais na primeira instância do Poder Judiciário, de modo que os recursos nas situações de perda do objeto nas Cortes apenas corroboram a insuficiência das informações que foram prestadas na primeira instância do judiciário, ou seja, todo o esforço da primeira instância não satisfaz o demandante que apresentou um recurso para, na segunda instância, receber novamente em parte informações inúteis ou óbvias.

6.7 Argumentos contra o acesso à informação invocados pelas partes e pelos magistrados

Em razão da presunção de transparência, o governo dos EUA justificou 100% das negativas de acesso à informação, sendo que em regra o argumento utilizado no processo administrativo foi repetido no processo judicial. De forma correlata ao objeto dos pedidos feitos, observa-se que os argumentos postos pelo Estado foram muito variados e em regra foram utilizados mais de um argumento em cada processo judicial, conforme tabela abaixo:

²⁸⁹ Há diversos outros casos, como por exemplo no *PROCESSO CONSERVATION FORCE V. JEWELL*, NO. 15-5131, 2015 U.S. APP. LEXIS 21128 (D.C. CIR. 2015) (per curiam), em que o Estado disponibilizou mais de 1500 páginas e mesmo assim o demandante não ficou satisfeito.

Tabela n. 17 – Argumentos registrados para manutenção do sigilo nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito proferidas entre os anos 2013 e 2020

ARGUMENTO CONTRA O ACESSO À INFORMAÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSOS EM QUE O ARGUMENTO FOI UTILIZADO	PERCENTUAL
Demandante já possui a informação	3	0,94%
Erros formais	21	6,58%
<i>Glomar Response</i>	13	4,08%
Indisponibilidade da informação	29	9,09%
Isenção n. 1 (sigilo de informação classificada em razão do risco à segurança nacional)	21	6,58%
Isenção n. 2 (sigilo sobre normas e práticas internas de pessoal de uma agência incapazes de afetar terceiros)	5	1,57%
Isenção n. 3 (sigilo previsto em leis especiais, tais como o sigilo judicial, do tribunal do júri, sigilo bancário etc)	23	7,21%
Isenção n. 4 (segredo que protege as informações comerciais ou financeiras dos particulares)	8	2,51%
Isenção n. 5 A (sigilo de documentos preparatórios para tomada de decisão)	21	6,58%
Isenção n. 5 B (sigilo do advogado recaindo especificamente sobre as suas opiniões jurídicas)	17	5,33%
Isenção n. 5 C (sigilo das demais situações de comunicações privilegiadas internas ou entre agências)	6	1,88%
Isenção n. 6 (sigilo das informações pessoais sensíveis)	40	12,54%
Isenção n. 7 A (sigilo sobre as informações que interferem razoavelmente nos procedimentos de execução da lei)	10	3,13%
Isenção n. 7 B (sigilo sobre as informações cuja publicidade poderia privar o direito a um julgamento justo de acusados)	1	0,31%
Isenção n. 7 C (sigilo sobre as informações relativas à aplicação da lei que constituem uma invasão injustificada de privacidade pessoal)	31	9,72%
Isenção n. 7 D (sigilo das informações que divulgam a identidade de uma fonte confidencial)	11	3,45%
Isenção n. 7 E (sigilo das informações que revelam técnicas e procedimentos para investigações ou processos judiciais, ou diretrizes para investigações ou processos policiais, se tal divulgação puder causar o risco de facilitar o descumprimento da lei)	18	5,64%
Isenção n. 7 F (sigilo sobre as informações que colocam razoavelmente em risco a vida ou a segurança física de qualquer indivíduo)	8	2,51%

Isenção n. 8 (segredo das informações relativas à supervisão de instituições financeiras)	1	0,31%
Isenção n. 9 (sigilo que protege as informações geológicas e geofísicas)	1	0,31%
Necessidade de pagar taxas	4	1,25%
Não aplicação da FOIA	11	3,45%
Não houve negativa de acesso à informação	3	0,94%
Pedido Desproporcional	3	0,94%
Pedido desarrazoado	1	0,31%
Pedido genérico	8	2,51%
Trabalhos adicionais	1	0,31%
TOTAL	319*	100,00%

* Na prática, cada um dos 139 processos continha na média mais de um argumento a favor do sigilo.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Há de se destacar que, principalmente em sede de recurso, os interessados de uma forma geral apresentaram argumentos em prol do acesso à informação, mesmo que a FOIA tenha dispensado a motivação nas demandas de transparência. Nesse contexto, a análise dos argumentos para a negativa tem vínculo direto com a argumentação apresentada pelo interessado em prol do acesso à informação, de modo que se apresenta desde já a tabela que consolida os argumentos a favor da transparência:

Tabela n. 18 – Argumentos registrados em favor do acesso à informação nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelas Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito proferidas entre os anos 2013 e 2020

ARGUMENTOS A FAVOR DO ACESSO À INFORMAÇÃO UTILIZADOS NA SEGUNDA INSTÂNCIA	QUANTIDADE DE PROCESSO EM QUE FOI UTILIZADO	PERCENTUAL
A informação já é pública	7	3,03%
Buscas inadequadas pela informação	48	20,78%
Controle social de agente público	18	7,79%
Documento histórico	4	1,73%
Extrapolado prazo razoável para resposta do Estado	3	1,30%
A informação constitui fundamento de decisão administrativa	1	0,43%
Argumento não apresentado	9	3,90%
O titular da informação é o demandante	50	21,65%

Princípio da Isonomia	2	0,87%
Princípio da máxima transparência	15	6,49%
Pobreza / direito de redução de taxas	3	1,30%
Possibilidade de realizar a segregação da parte pública	36	15,58%
Supremacia do interesse público	22	9,52%
Tutela de Direito Fundamental	8	3,46%
Outros	5	2,16%
TOTAL	231*	100,00%

* Na prática, cada um dos 139 processos continha na média mais de um argumento a favor do acesso à informação.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em Departamento de Justiça e Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

O argumento mais utilizado pelo Estado para a negativa de acesso à informação foi que a isenção n. 7, considerando aqui todas as suas hipóteses²⁹⁰; verifica-se ser um argumento muito utilizado pelo Estado, compreendendo 24,76% dos argumentos apresentados a favor do sigilo. Ela se refere genericamente a situações em que o cumprimento da lei poderia ser prejudicado pela disponibilização da informação. Esse argumento é discutido em especial nos pedidos de acesso à informação sobre os temas “Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações” e “Sistema Carcerário” norte-americano. Chama muita atenção a negativa de acesso para a identidade das testemunhas²⁹¹ em processos investigativos e até mesmo judiciais, mesmo se tratando de uma informação pautada por notório interesse particular do acusado, o qual é muitas vezes condenado sem saber quem depôs contra ele e até mesmo o conteúdo do depoimento, como se verifica por exemplo no processo DJENASEVIC V. EOUSA, N. 18-5262, 2019 U.S. APP. LEXIS 29884 (D.C. CIR. OCT. 3, 2019) (PER CURIAM) e FINNEY V. SSA, N. 14-17415, 2017 WL 2829389 (9TH CIR. JUNE 30, 2017) (PER

²⁹⁰ Há certa sobreposição entre as hipóteses de negativas especificadas nas alíneas da isenção 7. Nesse sentido, em diversas situações não foi necessário avaliar os argumentos levantados pelo Estado em razão da sobreposição. DORSEY V. DEA, N. 15-5110, 2016 U.S. APP. LEXIS 10735 (D.C. CIR. JUNE 13, 2016). Ademais, a isenção 7C protege informações pessoais sensíveis importantes para a garantia da lei, o que evidencia a sobreposição com a isenção 6.

²⁹¹ “We consider four factors when assessing an implied assurance of confidentiality: “the character of the crime at issue, the source’s relation to the crime, whether the source received payment, and whether the source has an ongoing relationship with the law enforcement agency and typically communicates with the agency only at locations and under conditions which assure the contact will not be noticed.” *Id.* (quoting *Landano*, 508 U.S. at 179)”

CURIAM)²⁹². Nesses casos, o objetivo do demandante é encontrar falhas no procedimento investigativo ou administrativo apuratório de responsabilidade a fim de anular o julgamento. Contudo, o argumento da isenção n. 7 tem muito respaldo no Poder Judiciário, sendo reconhecido como de interesse público na garantia da lei, acima do interesse pessoal até mesmo dos acusados e investigados, de modo que sempre que alegado e demonstrado foi adotado pelo magistrado para a negativa. É de se repetir que, embora a FOIA preveja o sigilo das investigações, a Lei Modelo da OEA orienta que esse sigilo não seja permanente e que não prevê a negativa do acesso ao próprio investigado e ao acusado.

A negativa pautada na informação pessoal sensível (isenção n. 6), foi expressiva totalizando 12,54% dos casos. O argumento da isenção n. 6 foi também amplamente aceito pelo Poder Judiciário. Destaca-se que essa isenção foi utilizada nos casos envolvendo a temática “Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações” e diversas outras, para a proteção de denunciante, potenciais infratores da lei²⁹³, agentes públicos e testemunhas, os quais tem de certa forma direito a proteção de sua intimidade. Contudo, verificou-se o uso abusivo desse argumento em situações de evidente interesse particular do demandante em saber quem seria o eventual responsável pela sua condenação; mesmo assim, o argumento foi validado pelo Poder Judiciário em alguns casos desse tipo, ainda que em raras situações e mesmo assim normalmente com outros argumentos conjugados, como no processo *BAYALA V. DHS*, NO. 14-5279, 2016 WL 3524098 (D.C. CIR. JUNE 28, 2016) (MILLETT, J.), *TRACY V. DOJ*, N. 16-5187, 2016 WL 7335664 (D.C. CIR. DEC. 9, 2016) e *BURWELL V. EOUSA*, N. 16-5306, 2017 U.S. APP. LEXIS 10416 (D.C. CIR. JUNE 12, 2017) (PER CURIAM)²⁹⁴, situações que parecem atingir o direito fundamental de liberdade e o direito à ampla defesa e ao contraditório.

²⁹² Esse caso é particularmente interessante porque o demandante da informação deseja apenas saber o conteúdo do depoimento da testemunha; ele alegou que foi condenado com base exclusivamente nesse testemunho, mesmo assim a Corte de Apelação entendeu que o acordo de delação premiada concedeu proteção à testemunha.

²⁹³ Há alguns casos polêmicos, como o do pai que deseja informações sobre o rapto do seu filho, em 1990, pela própria mãe que o levou para a Índia sem sua autorização, vide *Kulkarni v. Dep't of State*, N. 14-55132, 2017 WL 2829142 (9th Cir. June 30, 2017) (per curiam). A informação sobre a falsidade do passaporte da criança foi negada ao pai por ser considerada informação pessoal sensível, não foi pela necessidade de garantia do cumprimento da lei.

²⁹⁴ Apenas a título de curiosidade, neste processo o acusado solicitou nome do juiz, data de formação do júri, cópia do ato de indiciamento etc.

Nos EUA, a isenção 3 (sigilo previsto em leis especiais) é o reconhecimento pela FOIA de que existem outras leis que também estabelecem sigilos, sendo consideradas especiais em relação ao caráter geral da FOIA, tais como as que estabelecem as competências da CIA, o segredo de justiça, o sigilo bancário, do tribunal do júri, as regras específicas de atividades nucleares etc. A isenção 3 representa 7,21% dos argumentos apresentados para manutenção do segredo, sendo que a principal exceção de transparência dessa categoria se refere a lei que protege os procedimentos do júri, inclusive também a identidade das testemunhas, e o seu uso significativo decorreu principalmente do fato da CIA ter sido muito acionada e também em razão do interesse acerca de testemunhos prestados em acusações criminais. Trata-se de um argumento amplamente aceito no Poder Judiciário, conforme se verificou em diversos processos, tais como MURPHY V. EOUSA, N. 14-5044, 2015 WL 3688318 (D.C. CIR. JUNE 16, 2015) (HENDERSON, J.) Também foram negadas informações a um interessado que estava na condição de investigado sobre outros investigados num mesmo processo judicial, com base nas isenções 3, 6 e 7, conforme se verifica no processo DORSEY V. DEA, N. 15-5110, 2016 U.S. APP. LEXIS 10735 (D.C. CIR. JUNE 13, 2016) (PER CURIAM). A proteção ao denunciante se justifica²⁹⁵ e está prevista nos tratados internacionais, mas observa-se um excesso dos EUA negarem acesso de forma tão corriqueira a identidade de outros que participam diretamente do processo de responsabilização, como as testemunhas, e ainda manterem sigilo do teor do respectivo depoimento aos acusados, pois isso dificulta sobremaneira a atuação do advogado de defesa. Contudo, observa-se que o argumento a favor da transparência de que houve prejuízo à ampla defesa e ao contraditório para os diversos acusados e condenados foi insignificante, o que apenas demonstra a força das isenções face ao interesse pessoal do acusado, de modo que se buscaram outros argumentos para se tentar o acesso à informação, embora igualmente sem sucesso.

Além dessa lei especial que protege os procedimentos do júri, cabe mencionar o uso do sigilo tributário, previsto em lei especial e por isso enquadrado pelas Cortes na isenção n. 3, em um caso²⁹⁶ em que uma *holding* solicitou informações sobre impostos federais recolhidos em seu nome e de suas controladas; mas, nesse mesmo caso, a Corte

²⁹⁵ Por exemplo, a informação foi corretamente negada no processo Prudential Locations LLC v. HUD, N. 09-16995, 2013 WL 5539618 (9th Cir. October 9, 2013) (*per curiam*).

²⁹⁶ Vide processo SMART-TEK SERVS., INC. V. IRS, N. 18-56560, 18-56562, 19-55057, 19-55058, 19-55059, 2020 WL 6500935 (9TH CIR. NOV. 5, 2020) (PER CURIAM).

de Apelação manteve negativa de acesso à informação em razão de um erro formal, pois entendeu que desde a solicitação inicial na via administrativa o pedido realizado se resumia a suas próprias informações e não das empresas controladas.

Aproveitando o ensejo, a existência de erros formais no pedido de acesso à informação, sejam de origem administrativa ou judicial, compreende 6,58% dos argumentos apresentados em prol do sigilo. Essa categoria engloba alegações como inadequação da via eleita, não esgotamento das instâncias administrativas, inovação na apelação, litispendência, coisa julgada judicial ou ilegitimidade do requerente. Destaque-se que a alegação de inadequação do tipo de ação judicial proposta compreendeu apenas 0,94% do total de casos analisados, pois nos EUA há basicamente um único procedimento judicial para se acessar a informação, não restando muitas dúvidas quanto à ação cível correta a ser apresentada nos tribunais²⁹⁷.

A isenção 1 compreende as hipóteses em que a disponibilização da informação poderia causar risco a segurança nacional; trata-se de tema notoriamente importante para as Relações Internacionais, justificativa de sigilo tradicional inclusive entre os Estados democráticos e importante particularmente nesta tese por refletir interesses estatais pautados em suas respectivas posições de poder no sistema internacional, situações que potencialmente podem levar a tensões com o regime político democrático, na medida em que é o momento em que o Estado mais necessita do sigilo, motivos pelo qual ele deve ser enfatizado. Esse argumento foi formalmente alegado em 21 vezes, correspondendo a 6,58% da totalidade dos 319 argumentos invocados, conforme tabela pretérita. Contudo, em uma dessas 21 vezes o argumento foi mencionado de forma extremamente superficial sem qualquer contexto ao caso concreto, em conjunto com outros argumentos a favor da manutenção do sigilo. Dito isso, uma forma de mensurar melhor a importância dessa isenção é verificar que ela foi apresentada de forma contextualizada em 20 dos 139 casos analisados, o que corresponde a 14,38% dos casos analisados, conforme expresso na tabela abaixo:

²⁹⁷ Além da ordinária ação cível, houve 2 casos de *Mandatory injunction* (Mandado de Injunção) ou um de *writ of mandamus* (Mandado de Segurança). A grande questão é que as Cortes entendem no geral não haver fungibilidade entre o embasamento do pedido, de modo que uma demanda pautada no FOIA não pode se transformar num pedido de *Privacy Act*: “*Burton has forfeited this argument, however, because he did not seek this information under the Privacy Act in his initial FOIA request and failed to assert a Privacy Act claim before the district court.*” In: BURTON V. WOLF, NO. 18-55999, 2020 WL 1231218 (9TH CIR. MAR. 13, 2020) (PER CURIAM)

Tabela n. 19 – Quantidade de vezes em que a isenção n. 1 foi utilizada de forma contextualizada nos casos concretos decididos pelas Cortes de DC e Nono Circuito, em processos judiciais de acesso à informação contra o Poder Executivo federal decididos entre 2013 e 2020

TOTAL DE DECISÕES DAS CORTES DE APELAÇÃO	MENÇÃO ARGUMENTATIVA E CONTEXTUALIZADA AO TERMO SEGURANÇA NACIONAL PARA NEGATIVA DE ACESSO À INFORMAÇÃO	SEM MENÇÃO DETALHADA DO TERMO SEGURANÇA NACIONAL
139	20	119

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Reforça-se que o Estado alegou risco a segurança nacional muitas vezes de forma conjugada com outros argumentos, conforme será detalhado adiante. Para além desses 20 casos em que a exceção de transparência foi realmente discutida, curiosamente, a segurança nacional foi invocada e debatida em um caso concreto como argumento para a concessão da informação; mais precisamente o caso concreto se referia à segurança da sociedade relativamente ao temor de que uma represa na fronteira com o México poderia se romper e consequentemente causar danos aos cidadãos.

A isenção n. 2 seria aplicável quando as informações são exclusivamente relativas a normas e práticas internas de funcionários públicos de uma agência, sem afetar a sociedade civil; são informações relativas à administração dos funcionários públicos também chamada de *interna corporis*. O argumento foi pouco utilizado (correspondeu a 1,57% dos argumentos apresentados) por causa do restrito limite material da exceção que exige que as normas e as práticas não afetem de qualquer forma os particulares; assim, via de regra, essa exceção não seria aplicável na medida em que as normas e práticas do Estado quase sempre afetam a sociedade.

A isenção n. 4 estabelece a proteção de informações comerciais e financeiras privadas, coletadas pelo Estado com propósito específico de supervisão. A disponibilização dessas informações poderia em tese estabelecer vantagens concorrenciais e risco a livre competição no mercado; os sigilos empresarial e financeiro visariam, portanto, garantir a isonomia entre os concorrentes existentes e para aqueles que querem se inserir no mercado. O argumento representa apenas 2,51% dos argumentos apresentados, normalmente a decisão foi precedida de consulta às empresas acerca da

possibilidade de disponibilização da informação privada embora a manifestação delas não seja vinculante. É preciso salientar que apenas excepcionalmente essas informações poderiam ser concedidas, em princípio apenas quando houvesse evidente interesse público sobre elas.

A isenção n. 5 retrata, na verdade, um conjunto de situações sigilosas diferentes, embora haja certa conexão por serem hipóteses de informações enquadradas como antecedentes à tomada de decisão:

The privilege is limited to documents that are “pre decisional” and “deliberative,” meaning “they ‘reflect (...) advisory opinions, recommendations, and deliberations comprising part of a process by which governmental decisions and policies are formulated, [or] the personal opinions of the writer prior to the agency’s adoption of a policy. ELEC. FRONTIER FOUND. V. DOJ, NO. 12-5363, 2014 WL 25916 (D.C. CIR. JAN. 3, 2014) (EDWARDS, S. C. J.)

O principal motivo do sigilo da isenção 5 se pauta na ideia de que as agências tomam melhores decisões quando seus funcionários podem expressar com liberdade suas opiniões técnicas ou políticas, sem possibilidade de censura pela população pelos conselhos e recomendações. Se as informações do processo deliberativo fossem públicas os funcionários²⁹⁸ ficariam receosos de manifestar sua opinião técnica antes de ter efetivamente o respaldo da instância decisória. Assim, a isenção 5 também cumpriria o papel de evitar que ideias em fase inicial de discussão fossem prematuramente expostas a críticas, havendo então a divulgação apenas das opiniões que de fato fundamentaram a tomada de uma decisão. Essa isenção engloba opiniões técnicas de todas as áreas, tais como a jurídica e econômica; mas além disso, a isenção 5 também protege as comunicações internas de uma agência ou entre agências, por entender que esses documentos não trazem em regra decisões, as quais se consubstanciam em outros registros que se valem dessas comunicações. A negativa por se tratar de documento preparatório em sentido restrito isoladamente apareceu em 6,58%, o sigilo do advogado englobando s opiniões jurídicas foi mencionado em 5,33% e as comunicações internas ou

²⁹⁸ Há nos EUA uma proteção ampla a informações dos agentes públicos, muitas vezes pautas na isenção 2 e na isenção 6; por exemplo, além da proteção a suas opiniões técnicas, não há divulgação ampla e individualizada de seus vencimentos e do processo de admissão e demissão, conforme processos CIVIL BEAT LAW CTR. FOR THE PUBLIC INTEREST V. CENTERS FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, N. 16-16960, 2019 WL 2998727 (9TH CIR. JULY 10, 2019) e ROJAS V. FAA, N. 17-17349, 2019 WL 5382055 (9TH CIR. OCT. 22, 2019) (IKUTA, J.).

entre agências somaram 1,88% dos casos, de modo que essa exceção foi alegada em 13,79% dos argumentos apresentados em favor do sigilo.

Em qualquer situação, a proteção da informação deveria ser temporária, condicionada a um termo²⁹⁹, mas não há previsão nesse sentido na FOIA para a hipótese da isenção 5. Nos EUA, o documento que embasa uma deliberação só é liberado se de fato a sua opinião for adotada e não estiver enquadrada em outra hipótese de sigilo; se a opinião não for adotada, não há um prazo legal para a disponibilização da informação e ela não é sequer segregável:

a document can lose its predecisional character—and the protections of the privilege — if an agency adopts the document as its own To adopt a deliberative document, it is not enough for an agency to make vague or equivocal statements implying that a position presented in a deliberative document has merit; instead, the agency must make an “express” choice to use a deliberative document as a source of agency guidance. Sears, 421 U.S. at 161(emphasis in original); see also Afshar v. Dep’t of State, 702 F.2d 1125, 1142 (D.C. Cir. 1983).

JUDICIAL WATCH, INC. V. DEP'T OF DEF., 847 F.3D 735 (D.C. CIR. FEB. 7, 2017) (PILLARD, J.) - 16-5054.

"Exemption 5 of FOIA does not contain a time limit".

NAT'L SEC. ARCHIVE V. CIA, NO. 12-5201, 2014 WL 2053829 (D.C. CIR. MAY 20, 2014) (KAVANAUGH, J.)

"protected from disclosure by Exemption 5 in their entirety, there is no segregable information."

JUDICIAL WATCH, INC. V. DOJ, NO. 19-5218, 2020 U.S. APP. LEXIS 12565 (D.C. CIR. APR. 17, 2020) (PER CURIAM)

A isenção 8 e 9 foram raramente utilizadas, cada uma delas com apenas 0,31% do total de argumentos apresentados para negativa de acesso á informação, sendo a primeira hipótese de informação privada coletada pelo Estado para fins de regulação ou supervisão especificamente de instituições financeiras e a segunda situação referente a informações geológicas e geofísicas, incluindo mapas e poços.

²⁹⁹ Por exemplo, o produto de um advogado deveria ser sigiloso apenas se o acesso conceder vantagem razoavelmente objetiva e ainda assim dentro de lapso temporal em que o assunto possa ser discutido em juízo (isto é, dentro de um prazo de prescrição ou decadência do direito de ação). Terminada a vantagem, o documento deveria ser considerado público. Por outro lado, caso o entendimento tenha sido utilizado como justificativa de uma decisão, deveria ser imediatamente público, ainda que a decisão não mencione a existência desse documento.

As negativas decorrentes de desproporcionalidade³⁰⁰, desarrazoabilidade, generalidade do pedido e necessidade de trabalhos adicionais representam 4,07% do universo de argumentos pelo sigilo, ou seja, um valor pouco expressivo ainda que somados. Estas são negativas admitidas pelo Direito, embora eventualmente se constatem abusos, em especial ao tornar essas negativas de acesso permanentes, o que é vedado pela Lei Modelo da OEA.

A alegação de que a FOIA não se aplica aos pedidos de acesso à informação sob análise foi restrita a 3,45% dos argumentos apresentados, ressaltando que realmente a FOIA tem um escopo de incidência um pouco limitado, o que resulta no reconhecimento do argumento em certas situações, em especial envolvendo o presidente da república e outros poderes federais do Estado norte-americano. Acredita-se que esse argumento tenha sido aplicado em maior volume quando a FOIA estava iniciando sua vigência nos EUA, nas décadas de 60 e 70, antes da formação jurisprudencial sobre o escopo da FOIA pelas Cortes de Apelação.

A categoria “Indisponibilidade da Informação” compreende as situações em que a informação inexistente, não foi localizada ou nas quais a agência alega não possuir a informação, totalizando 9,09% dos argumentos apresentados. Trata-se de percentual relevante e preocupante principalmente quando a informação não foi localizada ou deveria de existir. O Estado admitiu não ter localizado a informação demandada em apenas 4,08% dos casos analisados, mas defendeu a inexistência da informação em 3,45% dos casos e em 1,57% alegou não possuir a informação. Dentro dos casos de inexistência da informação, houve uma situação em que a destruição foi reconhecida pelo Estado, mas sem discussão sobre a punição dos responsáveis por sua guarda, haja vista que o processo judicial em questão se limitava a avaliar a possibilidade de acesso. Em outro caso, *JUDICIAL WATCH, INC. V. U.S. SECRET SERVICE*, 726 F.3D 208 (D.C. CIR. AUG. 30, 2013) (GARLAND, C. J.), o Serviço Secreto do *Department of Homeland Security* repassava as informações de interesse presidencial à Presidência e destruía a informação

³⁰⁰ Apenas a título de ilustração, mencione-se que, no caso *EVANS V. BOP*, NO. 18-5068, 2020 WL 1144613 (D.C. CIR. MAR. 10, 2020) (SENTELLE, J.), o Estado alegou que haveria um gasto aproximado de US\$14.320,00 para que o pedido do interessado fosse atendido (localizar a entrada e uso de um objeto no presídio por meio da revisão de câmeras de segurança). Em outro caso, alegou-se que “*The CIA declined to process the request “in its current form because it would require the Agency to perform an unreasonably burdensome search.” (...)* which would amount to a “massive undertaking.” In: *NAT'L SEC. COUNSELORS V. CIA*, 969 F.3D 406 (D.C. CIR. 2020) (SRINIVASAN, J.) - 18-5047. Para além dos custos, ressalte-se que a capacidade responsiva dos EUA é enorme. Cite-se, por exemplo, o processo *SMART-TEK SERVS., INC. V. IRS*, N. 18-56560, 18-56562, 19-55057, 19-55058, 19-55059, 2020 WL 6500935 (9TH CIR. NOV. 5, 2020) (PER CURIAM): “*In all, the IRS reviewed more than 140,000 pages.*”

em seus bancos de dados sob o argumento de que não seriam mais necessárias, o que acabava por dificultar o acesso à informação, já que sua existência se encontrava exclusivamente na Presidência da República, sob a proteção do privilégio presidencial, situação em que a Corte de Apelação deu provimento parcial³⁰¹. Em outro caso, o Estado alegou que a informação não foi localizada e talvez tenha sido destruída³⁰². Em todos esses casos, causa estranheza a destruição confessa da informação aparentemente sem adoção de providências para se averiguar a responsabilidade dos agentes públicos, agravada pela inércia do Poder Judiciário em determinar providências para a investigação dos fatos ou responsabilização de agente públicos. Em certo sentido, essas situações parecem apontar para a baixa efetividade da FOIA em termos de punição por descumprimento de seus comandos.

Paralelamente, as buscas pelos registros que contêm as informações foram consideradas inadequadas pelos demandantes em 20,78% dos casos, porcentagem expressiva que consolida o argumento como o segundo mais utilizado para garantia do acesso à informação e revela a dificuldade em se localizar a informação desejada e a falta de confiança da sociedade civil nas agências públicas.

Outro argumento para amparar negativa de acesso à informação é a *glomar response*, situação não reconhecida na FOIA e muito menos na Lei Modelo da OEA; o argumento da *glomar response* foi gestado no âmbito do Poder Judiciário norte-americano e é decorrência das necessidades do Poder Executivo federal dos EUA de proteger os interesses estatais, em especial os da sua Política Externa, face a ausência de um sigilo supostamente mais consistente previsto por seu Poder Legislativo; aqui é possível perceber a variável independente posição de poder no sistema internacional interferindo de forma decisiva na transparência pública dos EUA. Na perspectiva realista, a *glomar response* pode ser entendida como a resposta do Estado aos riscos de segurança nacional em que as normas nacionais e internacionais são simples e solenemente ignoradas.

A *glomar response* consiste na faculdade do governo não responder a pedidos de acesso à informação qualquer resposta é capaz de colocar em risco a segurança nacional;

³⁰¹ A Corte entendeu que o Serviço Secreto não pode reter os registros que revelam visitantes aos escritórios dentro do complexo da Casa Branca que estão eles próprios sujeitos à FOIA. No caso concreto, garantiu-se acesso a lista com o nome dos visitantes ao complexo da Casa Branca.

³⁰² SHAPIRO V. DOJ, 944 F.3D 940 (D.C. CIR. 2019) (WILLIAMS, S.C.J.) - 18-5123.

por exemplo, no caso *FREEDOM WATCH, INC. V. NSA*, 783 F.3d 1340 (D.C. CIR. 2015) (TATEL, J.) em que o interessado buscava documentos relativos a um vazamento de informações sobre ataques cibernéticos nas instalações nucleares do Irã, a mera resposta quanto a existência ou não dos documentos já seria suficiente para revelar se os Estados Unidos realizaram ataques cibernéticos contra o Irã, causando danos às relações internacionais norte-americanas. Formalmente a *glomar response* se diferencia da isenção n. 1 (informação classificada em razão do risco à segurança nacional), mas não se pode deixar de notar que ela também se refere à segurança nacional, a despeito de dispensar classificação.

Dito isso, verificou-se que a *glomar response* representou 4,08% dos argumentos utilizados para se negar acesso à informação; considerando-se que a isenção n. 1 representou sozinha 6,58% do total de argumentos, pode-se concluir que o risco à segurança totalizou na verdade 10,66% dos argumentos. Contudo, optou-se por trabalhá-los separadamente, principalmente porque as análises que poderiam ser feitas sobre a isenção n.1 nesta tese são mais profundas, em termos de conteúdo, do que as alegações de *glomar response*. Destaca-se ainda que a *glomar response* foi quase sempre utilizada em conjunto com outros argumentos, em especial a isenção 1 ou com o argumento de que a informação não foi localizada. Além de ser incoerente nas situações de informação não localizada³⁰³ e desnecessária seu uso conjugado com outros argumentos, a aprovação pela Corte da *glomar response* acarreta uma dificuldade imensurável ao interessado para recorrer judicialmente, tornando a causa extremamente dependente de uma avaliação pelo magistrado do suposto documento que nem se sabe se realmente existe³⁰⁴ e, na prática, como já visto, o Poder Judiciário raramente analisa os documentos demandados antes de

³⁰³A alegação da *glomar response* com outros argumentos serve apenas para confundir o demandante. Nesse sentido, cite-se: “Contrary to PETA’s assertions, to the extent the circumstances justify a Glomar response, the agency need not conduct any search for responsive documents or perform any analysis to identify segregable portions of such documents. See Wolf, 473 F.3d at 374 n.4; Elec. Privacy Info. Ctr., 678 F.3d at 934”.

³⁰⁴No caso *DEAN V. DOJ*, Nº 16-5137, 2016 WL 7438663 (D.C. CIR. 21 DE DEZEMBRO DE 2016) (POR CURIAM), o cidadão demandou um acordo de cooperação no qual o demandante assumiu a prática de crime de 1991 e foi condenado por isso. De acordo com o cidadão, o Estado não lhe deu cópia do acordo. Ao ser inquirido judicialmente, o Estado alegou que o documento não existia e invocou em conjunto a prerrogativa da *glomar response*; ao final, o demandante teve seu pedido de acesso negado por não provar que a informação realmente existia.

proferir sua decisão. A *glomar response* somente não poderia ser invocada pelo Estado se a existência do documento já fosse pública³⁰⁵.

Por outro lado, em aproximadamente 3% dos casos, o Estado alegou que a informação já era pública³⁰⁶ e por isso não faria sentido dar provimento ao pedido, ou seja, disponibilizar uma informação que já seria de domínio público. Mas, na verdade, esse argumento merece ser afastado, pois embora a temática e algumas informações desses casos de fato possam até ser públicas, em regra carecem de confirmação oficial pelo Estado, sendo direito do particular o direito de confirmação formal da veracidade daquilo que é considerado público.

Mirando agora para os argumentos em prol da transparência, o principal deles foi de que haveria interesse pessoal do requerente relativamente a informação, isto é, o demandante teria uma titularidade sobre a informação que versaria sobre seu interesse pessoal direto. Esse argumento representa 21,65% do total de argumentos apresentados. Em razão do alto número de pedidos pautados nesse argumento de que a informação solicitada se refere ao próprio demandante, constata-se que a maior parte dos pedidos analisados reflete um interesse pessoal do demandante, isto é, não haveria interesse público no acesso à informação; no mesmo sentido, o argumento de que a informação seria necessária para a tutela de direito fundamental revela um interesse pessoal do requerente, compreendendo 3,46% do total de argumentos apresentados. Somados os dois argumentos, pelo menos 25,11% do total de argumentos apresentados é pautado no interesse pessoal do demandante. Por outro lado, o argumento de que há supremacia do interesse público em acessar a informação sobre o interesse privado em manter a restrição de acesso representa 9,53% do total de argumentos apresentados. Além de presença constante nos processos judiciais, verificou-se que o argumento de que a informação se refere ao próprio titular (interesse pessoal) perdeu para diversos argumentos de manutenção do sigilo, como se verifica por exemplo no processo BAYALA V. DHS, N. 14-5279, 2016 WL 3524098 (D.C. CIR. JUNE 28, 2016) (MILLETT, J.).

³⁰⁵ *Janangelo v. Treasury Inspector Gen. for Tax Admin.*, No. 17-15838, 2018 WL 2979010 (9th Cir. June 14, 2018) (Schroeder, J., Gould, J., Diaz, J.)

³⁰⁶ Há um teste aplicado pelas Cortes para se determinar se a informação realmente é pública: “*A three-part test determines whether an item is “officially acknowledged”:* (1) “*the information requested must be as specific as the information previously released*”; (2) “*the information requested must match the information previously disclosed*”; and (3) “*the information requested must already have been made public through an official and documented disclosure.*” In: *Mobley v. CIA*, No. 13-5286, 2015 U.S. App. LEXIS 19742 (D.C. Cir. Nov. 13, 2015) (Rogers, J.).

O argumento de que seria necessária a segregação da parte pública foi utilizado pelos demandantes no montante de 15,58%, terceiro argumento mais presente nos processos judiciais avaliados. Isso demonstra que o interessado reconhece algum nível de sigilo da informação, mas entende que o Estado está negando a íntegra de forma ilegítima, já que seria possível disponibilizar a parte pública. De fato, o alto número de acessos parcialmente concedidos demonstra que realmente os recorrentes tinham razão, restando evidente o descumprimento de dispositivo da FOIA e de recomendação prevista na Lei Modelo da OEA.

A alegação do princípio da máxima transparência obteve o percentual de 6,49% do total de argumentos apresentados e engloba diversas situações concretas, raramente tendo sido evocado de forma expressa. Por exemplo considerou-se que a mera alegação do interessado de que o fato da agência deter a informação é causa suficiente para que haja o dever de sua disponibilização ao requerente seria um desdobramento desse princípio. Além disso, como reflexo desse princípio e contabilizado nesta pesquisa de forma autônoma, em 3,90% do total de argumentos apresentados, o demandante não apresentou argumento exposto na defesa do seu direito de acesso, estando subentendido de que não seria necessário haja vista a inversão do ônus probatório derivada do princípio da máxima publicidade. A ausência de justificativa por si só não prejudicou a parte demandante, já que o pedido não pode ser negado por falta de motivação. Contudo, embora factível e juridicamente admissível, nos casos sem apresentação de justificativa para o acesso se observou uma representação de baixa qualidade de convencimento na demanda.

A alegação de que a informação seria necessária para o controle de conduta do agente público correspondeu a 7,79% do total de argumentos apresentados. Quando esse argumento foi apresentado, o Poder Judiciário o enfraqueceu, pois inverteu o ônus da prova e exigiu ao menos o indício de prática ilegal, o que contraria o princípio da máxima divulgação de informações e, conseqüentemente, a Lei Modelo da OEA. Por exemplo, no caso *TERESHCHUK V. BOP*, N. 14-5278, 2015 WL 4072055 (D.C. CIR. JUNE 29, 2015), solicitou-se relatório de avaliação de presos feita pelos agentes carcerários, a qual era considerada não isonômica; o juízo entendeu que prevaleceria o interesse a proteção de informações pessoais dos presos em detrimento do controle social sobre a conduta dos agentes públicos, cujos atos gozam de uma presunção de legalidade. Sem a comprovação da ilegalidade, a Corte entendeu que não seria possível conceder acesso à informação; o problema é que o demandante queria o acesso à informação justamente para demonstrar

a ilegalidade das condutas dos agentes carcerários, de modo que aqui o sigilo em tese serviu para ocultar potencial infração da lei, até porque seria possível disponibilizar as informações da avaliação feita pelos agentes carcerários com a supressão do nome dos presos, garantindo o acesso a parte pública da informação. Novamente, a Lei Modelo da OEA e a própria FOIA foram duplamente descumpridas e o que causa espanto é a chancela do Poder Judiciário norte-americano.

As taxas cobradas para a reprodução da informação também foram consideradas barreiras de acesso, 1,30% do total de argumentos apresentados. Esse argumento notadamente foi presente quando o requerente era presidiário, isto é, alguém com alto potencial de vulnerabilidade econômica, nem que seja pela indisponibilidade de seus bens. Reforça-se novamente que a pesquisa considerou a alegação de pobreza para a obtenção da informação apenas quando discutida em conjunto com o mérito do acesso ou não da informação demandada, de modo que foram desconsiderados diversos recursos que visavam discutir somente questões de despesas, de maneira que essa barreira só apareceu nos resultados como acessória dentro desta tese. Conforme explanado anteriormente, as reduções de taxa no Poder Executivo federal são previstas basicamente para as situações em que a divulgação das informações solicitadas é de interesse público, podendo contribuir significativamente para a sociedade. No rol de processos estudados, convém citar a decisão no caso *OTERO V. DOJ*, NO. 18-5080, 2019 U.S. APP. LEXIS 26728 (D.C. CIR. SEPT. 4, 2019) que evidencia a necessidade das taxas da FOIA serem pagas sem isenção nem mesmo para presos³⁰⁷, pobres e indigentes:

“[The requester] contends that he cannot afford the fee, but indigent status alone does not entitle an individual to a fee waiver under FOIA. Moreover, [the requester] has not shown that 'disclosure of the information is in the public interest because it is likely to contribute significantly to public understanding of the operations or activities of the government and is not primarily in the commercial interest of the requester'.”

Na categoria “Outros”, o demandante recorreu por diversos motivos diferentes, questionando por exemplo o formato da informação disponibilizada, alegando o seu

³⁰⁷ No processo *PASSMORE V. DOJ*, N. 17-5083, 2017 U.S. APP. LEXIS 17746 (D.C. CIR. SEPT. 13, 2017) (PER CURIAM), “The agency located 16,000 pages of potentially responsive records that it wanted to provide on a CD. Passmore indicated that he could not have a CD in state prison and asked for paper copies. (...) The FBI originally told Passmore that it had located 16,039 potentially responsive pages which would cost \$1,593 in hard copy or \$485 if disclosed on a CD. Passmore indicated that he wanted to receive certain records up to the limit of 100 free pages. The FBI released those records and later released another 10 pages.”

direito à verdade e a necessidade do pedido de acesso ser repassado à agência que detém a informação ao invés de meramente ser negado pela agência a qual o pedido foi originalmente direcionado, mas que não detinha a informação.

Em linhas gerais, seja qual for o argumento, verificou-se que o Poder Judiciário concede ao Poder Executivo federal no âmbito das ações judiciais de transparência uma enorme credibilidade, a qual não é minada pelos argumentos dos interessados na transparência, nem mesmo pelo princípio da máxima transparência que dispensaria o demandante de apresentar motivação para acesso à informação. Esse desequilíbrio é perceptível em praticamente todos os casos, cabendo aqui apenas mencionar alguns a título de exemplo, tais como HODGE V. FBI, Nº 11-5089, 2013 WL 45863 (D.C. CIR. JAN. 4, 2013) (KAVANAUGH, J.); AGRAMA V. IRS, N. 17-5256, 17-5270, 2019 U.S. APP. LEXIS 11560, 2019 U.S. APP. LEXIS 12024 (D.C. CIR. APR. 19, 2019), VAZQUEZ V. DOJ, N. 13-5197, 2013 WL 6818207 (D.C. CIR. 18 DE DEZEMBRO DE 2013) e BURKE V. DHS, N. 17-5224, 2018 U.S. APP. LEXIS 31109 (D.C. CIR. NOV. 1, 2018) (PER CURIAM), dentre diversos outros casos. A base dessa credibilidade pode ser sintetizada da seguinte forma:

"Summary judgment is warranted when the agency's affidavits "describe the justifications for nondisclosure with reasonably specific detail, demonstrate that the information withheld logically falls within the claimed exemption, and are not controverted by either contrary evidence in the record nor by evidence of agency bad faith.

ELEC. FRONTIER FOUND. V. DOJ, NO. 12-5363, 2014 WL 25916 (D.C. CIR. JAN. 3, 2014) (EDWARDS, S. C. J.)

"the declarations provided by the government demonstrated with reasonably specific detail that the withheld information logically falls within Exemptions 5, 7(C), and 7(E)."

ROJAS-VEGA V. USCIS, NO. 15-5292, 2016 U.S. APP. LEXIS 10642 (D.C. CIR. JUNE 10, 2016)

Assim, por exemplo no caso CTR. FOR INT'L ENVTL. LAW V. USTR, NO. 12-5136, 2013 WL 2450527 (D.C. CIR. 7 DE JUNHO DE 2013) (RANDOLPH, J.), a própria Corte reconhece estar "em uma posição extremamente pobre para duvidar" do julgamento da autoridade pública do Poder Executivo federal por não conhecer a fundo as questões em discussão e os impactos da disponibilização da informação³⁰⁸. Essa alegação de que

³⁰⁸ No original: "'Courts are "in an extremely poor position to second-guess" the Trade Representative's predictive judgment in these matters".

falta preparo técnico ao Poder Judiciário para avaliar as alegações e os documentos do Estado em processos de acesso à informação, que poderia ser suprida por meio de auxílio técnico do perito judicial, foi constatada diversas vezes, conforme registrado também no processo AM. CIVIL LIBERTIES UNION V. DOJ, N. 15-5217, 2016 U.S. APP. LEXIS 7308 (D.C. CIR. APR. 21, 2016) (PER CURIAM):

Because courts lack the expertise necessary to second-guess (...) agency opinions in the typical national security FOIA case, [they] must accord substantial weight to an agency's affidavit concerning the details of the classified status of. . . disputed record[s]."

ACLU, 628 F.3d at 619

Já no processo ALL PARTY PARLIAMENTARY GROUP ON EXTRAORDINARY RENDITION V. DOD, N. 13-5176, 2014 WL 2721381 (D.C. CIR. JUNE 17, 2014) (TATEL, J.), em pedido acerca de suposto envolvimento do Reino Unido em uma rendição extraordinária em ação militar externa, a Corte de Apelação registra em sua decisão que, independentemente do teor do dispositivo final do Poder Judiciário, o Poder Executivo federal não irá conceder qualquer informação classificada, embora a isenção 1 e a *glomar response* nem sequer tenham sido invocadas. Apesar da posição desafiadora do Poder Executivo federal, a decisão judicial efetivamente tomada foi de acesso parcialmente concedido, mas realmente, na prática, as informações disponibilizadas foram irrelevantes.

A credibilidade do Poder Executivo federal, no que tange às suas alegações, mesmo que desprovidas de prova, afasta diversos outros argumentos dos interessados no acesso. No caso concreto LIOUNIS V. KREBS, N. 18-5351, 2019 WL 7176453 (D.C. CIR. DEC. 19, 2019) (PER CURIAM)³⁰⁹, em que o argumento utilizado em prol da transparência foi a possibilidade de concessão parcial das informações (segregação da parte pública), a Corte de Apelação negou pedido do recorrente para proceder a disponibilização parcial da informação, uma vez que já havia a declaração da agência de que as informações não poderiam ser segregadas. No mesmo sentido, no caso DORSEY

³⁰⁹ *"Reasonably Segregable" Requirements: (...) The government's Vaughn Index (...) 'are sufficient to fulfill the agency's obligation to show with "reasonable specificity" why [the] document[s] cannot be further segregated.'" "Additionally, the district court correctly determined that it need not conduct a segregability analysis as to the documents withheld under Exemption 5."* Há diversos casos com a mesma discussão e solução, como por exemplo o processo REEP V. DOJ, NO. 18-5132, 2018 WL 6721099 (D.C. CIR. DEC. 18, 2018) (PER CURIAM).

V. EOUSA, N. 15-5104, 2016 U.S. APP. LEXIS 2379 (D.C. CIR. FEB. 10, 2016) (PER CURIAM), constou que:

[S]egregability depends entirely on what information is in a document and how it is presented,” and an agency “should not be forced to provide such a detailed justification” that its explanation “would itself compromise the secret nature of potentially exempt information.” *Mead Data Cent., Inc. v. U.S. Dep’t of Air Force*, 566 F.2d 242, 261 (D.C. Cir. 1977).

Nessa situação e em outras, a Corte de Apelação não viu motivos para duvidar da alegação do Poder executivo federal de que seria impossível disponibilizar parte das informações, sendo suficiente a descrição dos documentos pelo recorrido³¹⁰. Assim, a avaliação do Poder Judiciário muitas vezes se restringiu aos aspectos formais da negativa, como por exemplo se a informação está devidamente classificada³¹¹, sem sequer avaliar o que realmente foi classificado. Isso tem um impacto enorme nos recursos submetidos a Corte de Apelação, pois estabelece o dever do demandante provar que a informação é pública.

A situação se torna mais grave na medida em que a revisão do documento em câmara pelo Poder Judiciário é pouco realizada, prevalecendo a descrição feita unilateralmente pelo Poder Executivo federal³¹², a qual às vezes é feita inclusive de forma reservada, sendo consequentemente desconhecida pelo requerente:

*Although FOIA authorizes district courts to review agency records in camera to determine if they are properly withheld, see 5 U.S.C. § 552(a)(4)(B), this court has said that in national security cases like this one, “in camera review is neither necessary nor appropriate” when an agency has met its burden through reasonably specific affidavits (...) **In camera review is a ‘last resort’ to be used only when the affidavits are insufficient for a responsible de novo decision.***

³¹⁰ Há nos EUA a prática, recepcionada pelas Cortes de Apelação, que os documentos sejam detalhados seguindo uma metodologia específica consolidada no denominado Índice (ou Declaração) de Vaughn.

³¹¹ “The only question is whether the disputed document is properly classified under the applicable Executive Order”.

³¹² “Finally, Mobley’s contention that the district court abused its discretion when it twice declined to review in camera an FBI document, which he claims was improperly classified, Is unpersuasive. (...) Here, as our own review confirms, the district court, after reviewing in camera the FBI’s classified declaration, acted *within its sound discretion when it decided that it did not need to review the classified document in camera to conclude that the FBI withheld it as properly classified.*” In: *Mobley v. CIA*, No. 13-5286, 2015 U.S. App. LEXIS 19742 (D.C. Cir. Nov. 13, 2015) (Rogers, J.). No mesmo sentido, citem-se as seguintes decisões em que prevaleceu a mera declaração do Estado: *MACHADO AMADIS V. U.S. DEPT OF STATE*, NO. 19-5088, 2020 WL 4914093 (D.C. CIR. AUG. 21, 2020) e no caso *AGRAMA V. IRS, NOS. 17-5256, 17-5270*, 2019 U.S. APP. LEXIS 11560, 2019 U.S. APP. LEXIS 12024 (D.C. CIR. APR. 19, 2019) (PER CURIAM), dentre diversos outros.

Am. Civil Liberties Union v. DOJ, No. 15-5217, 2016 U.S. App. LEXIS 7308 (D.C. Cir. Apr. 21, 2016) (per curiam) – Destaque nosso.

Há que se destacar que muitas vezes a descrição do documento pelo Poder Executivo federal é mínima, sem qualquer detalhe e exigiria a revisão do mesmo pelo Poder Judiciário. Contudo, mesmo a Corte de Apelação entendendo que não houve uma descrição exemplar dos documentos solicitados em juízo, a revisão em câmara pode ser dispensada com base na presunção de veracidade que gozam as afirmações do Estado, como ocorreu por exemplo no caso LIFE EXTENSION FOUND., INC. V. IRS, N. 13-5053, 2014 U.S. APP. LEXIS 4357 (D.C. CIR. MAR. 7, 2014). Em outras situações, a mera presença de agência de inteligência como demandada foi suficiente para inverter o ônus da prova, de modo que caberia ao demandante demonstrar que a informação era pública³¹³, situações frontalmente contrárias a Lei Modelo da OEA.

Curiosamente, em um caso em que a argumentação do demandante foi convincente e o magistrado determinou a disponibilização da informação, foi o Poder Executivo federal que insistiu para que seja feita a revisão do documento em câmara pelo Poder Judiciário. Assim, no caso MURPHY V. EOUSA, N. 14-5044, 2015 WL 3688318 (D.C. CIR. JUNE 16, 2015) (HENDERSON, J.), o Tribunal havia concordado formalmente com a disponibilização da informação, mas voltou atrás após atender a pedido da agência para realizar a inspeção do documento.

Igualmente há impacto da alta credibilidade do Poder Executivo federal sobre as buscas pelas informações demandadas. Nesse caso, verificou-se que a Corte de Apelação não considera a adequabilidade da pesquisa pelo resultado dos esforços, mas pelos métodos empregados, conforme se consta da decisão do caso HODGE V. FBI, N° 11-5089, 2013 WL 45863 (D.C. CIR. JAN. 4, 2013) (KAVANAUGH, J.)³¹⁴. Para o Poder Judiciário federal tomar sua decisão, não importa se a busca foi infrutífera e que a informação deveria de existir, relevante é que o interessado tome conhecimento da maneira que a informação foi buscada. Aqui novamente bastou para a Corte o relato das

³¹³ “Although an agency bears the burden to show that the records meet the exemption-seven threshold, *id.* at 178, the FBI’s “decision to invoke exemption 7 is entitled to deference” because the agency “specializes in law enforcement.” *CLEMENTE V. FBI, NO. 16-5067, 2017 WL 3443034 (D.C. CIR. AUG. 11, 2017) (SRINIVASAN, J.)*

³¹⁴ No original: “in general, the adequacy of a search is determined not by the fruits of the search, but by the appropriateness of [its] methods. (...) it does not matter that an agency’s initial search failed to uncover certain responsive documents so long as subsequent”.

buscas, não se exigindo provas da realização delas, haja vista a credibilidade do Poder Executivo federal. Na prática, isso também tolhe o princípio da máxima transparência, pois acaba por inverter o ônus da prova e exigir que o requerente demonstre que a alegação do Estado é falsa, como no caso do processo PUB. EMPLOYEES FOR ENVTL. RESPONSIBILITY V. U.S. SECTION, INT'L BOUNDARY AND WATER COMM'N, N. 12-5158, 2014 WL 228650 (D.C. CIR. JAN. 22, 2014) (KAVANAUGH, C. J.)³¹⁵. Já no caso DIBACCO V. U.S. ARMY, 795 F.3D 178 (D.C. CIR. JULY 31, 2015) (MILLETT, J.) - 13-5353, a Corte de Apelação entendeu que o autor não apresentou nenhuma base para concluir que o Exército está retendo documentos e que o fardo do Exército era descrever os esforços de busca, os quais devem ser razoáveis e logicamente organizados para localizar as informações em pauta. Seguindo essa mesma orientação de inversão do ônus da prova especificamente em relação às buscas pela informação, citem-se os casos BURWELL V. EOUSA, NO. 16-5306, 2017 U.S. APP. LEXIS 10416 (D.C. CIR. JUNE 12, 2017)³¹⁶ e RODRIGUEZ V. DOJ, N. 16-5251, 2017 U.S. APP. LEXIS 8129 (D.C. CIR. MAY 5, 2017) (*PER CURIAM*), dentre diversos outros. Vale lembrar que a Lei Modelo da OEA diz que a busca pelas informações “deve ser sempre provada e precedida de um processo devidamente documentado”, o que aparentemente não foi feito nesses casos, já que bastaria descrever como a informação teria sido razoavelmente buscada. Os magistrados parecem dispensar a prova e a formalização das buscas justamente em razão da já citada alta credibilidade do Poder Executivo federal e pela inexistência de determinação em contrário da FOIA.

Mesmo atribuindo ao demandante o ônus de indicar onde a informação está, a Corte de Apelação muitas vezes impede que novas buscas sejam feitas a partir de orientações do demandante do acesso. Por exemplo, no caso MOBLEY V. CIA, N. 13-5286, 2015 U.S. APP. LEXIS 19742 (D.C. CIR. NOV. 13, 2015) (ROGERS, J.), o cidadão pediu que o Poder Executivo federal realizasse a pesquisa em um sistema informatizado específico, mas a agência não fez isso e a Corte concordou, pois a busca já havia sido feita em outros sistemas, decisão que não tem qualquer fundamento lógico. Em outros casos, como no processo DEBREW V. ATWOOD, N. 12-5361, 2015 WL 3949421 (D.C. CIR. JUNE 30, 2015) (GINSBURG, S.C.J.), o Poder Judiciário

³¹⁵ “The court finds that “an agency's failure to turn up every responsive document in an initial search is not necessarily evidence of bad faith.”

³¹⁶ “Appellant has failed to “provide ‘countervailing evidence’ as to the adequacy of the agency's search.”

determinou a realização de novas buscas e a entrega das informações que fossem eventualmente identificadas, mas a busca foi feita pela própria agência e sem acompanhamento de qualquer representante do Poder Judiciário ou do próprio interessado no recebimento da informação, prevalecendo novamente a mera alegação do Poder Executivo federal de que nada foi encontrado.

As Cortes de Apelação, por outro lado, repreenderam as tentativas de agentes públicos de burlarem a FOIA por meio do uso de canais privados para a comunicação entre eles. Por exemplo, no processo COMPETITIVE ENTER. INST. V. OFFICE OF SCI. AND TECH. POLICY, N. 15-5128, 2016 WL 3606551 (D.C. Cir. July 5, 2016) (Sentelle, S.C.J.), a Corte refutou a alegação de que a agência não possuía a informação por ela não ter sido comunicada pelos canais oficiais³¹⁷, prevalecendo a realidade fática em detrimento do formalismo; no mesmo sentido, vide *Rojas v. FAA*, No. 17-17349, 2019 WL 5382055 (9th Cir. Oct. 22, 2019) (Ikuta, J.).

Ademais, em algumas situações, a motivação real da negativa só é apresentada pela agência pública na Corte de Apelação. Tal posição quebra por completo a confiança nas declarações do Estado e impactam sobremaneira na legitimidade dos atos praticados, sejam qual for a finalidade; por exemplo, no caso *Ocasio v. DOJ*, N. 17-5005, 17-5085, 2017 U.S. App. LEXIS 16147 (D.C. Cir. Aug. 23, 2017) (per curiam), o Estado alegou inicialmente que a informação havia sido destruída, mas depois confirmou sua existência e manteve a negativa invocando a isenção n. 7, a qual foi reconhecida pela Corte de Apelação. No caso *AM. CTR. FOR LAW & JUSTICE V. DOJ*, N. 18-5309, 2019 U.S. APP. LEXIS 31234 (D.C. CIR. OCT. 18, 2019) (PER CURIAM), a negativa se deu inicialmente porque a informação não tinha sido localizada, mas depois de localizada a negativa permaneceu com base em outros argumentos. No mesmo sentido, vide o caso *BAYALA V. DHS*, N. 14-5279, 2016 WL 3524098 (D.C. CIR. JUNE 28, 2016) (MILLETT, J.)³¹⁸

³¹⁷ "Because we agree with plaintiff-appellant that an agency cannot shield its records from search or disclosure under FOIA by the expedient of storing them in a private email account controlled by the agency head, we reverse the dismissal and remand the case for further proceedings." (...) " I would conclude here only that a current official's mere possession of assumed agency records in a (physical or virtual) location beyond the agency's ordinary domain, in and of itself, does not mean that the agency lacks the control necessary for a withholding".

³¹⁸ Destaca-se a posição inicial do Poder Executivo federal: "The Department did not specify which exemptions applied to which portions of which withheld pages or why."

Também acontece de até mesmo a declaração prestada pela agência em juízo sobre o teor do documento demandado ser classificada (isenção n. 1), de modo que o demandante não tem acesso sequer ao argumento usado para a negativa, isto é, não há qualquer motivação tal como na situação da *glomar response* a ser combatida e não se tem sequer ideia da declaração de conteúdo do documento³¹⁹. Outra situação semelhante em que o Poder Executivo federal não apresentou motivação, justamente em razão da invocação da *glomar response* em conjunto com uma vaga menção à isenção n. 1 foi observada na demanda sobre informações do programa nuclear iraniano discutido no processo FREEDOM WATCH, INC. V. NSA, 783 F.3D 1340 (D.C. CIR. 2015) (TATEL, J.) - 14-5174; nesse processo, o mais curioso é que o Poder Judiciário, possivelmente por causa da ausência clara de motivação do sigilo, deu também uma resposta evasiva, na prática se furtando a decidir a lide em razão de uma promessa ainda mais vaga: “*The government explained that the State Department plans to review those emails for possible public release and to make them “available to the public by posting them on a State Department website.”*”

Nos EUA, não há previsão de que as informações necessárias à tutela de direitos fundamentais sejam necessariamente públicas. Por outro lado, observou-se uma prática justamente no sentido contrário, deletéria aos direitos fundamentais, em que investigados e acusados celebraram acordo de leniência, prática muito comum nos EUA, abrindo mão de seus direitos de acesso à informação, inclusive sobre o acesso ao próprio acordo, como visto no processo HARDIMON V. U.S., NO. 18-5371, 2019 U.S. APP. LEXIS 22412 (D.C. CIR. JULY 26, 2019) (PER CURIAM): “*EOUSA denied Hardimon's request because he had waived his right to file FOIA requests in his own plea agreement*”. Essa prática impede o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa na medida em que um documento de seu evidente interesse particular em situação de punição deixa de ser acessível, sem qualquer amparo na FOIA ou na Lei de Modelo da OEA. Além de alegar que o demandante voluntariamente renunciou por acordo ao direito fundamental de acesso à informação, nesse caso concreto, o Estado também havia previamente alegado a

³¹⁹ Vide caso LEOPOLD V. DOJ, NO. 16-5237, 2017 U.S. APP. LEXIS 9486 (D.C. CIR. MAY 30, 2017) (PER CURIAM) que envolve pedido sobre Trump e suas empresas e TRUTHOUT V. DOJ, NO. 14-16288, 2016 WL 3749058 (9TH CIR. JULY 13, 2016) (PER CURIAM) sobre investigação do FBI, este último caso julgado em 5 dias pela Corte de Apelação.

inexistência da informação e o juízo confirmou a negativa nesses termos³²⁰, mesmo havendo contradição nas argumentações apresentadas pelo Poder Executivo federal.

6.8 Complexidade das demandas de acesso à informação nas Cortes de DC e Nono Circuito nos processos selecionados

Quanto a complexidade dos casos concretos discutidos nos 139 processos, tem-se a seguinte distribuição:

Tabela n. 20 - Complexidade das demandas de acesso à informação nas Cortes de DC e Nono Circuito nos processos selecionados

TOTAL DE PROCESSOS NAS CORTES DE APELAÇÃO DE DC E DO NONO CIRCUITO	ALTA COMPLEXIDADE**	MÉDIA COMPLEXIDADE***	BAIXA COMPLEXIDADE*
139	69	44	26

* Considerou-se ser demanda de baixa complexidade aqueles casos cuja solução dependia exclusivamente de análise de normas jurídicas com a existência de regra específica para solução do litígio.

** A situação de alta complexidade foi atribuída a casos sem regramento específico definido ou cuja decisão dependa de prova de fato, tais como nas situações em que a informação não existia, não foi localizada ou houve a necessidade de avaliação em câmara do documento.

*** Os de média complexidade foram considerados aqueles com regra específica, mas com multiplicidade de pedidos para além do mero acesso à informação, tais como retificação ou produção da informação, ou ainda aqueles em que parte do objeto demandado não possuía regra específica.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e do Nono Circuito – EUA, 2021.

Nos casos considerados complexos pela falta de normativo específico, percebeu-se que houve uma certa tendência de se negar acesso às informações, mesmo se os acessos parciais e as perdas de objeto forem consideradas (47,82% de revisão pró transparência). Isso contrariaria a lógica da máxima transparência prevista na Lei Modelo da OEA de que na ausência de regras a informação seria presumidamente pública; de fato, isso é mais

³²⁰ Mencione-se que o cidadão já tinha cópia de um acordo de cooperação, mas alegava que existia um segundo, o qual foi negado pelo Poder Judiciário em razão de presumida inexistência.

perceptível nos recursos envolvendo temas de segurança nacional em que não há uma clara adequação entre a regra prevista e as informações demandadas, conforme sintetiza a tabela abaixo:

Tabela n. 21 – Tipos de decisão proferidos pelas Cortes de DC e Nono Circuito em face do Poder Executivo federal, entre os anos de 2013 e 2020, em processos complexos versando sobre acesso à informação

TOTAL DE DECISÕES EM CASOS COMPLEXOS PELAS CORTES DE APELAÇÃO	ACESSO CONCEDIDO EM CASOS COMPLEXOS	ACESSO NÃO CONCEDIDO EM CASOS COMPLEXOS	ACESSO PARCIALMENTE CONCEDIDO EM CASOS COMPLEXOS	PERDA DO OBJETO EM CASOS COMPLEXOS	PERDA PARCIAL DO OBJETO EM CASOS COMPLEXOS
69	3	36	17	1	12

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em Departamento de Justiça e Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

6.9 Segurança nacional

Cabe destacar novamente o motivo da tese tecer comentários específicos sobre as questões de segurança nacional: trata-se de tema notoriamente importante para as Relações Internacionais, justificativa de sigilo tradicional inclusive entre os Estados democráticos e importante particularmente nesta tese por refletir interesses estatais pautados em suas respectivas posições de poder no sistema internacional, situações que potencialmente podem levar a tensões com o regime político democrático na medida em que é o momento em que o Estado mais necessita do sigilo.

Dos 139 recursos de apelação estudados, em 20 o Estado alegou risco à segurança nacional (isenção 1) de forma minimamente fundamentada, conforme tabela abaixo no qual se apresenta a síntese das informações desses processos:

Tabela n. 22 – Casos em que o Poder Executivo federal invocou o risco à segurança nacional (isenção 1) de forma fundamentada nos EUA

CASO NÚMERO	AGÊNCIA DEMANDADA	OBJETO ESPECÍFICO	DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	ARGUMENTO PELO SIGILO	REQUERENTE
1	Departamento do Tesouro	registros relativos à auditoria do requerente realizada pela Divisão de Exame de Entidades Isentas Fiscais e Governamentais	perda parcial do objeto	Isenção 1, Isenção 3, Isenção 5 (documento preparatório e sigilo advogado) e isenção 7D	ONG
2	Departamento de Defesa, CIA, Departamento de Justiça e Departamento de Estado	registros sobre programas classificados para minar o programa nuclear do Irã	perda parcial do objeto	Isenção 1, <i>glomar response</i> e não esgotamento das instâncias administrativas	ONG
3	Departamento de Defesa e CIA	registros sobre ex-general nazista que aparentemente colaborou com os EUA durante a guerra	perda parcial do objeto	Informação não localizada, não possui a informação, isenção 1, isenção 3, <i>glomar response</i> e pedido desproporcional	Cidadão
4	CIA	informações relacionadas com a detenção do requerente no Iêmen por funcionários norte-americanos	perda parcial do objeto	Isenção 1 e <i>glomar response</i>	Cidadão
5	Departamento de Estado	documento do governo dos EUA de junho de 1957 sobre o golpe de Estado no Haiti	perda parcial do objeto	Isenção 1	Cidadão
6	Departamento de Defesa	registros relativos à transferência de cinco prisioneiros da Baía de Guantánamo para o Catar em troca da libertação de um soldado americano capturado no Afeganistão	perda parcial do objeto	Isenção 1 e Isenção 5 (<i>Deliberative Process Privilege</i>)	ONG
7	Departamento de Defesa e CIA	registros sobre oficial sênior da inteligência nazista recrutado pelos Estados Unidos para operar uma rede de espionagem europeia após a Segunda Guerra Mundial	perda parcial do objeto	Isenção 1, isenção 3 e informação não localizada	Mídia

8	CIA	registros relativos ao uso de veículos aéreos não tripulados (<i>drones</i>) para realizar assassinatos direcionados	Acesso parcialmente concedido	Isenção 1, isenção 2, isenção 3 e <i>glomar reponse</i>	ONG
9	Departamento de Estado e Departamento de Justiça	informações sobre investigações federais relacionadas ao requerente e qualquer papel dos EUA em sua detenção e tortura pelos Emirados Árabes Unidos	Acesso parcialmente concedido	Isenção 1, isenção 3 (10 U.S.C. § 424) e isenção 7 E (<i>enforcement techniques</i>)	Cidadão e ONG
10	Presidência da República	documentos sobre negociações sobre acordo de livre comércio (<i>Free Trade Agreement of the Americas</i>) da década de 90 e anos 2000 ³²¹	Acesso negado	Isenção 1	ONG
11	Departamento de Defesa e CIA	52 imagens <i>post mortem</i> de Osama bin Laden ³²²	Acesso negado	Isenção 1	ONG
12	Departamento de Justiça	parecer jurídico do <i>Office of Legal Counsel</i> preparado para o FBI	Acesso negado	Isenção 1 e isenção 5 (sigilo profissional do advogado e documento preparatório)	ONG
13	Departamento de Justiça e CIA	registros relacionados ao uso de drones armados pelos Estados Unidos para realizar "assassinatos seletivos"	Acesso negado	Isenção 1, 3 e 5 (sigilo advogado)	ONG
14	Departamento de Justiça	registros relativos às investigações de Donald Trump, da Trump <i>Organization</i> e da Trump <i>Foundation</i>	Acesso negado	Isenção 1 e 3	Mídia
15	Departamento de Defesa e CIA	Solicitação de registros relativos à busca, invasão, captura e assassinato de Osama bin Laden no Paquistão, bem como planos para sua detenção ou seu enterro, além de parecer jurídico sobre a violação da soberania do Paquistão nessa operação militar.	Acesso negado	Isenção 1, isenção 3 e isenção 5 (<i>Presidential Communications Privilege</i>)	ONG
16	CIA	registros relativos ao estudo da CIA em 1963 de conspirações para assassinar Hitler e	Acesso negado	Isenção 1, 3 e 5 (<i>intra-agency communications</i>)	ONG

³²¹ A título de curiosidade, cite-se que o juízo de primeira instância concedeu acesso: “*the risk that international arbitrators will adopt the position, much less rely on it to the United States’ detriment in arbitration, is too speculative to justify a reasonable expectation of harm to foreign relations.*”.

³²² Também a título de demonstrar o enquadramento do caso na isenção 1, informe-se que a Corte entendeu que a liberação das imagens causaria uma onda de atentados contra os EUA, conforme defenderam a CIA e o *Department of Defense*.

		às comunicações do agente americano Allen Dulles sobre conspirações para assassinar Hitler			
17	Ministério da Justiça	Disponibilização de todos os pareceres jurídicos e o sumário dos mesmos	Acesso negado	Isenção 1, isenção 7A, isenção 5 (processo deliberativo e relação cliente advogado), inadequação do meio utilizado e pedido genérico	ONG
18	CIA	registros relativos a tratamento psiquiátrico ambulatorial involuntário ao qual o demandante foi submetido que “parecia ter cooperação federal”	Acesso negado	Isenção 1, 3 e <i>glomar response</i>	Cidadão
19	Departamento de Estado e Presidência	registros relativos à diretiva relativa a Taiwan	Acesso negado	Isenção 1, não exaurimento das instâncias administrativas, não aplicação da FOIA e não possui a informação	Cidadão
20	CIA	registros relativos a um indivíduo específico que o solicitante acredita ser ex-agente do Escritório de Serviços Estratégicos	Acesso negado	Isenção 1 e <i>Glomar Response</i>	Cidadão

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do Departamento de Justiça e das Cortes de Apelação de DC e Nono Circuito – EUA, 2021.

Nesses 20 casos, houve 11 negativas de acesso à informação, 2 acessos parcialmente concedidos e 7 perdas parciais do objeto. Ou seja, em nenhum caso a informação foi disponibilizada na íntegra e em apenas 3 casos parte da informação foi concedida contra a vontade do Poder Executivo federal.

Ainda que se considere que em diversos processos mais de uma agência foi acionada, ocorre que em quase todas as vezes em que a isenção n. 1 foi alegada o Estado a apresentou em conjunto outros argumentos, em tese para se negar exatamente a mesma informação. A depender do caso concreto supramencionado, a alegação conjunta dos argumentos releva a incapacidade de se localizar a informação, inclusive a falta de comunicação entre agências, ou a incoerência na análise dela ou ainda uma estratégia

consciente de se confundir a sociedade civil. Em todas as situações, há grave prejuízo a transparência do Estado.

De uma forma geral, percebeu-se que as Cortes de Apelação preferiram negar acesso à informação, em parte ou na totalidade, com base em argumentos mais simples que dispensavam a revisão do documento demandado em câmara, como ocorreu por exemplo no caso n. 2 da tabela acima, processo FREEDOM WATCH, INC. V. NSA, 783 F.3D 1340 (D.C. CIR. 2015) (TATEL, J.) - 14-5174, em que o pedido de acesso a informações sobre o programa nuclear iraniano foi negado em parte por mera formalidade do demandante não ter esgotado as vias administrativas: “*As to the Glomar responses of NSA and CIA, the district court properly granted the agencies judgment on the pleadings because Freedom Watch failed to internally appeal the agencies’ denials and thus to exhaust its administrative remedies before seeking judicial review*”. No caso n. 6, JUDICIAL WATCH, INC. V. DEPT OF DEF., 847 F.3D 735 (D.C. CIR. FEB. 7, 2017) (PILLARD, J.) - 16-5054, embora a agência tenha alegado também a isenção 1, a Corte de Apelação optou por negar o acesso à informação com base no argumento de que o documento seria preparatório (isenção 5), mas uma análise apurada revela que o documento já era oficial do Estado, uma vez que assinado pela autoridade decisória³²³; ou seja, aplicaram uma negativa em desconformidade com a Lei Modelo da OEA para não avaliar o argumento da isenção n. 1. No processo ELEC. FRONTIER FOUND. V. DOJ, N. 12-5363, 2014 WL 25916 (D.C. Cir. Jan. 3, 2014) (Edwards, S. C. J.), foram alegadas as isenções 1 e 5, tendo a Corte de Apelação acatado o argumento da isenção 5, dispensando a análise da isenção 1 e novamente enterrando qualquer possibilidade da informação ser disponibilizada contra a vontade do Poder Executivo, mesmo após o decurso de tempo.

A partir da Ordem Executiva n. 13.526/2009, pode-se afirmar que os casos de números 1, 3, 12, 14, 16, 17 e 18 não se enquadram nas hipóteses de classificação da informação. O caso n. 1 pode até envolver o acesso de forma indireta a métodos de inteligência, mas não se apresentou elementos mínimos de qualquer risco a segurança nacional e, ademais, existem negativas mais específicas para o acesso a esse tipo de informação, o que se evidencia pela pluralidade de argumentos, em especial o sigilo fiscal (isenção 3), embora seja difícil sustentá-lo nesse caso concreto em que o demandante é

³²³ *“taking into account the Secretary’s common practices, Mr. Herrington concluded that signing the correspondence submitted beneath the Lumpkin Memo was not an “endorse[ment]” of the memo’s analysis. Herrington Decl. at 5.”*

justamente o contribuinte. O caso n. 3 e n. 16 se referem a fatos que ocorreram há quase 75 anos, limite da classificação da informação, podendo ser enquadrados inclusive como documentos históricos de interesse social, em que deveria ser reconhecida a supremacia do interesse público; embora se possa argumentar que os documentos ainda estejam dentro do período de classificação quando da decisão judicial, é difícil sustentar que haja qualquer fato que possa ameaçar a segurança nacional dadas as especificidades históricas daquela época e inconcebível que o Poder Judiciário não tenha demarcado prazo para a divulgação da informação. Especificamente em relação ao caso n. 3, o ponto chave é que o Poder Judiciário sequer analisou os documentos demandados ou exigiu da CIA uma justificativa para além da mera formalidade de confirmar que o documento teria sido classificado, procedimento também replicado quanto a alegação da Isenção 3.

Nos casos de n. 12 (Elec. Frontier Found. v. DOJ, N. 12-5363, 2014 WL 25916 (D.C. Cir. Jan. 3, 2014) (Edwards, S. C. J.)) e n. 17, o Estado apresentou diversos argumentos para negar a informação, inclusive a isenção 1. No primeiro caso em questão, a demanda era de apenas um parecer e o documento objeto da contenda foi avaliado pelo Poder Judiciário. Contudo, o tribunal não quis discutir o argumento da segurança nacional, pois admitiu uma restrição mais simples (isenção 5 - sigilo do advogado). Interessante que o Estado neste caso deu diversos exemplos de que os pareceres jurídicos podem conter assuntos de segurança nacional³²⁴, mas na medida em que não explica a sensibilidade do caso concreto e o Poder Judiciário nega a informação por outro motivo é sinal de que o risco não é tão factível. No segundo caso, foram demandados todos os pareceres jurídicos, de modo que a amplitude da demanda parece justificar a invocação do argumento de desproporcionalidade, mas se alegou a generalidade do pedido. Ademais, a isenção 1 foi alegada pelo Estado de forma genérica, sem uma explicação individualizada do assunto tratado especificamente em cada um dos pareceres demandados, o que impede garantir que o argumento do risco a segurança nacional seja cabível em todas as hipóteses. Dito de outra forma, o Estado não poderia ter arguido a isenção 1, mas sim a desproporcionalidade do pedido que dependeria de uma ampla

³²⁴ Mas não há dúvidas de que alguns pareceres realmente podem ser protegidos pela isenção 1, conforme explicação dada em outro processo: “*the OLC has opined on “some of the weightiest matters in our public life: from the [P]resident’s authority to direct the use of military force without congressional approval, to the standards governing military interrogation of ‘alien unlawful combatants,’ to the [P]resident’s power to institute a blockade of Cuba.” (...)* The OLC publishes some, but not all, of its formal written opinions.” Citizens for Responsibility & Ethics in Washington v. DOJ, No. 18-5116, 2019 WL 1907230 (D.C. Cir. Apr. 30, 2019) (Henderson, J.)

revisão de milhares de documentos. Tal como no caso anterior, embora realmente incabível, o Poder Judiciário não avaliou o argumento da isenção 1, optando por negar o pedido por um erro formal³²⁵.

O caso n. 14 não evidencia objetivamente risco à segurança nacional que não pudesse ser segregado com base na sensibilidade das possíveis informações pessoais registradas nas investigações, já que versa sobre atividades privadas do Presidente da República sem nexos diretos com as atividades do Estado. Ademais, haveria argumentos mais adequados para a proteção de informações pessoais sensíveis, inclusive para além das que pudessem ocasionar qualquer risco de vida do Presidente, tais como as isenções 3, 4 e 6. No caso 15, embora tenha sido alegada a isenção 1, a Corte de Apelação optou por negar acesso à informação com base na isenção 5 (privilégio das comunicações entre agências)³²⁶.

O caso n. 18 não parece ter qualquer relação com a segurança nacional; além de indiretamente desmoralizar o requerente, em decorrência de distúrbios psiquiátricos, a informação era de evidente interesse pessoal do mesmo e o Estado arguiu que a informação estaria protegida pela isenção 1 e pelo argumento da *glomar response*. Destaca-se que não faz sentido usar qualquer outro argumento quando a *glomar response* é invocada, a despeito de que a prevalência desse argumento no caso concreto tenha certa lógica³²⁷ em não negar a existência do vínculo com a CIA mesmo sendo provavelmente inexistente. Mas ao negar também com base na isenção 1 supõe-se que o vínculo exista, o que torna a resposta da CIA confusa e contraditória e talvez seja essa mesma a finalidade almejada pelo Estado.

³²⁵ De acordo com a Corte de Apelações, a ação foi equivocadamente embasada no APA e não no FOIA.

³²⁶ "the agencies moved for summary judgment, arguing the five memoranda were protected in full under the presidential communications privilege in Exemption 5 because they contained confidential analyses and recommendations that were solicited by, and communicated to, the President and his closest national security advisers. (...) "The non-disclosure of that advice thereby protects 'the President's ability to obtain frank and informed opinions from his senior advis[e]rs,' an 'acute [concern] in the national security context, particularly in situations . . . where the President is formulating a decision on a sensitive operation with substantial foreign policy impacts.'" JUDICIAL WATCH, INC. V. DOD, NO. 18-5017, 2019 WL 321027 (D.C. CIR. JAN. 24, 2019) (ROGERS, J.)

³²⁷ If the CIA were to invoke a Glomar response only when it actually possessed responsive records, the Glomar response would be interpreted as an admission that responsive records exist. This practice would reveal the very information that the CIA must protect in the interest of national security" (...) If a Glomar response is justified, "the agency need not conduct any search for responsive documents or perform any analysis to identify segregable portions of such documents." In: HILLIER V. CIA, N. 19-5339, 2020 U.S. APP. LEXIS 12564 (D.C. CIR. APR. 17, 2020) (PER CURIAM).

A incoerência da argumentação fica mais evidente a partir de uma análise de adequação ao conceito de segurança nacional previsto nos normativos norte-americanos; em 7 casos em que a segurança nacional foi invocada, não foi possível compreender de que forma as informações demandadas se adequariam concretamente as hipóteses normativas de risco à segurança nacional. Além disso, em nenhum desses casos houve menção no processo de que a decisão de classificar a informação tenha sido efetivamente apresentada em juízo, muito embora em alguns casos tenha sido realizada a análise do documento pelo juiz.

Ainda quanto à segurança nacional, indo além das situações apresentadas na tabela acima em que a classificação da informação foi formalmente alegada, chama ainda mais a atenção as situações em que a isenção 1 não foi invocada, mas o objeto demandado aparentemente estaria vinculado a questões de segurança nacional.

Por exemplo, num caso envolvendo o *Department of Homeland Security*, foi feita a solicitação do protocolo para desligamento de redes sem fio operadas principalmente por telefones celulares durante emergências críticas. Nesse caso, o Estado invocou a isenção 6, isenção 7 C, isenção 7 E, isenção 7 F e alegou não ter localizado toda a informação demandada. Todavia, a própria Corte de Apelação questionou a ausência de classificação da informação, embora o acesso tenha sido parcialmente concedido de forma mais restrita que na sentença, sem qualquer dado estritamente técnico do procedimento. Nesse caso, ao invocar a isenção 6 para proteger informações pessoais de uma coletividade não identificada que se renova diariamente simplesmente estabeleceu um sigilo eterno; igualmente, ao se alegar a isenção 7 para a garantia do cumprimento da lei, o Estado reforça seu interesse em não disponibilizar a informação nem daqui a 75 anos. Ademais, nesse caso seria cabível a classificação da informação para segurança da sociedade, mas novamente optou-se por uma solução menos burocrática e cujo prazo limite de negativa inexistente, impedindo o controle social.

No caso *ELEC. PRIVACY INFO. CTR. V. CBP*, N. 17-5078, 2017 U.S. APP. LEXIS 14062 (D.C. CIR. AUG. 1, 2017) (PER CURIAM), o *Department of Homeland Security* negou solicitação de registros relativos à Estrutura Analítica do sistema de Inteligência do governo e também houve a preferência por invocar a isenção 7 em detrimento na 1; sistemas de inteligência normalmente contém informações estratégicas enquadradas nas hipóteses de classificação e, por se tratar de um sistema do *Department of Homeland Security*, não tem como se imaginar serem informações fora do rol de classificação.

No já citado caso envolvendo a solicitação de registros sobre o suposto envolvimento do Reino Unido em uma rendição extraordinária em ação militar externa, a qual foi submetida para a CIA, os *Departments of Defense, Justice, State e Homeland Security* também não foi invocada a isenção 1, optando-se por uma defesa protocolar atacando formalidades do pedido e a não aplicação da FOIA, a qual foi parcialmente aceita pela Corte de Apelação.

No caso da solicitação apresentada para a CIA e os *Departments of Defense e State* referente a investigação de 4 aviões militares norte-americanos e seus aviadores que desapareceram em missão quando estavam sobrevoando a Espanha no ano de 1980, os demandantes eram filhos de um dos pilotos e desconfiavam que o pai poderia estar ainda vivo em missão pela CIA. A primeira alegação feita foi a *glomar response*; na insistência dos requerentes, o governo manteve a *glomar response* quanto à existência de vínculo do pai com a CIA, mas fizeram buscas sobre o desaparecimento do avião. Ao final, alegaram a isenção 3, 6 e 5, além de atestar que as informações não foram localizadas. Basicamente, neste caso, deixou-se de lado a isenção 1 para se alegar a *glomar response* e a isenção 3 (especificamente a lei que estabelece os sigilos das fontes da CIA). Novamente, são situações em que não há um marco temporal limite para a divulgação da informação, ao contrário do sigilo classificado.

Em outra situação, foi solicitado ao FBI registros sobre a Operação Mosaico, a qual se refere a dois testes nucleares feitos pela Inglaterra na Austrália, em 16 de maio e 19 de junho de 1956, com o objetivo de avaliar a capacidade das novas armas nucleares britânicas. O acesso foi parcialmente concedido pela Corte de Apelação, mas o Poder Executivo alegou que a informação tinha sido parcialmente destruída e que seria aplicável ao caso a isenção 5 (“*pre-decisional and deliberative materials*”), situações em que não há prazo para a efetiva disponibilização da informação. Novamente, por se tratar de informação estratégica de aliado dos EUA, parecia ser o caso de negar a informação com base na isenção n. 1, o que não foi feito.

No caso CIVIL BEAT LAW CTR. FOR THE PUBLIC INTEREST V. CENTERS FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, N. 16-16960, 2019 WL 2998727 (9th Cir. July 10, 2019), foram solicitadas informações sobre as falhas de laboratório em atender a certos padrões de segurança e proteção exigidos para manuseio da biotoxina *anthrax*, a qual inclusive foi utilizada em atentados no ano de 2001 que causaram a morte de agentes públicos. O pedido foi apresentado ao *Department of Health and Human Services* e foi negado com base na isenção 3 (*Bioterrorism Preparedness and Response*

Act) e isenção 6 (informações pessoais), tendo sido o acesso parcialmente concedido pela Corte de Apelação. Tratando-se de questão vinculada ao terrorismo, imaginava-se que a isenção n. 1 seria ao menos levantada, já que é costume alegar diversas motivações pelo sigilo.

Houve demanda ao *Departamento of State* relativa a registros sobre duas represas localizadas na fronteira entre os Estados Unidos e o México, em especial os planos de ação emergencial e os mapas de inundação. O acesso foi negado, mas com base nas isenções 5, 7 E e 7 F, sendo que a informação se enquadra perfeitamente na isenção 1, haja vista se tratar de vulnerabilidade de infraestrutura essencial sujeita a ataques terroristas³²⁸ e, portanto, capaz de causar dano à segurança nacional.

Na demanda relativa à solicitação de registros sobre o ataque norte americano na Baía dos Porcos em Cuba (1961), a CIA alegou a isenção 5 e não a 1, mas assegurando a negativa de acesso de qualquer forma, mas sem prazo fixo. Já no pedido de registros relativos a Qari Ismail³²⁹, suposto comandante do talibã e suspeito de terrorismo, o FBI apresentou óbices meramente formais, os quais foram aceitos na sua totalidade pela Corte de Apelação, não se aplicando a isenção 1.

No pedido de informações sobre a identidade de estudantes e instrutores dos cursos do *Western Hemisphere Institute for Security Cooperation*, em especial aqueles de origem estrangeira, o *Department of Defense* apresentou negativa em razão da informação ter natureza pessoal (isenção 6), mas “*at oral argument, the government’s lawyer asserted that the terrorist attacks of September 11, 2001, caused the Department of Defense to reassess its prior policy of disclosing the names*” por entender que estaria expondo o vínculo entre cidadãos estrangeiros e o governo norte-americano. A informação poderia ter sido negada com base na isenção 1, face a possibilidade de ataque terrorista, mas a própria Corte chancelou a negativa da identidade dos estudantes e professores estrangeiros com base na isenção 6.

No pedido de informações sobre a subcontratação feita por empresa que prestava serviços ao Departamento de Defesa, optou-se por negar acesso com base nas isenções 4

³²⁸ “*The court explains that “disclosing the maps would give anyone seeking to cause harm ‘the ability to deduce the zones and populations most affected by dam failure.’*”

³²⁹ “*The District Court dismissed Feinman’s suit, concluding that FOIA does not permit the assignment of rights. Feinman has appealed that ruling to this Court in this appeal. But we need not resolve the question of whether FOIA permits the assignment of rights because Feinman’s appeal is now moot.*” FEINMAN V. FBI, NO. 14-5032, 2015 WL 1590416 (D.C. CIR. APR. 3, 2015) (PER CURIAM).

(segredo comercial) e 6, em especial com base na declaração da empresa prestadora de serviços, mas havia por parte da Corte uma preocupação grande com a prática potencial de atos ilícitos, os quais poderiam em tese afetar a segurança nacional, embora essa discussão não tenha sido feita de forma expressa. Essa preocupação sinaliza a possibilidade de que o serviço prestado se vinculava de alguma forma com a segurança nacional e, por isso, haveria espaço para classificação da informação.

Em pedido relativo à investigação prévia realizada pelo FBI relativa ao, na ocasião, candidato presidencial Barack Obama a informação foi negada com base na isenção 7 C, a qual não tem prazo limite de sigilo estabelecido, muito embora a Corte de Apelação tenha reconhecido se tratar de tema afeto a segurança nacional³³⁰. Não que a isenção 7 C não fosse aplicável, mas o que se percebe por todos os casos retro discutidos, inclusive neste, é que há uma preferência em não se invocar a isenção 1 quando existem outras proteções atemporais e cujo argumento é mais difícil para o demandante afastar.

Assim, no total, há ao menos 11 casos em que o governo federal dos EUA optou por usar outros argumentos para negar acesso à informação, mesmo sendo possível o enquadramento na isenção 1. Merece também menção o fato de que diversos pedidos não detalhados aqui se situam em uma zona cinzenta na qual caberia teoricamente a alegação da isenção 1, mas que o Estado optou por argumentos diferentes, tais como documentos relativos a causa da crise dos EUA entre 2008 /2009, informações sobre a metodologia do processo seletivo de controladores de voos, estruturas de entrada e resfriamento de águas de represas, asilos políticos e extradição, emissão de passaporte, uso de polígrafo em investigações e programa de detenção para interrogatório, relações financeiras entre Trump e seu conglomerado com a Rússia³³¹, as tratativas dos EUA para que Taiwan ingressasse na ONU, e-mails da ex-secretária de Estado Hillary Clinton³³² e de seus

³³⁰ "A background check on a presidential candidate is an obvious national security function, and there is no indication the FBI was acting outside the scope of its law enforcement duties when it performed the background check on now-President Obama." ARCHIBALD V. DOJ, NO. 13-5190, 2014 U.S. APP. LEXIS 1787 (D.C. CIR. JAN. 28, 2014) (PER CURIAM).

³³¹ A título de curiosidade, há diversos pedidos de acesso à informação envolvendo Trump direta ou indiretamente. No caso ELEC. PRIVACY INFO. CTR. V. IRS, 910 F.3D 1232 (D.C. CIR. 2018) (HENDERSON, J.) - 17-5225, é solicitada a declaração de imposto de renda dele e outras informações acerca de eventuais financiamentos obtidos junto a instituições financeiras russas. A informação foi negada em razão do sigilo tributário e fiscal.

³³² No caso de FOIA reversa envolvendo Hillary Clinton, a Corte de Apelação entendeu que: *"the State Department has conducted an adequate search" (...)* Even if this Court found that Secretary Clinton used private email with the specific intent of evading FOIA obligations, Plaintiff has already received the only relief such a finding would (arguably) make available: State's recovery, search, and processing of any records held by the former Secretary, including records that were not in

assessores sobre os argumentos que o ex-embaixador das Nações Unidas usou para defender a resposta norte-americana ao ataque à embaixada dos Estados Unidos em Benghazi (Líbia), a participação de grupo cubano no assassinato do presidente Kennedy, diversas investigações sobre o tráfico internacional de drogas, planos de contratação do *Department of Defense*, registros relativos a pagamentos feitos a grupos paramilitares na Colômbia por subsidiária da *Chiquita Brands International*, dentre diversos outros.

6.10 Conclusão parcial

Este capítulo tinha o objetivo de avaliar como a política pública de transparência dos EUA foi implementada. Embora o capítulo tenha relatado diversos achados nos processos administrativos, o foco era avaliar como as Cortes norte-americanas estavam interpretando e aplicando as normas aos casos concretos, mantendo ou não as estratégias utilizadas pelo governo para manutenção do sigilo.

De início, cite-se que houve uma quantidade elevada de negativas de acesso à informação, na segunda instância do Poder Judiciário, em que os argumentos pelo sigilo da instância administrativa foram mantidos. Mais que quantitativa, a verdade é que a qualidade das respostas foi questionada; a disponibilização pelos governantes apenas de informações não sensíveis ou a mera publicidade de informações sem clareza e organização necessárias ao entendimento foram motivos para diversos recursos em que o Poder Executivo federal dos EUA considerou que o pedido teria sido suficientemente atendido pela perda do objeto ao menos em parte. Paralelamente, a fragilidade dos mecanismos que deveriam garantir o acesso à informação ou ao menos uma revisão justa resta evidente quando se avaliam os caminhos que o cidadão precisa percorrer e os prazos de resposta, ambos marcados por significativos atrasos e por custos consideráveis no caso dos EUA. Mesmo quando a transparência é garantida no Poder Judiciário, o atraso é tão grande que parte da utilidade da informação é perdida, o que muitas vezes inclusive justifica a falta de responsabilização daqueles funcionários públicos que tornaram o caminho tortuoso.

Ao se analisar essas decisões judiciais mais profundamente, constatou-se que parte das negativas se pauta em normas garantistas da legislação vigente nos EUA, de

the possession, custody, or control of State at the time the FOIA request was filed or the original searches were conducted.” In: IN RE CLINTON, NO. 20-5056, 2020 WL 4745104 (D.C. CIR. AUG. 14, 2020) (WILKINS, J.).

modo que o Poder Executivo atuou legalmente e, por isso, o Poder Judiciário corretamente anuiu com a manutenção do sigilo. Esse conjunto de práticas chanceladas judicialmente diz muito: a estratégia pelo sigilo nos EUA se inicia com a manutenção da FOIA, uma lei mais conservadora favorável ao sigilo que atende aos interesses do governo de manutenção da posição de poder no sistema internacional, embora afronte a Lei Modelo da OEA.

Por outro lado, há evidências significativas de que normas relevantes da política nacional de transparência norte-americana não são em parte cumpridas, principalmente quando afetam a posição de poder dos EUA, conforme resume a tabela abaixo:

Tabela n. 23 – Principais normas da política pública de transparência dos EUA que foram descumpridas e mesmo assim referendadas nas decisões envolvendo o Poder Executivo federal e proferidas pelas Cortes de Apelação de DC e do Nono Circuito entre 2013 e 2020

PRINCIPAIS NORMAS DA POLÍTICA DE TRANSPARÊNCIA DOS EUA DESCUMPRIDAS PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL E CHANCELADAS PELO PODER JUDICIÁRIO	OBSERVAÇÕES SOBRE O DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS
<p>A classificação da informação deve ser feita precisamente nas situações previstas na Ordem Executiva n. 13.526/2009</p>	<p>Houve utilização inadequada da classificação de informações, às vezes reduzindo ou ampliando o conceito de segurança nacional para além do formalmente estabelecido, a depender do interesse do Estado.</p>
<p>A FOIA e a legislação complementar estabelecem as situações de sigilo, as quais necessariamente devem estar previstas em lei.</p>	<p>Admissão da <i>glomar response</i>, situação em que o Estado é omissivo em se manifestar sobre pedido de acesso à informação.</p>

<p>As normas jurídicas dos EUA não exigem em regra que o interessado apresente motivação do seu pedido de acesso à informação.</p>	<p>Como decorrência do excessivo respeito às alegações do Poder Executivo federal, houve diversas situações em que a motivação para os pedidos de acesso à informação foi exigida e, em decorrência disso, presumiu-se que a informação demandada era sigilosa e se inverteu o ônus da prova judicial.</p>
<p>A informação pessoal deve, em regra, ser disponibilizada ao seu titular.</p>	<p>Houve abuso no uso desse argumento, de modo que se impediu o acesso à informação em casos de evidente necessidade de seu titular.</p>
<p>A FOIA e sua legislação complementar determinam a punição dos agentes públicos no caso de descumprimento dos deveres de disponibilizar informações.</p>	<p>Houve inércia do Poder Judiciário em determinar providências para a investigação de fatos e para a responsabilização de agente públicos do Poder Executivo federal.</p>

Fonte: tabela produzida pelo autor a partir da avaliação da legislação norte-americana e das decisões das Cortes de DC e Nono Circuito.

Nesse conjunto, há casos de situações de descumprimento da FOIA com evidente perda de transparência sem existir evidentes ganhos para sociedade. Houve um grande desrespeito à não exigibilidade de motivação, pois o Poder Judiciário frequentemente exige do demandante que prove a natureza pública da informação, situação em que o ônus da prova é invertido por mera declaração do Poder Executivo federal. Desse modo, basta a afirmação do agente público para que o ônus de provar que o documento deve ser concedido se transfira para o demandante. Pela análise das decisões judiciais, confirmou-se que no âmbito do Poder Judiciário as alegações do Poder Executivo gozam de enorme prestígio, em especial quando essas se referem ao risco de dano à segurança nacional. Dentro dessa sistemática, torna-se difícil o particular obter acesso à informação, sendo que dificilmente uma negativa de acesso à informação é revertida. O julgamento sumário do processo foi amplamente favorável ao Estado, uma vez que não há análise do conteúdo do documento demandado e isso certamente é reflexo da inversão do ônus da prova decorrente da ampla credibilidade que o Poder Judiciário deposita nas alegações dos agentes públicos que detêm a informação.

Dentre os casos judicializados, evidenciou-se a estratégia de se negar informações com alto potencial de impacto na segurança nacional com base em argumentos diversos, não apenas a isenção 1 (sigilo classificado pelo risco a segurança nacional), o que reduziu o conceito formal de segurança nacional a fim de se aplicar outro sigilo em tese mais benéfico aos interesses dos EUA. Essa estratégia do Estado visa buscar os argumentos mais vantajosos para a negativa de acesso à informação, os quais não possuem um prazo limite de sigilo, não autorizam a segregação da informação e não há o dever de publicação em lista de informações para controle social posterior, o que ocorre em especial quando se alegam as isenções 3 (sigilo legal autônomo), 5 (sigilo do processo deliberativo), 6 (sigilo das informações pessoais) e 7 (sigilo para garantia do cumprimento da lei (sigilo classificado)). A negativa constante com base nessas isenções e em detrimento da isenção 1 reduz o conceito tradicional de segurança nacional utilizado na Ordem Executiva n. 13.526/2009 ou, na sobreposição de argumentos, mantém aquele mais benéfico ao sigilo. Por outro lado, também se identificaram casos em que não havia argumentos robustos para a manutenção do sigilo e, ainda assim, a isenção 1 foi alegada. Nessa situação, o conceito de segurança nacional foi ampliado para além do previsto nos normativos norte-americanos, reforçando o conjunto de outros argumentos por se tratar de uma alegação que goza de grande credibilidade dentro do Poder Judiciário.

Há ainda uma prática muito específica dos EUA de simplesmente não responder ao pedido de acesso à informação (*glomar response*); nesse caso, o dano à transparência é ainda maior, pois sequer se sabe se a informação existe e, ainda que exista, quando será liberada, o que impede por completo qualquer possibilidade de controle social. Trata-se também de argumento inafastável, por questões práticas e jurídicas, mas que serve de válvula de escape para o Poder Executivo federal sempre que necessitar ir diretamente contra a FOIA.

Além dessas situações de descumprimento da FOIA e de seus regulamentos, é interessante citar que, como era de se esperar, as regras da Lei Modelo da OEA que não foram internalizadas pelos EUA não cumpridas com a chancela do Poder Judiciário federal. Foram identificadas informações que tradicionalmente são públicas para as democracias e ainda estratégias de negativa de acesso à informação não condizentes com as regras internacionais do sub-regime de transparência, embora coerentes com a FOIA. Por exemplo, a isenção 7 da FOIA foi utilizada excessivamente ao ponto de contrariar a recomendação da OEA de que não se pode negar acesso à informação “quando se trate de informação relacionada a atos de corrupção de funcionários públicos”. O controle

sobre as condutas dos funcionários públicos ficou prejudicada na medida em que caberia ao cidadão provar a ilegalidade da conduta para obter acesso à informação, o que é um paradoxo já que o particular deseja o acesso à informação justamente para avaliar a conduta do funcionário público.

Além da manutenção da FOIA e do evidente descumprimento de alguns de seus dispositivos, há que se mencionar ainda que em diversas situações a implementação da política de transparência se deu, na omissão legal, em desfavor da transparência, o que estaria contrariando o princípio da máxima transparência. Assim, por exemplo, o Poder Judiciário não avalia o documento demandado e, quando raramente o faz, tem optado por não designar perito judicial para avaliar os registros demandados.

Também atuando nas brechas da lei, o governo se utilizou da estratégia de alegar um conjunto de isenções, não apenas para que se uma for negada outra possa prevalecer; mas também para que mesmo após o término do prazo de classificação da informação o sigilo seja mantido com base em outro argumento, o que é desanimador até mesmo para aqueles interessados dispostos a aguardar os longos prazos de sigilo classificado.

Existem ainda altos índices de declaração de que a informação não existe ou não foi localizada; tais declarações são preocupantes na medida em que houve situações em que a informação foi posteriormente localizada, conforme retro narrado. Essa rotina de alegar a não localização de informações acumulada com a alta credibilidade dada pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo federal torna estrategicamente esse argumento inafastável.

Todas essas práticas retro mencionadas avalizadas pelo Poder Judiciário são, no mínimo, controversas para Estados democráticos e se iniciam ainda no âmbito do procedimento administrativo estabelecido pela FOIA e se mantêm nos recursos de apelação dirigidos às Cortes de Apelação de DC e do Nono Circuito.

Sem dúvidas, parte do problema também é do Congresso Nacional e não somente do Poder Judiciário, já que a FOIA é omissa em diversos pontos, por exemplo não estabelecendo prazo limite de sigilo em todas as hipóteses e não estabelecendo exatamente qual informação é capaz de causar risco a segurança nacional e nem uma preferência entre diversos argumentos que se sobrepõem.

As práticas em questão são aparentemente coerentes com a posição de poder dos EUA no sistema internacional, com a necessidade de manutenção do *status quo* e com a autonomia concedida pela OGP para a implementação da transparência do Estado, instrumento de poder dos EUA. Esses problemas definitivamente não serão resolvidos na

OGP. Com efeito, a situação é cômoda para o governo dos EUA e atende aos seus interesses e valores no âmbito das Relações Internacionais, na medida em que difunde a transparência no sistema internacional, mas escolhe internamente quais informações serão públicas, sem impor qual seria exatamente o mínimo de transparência aos demais Estados. Por outro lado, esses achados sugerem o motivo dos EUA não serem bem avaliados nos ranks de transparência, pois de fato diversas normas do sub-regime de transparência são ordinariamente desrespeitadas, tenham sido elas internalizadas ou não.

7 A IMPLEMENTAÇÃO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INFORMAÇÃO DO BRASIL ANALISADA A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

No Brasil, foram avaliadas todas as decisões judiciais de mérito, entre os anos de 2013 a 2020, relativas ao tema transparência envolvendo o Poder Executivo federal e proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 1^a, 2^a e 3^a regiões³³³, os quais em termos de competência jurídica se assemelham às Cortes de Apelação dos EUA na revisão dos julgados de primeira instância do Poder Judiciário federal.

Ressalte-se aqui novamente que foram desconsideradas as decisões relativas à transparência dos estados membros e municípios ou mesmo a transparência exigida para as companhias de capital aberto sem participação majoritária do Estado, bem como demandas contra o Congresso Nacional e o próprio Poder Judiciário. Tal como nos EUA, as decisões sobre a transparência ativa igualmente foram desconsideradas.

Além disso, houve o descarte das decisões dos Tribunais Regionais Federais da 4^a e 5^a regiões³³⁴. Como explicado anteriormente na introdução desta tese, em razão da necessidade de paralelismo com o recorte feito nos EUA, o TRF 1^a foi escolhido para análise das decisões por ser o tribunal com o maior número de processos, com mais de 30% de todos os processos sobre transparência identificados na pesquisa no âmbito da segunda instância; essa concentração das ações judiciais no TRF 1^a decorre justamente do fato da capital federal estar compreendida em sua região, onde se localizam diversas instituições públicas federais³³⁵, arquivos de documentos físicos e compreender 37% da população brasileira³³⁶. O TRF 2^a foi escolhido por abranger o estado do Rio de Janeiro que, para além de sua importância política e econômica, foi capital do Brasil e por isso é sede até hoje de relevantes instituições públicas federais, como por exemplo a Casa da

³³³ A abrangência territorial dos Tribunais Regionais Federais escolhidos compreende [Distrito Federal](#) e estados do [Acre](#), [Amapá](#), [Amazonas](#), [Bahia](#), [Goiás](#), [Maranhão](#), [Mato Grosso](#), [Minas Gerais](#), [Pará](#), [Piauí](#), [Rondônia](#), [Roraima](#), [Tocantins](#), [Rio de Janeiro](#), [Espírito Santo](#), [São Paulo](#) e [Mato Grosso do Sul](#).

³³⁴ O TRF6 foi criado em 2022, de modo que não há decisões dele nos anos de 2013 a 2020.

³³⁵ Embora as agências federais possam ser acionadas nos tribunais em que o cidadão reside, por uma série de motivos é mais prático para o advogado propor a ação na capital.

³³⁶ In: https://portal.trf1.jus.br/data/files/4D/57/CC/0D/2F48871071682887F32809C2/Relatorio_de_gestao_2020.pdf.

Moeda, a Petrobras etc. O TRF 3^a, por seu turno, foi selecionado em razão de compreender o estado de São Paulo, o qual é sozinho responsável por 31,6% do PIB brasileiro³³⁷. Tanto o TRF 2^a como o 3^a possuem números expressivos de processos judiciais envolvendo o tema transparência.

Acrescente-se que somente foram consideradas as decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1^a, 2^a e 3^a regiões que efetivamente resolveram sobre a concessão ou não de uma informação, não sendo avaliadas discussões sobre temas secundários, tais como taxas judiciais e honorários advocatícios, ou as de caráter meramente provisório ou instrumental (que determinam providências temporárias sem decidir o mérito).

Foram encontradas preliminarmente 1.289 decisões judiciais em todos os TRFs brasileiros que em princípio tratavam do tema transparência, englobando inclusive ações contra outros entes da federação, temas adjacentes e decisões provisórias; dentro dos 1.289 processos em questão, havia ainda decisões repetidas, as quais devem ser desconsideradas para fins de identificação do universo para cálculo amostral³³⁸. Do conjunto de 1.289 decisões judiciais, apenas 310 eram de mérito referentes a transparência do Poder executivo federal entre os anos de 2013 e 2020. Os TRFs da 1^a, 2^a e 3^a regiões tinham 633 processos (49,1%) do total de 1.289 processos; destes 633 processos, somente 184 decisões tratavam do mérito envolvendo o Poder Executivo federal entre 2013 e 2020, excluindo-se as decisões repetidas e de outros entes da federação, as quais devem ser desconsideradas para fins de identificação do universo para cálculo amostral. Dessa forma, a amostra de 184 decisões judiciais de mérito dos TRFs da 1^a, 2^a e 3^a regiões, dentro do universo total de 310 e com margem de erro de 5%, garante um nível de confiabilidade de aproximadamente 95%³³⁹.

A seguir, é feita a análise detalhada desses acórdãos.

7.1 Quantidade de processos sobre transparência pública de 2013 a 2020

Durante o interregno de 2013 a 2020, os TRFs em análise receberam apenas 184 demandas de acesso à informação, conforme distribuição abaixo:

³³⁷ In: <https://censo2022.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/29447-quinze-estados-tem-pib-acima-da-media-nacional-em-2018-sergipe-e-o-unico-com-queda.html>

³³⁸ A localização duplicada ou mesmo triplicada de decisões decorreu do fato de que uma mesma decisão continha mais de uma expressão de busca.

³³⁹ Cálculo realizado no site <https://comentto.com/calculadora-amostral/>.

Tabela n. 24 – Quantidade e percentual de processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil nos TRFs 1, 2 e 3 entre os anos de 2013 a 2020

TRIBUNAL FEDERAL	NÚMERO DE PROCESSOS SOBRE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA ENVOLVENDO O PODER EXECUTIVO	PERCENTUAL
TRF1	69	37,50%
TRF2	69	37,50%
TRF3	46	25,00%
TRFs 1, 2 e 3	184	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Tal como nos EUA, considerando que a população brasileira em 2020 era de 211.755.692³⁴⁰, resta evidente que as demandas judiciais nos TRFs em análise envolvendo o acesso a informações públicas, em termos absolutos, é extremamente reduzido, mesmo se considerando a totalidade das demandas apresentadas em todas as Cortes, isto é, 1.289 no interregno de 2013 a 2020. Ou seja, de um total de 919.375³⁴¹ pedidos administrativos recebidos pelo Poder Executivo federal brasileiro entre 2013 e 2020, apenas 1.289 se tornaram recurso na segunda instância do Poder Judiciário.

Há uma baixa demanda por acesso à informação, tanto na via administrativa como na judicial; o número muito reduzido de demandas administrativa possui, em teoria, diversos possíveis motivos, e não apenas a eficiência da etapa administrativa de acesso à informação ou da transparência ativa. Assim, dentre esses diversos fatores, cite-se, por exemplo, que o baixo acesso à internet pode impedir a apresentação de pedidos de acesso.

Quanto ao reduzido número de ações judiciais, tal como nos EUA, é preciso lembrar que, via de regra, o ajuizamento de uma ação judicial não é barata e há um custo adicional em razão dos longos prazos para a tomada de decisão dos tribunais brasileiros. Contudo, ao contrário dos EUA, destaca-se que no Brasil há certa flexibilidade do demandante ser beneficiário da justiça gratuita, inclusive com representação pela

³⁴⁰ In: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/estimativa_dou_2020.pdf. Acesso em 11/11/22.

³⁴¹ <http://paineis.cgu.gov.br/lai/index.htm>. Acesso em 11/11/2022.

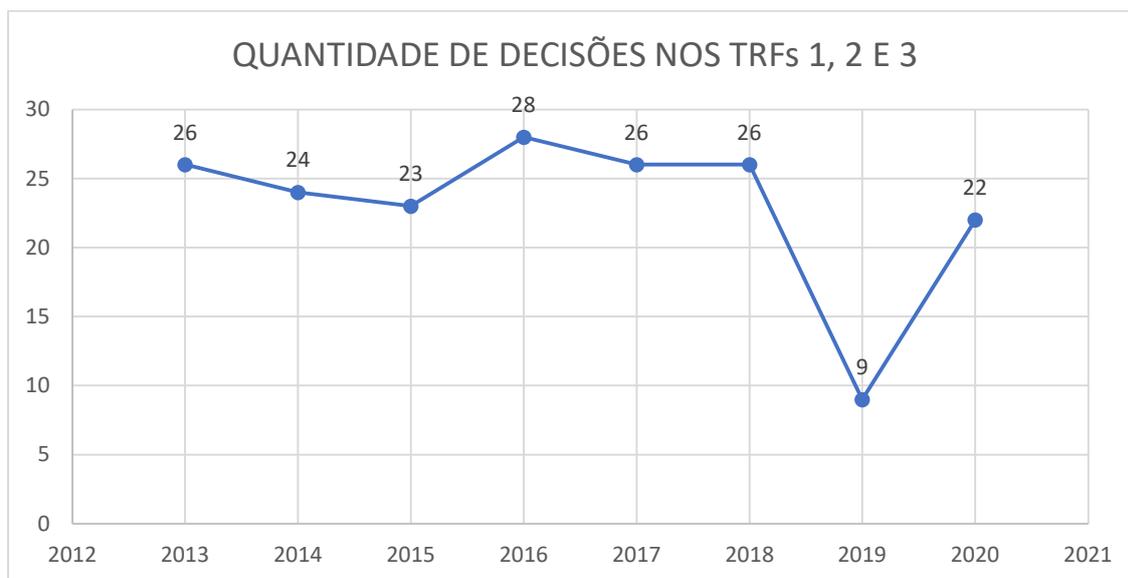
Defensoria Pública. Por outro lado, conforme será discutido adiante, a morosidade da solução judicial é muito maior que nos EUA.

Nesse diapasão, esses dados apontam uma maior taxa de judicialização no Brasil, mesmo com uma população menor e com menos pedidos, há mais decisões judiciais no Brasil sobre o tema, o que possivelmente se explica pelo fato do processo administrativo de acesso à informação brasileiro ser menos eficaz.

7.2 Número de processos sobre transparência no Brasil por ano

A tabela a seguir apresenta a distribuição temporal das decisões brasileiras em análise:

Figura n. 11 – Quantidade de decisões judiciais relativas ao acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil de 2013 a 2020 nos TRFs 1, 2 e 3



Fonte: gráfico elaborado pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

O gráfico acima demonstra que a judicialização das questões relativas à transparência do Poder Executivo federal manteve relativa estabilidade entre 2013 e 2018, havendo uma diminuição de demandas relevante em 2019 e voltando em 2020 a um patamar próximo aos anos anteriores. A queda significativa em 2019 decorre, provavelmente, da decisão judicial emanada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral no Poder Judiciário, que reconheceu o direito das pessoas jurídicas, em

especial das empresas, acessarem as suas próprias informações fiscais, em especial as contribuições tributárias referentes a sua própria atividade³⁴². Isso sinaliza para a importância das demandas das pessoas jurídicas em processos judiciais que buscam transparência. Contudo, em 2020, as demandas voltaram a crescer, quase atingindo os patamares anteriormente registrados.

7.3 Tempos médios para a tomada da decisão pelos tribunais

Primeiramente, é preciso salientar que, no Brasil, o mandado de segurança e o *habeas data* possuem julgamento prioritário previsto em Lei e são por essas ações judiciais que normalmente se busca o acesso à informações. Contudo, em situações em que o pedido de acesso à informação é acumulado com outras demandas, a ação segue o rito ordinário e não goza de prioridade no julgamento.

Dito isso, conforme tabela abaixo, o tempo médio de julgamento considerando os julgamentos dos recursos em segunda instância dos 3 tribunais federais é de 810 dias, praticamente quatro vezes maior que a média identificada nas Cortes de Apelação norte-americanas. Essa morosidade demonstra a incapacidade do Poder Judiciário prestar um serviço público adequado, pois não raramente as informações perdem seu valor com o passar dos anos, e indica uma falta de capacidade responsiva para o alto número de ações judiciais apresentadas anualmente que vai muito além do acesso à informação.

Além disso, observa-se que essa distorção é causada principalmente pelo TRF da 1ª Região que concentra o maior número de ações judiciais, dada a extensão de sua atuação³⁴³; o TRF da 3ª Região também demonstra uma média de julgamento alta. Apenas o TRF da 2ª Região apresenta um tempo médio minimamente satisfatório, ainda assim distante do registrado nos EUA, cuja média combinada de julgamento é de 203 dias dentro do mesmo intervalo de anos.

³⁴² Vide STF - RE 673707, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 29-09-2015 PUBLIC 30-09-2015). Embora a decisão do STF seja do final de 2015, considerando o tempo necessário para se transitar em julgado, não há dúvidas quanto à morosidade para que as decisões judiciais no Brasil sejam realmente cumpridas, em especial quando se exigem modificações em sistemas informatizados. Acrescente-se que até hoje, mesmo com após a decisão de referência, o STF continua recebendo recursos sobre o mesmo tema, embora sem dúvidas em menor quantidade.

³⁴³ Até em razão desses prazos muito acima da expectativa é que foi criado o TRF6 a partir da cisão do TRF1.

Tabela n. 25 – Tempo médio em dias para julgamento dos recursos dirigidos aos TRFs 1, 2 e 3 em processos sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil entre 2013 e 2020

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	TEMPO MÉDIO EM DIAS PARA TOMADA DE DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NOS PROCESSOS SOBRE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA
TRF1	1.132
TRF2	386
TRF3	997
MÉDIA COMBINADA DOS TRFs 1, 2 e 3	810

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TRF1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Uma observação interessante é que o tempo médio dos recursos recebidos antes da promulgação da LAI e julgados após 2013 é significativamente maior que o dos recursos propostos e julgados após a vigência da LAI. Dessa forma, aparentemente o novo marco normativo contribuiu para a maior celeridade no julgamento dos recursos judiciais. Há, então, uma tendência nos próximos anos, mantidas as demais circunstâncias, de que a média de tempo de julgamento de processos sobre transparência pública diminua:

Tabela n. 26 – Tempo médio em dias para julgamento nos TRFs 1, 2 e 3, antes e depois da vigência da LAI no Brasil, dentro do universo de decisões selecionadas proferidas entre 2013 a 2020

TEMPO MÉDIO PARA DECISÃO EM RECURSOS RECEBIDOS ANTES DE 16/05/2012	TEMPO MÉDIO PARA DECISÃO EM RECURSOS RECEBIDOS A PARTIR DE 16/05/2012
1.993	464

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Evidentemente a média combinada de 464 dias é mais próxima da média de 203 dias dos EUA retro citada.

7.4 Partes litigantes

7.4.1 Demandantes da informação pela via judicial em sede de recurso em segunda instância

Tabela n. 27 – Número de processos judiciais no Brasil por tipo de solicitante, envolvendo o tema transparência e o Poder Executivo federal, com decisão proferida entre 2013 e 2020 pelos TRFs 1, 2 e 3

SOLICITANTES DA INFORMAÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSOS	PERCENTUAL
Cidadão	84	45,65%
Conselho Profissional	2	1,09%
Empresa	72	39,13%
Mídia	3	1,63%
Ente Público	5	2,72%
Ministério Público da União (MPU)	5	2,72%
ONG	3	1,63%
Sindicato	9	4,89%
Universidade	1	0,54%
TOTAL	184	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Conforme tabela acima, os cidadãos constituem o principal grupo que demanda acesso à informação nos Tribunais Regionais Federais em análise; contudo, a participação deles é menos expressiva do que nos EUA, onde correspondem a 56,74% dos recursos. O papel da mídia no Brasil é também menos relevante do que nos EUA; em democracias, sempre se esperava uma presença ativa da mídia na defesa do interesse público, o que não se evidencia no Brasil e indica a possibilidade que a democracia possa se desenvolver neste ponto. A participação das ONGs em recursos de acesso à informação foi muito pequena, praticamente 20 vezes menor do que nos EUA.

Por outro lado, a demanda no Brasil das empresas é muito alta, próxima do volume de pedidos dos cidadãos e muito superior à demanda correlata nos EUA (4,26%). Não há dúvidas de que, no Brasil, essas empresas buscam vantagens tributárias ou econômicas, o que ficará mais evidente ao se apresentar a seguir as informações por elas demandadas.

Ademais, há uma pluralidade de outros demandantes, privados e públicos, que no conjunto são expressivas e não houve equivalência nos EUA. Percebe-se a atuação de

órgãos fiscalizadores do Estado, caso do MPU³⁴⁴, tentando por meio de pedidos de acesso à informação garantir a transparência de registros de interesse social. Interessante citar que, no processo judicial n. 00945461920164025101 em ação ajuizada pelo MPU, o Poder Judiciário reconheceu o direito desse órgão de controle de acessar as informações relativas aos gastos do Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos do Rio 2016, mas ressaltou que a decisão pela disponibilização ampla e geral das informações à sociedade civil caberia ao judiciário.

Observou-se ainda divergência de opiniões entre entes públicos da federação acerca da disponibilidade da informação, em que um deles quer acesso à informação do outro. Ou seja, houve nos processos judiciais em discussão litígios entre entes da federação em que um deles desejava acessar informação que por outro era negada; por exemplo, no processo judicial n. 00108736920064013400, o estado de Roraima ajuizou ação judicial contra a União Federal a fim de conseguir acesso às informações sobre a demarcação da terra indígena Raposa/Serra do Sol³⁴⁵. Situações como essas aconteceram nos EUA e são, no mínimo, estranhas e atentatórias aos princípios republicanos; deveria de haver colaboração no compartilhamento de informações entre os entes da federação em diversas situações, a área ambiental seria uma delas.

Tal como nos EUA, houve casos de LAI reversa, em que uma instituição pública ingressa em juízo tentando manter o sigilo da informação. Nesse sentido, citem-se os processos n. 00034351520134036108, n. 10014936820164010000 e 01053907320144020000. Este último caso é particularmente interessante; nele familiares do falecido Cyro Guedes Etchegoyen, apontado por testemunhas na Comissão Nacional da Verdade como o militar responsável por torturar e matar diversos presos políticos no período da ditadura, ingressaram em juízo tentando impedir o acesso à informação de seu assentamento funcional que estavam na posse do Exército brasileiro (este órgão também não desejava a publicidade dessas informações). Na primeira instância, o sigilo foi mantido, mas o Poder Judiciário reverteu parcialmente, em sede de liminar, a decisão, de

³⁴⁴ O MPU nesse caso atua como parte autora requerendo informações de interesse coletivo ou difuso. Mas também existe a possibilidade dele atuar como fiscal da Lei nos processos judiciais, apenas emitindo opinião. Nos 2 casos, acredita-se que o papel desempenhado pelo MPU poderia ter sido mais significativo, já que em diversos processos judiciais esse órgão sequer se manifestou. Por outro lado, destaca-se que o MPU não atua na defesa do interesse meramente particular, como ocorreu no processo judicial n. 00316374720164025001: “O Ministério Público Federal entendeu ser caso de não intervenção no processo (fls. 256).”

³⁴⁵ Outro caso de litígio envolvendo instituições públicas ocorreu no processo n. 00103693020154013600, em que uma universidade federal ajuizou ação judicial contra a União federal.

modo a disponibilizar informações com base no argumento de que não se pode ocultar da sociedade violações contra os direitos humanos, conforme previsto nos artigos 21 e 31, § 3º, incisos IV e V, ambos da Lei de Acesso à Informação³⁴⁶.

7.4.2 Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial por negarem o acesso à informação

Tabela 28 - Instituições públicas que foram acionadas na segunda instância judicial dos TRFs 1, 2 e 3 por negarem acesso à informação com decisão publicada entre os anos de 2013 e 2020

ÓRGÃO QUE DETÉM A INFORMAÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSOS	PERCENTUAL
Agência Nacional de Mineração	2	1,09%
ANATEL	2	1,09%
ANVISA	4	2,17%
Banco do Brasil	1	0,54%
BNDES	4	2,17%
CADE	1	0,54%
Caixa Econômica Federal	7	3,80%
Comando do Exército	5	2,72%
Comando da Marinha	4	2,17%
Comando da Aeronáutica	5	2,72%
Comissão Nacional de Energia Nuclear	1	0,54%
Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos	1	0,54%
Conselhos Profissionais	10	5,43%
Fundação Getúlio Vargas	1	0,54%
FNDE	1	0,54%
FUNAI	1	0,54%
FUNASA	1	0,54%
IBAMA	1	0,54%
ICMBIO	1	0,54%
INCRA	3	1,63%
INEP	2	1,09%
INSS	26	14,13%
IPHAN	1	0,54%
MAPA	1	0,54%
MEC	1	0,54%
Ministério da Fazenda	64	34,78%

³⁴⁶ A decisão manteve o sigilo apenas de “punições, registros médicos e dados de familiares”.

Ministério da Justiça	1	0,54%
Ministério da Saúde	3	1,63%
Ministério das Minas e Energias	1	0,54%
MPOG	2	1,09%
Ministério do Trabalho	3	1,63%
Ministério do Desenvolvimento	1	0,54%
Ministério das Relações Exteriores	1	0,54%
Petrobras	1	0,54%
Polícia Federal	5	2,72%
SUSEP	2	1,09%
UNIVERSIDADES	13	7,07%
TOTAL	184	100,00%

Fonte: gráfico elaborado pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Embora no Brasil se admita, com base na legislação vigente, demandas de acesso para instituições privadas, inclusive empresas estatais³⁴⁷, as demandas de acesso à informação foram dirigidas precipuamente a instituições públicas da administração direta e indireta. Basicamente, no Brasil, a demanda se concentra em duas instituições públicas, o Ministério da Fazenda e o INSS, como decorrência na verdade das informações que são consideradas relevantes pela sociedade, mas em tese são negadas.

Note-se que os órgãos do sistema de inteligência brasileiros são muito pouco acionados se comparados aos EUA; por exemplo, os 3 Comandos militares negaram acesso à informação, no âmbito administrativo, em 19 situações que se tornaram recursos de segunda instância no Poder Judiciário; no conjunto, o total é expressivo, embora não sejam os principais órgãos demandados. Mas, nos EUA, no âmbito da segunda instância do Poder Judiciário federal norte-americano, somente o Departamento de Justiça foi parte 42,62% de todos os recursos de acesso à informação envolvendo o Poder Executivo federal. Isso estaria, ao menos numa análise isolada do dado, indicando que no Brasil as informações demandadas não teriam a mesma natureza sensível que nos EUA, por exemplo, não seriam informações estratégicas para a manutenção da posição de poder no

³⁴⁷ Houve apenas um processo movido por ente público contra instituição particular visando o acesso à informação; no processo judicial n. 00034351520134036108, uma câmara municipal conseguiu por meio de mandado de segurança o acesso a "informações e documentos necessários à apuração de denúncia perpetrado contra o Vereador Afonso Alcides Fogaça", são mais especificamente "informações relativas ao curso, carga horária e frequência do aluno" e endereço. Ressalte-se que essa decisão cita expressamente a LAI como seu fundamento para concessão das informações. Oportunamente, cite-se o processo judicial n. 00018788020084025110, no qual o acórdão menciona particularidade do uso do *habeas data*: "Entendo que a informação a ser conhecida por meio do writ é aquela de que tenha posse a entidade governamental, podendo, além disso, ser aquela constante de entidades privadas, desde que presente o caráter público, isto é, podendo ser transmitida a terceiros."

sistema internacional. De outra via, o fato das instituições mais demandadas serem o Ministério da Fazenda e o INSS podem dizer muito sobre o nível da democracia brasileira, o que será posteriormente discutido.

Ademais, observa-se que o número absoluto de instituições acionadas nos EUA é menor que no Brasil, reflexo do maior número de demandas apresentados nos tribunais brasileiros dentro do mesmo período.

7.5 Temas objeto de solicitação de acesso à informação

Tabela n. 29 – Tema objeto de solicitação de acesso à informação nos TRFs 1, 2 e 3 com decisões proferidas entre 2013 e 2020

TEMA OBJETO DE ACESSO À INFORMAÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSOS	PERCENTUAL
Benefício Previdenciário	29	15,76%
Controle da Conduta de Servidores	1	0,54%
Demarcação de terras indígenas	1	0,54%
Ditadura Militar	1	0,54%
Economia	22	11,96%
Educação	6	3,26%
Esporte	1	0,54%
Habitação	3	1,63%
Meio Ambiente	2	1,09%
Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações	25	13,59%
Saúde	6	3,26%
Topografia e subsolo	4	2,17%
Trabalho	24	13,04%
Tributos	59	32,07%
TOTAL	184	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

De uma forma geral, há predomínio de temas ligados à área econômica, aqui considerados os tributos com 32,07% e a economia em sentido estrito com 11,96%, perfazendo um total de 44,03%. Essa demanda principal da sociedade brasileira nos TRFs difere fundamentalmente das demandas às Cortes de Apelação norte-americanas, em que o tema economia compreendeu 7,09% dos pedidos de acesso à informação e estava focado no orçamento público e não em questões de interesse precipuamente empresarial.

Nos EUA, a fiscalização, investigação e punição de particulares constituíram 39,01% de todos os recursos apresentados na segunda instância, sendo a principal demanda dessa sociedade. No Brasil, também há relevante demanda de informações referente a fiscalização, investigação e punição de particulares, com 13,59%, o que demonstra os problemas que as democracias têm ao lidar com a tensão entre sigilo e transparência, uma vez que esses procedimentos visam justamente a garantia da lei e da ordem, mas exigem a transparência para a garantia do controle social da conduta dos agentes públicos e do direito fundamental da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, observa-se no Brasil pedidos básicos de acesso à informação vinculados a outros direitos fundamentais, situação aparentemente coerente com uma democracia distante de ser plena, tais como demandas sobre benefícios previdenciários, trabalho, habitação, educação e saúde que, somados, correspondem a 36,95%. Aqui é importante repisar que, sem informação, raramente é viável que o cidadão possa exercer seus direitos fundamentais. Essas demandas não têm correspondência com as identificadas nos EUA, mas as de lá muitas vezes também não guardam identidade com as brasileiras.

Há pedidos de acesso à informação que versam sobre temas muito específicos do Brasil, tais como a demarcação de terras indígenas, a ditadura militar, a exploração minerária³⁴⁸, embora o número dessas demandas seja baixo.

Além disso, mencione-se que houve diversos processos judiciais que discutiram, como pano de fundo, questões afetas à Política Externa, mas foram distribuídas nas categorias da tabela acima pelo melhor enquadramento, tais como: Operações de financiamento do BNDES (inclusive multinacionais e países estrangeiros), organização dos Jogos Rio-2016, prática de corrupção transnacional por funcionários da Petrobras envolvendo a SBM Offshore, inspeção internacional para emissão de certificação de boas práticas, a existência de tortura durante a ditadura militar, demarcação de terras indígenas, georreferenciamento de área rural, concessão de exploração mineral, cursos de qualificação de militares brasileiros em países estrangeiros, médicos cubanos no Programa Mais Médicos, emissão de laudo ambiental, infrações trabalhistas decorrente

³⁴⁸ Em relação ao subsolo, destaca-se que nos processos judiciais n. 00175813320094013400 e n. 00163888020094013400 visando o acesso por terceiros a processos administrativos minerários de outorga de exploração minerário, o Poder Judiciário garantiu o acesso parcial, nos seguintes termos: "assegurou ao DNPM a supressão de dados/informações de ordem técnica, financeira e/ou econômica, cuja publicidade possa colocar em risco o direito de propriedade industrial, o interesse social, a garantia do desenvolvimento tecnológico e econômico do país, a livre concorrência e/ou a inviolabilidade de dados financeiros e econômicos privados."

de trabalho de menores de idade, propriedade intelectual sobre a avaliação da eficácia de remédios, acidente com aeronave militar, investigação sobre cartel formado por empresas multinacionais, recolhimento de tributos de empresas internacionais e exportadoras (tais como Gerdau, White Martins, Hotéis Othon e H. Stern). Há, ainda que indiretamente, diversos temas que se ligam aos Direitos Humanos e a Democracia, tais como anistia de militares, promoção de militares etc.

7.6 Das decisões judiciais

7.6.1 Das liminares

Tabela n. 30 – Quantidade de liminares concedidas na primeira instância recursal em processos de transparência envolvendo o Poder Executivo federal do Brasil de 2013 a 2020

TRIBUNAL FEDERAL	LIMINARES CONCEDIDAS EM FAVOR DA TRANSPARÊNCIA	LIMINARES CONCEDIDAS PARCIALMENTE EM FAVOR DA TRANSPARÊNCIA	LIMINARES NÃO CONCEDIDAS EM FAVOR DA TRANSPARÊNCIA
TRF1	34	4	31
TRF2	11	2	56
TRF3	12	1	33
TRFs 1, 2 e 3	57	7	120
PORCENTAGEM TOTAL	30,98%	3,80%	65,22%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

A tabela acima demonstra que os juízes brasileiros têm errado na condução dos processos de acesso à informação. Nos EUA, liminares para se acessar informação não são concedidas, o que guarda plena coerência com o fato desse tipo de decisão em processos de acesso à informação serem irreversíveis. Dito de outra forma, uma liminar que concede informação exaure no início do processo todo o objeto de uma ação judicial, já que consolida uma situação fática de forma irreversível, se equivalendo a uma decisão final do Poder Judiciário e retirando a competência das autoridades que em tese poderiam apreciar um eventual recurso. Nesse sentido, cite-se menção ao erro no processo n.

10001720420184013823: "incide na hipótese a constatação de que a liminar deferida no início da lide teria exaurido a finalidade da pretensão, razão pela qual reconheço a configuração de situação de fato consolidada"³⁴⁹. Neste caso, inclusive, o TRF era contrário à concessão da informação, mas não tinha de fato meios para reverter a liminar já cumprida. No mesmo sentido, no processo judicial n. 10023315920174013400, ficou consignado que "é provável que já tenha sido oportunizado à impetrante o acesso aos documentos requeridos, devendo ser mantida, portanto, a situação de fato consolidada." No processo judicial n. 10014936820164010000, esse mesmo erro foi reportado pela segunda instância, evidenciando o prejuízo para que o TRF pudesse exercer sua competência revisional:

em razão do prazo fixado para cumprimento da decisão administrativa e da data em que ocorreu a apreciação do pedido de antecipação da tutela recursal, **o acesso à informação já deve ter sido garantido**, tendo, portanto, a parte interessada o acesso às informações desejadas, **tornando inócua eventual decisão proferida em sentido contrário**. – Destaques nossos.

Quando a informação é dada liminarmente, em tese nem seria necessária a reavaliação do caso pelo tribunal, já que a decisão não é reversível; mas no Brasil existe a denominada remessa necessária, em que o próprio juiz monocrático encaminha o processo judicial para reanálise devido a uma obrigação legal de sua decisão ser ratificada. Daí porque nesses casos em que a liminar foi deferida, os TRFs apenas confirmam o que já se consumou. Por exemplo, o TRF no processo judicial n. 00127554520154036100 decidiu que: "Portanto, a sentença que confirmou a medida liminar que concedeu vista aos impetrantes do processo administrativo *sub judice* deve ser mantida por seus próprios fundamentos".

Assim, no Brasil, constatou-se a prática equivocada de se conceder a informação por liminares, logo no início do processo e antes mesmo da fase de produção de provas; espantosos 35% dos processos avaliados tiveram deferimento de medida liminar para concessão da informação em parte ou na íntegra. Além de ignorar o caráter irreversível da medida, essas decisões se baseiam muito mais numa suposta plausibilidade do direito de acesso do demandante do que na urgência da medida, outro requisito legal em tese indispensável.

³⁴⁹ Igualmente sinalizando o erro na concessão da liminar, vide a decisão do TRF no processo judicial n. 00014484920104013603: "a situação da impetrante restou consolidada, ante a concessão da liminar em mandado de segurança em 2010 (fls. 14/15), confirmada em sentença."

Causa mais espanto em saber que corriqueiramente as liminares foram concedidas sem sequer escutar as alegações do Poder Executivo federal, o qual detinha a informação³⁵⁰ e administrativamente insistiu quanto ao seu caráter sigiloso. Ainda que se possa aventar que as informações requeridas em todas essas situações fossem públicas de fácil constatação ou que a parte que desejava acesso à informação pessoal era o próprio titular dela, nada justifica a subtração da competência dos tribunais em grau de recurso. Para além disso, tornar essa prática uma rotina é não reconhecer o valor da informação na sociedade atual e desconsiderar a possibilidade de que o juiz pode, eventualmente, errar e deferir a disponibilização de informações que de fato mereciam ser protegidas.

Aqui cabe citar ainda que, ao contrário dos EUA em que as demandas judiciais de acesso à informação são antigas, os tribunais brasileiros ainda estão fixando a interpretação majoritária da LAI e se acostumando com as regras nacionais. O erro aparece percentualmente mais concentrado no TRF1, mas isso acontece principalmente pelo maior número absoluto de processos e recursos recebidos nesse tribunal. Mesmo que em diversos casos a decisão liminar realmente estivesse correta em seu conteúdo e que realmente seria evidente o direito de acesso do demandante, esses elevados percentuais de concessão de liminares indicam uma falha grave do Poder Executivo, já que diversos casos não deveriam ter sido submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Mas a verdade é que, muito mais que um erro do juiz federal, a prática da concessão das liminares demonstra a convicção do Poder Judiciário federal de que as informações demandadas são públicas, sendo que essa certeza é tão grande que sua concessão é feita sem ouvir o detentor da mesma e já no início do processo. Isso diz muito sobre a qualidade da transparência brasileira ao menos no âmbito dos pedidos de acesso à informação pela via administrativa.

7.6.2 Das sentenças e dos acórdãos

No Brasil, considerando os 184 casos estudados, em apenas dois deles (1,09%), a análise judicial das informações demandadas (revisão em câmara) foi feita pelo Poder Judiciário antes da tomada de decisão (processos de n. 00170387520084025101 e 0020127552009403610); em ambos os processos, o pedido foi parcialmente deferido e a

³⁵⁰ Por exemplo, no processo judicial n. 50006739020174036110, o Poder Judiciário determinou a entrega da informação em sede de liminar sem sequer ouvir o Poder Executivo.

análise do documento demandado nessas situações foi realizada diretamente pelo juiz, sem qualquer tipo de auxílio técnico ou participação direta do demandante, conforme discrimina a tabela abaixo:

Tabela n. 31 – Processos em que houve análise documental pelos TRFs 1, 2 e 3 antes da prolação da decisão

TOTAL DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS FEDERAIS	REALIZAÇÃO DA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES PELO JUDICIÁRIO ANTES DA TOMADA DE DECISÃO	NÃO REALIZAÇÃO DA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES PELO JUDICIÁRIO ANTES DA TOMADA DE DECISÃO
184	2	182

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Não é que essa análise do documento tenha que ser feita em todos os casos, mas ao menos naqueles casos em que a versão das partes quanto ao conteúdo do objeto demandado é justificadamente diferente, seja em conteúdo ou sensibilidade, a análise deveria ser feita; chama a atenção que raramente a avaliação documental prévia a tomada de decisão de disponibilizar ou negar acesso tenha sido realizada, já que as versões das partes sobre os documentos em regra foram diferentes. Vale lembrar que nos EUA a análise documental foi realizada 17 vezes (12,23%), número maior em termos absolutos e relativos que no Brasil, situação potencialmente explicada pela maior complexidade dos assuntos tratados pelas Cortes norte-americanas, enquanto no Brasil a própria percentagem alta de concessão de liminares já indica justamente o contrário, com prevalência de casos mais simples.

Mesmo nos 2 únicos casos em que a informação foi avaliada pelo juiz brasileiro, deve-se questionar sua capacidade para avaliar a sensibilidade da informação, questão que pode ser de natureza técnica além do domínio meramente jurídico.

Dito isso, no Brasil, tal como nos EUA, o Poder Judiciário entende que as alegações do Estado se presumem verdadeiras, cabendo ao particular interessado demonstrar que elas são falsas, o que evidentemente transfere ao hipossuficiente um ônus enorme. Enfim, nessas situações em que a informação já foi negada no âmbito administrativo, a negativa praticamente não é contestada, pois a parte demandante em regra não conhece as informações básicas do documento para poder embasar seu pedido

judicial de acesso e, pela falta da existência de uma análise mais criteriosa pelo juiz, não consegue reverter uma presunção de sigilo que, de fato, contraria o sub-regime internacional de transparência.

Na prática, então, no Brasil, o Poder Judiciário foca sua análise nas declarações apresentadas em juízo pelo Poder Executivo, as quais sequer são feitas por especialistas, raramente são feitas em audiência e com compromisso de dizer a verdade perante o juiz. Em regra, no Brasil, a negativa de acesso é feita por advogado público que nem teve acesso ao documento supostamente sigiloso. Por isso, de forma semelhante aos EUA, não restam dúvidas que os tribunais brasileiros dão grande valor às alegações do Poder Executivo federal, sem confirmar se o documento demandado realmente se adequa às alegações, o que se confirma pelo considerável número de negativas de recursos pelos TRFs que será apresentado adiante.

Frise-se que dar alta credibilidade às declarações não implica necessariamente a manutenção do sigilo; apenas se considera que a motivação e a descrição sejam reais, embora possam eventualmente ser insuficientes. Contudo, há casos em que, ao não avaliar os documentos demandados, as sentenças acabaram por não resolver o problema concreto de estabelecer quais informações devem ser concedidas e quais devem ser negadas; diversas sentenças são, assim, cheques em branco, como por exemplo no processo judicial n. 00080026320114013603 em que a decisão foi extremamente vaga ao deferir o acesso à informação: “garantindo ao impetrante o direito de obter as cópias pretendidas, independentemente de ser ele representante ou não das partes do processo administrativo e **desde que este não tramite sob sigilo**”. – Destaque nosso. Há diversos outros casos como esse, tais como o processo judicial n. 00776710820154025101, em que o Poder Judiciário não define o que efetivamente é sigiloso, deixando a interpretação do que deve ser disponibilizado para o Poder Executivo federal. De forma semelhante, no processo judicial n. 50000268120164036126 e com base na autonomia administrativa, o Poder Judiciário entendeu que somente a universidade federal demandada pode decidir o que é sigiloso ou não, esvaziando por completo a competência do Poder Judiciário de pôr fim a lide. Cite-se discussão a respeito dessas falhas detectadas pelo TRF nos autos do processo judicial n. 00202258620114025101, em que um dos desembargadores foi voto vencido ao propor deixar a definição do que seria sigiloso para interpretação do Poder Executivo federal quando do cumprimento da decisão:

Quanto à alegada dúvida ou obscuridade acerca da natureza condicional do voto vencido, tal aspecto evidentemente se referia à forma como foi ressalvada a liberação dos documentos, condicionada à futura demonstração de que tais documentos ou dados violariam ou não o sigilo dos seus titulares, **postergando, para a fase de cumprimento do julgado, o exame que já deveria ser feito desde agora.**

Ora, se os Impetrantes alegam que tais documentos devem ser fornecidos ao público, e o Impetrado afirma que são sigilosos e não podem ser divulgados, este é exatamente o mérito do mandado de segurança, e dizer simplesmente que podem ser exibidos os relatórios, ressalvados os dados porventura sigilosos, é o mesmo que nada julgar, deixando as partes exatamente na mesma situação que estavam antes, para, posteriormente, reabrir toda a discussão do que seria, ou não, sigiloso dentro de tais relatórios. **Esse foi o aspecto condicional refutado,** ou seja, de que não poderia o julgado ser condicionado à futura discussão de qual seria o conteúdo sigiloso ou não. O texto do voto é claro neste aspecto: tudo deve ser exibido, sob as penas da lei. **Não há meio termo. Não há sigilo.** – Destaques nossos.

Dito isso, por exceção das negativas de acesso à informação sem qualquer justificativa plausível apresentada pelo Poder Executivo federal na via administrativa, o que parece ser o caso dos processos em que as liminares foram equivocadamente concedidas, a concessão das informações sem analisá-las primeiramente parece ser mais do que um erro processual, mas um grave equívoco que poderia se caracterizar com um vazamento de informações. Então, o baixo percentual de análise documental é preocupante, pois indica que ou existem negativas de acesso completamente desarrazoadas ou o Poder Judiciário não atua com a devida cautela. No caso do Brasil, reitera-se que tudo indica que a primeira alternativa é mais crível, conforme será detalhado na análise dos pedidos formulados em grau de recursos e nos argumentos utilizados, mas, mesmo assim, isso não justifica a concessão da liminar.

A análise dos tipos de decisão tomadas pelo juízo de primeira instância reforça a tese de que há um relevante percentual de erros grosseiros por parte do Poder Executivo federal, conforme tabela abaixo, a qual revela que em aproximadamente 60% dos processos o acesso é totalmente concedido pela primeira instância do judiciário sem sequer avaliar o documento demandado:

Tabela n. 32 - Tipos de sentença em que houve recurso para os TRFs 1, 2 e 3 envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

TIPO DE DECISÃO	JUIZ FEDERAL	PERCENTUAL
Acesso Concedido	109	59,24%

Acesso Parcialmente Concedido	12	6,52%
Acesso Não Concedido	61	33,15%
Perda do Objeto	1	0,54%
Perda Parcial do Objeto	1	0,54%
TOTAL	184	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Os quase 60% de decisões de acesso integralmente concedidos pela primeira instância do judiciário no Brasil contrastam com os 7,19% dos EUA. Se forem consideradas as situações de concessão integral e parcial na primeira instância, bem como as situações de perda do objeto, há 66,84% de decisões favoráveis aos particulares na primeira instância do Poder Judiciário brasileiro, percentual maior que nos EUA (40,29%).

A perda do objeto no Brasil é mínima, principalmente se comparada aos 25,18% das Cortes de Apelação dos EUA. O percentual de “perda do objeto” nas instâncias administrativas, como a CGU, é muito mais elevado (mais de 30%) em razão da atividade de conciliação desenvolvida. Embora haja previsão na legislação brasileira, parece que os TRFs não se dedicam muito a mediação ou conciliação, principalmente porque um percentual tão elevado de decisões favoráveis à transparência no Brasil indica espaço para uma realização efetiva de resoluções negociadas.

A não concessão da informação, em 33,15%, por si só não é um problema, pois poderia estar em conformidade com o dever do Estado de proteger a informação. Contudo, mais adiante será feita uma avaliação qualitativa dessas negativas, a fim de que se verifique se elas têm fundamento legal e se estão dentro da expectativa democrática.

Nos 184 casos analisados no Brasil, em que houve recurso pelo interessado em acessar a informação ou pelo que deseja sua proteção, as decisões dos TRFs podem ser sintetizadas da seguinte forma:

Tabela n. 33 – Tipos de acórdão em que houve recurso para os TRFs 1, 2 e 3 envolvendo pedidos de acesso à informação contra o Poder Executivo federal com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

TIPO DE DECISÃO	TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	PERCENTUAL
Acesso Concedido	132	71,74%

Acesso Parcialmente Concedido	13	7,07%
Acesso Não Concedido	36	19,57%
Perda do Objeto	2	1,09%
Perda Parcial do Objeto	1	0,54%
TOTAL	184	100,00%

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados do TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Os TRFs tiveram uma tendência favorável à transparência na medida em que 78,81% das decisões foram para a disponibilização integral ou parcial das informações; os TRFs foram mais adeptos à transparência do que os juízes nacionais. Tal como na primeira instância, a perda de objeto se manteve insignificante. Dessa forma, em seu conjunto, os TRFs no Brasil foram francamente mais pró transparência do que as Cortes de Apelação dos EUA (25,18%, compreendendo a disponibilização integral e parcial das informações). Mesmo considerando o relevante percentual de perda do objeto nos EUA e o pequeno no caso do Brasil, os TRFs brasileiros tiveram um percentual de decisões mais favoráveis à transparência que as Cortes de Apelação norte-americanas, frisando que esse dado por si só não revela que a política pública de transparência seja melhor ou mais eficiente que a do outro país.

Sobre a revisão das decisões em sede de segunda instância, o alto número de liminares concedidas tende a exaurir a competência dos TRFs, de modo a aumentar o percentual de manutenção das decisões da primeira instância (81% das decisões dos TRFs), o que se evidencia no quadro abaixo:

Tabela n. 34 – Quantidade de decisões mantidas e revistas pelos TRFs 1, 2 e 3 sobre transparência pública envolvendo o Poder Executivo federal brasileiro com decisão na segunda instância entre os anos de 2013 e 2020

TOTAL DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS FEDERAIS	REVISÃO PRO TRANSPARÊNCIA	REVISÃO CONTRA TRANSPARÊNCIA	MANUTENÇÃO DA DECISÃO ORIGINAL
184	30	5	149

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

A taxa de revisão é de somente 19%, próxima a dos EUA (22,30%) sendo que neste seletor grupo de recursos 85,7% das decisões foram a favor da transparência, percentual superior ao dos EUA (67,74%).

7.7 Dos argumentos utilizados pelas partes e pelos magistrados

A tabela abaixo indica a presença e discussão de argumentos usados pelo Poder Executivo federal ou pelo próprio Poder Judiciário para se negar o acesso à informação; não se trata de uma indicação de prevalência nos TRFs, apenas de presença do argumento nos recursos de segunda instância, os quais serão qualitativamente avaliados em momento posterior. A quantidade de argumentos utilizados, por outro lado, isso é muito significativo, pois mostra quais argumentos têm prevalecido nas instâncias administrativas e revelam em parte a estratégia da negativa de acesso à informação no Brasil:

Tabela n. 35 – Argumentos registrados para manutenção do sigilo nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelos TRFs 1, 2 e 3 proferidas entre os anos 2013 e 2020

ARGUMENTO CONTRA O ACESSO À INFORMAÇÃO	QUANTIDADE DE VEZES EM QUE O ARGUMENTO FOI UTILIZADO NOS PROCESSOS	PERCENTUAL
Informação Pessoal	32	9,70%
Indisponibilidade da informação	11	3,33%
Não aplicação da LAI	8	2,42%
Necessidade de motivação do pedido	18	5,45%
A justificativa para a negativa não apresentada pelo Poder Executivo federal	37	11,21%
Sigilo empresarial	10	3,03%
Sigilo Tributário e Fiscal	22	6,67%
Erros formais	42	12,73%
Demandante já possui a informação	29	8,79%
Momento Inadequado	6	1,82%
Uso exclusivamente interno	29	8,79%
Tolhimento da capacidade de investigação	7	2,12%
Pedido Desproporcional	13	3,94%
Pedido Desarrazoado	16	4,85%
Pedido genérico	2	0,61%

Precariedade da informação	13	3,94%
Risco a segurança da sociedade ou do Estado (informação classificada)	6	1,82%
Não teria havido negativa de acesso à informação	18	5,45%
Sigilo judicial ou profissional do advogado	2	0,61%
Sigilo bancário	3	0,91%
Quebra de isonomia	3	0,91%
Outros	3	0,91%
TOTAL	330	100,00%

* Observa-se que o número de argumentos é superior a quantidade de processos judiciais analisados, já que podem ser invocados mais de 1 argumento pelo sigilo em cada processo judicial.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

A análise dos argumentos para a negativa tem vínculo direto com a argumentação apresentada pelo interessado no acesso à informação, de modo que se apresenta desde já a tabela que consolida os argumentos a favor da transparência:

Tabela n. 36 - Argumentos registrados em favor do sigilo nas decisões sobre transparência pública do Poder Executivo federal proferidas pelos TRFs 1, 2 e 3 proferidas entre os anos 2013 e 2020

ARGUMENTO A FAVOR DO ACESSO À INFORMAÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSO EM QUE FOI UTILIZADO	PERCENTUAL
Extrapolado prazo razoável para resposta do Estado	7	3,10%
O titular da informação é o demandante	113	50,00%
Tutela de Direito Fundamental	27	11,95%
Controle social de Recursos Públicos	11	4,87%
Controle social de agente público	6	2,65%
Contraditório e ampla defesa	29	12,83%
Direito a verdade	2	0,88%
moralidade administrativa	4	1,77%
Não apresentado	2	0,88%
Princípio da Máxima Transparência	13	5,75%
supremacia do interesse público	2	0,88%
Violação de Direitos Humanos	1	0,44%
Outros	9	3,98%
TOTAL	226	100,00%

* Observa-se que o número de argumentos é superior a quantidade de processos judiciais analisados, já que podem ser invocados mais de 1 argumento pela transparência em cada processo judicial.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

A partir da análise isolada e conjunta das duas tabelas podem ser feitas diversas constatações. Com 12,73%, o principal argumento apresentado para se negar acesso à informação é a existência de erros formais, seja no processo administrativo ou judicial. Nessa categoria, existem diversos tipos de erros, tais como as alegações de inadequação da via eleita³⁵¹, não esgotamento das instâncias administrativas (canal especial administrativo não utilizado)³⁵², inovação na apelação, litispendência, coisa julgada judicial ou ilegitimidade do requerente. Houve prevalência do sigilo com base nesses argumentos quando a situação fática foi efetivamente comprovada³⁵³. Nos EUA, esse argumento marcou 6,58% do total de argumentos analisados, percentual significativamente menor. Ademais, ao contrário dos EUA em que a alegação de

³⁵¹ Interessa repisar que nos EUA o acesso à informação é garantido basicamente por uma ação cível, enquanto no Brasil há diversos tipos diferentes de ações que podem garantir o acesso à informação, tais como a ação ordinária, a ação civil pública, a ação cautelar, o mandado de segurança, a ação popular e o *habeas data*. Excepcionalmente, até o *habeas corpus* poderia ser uma via para se conseguir o acesso à informação. Cada uma dessas ações tem suas vantagens e desvantagens: o mandado de segurança e o *habeas data* são céleres e fungíveis entre si, mas o primeiro não tem dilação probatória e tem prazo de 120 dias para propositura. O *habeas data* tem um escopo mais limitado, pois somente podem ser demandadas por esse meio informações que compõem banco de dados públicos, mas por outro lado possibilita produção probatória mais profunda. A ação cautelar visa garantir uma demanda principal diferente do mero acesso a informação, daí porque costumadamente o Poder Judiciário demanda a motivação dessa ação. A ação popular permite a anulação do ato dentro do mesmo procedimento e a ordinária, embora seja a mais lenta das ações, permite a cumulação do pedido de acesso à informação com qualquer outra demanda. A ação civil pública é exclusiva do Ministério Público e tem a vantagem de beneficiar uma coletividade e ser acumulável com outros pedidos dentro do mesmo rito. Muitos erros formais no Brasil aconteceram porque o interessado ajuizou a ação incorreta, o que acarreta a extinção do processo sem apreciação do pedido. Apenas excepcionalmente haveria fungibilidade entre essas ações: “nos casos de dúvida objetiva, a jurisprudência tem admitido a fungibilidade entre o *habeas data* e o mandado de segurança, como forma de privilegiar a instrumentalidade das formas e a econômica processual.” Processo judicial n. 10086223220184013500.

³⁵² Saliente-se ainda que aqui estão compreendidos erros de escolha no canal administrativo para se acessar a informação ou o seu não uso. Por exemplo, no processo judicial n. 00066143720094025101, “A sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito com fundamento na inadequação da via eleita, eis que, não tendo sido decidido o pleito autoral em sede administrativa, admissível seria apenas o mandado de segurança.” A negativa foi mantida pelo TRF.

³⁵³ O argumento do canal especial é bem simples, conforme exposto no processo judicial n. 00316374720164025001: “Nota-se, portanto, que não houve recusa da autoridade, mas esclarecimento sobre a via adequada para apresentação e atendimento do requerimento apresentado. Não há informações nos autos de que o impetrante tenha seguido as orientações da autoridade e, ainda assim, lhe tenha sido negado o acesso pretendido.” Em complemento, cite-se o processo judicial n. 00759360320164025101 “Em que pese não ser exigível o prévio exaurimento da via administrativa, sob pena de violação do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, é razoável que se faça uso a princípio do requerimento administrativo, e que a pretensão nele veiculada seja resistida, para que só então esteja configurado o conflito de interesse entre as partes.”

inadequação do tipo de ação judicial proposta compreendeu apenas 0,94% dos casos, a alegação de inadequação da via eleita no Brasil foi mais significativa nessa categoria, decorrente do excesso de formalismo para se acessar informações pela via judicial e a multiplicidade de procedimentos diferentes.

Com presença em 11,21% do total de argumentos analisados, não houve menção de qualquer justificativa para se negar acesso à informação. Ou de fato o Poder Executivo não apresentou qualquer argumento, ou o argumento era tão fraco e inconsistente a ponto do Poder Judiciário sequer mencioná-lo em suas decisões. Nesse grupo de processos, em todos os recursos o Poder Judiciário concedeu a informação e não poderia ser diferente, já que o ônus de provar o sigilo é do Estado, coerentemente com a Lei Modelo de Acesso à Informação e com a LAI. Nesse sentido, cite-se o processo judicial n. 10083294220164013400 como exemplo³⁵⁴:

A apreciação do pedido liminar foi postergada para após as informações, mas **o prazo transcorreu sem resposta.**" (...) "No caso concreto, de fato, ao arrepio da lei, aferido atraso injustificado da autoridade Impetrada na disponibilização das cópias requeridas pelo Sindicato Impetrante. Assim, não havendo escusa fática quanto ao excesso de prazo, prevalece o direito subjetivo da parte autora em ter seu procedimento administrativo analisado sob o manto da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88). – Destaque nosso.

Já no processo judicial n. 00031582220164036325, ficou consignado que o Departamento de Polícia Federal "sequer apresentou os motivos pelos quais tais documentos seriam sigilosos, [sendo] de rigor o acolhimento da pretensão autoral", que no caso era processado administrativamente por supostas infrações. Essa situação de omissão e inexistência de argumentos para manutenção do sigilo revela uma incoerência muito grande por parte do Poder Executivo federal e indica que há sérios problemas de negativas no âmbito administrativo que não são revistas pela falta de judicialização das demandas. Nos EUA, vale lembrar que todos os pedidos foram justificados. Além disso, a inexistência de justificativa para o sigilo explica algumas das perdas de objeto identificadas neste estudo, como por exemplo o processo judicial n.

³⁵⁴ Houve registro específico da não manifestação do Poder Executivo em diversos processos; citem-se por exemplo os processos judiciais n. 00029861320104013200, n. 01364138920164025101, n. 00346484520084013400, 01084400820154025001 e n. 10030890920154013400, sendo que deste último se destaca o seguinte trecho: "A autoridade não apresentou qualquer dado ou justificativa em suas informações para a demora ou recusa no fornecimento da cópia integral do processo administrativo."

50276678820174036100, e revela gastos em tese desnecessários com o acionamento do Poder Judiciário.

Além disso, com 9,7%, observa-se o argumento de negar acesso à informação em razão de se tratar de informação pessoal tem relevância; como será visto adiante, esse argumento é corriqueiramente usado contra o próprio sujeito ao qual a informação se refere, isto é, seu suposto titular. No Brasil, o argumento de se negar em razão da natureza pessoal da informação foi particularmente forte nos processos administrativos, embora também tenha sido oposto judicialmente e muitas vezes revertido. Sendo informação pessoal de terceiros, o sigilo em regra prevaleceu sobre a transparência nas instâncias administrativas e judiciárias³⁵⁵. Por exemplo, no processo judicial n. 00228805320164013300, o Estado negou acesso às provas de uma candidata em concurso público aprovada em primeiro lugar sob o argumento de que suas respostas seriam informação pessoal, ainda que sua divulgação não causasse qualquer dano à imagem da candidata e fosse importante para o controle social dos certames públicos. Contudo, quando a informação pessoal se referia ao próprio demandante o Poder Judiciário reverteu as negativas administrativas³⁵⁶:

"Se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei, mas não de quem a elas se referem. É a consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (...)". (TRF-3 - AHD: 8153 SP 0008153-71.2012.4.03.6114, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, Data de Julgamento: 30/08/2013, QUARTA TURMA)."

³⁵⁵ No Brasil, o sigilo de informação pessoal de terceiros somente não prevaleceu quando a parte demandante provou que a informação era necessária a tutela de direito fundamental. Nesse sentido, cite-se o processo n. 00334439820104013500: "Não obstante tratar-se de informações sobre terceiro - ex-esposa do impetrante - não há qualquer violação a direitos fundamentais, nem risco à segurança da sociedade ou do Estado. 3. As informações solicitadas sobre a situação acadêmica da ex-esposa do impetrante destinam-se à instrução de processo judicial do qual faz parte a própria pessoa sobre a qual versam as certidões. Caso utilizadas para fins indevidos, caberá ao requerente responder por eventuais danos que se verificarem (Lei 12.527/2011, art. 31, § 2º)." No mesmo sentido, cite-se o processo judicial n. 00441910420104013400, em que servidor público desejava acesso à informação pessoal de outro agente público para fins de "comparar as razões do indeferimento de seu pedido de licença capacitação com as razões de deferimento de licença capacitação para outra servidora, lotada na mesma unidade em que trabalha". Há diversos outros casos, como o processo judicial n. 00026401220134013603, o que demonstra a força e importância da previsão de que o sigilo não pode ser oposto quando se tratar de tutela de direito fundamental na seara administrativa ou judicial.

³⁵⁶ No mesmo sentido, vide processo judicial n. 00391790920104013400: não merece qualquer censura a sentença que garantiu o livre exercício da advocacia ao impetrante, ao fundamento de que "o advogado constituído pelos Impetrantes possui direito de vista e cópia de todo o processo administrativo, bem como das gravações utilizadas como fundamento da decisão, tendo em vista a inexistência de sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado."

Com presença de 8,79% do total de argumentos analisados, o Estado brasileiro alegou que o demandante já possuía a informação, o que seria ilógico com a própria existência de um processo judicial; da mesma forma, a alegação de que não teria havido negativa de acesso à informação (5,45%) não faria sentido, ao menos numa primeira análise. Nos EUA, em 0,94% o Estado alegou que “não houve negativa de acesso à informação” e, no mesmo percentual, o “demandante já possui a informação”, percentuais bem menores. No Brasil, contudo, o argumento de que não houve negativa de acesso à informação é forte, mormente quando combinado com a existência de um canal especial para se acessar a informação, o que resulta em erro formal do demandante e a consequente negativa de acesso à informação; tal situação ocorreu diversas vezes tais como nos processos judiciais n. 00257007620184025101 e n. 00316374720164025001, em que os pedidos de informações pessoais pelos seus titulares foram negados pelo Poder Judiciário. Quanto a alegação do estado de que o “demandante já possui a informação”, que contraria a existência do próprio processo judicial, pois do contrário não estaria ingressando em juízo, foi conjugado com outros, o que revela certa contradição do Estado³⁵⁷, como nos processos judiciais n. 00200474920134013500 e 50330175320194030000 em que os argumentos de sigilo tributário, desproporcionalidade e existência de canal especial foram conjugados, no primeiro caso com o acesso concedido e no segundo negado pelo Poder Judiciário.

Alguns argumentos utilizados pelo Poder Executivo e ocasionalmente chancelados pelos magistrados demonstram haver grave equívoco de interpretação da LAI. Com a porcentagem de 8,79%, o Estado brasileiro alegou que a informação é de uso exclusivamente interno, o que não tem previsão legal no Brasil, ao contrário de algumas situações nos EUA em que o caráter interno do documento é previsto na FOIA para proteger em especial normas e práticas que não afetam a sociedade e documentos do processo deliberativo (respectivamente isenções 2 e 5). Esse argumento é especialmente preocupante, pois seu reconhecimento implica aceitar critério diverso do conteúdo da informação, pressupondo que existem informações que não interessam a sociedade. No

³⁵⁷ O excesso de argumentos contra a transparência em diversos momentos causa contradições; por exemplo, foi muito comum afirmar que a informação era de uso exclusivamente interno e ao mesmo tempo dizer que a informação era precária e não se poderia dar garantia de sua veracidade. Por exemplo, isso aconteceu no processo judicial n. 00038310620084025102.

geral, o argumento foi rechaçado pelos TRFs, mas no processo judicial n. 00761676420154025101 o argumento foi admitido³⁵⁸.

Houve no Brasil argumentos que, embora tenham sido pouco empregados, são absurdos, tais como a suficiência, no entendimento do Poder Executivo, de previsão de sigilo em edital para satisfazer a LAI, o que não procede. Qualquer edital é hierarquicamente inferior a LAI e todo sigilo precisa ter necessariamente previsão legal ou supralegal.

O Poder Executivo arguiu a necessidade de se motivar o pedido de acesso à informação em 5,45% do total de argumentos analisados e não faz sentido porque caberia ao Estado o ônus de demonstrar a existência do sigilo³⁵⁹. Nesses casos, em regra, o Poder Judiciário afastou a necessidade de motivação do pedido, revertendo a negativa administrativa, tal como se observou no processo judicial n. 10029776920174013400 referente ao acesso de um processo de licitação. Contudo, não houve unicidade do Poder Judiciário em relação à necessidade de motivação; por exemplo, no processo judicial n. 00040986820144025101, um cidadão desejava a "relação de empréstimos concedidos a países estrangeiros" pelo BNDES para fins de controle social sobre os recursos públicos. O Poder Judiciário negou o acesso à informação por entender "que o autor popular não se desincumbiu do ônus de comprovar que os aludidos empréstimos foram irregularmente concedidos". Ao fazer tal afirmação, o Poder Judiciário exigiu diretamente a demonstração de uma motivação específica, contrariando a LAI e a Lei Modelo da OEA. Enfim, a informação requerida foi negada porque se entendeu que não houve demonstração de ilicitude, o que é ilógico, pois eram com as informações que se pretendia demonstrar a ilicitude, justamente por isso existe a regra da não motivação do pedido de acesso à informação.

No processo judicial n. 00174845620114036100, em que o pedido de informação foi negado, também ficou evidente que o Poder Judiciário entendia ser necessária a apresentação de motivação, em total afronta a LAI e à Lei Modelo da OEA:

³⁵⁸ "O acórdão foi expresso quanto a não caber a obtenção das informações requeridas por meio de *habeas data*, por se tratar de informações de caráter interno, não sendo relativas a cadastro ou banco de dados de caráter público, de cunho permanente.". Para maiores detalhes, vide o processo judicial n. 00761676420154025101.

³⁵⁹ Por exemplo, no processo n. 00037314920134013600, cidadão solicitou informações de georreferenciamento de área rural, mas o Poder Judiciário entendeu que o acesso à informação dependia da demonstração de interesse; não sendo o mesmo proprietário, o acesso foi negado em primeira instância, mas concedido pelo Tribunal.

"Verifica-se do texto constitucional em análise, a regra básica de acesso às informações junto ao Poder Público, desde que se trate de interesse pessoal ou coletivo, sendo certo que o simples pedido do requerente, com sua qualificação, sem a apresentação da motivação, não tem o condão de fazer deduzir a qualidade essencial de interessado, da existência do interesse na acepção jurídica do termo, diferente da conotação comum, de mero desejo, curiosidade ou vontade. (...)

1. Não houve por parte da autarquia impetrada, a negativa de acesso do impetrante aos dados requeridos, sendo-lhe solicitada, apenas, a motivação de seus pedidos."

Causa também estranheza a alegação da não aplicação da LAI, invocada em 2,42% do total de argumentos analisados, já que ela é uma lei nacional aplicável a todas as informações reunidas ou produzidas pelo Estado, aqui compreendido de forma mais ampla possível, como explicado anteriormente; dessa forma, esse argumento também não faz sentido, mas também apareceu nos EUA com percentual ainda mais relevante (3,45%), o que faria um pouco mais de sentido já que o escopo da FOIA é mais limitado. Percebeu-se ainda que, no Brasil, a alegação de não aplicação da LAI ocorreu com mais frequência no início da vigência da LAI.

Com 3,94%, o Estado negou acesso à informação por considerar a mesma precária, isto é, sem garantia de autenticidade e utilidade; este é outro argumento que não foi utilizado nos EUA e que não justifica a negativa de acesso à informação, pois a utilidade deve ser analisada pelo interessado e a autenticidade decorre de ser a única informação disponível e oficial, ainda que existam ressalvas no próprio registro.

Com 6,67%, o sigilo tributário e fiscal esteve bem presente nos processos, decorrência do grande interesse da sociedade brasileira em informações da área econômica e da presença significativa de empresas em busca de vantagens tributárias³⁶⁰.

O Brasil reconheceu sua incapacidade de processar o pedido e disponibilizar a informação em 3,94% do total de argumentos analisados, incluídos dentro da categoria "pedido desproporcional". Ressalte-se que o Poder Judiciário brasileiro nem sempre acatou esse argumento³⁶¹. O número de pedidos considerados pelo Estado como

³⁶⁰ Cite-se que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 673.707, decidiu que o habeas data é garantia constitucional para o acesso às informações concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes bancos de dados públicos. Essa decisão mudou o entendimento do Poder Judiciário brasileiro que tendia a considerar essas informações como de uso exclusivamente interno.

³⁶¹ Por exemplo, no processo judicial n. 00005861920124013600, o magistrado consignou que: "Dificuldades operacionais para fornecer o relatório ou anotações informais no mesmo (...) carecem de amparo legal. (...) a garantia constitucional do direito à informação não pode ser obstada por dificuldades meramente operacionais."

desarrazoados foi de 4,85%; e o de pedidos genéricos foi de 0,61%. Dessa forma, as negativas previstas no artigo 13 do Decreto n. 7.724/12 totalizam uma presença de 9,4% de todos os processos.

O tolhimento da capacidade de investigação (2,12%) é muito baixo se compararmos com os EUA, em que a ampla isenção 7 (garantia do cumprimento da lei) computou 24,76% dos fundamentos para negativa de acesso à informação. Esse argumento, no Brasil e nos EUA, é discutido primacialmente nos pedidos de acesso a informações na temática “Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações”, a qual é extremamente demandada nos EUA e tem menor expressividade no Brasil, conforme será visto. De acordo com Xavier e Vianna (2017), não há dúvidas de que os legítimos interessados têm o direito de acessar os autos dos procedimentos investigativos e de responsabilização, ainda que o momento seja em situações excepcionais diferido.

O argumento pelo sigilo “Indisponibilidade da Informação” teve presença em 3,3% do total de argumentos analisados e compreende as situações em que a informação inexistente, não foi localizada ou nas quais a agência alega não possuir a informação; esse percentual é significativamente inferior ao dos EUA, no qual o argumento esteve presente em 9,09% dos casos. No Brasil, não houve um detalhamento maior sobre a forma de busca das informações, o que caracteriza o descumprimento da Lei Modelo da OEA, mas não da LAI. Esse argumento fica evidente, por exemplo, no processo judicial n. 10090855520194013300: “até a presente data o documento não foi fornecido pelo Réu, que limitou-se a informar que o processo, por ser muito antigo, não fora localizado em seus arquivos” - *Sic*. Interessante citar que, no Brasil, o Poder Judiciário determinou a produção de informações para atender demanda de acesso no processo judicial n. 10003895320174013800; o argumento dos magistrados foi de que, embora inexistente, a informação deveria ter sido produzida em razão de determinação legal, já que se tratava de “informações financeiras, patrimoniais e orçamentárias, relativas ao ano fiscal de 2016”, tendo sido a demanda ajuizada em 2018³⁶².

Formalmente, a alegação de que haveria risco à segurança nacional teve baixa presença, em apenas 1,82% do total de argumentos analisados, enquanto que nos EUA

³⁶² De forma semelhante, menciona-se que a CGU raramente determina a produção de informações, por entender que não se pode em regra atribuir o ônus de produção da informação ao Estado, exceto se há obrigação legal da existência da informação. Além da produção de informações, observou-se, ainda que raramente, decisões dos TRFs para a melhoria da transparência ativa, como no caso dos processos judiciais n. 00201275520094036100 e n. 00352079419884036100.

esse argumento foi formalmente alegado em 21 vezes, correspondendo a 6,58% da totalidade dos argumentos invocados. Considerando o número total de casos, o argumento apareceu no Brasil em 6 casos (3,2% dos casos), enquanto nos EUA esteve presente em 20 casos (14,38% dos casos), demonstram que a segurança nacional é mais discutida judicialmente nos EUA do que no Brasil. Mais adiante será feita especificamente a análise das alegações de risco à segurança nacional e a correlação com os demais argumentos, tal como foi detalhado nos EUA; apenas se adiante aqui que na prática a quantidade de pedidos de acesso à informação envolvendo a segurança nacional, tal como definido pela LAI, foi muito maior que o retro mencionado. Isso aconteceu porque em casos em que o registro demandado versava sobre situação classificável, o Poder Executivo federal optou por alegar outro sigilo, restringindo o conceito de segurança nacional, o que também aconteceu nos EUA.

Na outra ponta dos processos, avaliando os argumentos a favor da transparência, verificou-se um altíssimo número de pedidos nos quais a informação demandada diz respeito ao próprio demandante (50% de todos os argumentos analisados e presente em um percentual de 61,41% dos casos). São pedidos que em tese não deveriam ser judicializados, pois se a informação é pessoal e se refere ao próprio demandante, não deveria haver dúvidas do dever de atendê-los pela via administrativa. Esse percentual é acima do que se verificou nos EUA (21,65% dos argumentos). Acontece que, nos EUA, há o reconhecimento na FOIA de situações em que a informação pessoal poderia ser negada ao próprio legítimo interessado sobre a qual versa; essa interpretação é inclusive chancelada nas Cortes norte-americanas, como por exemplo para se salvaguardar a aplicação da lei (isenção 7). No Brasil, não há de forma expressa essa possibilidade de se negar acesso ao próprio titular, sendo que a previsão é justamente o contrário, já que dificilmente uma informação sobre o próprio titular estaria desvinculada ao exercício de um direito fundamental, como por exemplo o contraditório e a ampla defesa, o recebimento de reembolso relativo a imposto pago a maior etc. Nessas situações, quase todas corrigidas no Poder Judiciário, o Poder Executivo federal brasileiro negou acesso à informação na via administrativa, mesmo sem ter um argumento que pudesse se opor a titularidade da própria informação demandada. É relevante mencionar que parte dos casos em que o titular desejava acesso a sua própria informação se vinculava ao tema “Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações”, sendo que ao contrário dos EUA a informação em regra foi concedida, conforme se verifica por exemplo no processo judicial n. 00235982720054013400 em que a própria CGU desejava negar acesso a

informações relativas a instrução disciplinar e ao ato de indiciamento ao próprio indiciado; nesse caso, a informação foi concedida pelo Poder Judiciário, mas nem todas as negativas de acesso à informação foram revertidas, havendo poucos casos em que a informação foi negada, como no processo judicial n. 00009145620144025117 em razão do risco à segurança nacional ou ainda porque o momento era inoportuno, caso do processo judicial n. 00154774520104025101.

Também chamou a atenção o significativo número de pedidos judiciais envolvendo informações tributárias feitas por empresas e relativos a suas contribuições, nas quais o Estado administrativamente negou acesso a essas informações, por diversos motivos, inclusive o fato de haver sigilo tributário oponível contra o titular da informação; obviamente esse argumento não fazia o menor sentido, mas o pedido foi negado quando houve erros formais e também quando a informação foi considerada de uso exclusivamente interno³⁶³. Regra geral, nesses casos de informações sobre recolhimento tributário do próprio demandante, a informação foi concedida³⁶⁴.

Esse alto número de pedidos vinculados ao argumento de que a informação se refere ao próprio demandante demonstra que, em regra, os pedidos de informação no Brasil têm como finalidade o atendimento de interesse pessoal e raramente se busca o interesse coletivo ou público. Com estreita correlação a esse entendimento, também se evidenciou um percentual importante argumentando pela tutela de direito fundamental (11,95%) e ainda com base no direito ao contraditório e ampla defesa (12,83%). Por outro lado, a supremacia do interesse público apareceu com apenas 0,88% e não houve pedidos amparados na liberdade de imprensa, embora haja alguns poucos pedidos feitos pela mídia, o que reforça a ideia de que o interesse das demandas no Brasil é basicamente pessoal.

Ademais, mesmo com as peculiaridades no Brasil, não houve argumento em prol da transparência pautado na pobreza ou nos altos valores cobrados a título de taxa para recebimento de informações pela via administrativa. Também não houve argumentação de que as buscas foram inadequadas, embora a indisponibilidade da informação tenha sido alegada diversas vezes, o que contrasta em parte com os achados dos EUA. A inexistência desse argumento no Brasil em que o Poder Executivo federal alegou a

³⁶³ No processo judicial n. 00038310620084025102, a informação foi negada com base nesse argumento.

³⁶⁴ Houve raros casos em que esse tipo de pedido foi negado, como por exemplo nos processos judiciais n. 00038370620144025101, n. 00464302120124025101 e no n. 00066143720094025101. Normalmente a negativa se pautou na existência de erros formais, em especial a inadequação da via eleita.

indisponibilidade da informação não implica que o interessado tenha desistido de receber sua demanda, apenas se alterou a argumentação efetivamente apresentada, de modo que o cidadão acaba invocando o princípio da máxima transparência, pedindo a produção da informação com base em outro argumento ou simplesmente não justificando seu recurso ao Poder Judiciário, já que ele não precisaria motivar seus pedidos de acesso à informação.

A segregação da parte pública dos documentos sigilosos não foi invocada no Brasil, embora esteja prevista em lei; esse argumento foi muito importante nos EUA (15,58% do total de argumentos). Em certa medida, as decisões judiciais brasileiras reconheceram esse argumento, mesmo não tendo sido expressamente mencionado, pois houve no Brasil decisões de concessão parcial das informações; nos EUA, o debate sobre a segregação da informação foi muito relevante. Assim, a existência dessa regra também explica o percentual de 21,58% de acessos parcialmente concedidos nos EUA, enquanto no Brasil o percentual de acessos parcialmente concedidos foi de 7,07%, talvez pela falta do debate em torno do argumento. A distorção é ainda maior se forem consideradas as decisões de perda parcial do objeto (18,71% nos EUA e apenas 0,54% no Brasil), em que os conjuntos de informações foram segregados para disponibilização em parte; a própria aplicação da segregação da parte pública tende a favorecer nos EUA a resolução negociada e é um caminho para o Poder Judiciário brasileiro explorar para garantir uma cultura de transparência, maior celeridade e legitimidade em suas decisões.

No Brasil, o argumento do direito a verdade foi um diferencial utilizado em 0,88% do total de argumentos em prol da transparência avaliados (2 casos), enquanto nos EUA não houve essa discussão. Destaca-se o processo judicial n. 00114142820084036100, em que o MPF ajuizou ação civil pública para que o Poder Judiciário determinasse a divulgação de "arquivos do Exército Brasileiro necessários à individualização das graves violações de direitos humanos praticadas nas dependências do DOI-CODI do Estado de São Paulo pelo período de 1970 a 1985 - detenções, torturas, execuções, desaparecimento forçado e ocultação de cadáveres", inclusive informações de Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel. Embora a ação tenha sido julgada improcedente na primeira instância, houve perda do objeto integral sacramentada posteriormente pelo TRF com base nesse argumento.

7.8 Complexidade das demandas de acesso à informação

Quanto a complexidade dos casos concretos discutidos nos 184 processos, tem-se a seguinte distribuição:

Tabela n. 37 – Complexidade das demandas de acesso à informação nos TRFs 1, 2 e 3 nos processos selecionados

TOTAL DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS FEDERAIS	ALTA COMPLEXIDADE	MÉDIA COMPLEXIDADE	BAIXA COMPLEXIDADE
184	32	30	122

* Considerou-se ser demanda de baixa complexidade aqueles casos cuja solução dependia exclusivamente de análise de normas jurídicas com a existência de regra específica para solução do litígio.

** A situação de alta complexidade foi atribuída a casos sem regramento específico definido ou cuja decisão dependa de prova de fato, tais como nas situações em que a informação não existia, não foi localizada ou houve a necessidade de avaliação em câmara do documento.

*** Os de média complexidade foram considerados aqueles com regra específica, mas com multiplicidade de pedidos para além do mero acesso à informação, tais como retificação ou produção da informação, ou ainda aqueles em que parte do objeto demandado não possuía regra específica.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Para essa classificação, foram considerados os critérios anteriormente mencionados, quando da análise dos dados das Cortes de Apelação norte-americanas. Percebe-se que, ao contrário dos EUA em que as demandas judicializadas são em regra complexas, no Brasil predominam pedidos de acesso à informação de baixa complexidade, nos quais não há necessidade de fase probatória para além da mera juntada de documentos que já estão de posse das partes e com regras específicas e objetivas para a solução do problema. Em parte, isso decorre do sistema jurídico romano-germânico adotado no Brasil, no qual a LAI e outras leis são bem minuciosas ao estabelecer a solução do caso concreto. Nos EUA, em que se adota o sistema jurídico anglo-saxão (*common law*), embora haja sempre precedentes semelhantes, nem sempre são específicos o suficiente para resolver o caso concreto, o qual em regra depende também de produção de prova, nem que seja a declaração de representante do Estado para confirmar em audiência que a informação demanda não foi localizada ou que a mesma é sigilosa.

Ademais, como dito anteriormente, os pedidos no Brasil são em grande parte de natureza pessoal (informação de interesse exclusivo do próprio demandante) e relativos ao exercício de direitos fundamentais básicos em democracias. Assim, são situações mais simples que realmente deveriam ser resolvidas nas instâncias administrativas, já que existem regras específicas para tanto.

No Brasil, uma demanda frequente de baixa complexidade foi o acesso a dados tributários referentes a própria empresa demandante; repise-se que o STF estabeleceu em decisão³⁶⁵ de caráter obrigatório e repercussão geral no Poder Judiciário o direito das empresas em receber essas informações. O que chama a atenção no caso é que, embora a regra já fosse óbvia por previsão legal, foi necessário um enunciado do STF e mesmo assim a regra continuou sendo reiteradamente descumprida pelo Poder Executivo federal.

Mesmo se os acessos parciais e as perdas de objeto forem consideradas, houve uma certa tendência de se negar acesso nos casos mais complexos (53,12% de revisão pró transparência) no Brasil, tal como nos EUA (47,82% de revisão pró transparência), já que no geral o acesso não concedido no Brasil é de 19,57%:

Tabela n. 38 – Tipos de decisão proferidos pelos TRFs 1, 2 e 3 em face do Poder Executivo federal, entre os anos de 2013 e 2020, em processos complexos versando sobre acesso à informação

TOTAL DE DECISÕES EM CASOS COMPLEXOS PELOS TRIBUNAIS FEDERAIS	ACESSO CONCEDIDO	ACESSO NÃO CONCEDIDO	ACESSO PARCIALMENTE CONCEDIDO
32	12	15	5

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Tudo indica que, no Brasil, quanto maior a complexidade, mais provável a informação ser negada; isso parece indicar que a ausência de regras específicas e a necessidade de produção probatória (que contraria a LAI se for exigida ao demandante) acabam por prejudicar a pretensão de acesso.

Nos casos de baixa complexidade, a LAI e as leis acessórias, ao estabelecerem regras específicas, limitaram em parte a subjetividade da decisão judicial, impondo o

³⁶⁵ O já mencionado Recurso Extraordinário n. 673.707.

acesso quando não há regra de sigilo específica ou ainda quando há regra específica de transparência. Na ausência de regras objetivas, embora a regra geral seja a transparência, o Poder Judiciário teve a tendência de negar acesso. Dito de outra forma, observou-se que regras específicas conduziram à transparência com maior segurança, tal como no sistema de precedentes dos EUA.

7.9 Segurança nacional

No Brasil, poucas foram as situações em que houve direta e real discussão sobre o tema segurança nacional, aqui compreendidas os riscos ao Estado ou à sociedade de uma forma geral, nos termos previstos no já discutido artigo 23 da LAI:

Tabela n. 39 – Quantidade de vezes em que o sigilo classificado foi utilizado de forma contextualizada nos casos concretos decididos pelos TRFs 1, 2 e 3, em processos judiciais de acesso à informação contra o Poder Executivo federal decididos entre 2013 e 2020

TOTAL DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS FEDERAIS	MENÇÃO ARGUMENTATIVA E CONTEXTUALIZADA AO TERMO SEGURANÇA NACIONAL	SEM MENÇÃO DO TERMO SEGURANÇA NACIONAL
184	6	178

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

O primeiro ponto a se mencionar é que no Brasil diversas decisões referentes aos casos analisados mencionaram a segurança nacional, mas de forma totalmente descontextualizada, basicamente reproduzindo dispositivos jurídicos que não seriam aplicáveis ao caso concreto; nos EUA, isso aconteceu uma única vez. Assim, embora a expressão segurança nacional (segurança do Estado ou da sociedade) seja muito frequente nas decisões judiciais analisadas, normalmente era mencionada apenas para se concluir que não existia no caso concreto qualquer ameaça à segurança nacional que justificasse a negativa de acesso. Ou seja, aparentemente o Poder Judiciário brasileiro considerou essa situação mesmo não tendo sido a mesma sequer alegada pelas partes; o próprio Poder Judiciário faz reflexão sobre o tema em deferência aos interesses de manutenção de sigilo das informações estatais, conduta reiterada em diversos processos analisados, tais como

o n. 00094838020104013802³⁶⁶ em que o demandante queria apenas informações sobre seu benefício previdenciário:

"(...) 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 prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.**"

De fato, em apenas 6 casos houve discussão contextualizada do risco à segurança nacional. Abaixo segue quadro sinóptico dos 6 processos em que a segurança nacional foi efetivamente discutida:

Tabela n. 40 – Casos em que o Poder Executivo federal invocou o risco à segurança nacional (informação classificada) de forma fundamentada no Brasil

CASO NÚMERO	AGÊNCIA DEMANDADA	OBJETO ESPECÍFICO	DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	ARGUMENTO PELO SIGILO	REQUERENTE
1	COMAER	Justificativa para "negativa de sua matrícula em curso da Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica – ECEMAR, e conseqüente promoção ao posto de coronel."	Acesso Concedido	Risco a segurança do Estado ou da Sociedade (informação classificada)	Cidadão
2	CMAR	Sindicância investigativa da qual o demandante seria interessado.	Acesso não concedido	Risco a segurança do Estado ou da Sociedade (informação classificada)	Cidadão
3	SUSEP – Ministério da Fazenda	Processo Administrativo que apurou e responsabilizou administradores e membros do Conselho Fiscal da empresa demandante.	Acesso concedido	Risco a segurança da sociedade ou do Estado (Informação classificada) / Necessidade de	Empresa

³⁶⁶ No mesmo sentido, vide processos judiciais n. 00019307720134036111, n. 00241528720044036100, n. 00084873420094013603, n. 00410076020124013500, n. 00391790920104013400 e n. 00038433120124013801, dentre diversos outros.

				motivação / Inadequação da via eleita	
4	COMAER – Ministério da Defesa	Laudo pericial de acidente aéreo.	Acesso Parcialmente concedido	Risco a segurança da sociedade ou do Estado (informação classificada) / Necessidade de motivação	Cidadão
5	Receita Federal - Ministério da Fazenda	Cópia integral de denúncia contra multinacional e seus empregados por supostas práticas ilícitas.	Acesso Parcialmente concedido	Risco a segurança da sociedade ou do Estado (Informação classificada) / Informação pessoal / Documento preparatório	Cidadão
6	CADE – Ministério da Justiça	Inquérito Administrativo para apuração de infração à ordem econômica, instaurado após acordo de leniência com empresa que fazia parte de um suposto cartel formado por empresas multinacionais	Acesso não concedido	Risco a segurança da sociedade ou do Estado (Informação classificada)	Empresa

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Uma primeira constatação é a presença de 2 empresas nas demandas de acesso à informação envolvendo supostamente a segurança nacional, inclusive a multinacional CAF Indústria e Comércio da área de transporte público, responsável por produzir metros, veículo leve sobre trilhos (VLTs) e trens de alta velocidade. Além disso, há uma terceira demanda no qual cidadão foi o demandante de acesso à informação, mas que se vincula diretamente a uma multinacional da área do petróleo e gás, já que seria advogado dela e estaria respondendo à Receita Federal por suas atividades aparentemente escusas, demandando acesso à informação de denúncia contra essa multinacional e em tese envolvendo seu nome. Se isso for considerado, as empresas participariam como postulantes de acesso à informação em 3 dos 6 processos analisados nos quais a classificação da informação foi alegada.

Em segundo lugar, nos casos em que a segurança nacional foi invocada, há que se mencionar a presença de pedidos majoritariamente envolvendo o tema “Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações”; em tese, realmente no Brasil a negativa dessas informações estaria adequada ao conceito mais abrangente de segurança

nacional a exigir a classificação da informação, conforme previsto no artigo 23 da LAI. Nos EUA, a isenção 7 protege as auditorias, investigações e procedimentos apuratório de responsabilidade, independentemente de classificação da informação, e as negativas de acesso com base nesse argumento são mantidas até mesmo contra o cidadão que foi auditado, investigado ou processado.

Nos 6 processos em que se discutiu especificamente a alegação de segurança nacional, em nenhum deles o TCI foi apresentado em juízo, já que não constou essa informação nas decisões. Até pelo contrário, houve críticas do Poder Judiciário justamente pela falta de sua apresentação, conforme se verá adiante. Em alguns casos, o TCI simplesmente não foi emitido porque o Poder Executivo federal entendeu que a classificação teria sido feita de forma genérica por outros normativos, o que não é viável de acordo com a LAI. Por exemplo, para a COMAER, os assentamentos funcionais dos militares estariam classificados por força do parágrafo único do art. 26 da Lei n. 5.821/72, contudo esse argumento foi rechaçado pelo Poder Judiciário nos autos n. 00333797820024013400 (caso n. 1). Já no processo n. 00029132920134025101 (caso n. 3), a SUSEP alegou "que teria [o Processo Administrativo] sido classificado automaticamente como "reservado" por possuir informações relativas a entidades em regime especial e por comprometer atividades de inteligência ou fiscalização em andamento referentes à prevenção ou repressão de infrações". Dessa forma, o Poder Judiciário deveria ter determinado nos 4 casos de acesso não concedido, em parte ou na íntegra, a imediata produção do TCI e sua apresentação nos autos. Ademais, dos 6 casos apenas 1 não estaria em tese compreendido no conceito expandido de segurança nacional da LAI (o caso n. 4).

O caso n. 1 é de um militar que teve seu pedido de matrícula em curso da Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica – ECEMAR negado e ele desejava apenas ser informado do motivo da negativa. Por seu turno, o COMAER "sustenta que é evidente o interesse público no sigilo de tais documentos, cuja divulgação comprometeria a hierarquia própria do Comando da Aeronáutica, bem como a formação dos altos escalões do corpo militar." Ainda que se trate de informação pessoal sensível, por eventualmente ser desabonadora da conduta do militar, não há qualquer justificativa legal para ela ter sido classificada, pois a divulgação de uma única informação relativa a hierarquia militar ao legítimo interessado não compromete a hierarquia legalmente prevista e muito menos coloca em risco a segurança nacional. Mesmo estando classificada, esse tipo de sigilo não poderia ser oposto ao próprio titular da informação, o qual deseja exercer seu direito

fundamental de educação e obter promoção na carreira, de modo que a decisão judicial está correta ao garantir seu pleno acesso ao legítimo interessado. A decisão do TRF foi pontual em reconhecer o direito do legítimo interessado, conforme trecho abaixo:

É evidente, portanto, que o conceito de segurança nacional, nos moldes constitucionais, não é elástico, **não devendo ser interpretado de forma ampla, a ponto de privilegiar, e cultivar, o sigilo e o autoritarismo**, opondo-se, frontalmente, ao princípio democrático que permeia a estrutura de poder estabelecida com a ordem constitucional implantada em 1988, máxime em se tratando de **informações estritamente pessoais**, quais sejam, os motivos que impedem a materialização do legítimo anseio de ascensão funcional de oficial da Força Aérea.

Ocorre que as informações constantes dos assentamentos funcionais revestem-se de **caráter eminentemente privado, matéria estranha ao conceito de segurança nacional, que abrange, à evidência, situações específicas envolvendo a defesa da integridade territorial, a preservação da paz interna e externa, e das instituições democráticas do País.** – Destaques nossos.

Esse caso n. 1 nem justificaria, pela discussão feita nos autos, a classificação da informação. Quanto aos outros 5 casos, embora não haja registro da apresentação do TCI, reitera-se que a classificação da informação seria obrigatória, dada a argumentação apresentada. Contudo, ainda que houvesse de fato o TCI, verificou-se que nesses casos em que a segurança nacional foi invocada a informação não poderia ter sido negada ao demandante, uma vez que a informação se referia ao próprio demandante ou ao seu sucessor legal. Nesse sentido, no processo judicial n. 00333797820024013400, constou a seguinte citação: **“A respeito da própria pessoa, o direito à informação é livre de barreiras, inexistindo exceções que o limitem ou excluam”**. (grifamos) (DI PIETRO, Maria, Direito Administrativo, Ed. Atlas, São Paulo, 2001, 13ª Edição, p. 615 e 616)”. Assim, nos casos 2, 3, 5 e 6, os demandantes estão sendo investigados ou até mesmo já teriam sido punidos pelo Estado, mas sem respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o acesso aos processos administrativos lhes foram negados. E no caso n. 4 são os descendentes do titular que desejam acesso à informação.

No caso n. 2, o Poder Judiciário não concedeu acesso à informação, o que em tese não faria sentido com base na LAI, exceto relativamente às ações de investigação não concluídas cuja divulgação prévia ao investigado poderia prejudicar a finalidade da própria divulgação; seria, então, o caso ao menos da concessão de acesso parcial aos autos, mas com posterior disponibilização integral ao término da investigação.

Por outro lado, no caso n. 3, a SUSEP alegou que o acesso à informação poderia “comprometer atividades de inteligência ou fiscalização em andamento referentes à prevenção ou repressão de infrações”. Ainda assim, foi garantido judicialmente o acesso integral, pois a classificação foi considerada inexistente por falta de TCI e justificativa legal, conforme excerto extraído do processo 00029132920134025101: o Estado alegou risco a segurança nacional “sem trazer qualquer prova que consubstanciasse esta classificação ou qualquer justificativa a qual determinasse a necessidade do sigilo”³⁶⁷.

No caso n. 5, foi solicitado acesso a uma denúncia e seus anexos que ensejaram a abertura de um procedimento investigatório ligado ao recolhimento de tributos. O argumento inicial era de que o documento seria preparatório e, nesse caso, a informação teria que ser fornecida ao final da tomada de decisão. Acontece que, no caso, a decisão final poderia ser a punição do demandante; desse modo, esse sigilo não poderia ser oposto justamente ao acusado sob pena de ocorrer cerceamento de defesa. Apenas quando esse argumento se demonstrou fraco em juízo que o Poder Executivo federal passou a alegar a existência de sigilo classificado. Realmente o acesso teria que ser parcial, tal como decisão prolatada em segunda instância, uma vez que no Brasil se garante a proteção da identidade do denunciante de boa-fé. Contudo, a decisão judicial na prática delegou à Receita Federal a incumbência de reavaliar as informações demandadas e entregar as que seriam públicas com base em duas orientações, conforme constou do acórdão do processo n. 50049230220174036100:

o v. acórdão mantendo a r. sentença foi claro ao prever que o impetrante pode ter acesso aos documentos, com exceção de: a) **documentos que digam respeito a terceiros**; e b) documentos relativos a **fatos que ainda estão sendo investigados**, porque obviamente, se o impetrante tiver acesso a estes, poderá gerar consequências que interfiram na atividade fiscalizatória. Em outras palavras, não pode ter acesso a documentos que digam respeito a fatos que ainda estão sob investigação. – Destaques nossos.

Ademais, a decisão judicial mantém sigilo sobre todos os fatos que ainda estão sendo investigados, medida que só poderia ser temporariamente oposta ao investigado quando realmente a divulgação prévia da informação causasse prejuízo a investigação. Como o documento não foi avaliado pelo juízo³⁶⁸, não há como o demandante ter certeza

³⁶⁷ A sentença foi no mesmo sentido: “inconteste o interesse de agir dos impetrantes nos PAS em questão” (...) “a informação rotulada com a qualidade excepcional de imprescindibilidade de sigilo em prol da segurança da Sociedade ou do Estado só pode ser imposta de forma excepcional e em casos de real gravidade.”

de que a ordem foi executada corretamente. E o sigilo classificado nesse caso não tinha TCI, embora o Poder Judiciário tenha reconhecido a validade da declaração feita nos autos:

(...) o acesso indiscriminado a todos os documentos pretendidos implica violação ao artigo 23, inciso VIII, da Lei nº 12.527/2011, devido ao seu potencial de comprometer atividades de inteligência, investigações e/ou fiscalizações em andamento (...)

O caso n. 6 é de LAI reversa, porque foi o CADE que ajuizou a ação judicial para garantir o sigilo. A liminar foi deferida em favor do CADE, o que é absolutamente correto em termos procedimentais, ao contrário das situações em que a informação foi concedida liminarmente. De acordo com o CADE, a documentação prova “a existência de possíveis infrações à ordem econômica, com a montagem de cartel direcionado a influenciar, ilegitimamente, os preços no mercado de projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, com repercussão na vida econômica de milhões de consumidores.” Ademais, haveria “fortes indícios da participação da empresa investigada, bem como elementos subsistentes de sua materialidade, que se enquadram não somente como infração administrativa, mas como crimes contra a ordem econômica.” O Poder Judiciário negou integralmente acesso a esses documentos, o que seria ilegal, pois os investigados e acusados têm o direito de conhecer das provas que supostamente ensejariam a sua punição, ainda que a disponibilização fosse diferida. Sem o acesso permanente à informação, não há como o acusado se defender de forma apropriada. Qualquer negativa nesse caso teria que ser temporária e ainda seria necessário demonstrar a inviabilidade da realização de eventuais investigações em curso³⁶⁹ para negar acesso aos legitimamente interessados, enquanto para a negativa geral a toda a sociedade pressuporia a classificação da informação. Enfim, o Poder Judiciário deveria ter garantido aos legítimos interessados

³⁶⁸ Interessante nesse caso que, ao menos, o juiz indiretamente justificou a não análise dos documentos solicitados em razão do volume de páginas: “as 67.000 páginas do auto de infração”.

³⁶⁹ Nesse sentido, cite-se o processo judicial n. 00018509720094036000: “Necessário sopesar os interesses em conflito, com a vedação de acesso, mesmo dos advogados dos investigados, apenas com relação às diligências policiais em andamento, e que poderão restar frustradas em razão do seu conhecimento prévio. (...) Por outro lado, há possibilidade de acesso aos autos do inquérito policial, pelos advogados, com relação às diligências já concluídas, que não serão frustradas pela vista dos autos”. No processo judicial n. 00242586420144030000, o juiz concedeu acesso liminarmente e integralmente a investigação policial em curso; a polícia federal não cumpriu a liminar e conseguiu sua versão no TRF para que o acesso se restringisse somente às diligências concluídas.

ao menos o acesso parcial referente as medidas investigativas já concluídas ou aquelas cuja realização não é prejudicada pela transparência.

Apenas no caso n. 4 há, de fato, informações que poderiam realmente colocar em risco a segurança do Estado ou da sociedade em sentido estrito; isso porque o laudo pericial do acidente aéreo³⁷⁰ contém informações sobre as aeronaves, sobre as manobras militares realizadas, os objetivos do voo e as qualificações dos pilotos, dentre outras informações. O COMAER alegou, em apertada síntese, que “as apurações de acidentes visam identificar faltas e falhas para prevenir novas ocorrências e aprimorar, amplamente, a segurança aeronáutica”. Por outro lado, há evidentemente informações que interessam aos herdeiros do falecido piloto, tratando-se de potencial direito fundamental de indenização a ser paga pelo Estado no caso da culpa do acidente não ter sido exclusiva do piloto; a negativa de acesso à informação pelo Poder Executivo federal pareceu mais pretender evitar uma potencial indenização contra o Estado do que de fato resguardar informações sigilosas³⁷¹.

O Poder Judiciário, em sede de sentença do caso n. 4, entendeu que: “Não parece que os documentos requeridos são imprescindíveis à segurança do Estado e da Sociedade, visto que só interessam aos autores e à ré”. Por seu turno, a segunda instância manteve o acesso à informação por entender que os documentos “de maneira alguma comprometem a segurança e a ordem” para justificar o sigilo das informações, destacando-se o seguinte trecho:

O fornecimento de informações à defesa de direitos deve observar, caso a caso, as hipóteses de sigilo legal e/ou restrições justificadas pelo interesse público ou segurança nacional, nomeadamente em acidentes aeronáuticos, nos quais há um complexo de informações a serem preservadas do conhecimento público, **peculiaridade essa, todavia, que não pode prejudicar os interesses legítimos de pessoas vitimadas no acidente, por si ou dependentes**, na promoção de ações indenizatórias. (...)

Isto posto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para restringir o acesso ao fornecimento das informações relacionadas ao plano de voo, programa de manutenção da aeronáutica, condições meteorológicas em rota, e os diálogos documentados pela “caixa preta”, **sem prejuízo de outros elementos possíveis de divulgação, cujo sigilo não esteja restringido pela legislação e convenções internacionais**. – Destaques nossos.

³⁷⁰ De acordo com o processo judicial n. 00135245620044025101, a petição inicial narra que “no dia 27 de setembro de 2001, o filho da primeira autora, irmão da segunda e pai da terceira, Luiz Gonzaga de Almeida Oliveira, faleceu quando era passageiro da aeronave do tipo Hércules C-130, da Força Aérea brasileira, que se chocou com uma montanha na Serra da Tiririca, Estado do Rio de Janeiro.”

³⁷¹ Constatou dos autos que: “As contrarrazões destacaram a necessidade do documento para a propositura da ação de reparação por danos morais e materiais e que a União tenta fazer crer, sem provar, que o fornecimento do “Relatório Final” comprometerá a ordem e a segurança nacional, quando, na verdade, pretende esquivar-se de eventual condenação na futura demanda indenizatória. ”

Ainda no caso n. 4, observou-se que a decisão judicial garante o acesso a determinadas informações, entretanto, deixa em aberto a possibilidade de existirem outras informações que poderiam ser concedidas caso existentes. Tal situação decorre justamente do fato do juízo não ter demandado a apresentação das informações para a sua análise. Isto acaba por criar um problema já observado em outros casos, pois não resolve a lide, já que não houve posicionamento específico a favor da transparência ou sigilo em grande parte das informações demandadas. Tal prática acaba por delegar indiretamente ao próprio COMAER a competência de negar acesso àquilo que entende ser sigiloso, sendo o segundo dos 6 casos apresentados no quadro sinóptico em que o Poder Judiciário delega a decisão (ou ao menos parte dela) ao Poder Executivo federal.

O respeito excessivo à segurança nacional é tamanho, no Brasil, que há várias sentenças que podem ser consideradas “cheques em branco”; são decisões judiciais que não colocam fim a lide, apenas delega ao Poder Executivo a tarefa de reavaliar os documentos, os quais não foram avaliados pelo Poder Judiciário. Nesse sentido e mencionando caso que não compõe a última tabela, cite-se a decisão judicial no processo n. 00103693020154013600 que, em erro duplo, delegado ao Poder Executivo federal a tarefa de dizer o direito e ainda confirma uma liminar:

Diante do exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, para, confirmando a liminar, **determinar ao impetrado que forneça as informações** e cópias dos documentos descritos na inicial, solicitados pela impetrante por meio do requerimento protocolado sob o nº 23108.098782/2015-09, **ficando ressalvadas apenas as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e documentos de caráter sigilosos.** – Destaques nossos.

Assim, verificou-se que houve ilegalidade, ao menos parcial, em todas as negativas de acesso à informação pautadas no argumento de risco à segurança nacional, embora no caso n. 4 o acesso realmente poderia ser parcialmente restrito para terceiros, não para os interessados, sob o argumento de que haveria risco à segurança nacional; mas isso não exige o Estado de produzir o TCI e nem justifica a delegação feita pelo Poder Judiciário para que o Executivo escolha o que será disponibilizado.

Indo além da tabela retro mencionada, há situações verificadas no conjunto de processos judiciais avaliados no Brasil em que as informações demandadas deveriam ter sido concedidas ou classificadas, ao invés de se negar o acesso com base em argumentos absurdos. Nesse aspecto, as forças armadas mereceriam até um capítulo à parte, tamanho

os erros desse tipo identificados. Por exemplo, no processo judicial n. 01137995620174025101, um militar pediu as suas avaliações de desempenho e a de seus colegas; o objetivo aparentemente era questionar o sistema de contratação e renovação de oficiais temporários. O Poder Executivo federal alegou que as informações eram pessoais e o demandante explicou que parte das informações pessoais dizia respeito diretamente ao próprio e que a outra parte era essencial para o exercício do seu direito de ação para se insurgir contra a decisão de desligá-lo. Ao final, em ambas as instâncias, o Poder Judiciário foi extremamente deferente às forças armadas, mantendo as negativas sob o argumento de que a informação era pessoal e seu “acesso é restrito apenas aos agentes públicos legalmente autorizados, às pessoas a que a lei se referir, ou as autorizadas por elas, por respeito à intimidade, à vida privada, honra e imagem das pessoas, rol em que não está o mesmo incluído”. Em pedido semelhante, no processo judicial n. 01383362420144025101, um militar demandou uma avaliação desabonadora realizada por seu superior que o impediu de se habilitar para uma promoção; as forças armadas alegaram que a informação não existia e por isso não teria havido negativa de acesso à informação. Contudo, revertendo a sentença, o TRF determinou a integral disponibilização da informação. Para além da incoerência evidente relativa à alegação de que a informação não existiria, nesses 2 casos o realmente correto seria a concessão total do acesso à informação, uma vez que as informações eram essenciais para a tutela de seu direito fundamental de recorrer das decisões administrativas com a garantia da ampla defesa. A única negativa que conta minimamente com fundamento, embora questionável e inaplicável a esses casos, seria a classificação da informação, o que não foi feito nesses casos³⁷².

É preocupante a tese do Estado brasileiro de que informações pessoais básicas relativas ao próprio demandante possam ser ocultadas com base em TCI, embora isso seja absolutamente normal nos EUA. No Brasil, verificou-se falta de uniformidade na solução de casos concretos envolvendo informações pessoais relativas ao próprio demandante, sendo que há magistrados que coadunam com essa tese. Por exemplo, no processo judicial

³⁷² O Poder Judiciário admitiu, no processo judicial n. 00081537120124036114, que a classificação da informação poderia ser oposta ao próprio titular da informação: “O Estado, por meio de seus órgãos ou poderes, ao deter em seus registros ou bancos de dados informações pessoais, seja para que fim for, estabilizadas ou temporárias, não se pode negar a fornecê-las a quem de direito, sob pena de violar a Constituição. Se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei, mas não de quem a elas se referem. É a consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

n. 01813748120174025101, um cidadão solicitou informações sobre suas contribuições tributárias para fins de recebimento de benefício previdenciário. A decisão é pela disponibilização da informação, mas admite em última instância que a classificação da informação poderia ser oposta ao legítimo interesse do titular da informação de acessá-la³⁷³. Nesses casos, o Poder Judiciário contrariou a LAI ao evidenciar que questões de segurança nacional estariam acima do interesse particular do cidadão, mesmo se tratando de informação necessária para a tutela de direito fundamental.

7.10 Conclusão parcial

As regras da OGP concedem aos seus membros ampla autonomia para estabelecer sua lei de acesso à informação e, com base nela, decidir como será a política de transparência, inclusive quais ações concretas serão implementadas em prol da transparência. Mesmo que a OGP não estabeleça para seus membros quais informações são públicas, há normas do sub-regime internacional da transparência que devem ser observadas pelas democracias ou por aqueles Estados com a pretensão de se democratizar, as quais foram reduzidas a termo por meio da Lei Modelo da OEA.

Concluiu-se, nos capítulos anteriores, que a LAI pode ser considerada uma lei mais favorável à transparência do que a FOIA. Por outro lado, como a LAI é amplamente favorável à transparência, verificou-se, na sua aplicação, que o Estado acaba por descumpri-la ou por criar barreiras extras para se negar informações até mesmo básicas, sendo algumas dessas estratégias reconhecidas como válidas pelo Poder Judiciário nacional, tais como os diversos erros formais apresentados, a necessidade de apresentar demanda em canal especial antes mesmo de fazer o pedido administrativo, a necessidade de se fazer o pedido administrativo antes de fazer o pedido judicial, a existência de um sigilo reservado presidencial para além do mandato do Presidente da República, o dever de se negar acesso aos pedidos desproporcionais, desarrazoados, dentre outras situações já discutidas.

³⁷³ *In verbis*: “As alegações do recorrente acerca da possível utilização indevida da certidão não guardam pertinência com a presente demanda, haja vista que, conforme já ressaltado, a impetrante busca tão somente a emissão da certidão contendo informações de seu interesse particular (...) Só há limitação ao acesso no caso de informação que possa pôr em risco a segurança da sociedade ou do Estado, conforme previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CRFB/88, e aquela cujo conhecimento possa ofender a integridade, honra, intimidade ou imagem de terceiros, conforme disposto no inciso X do art. 5º da CRFB/88, não se verificando as referidas hipóteses no presente caso”. Há diversos outros julgados nesse sentido, tais como os processos judiciais n. 02129586920174025101 e o n. 00411117220124025101.

Em diversos processos judiciais analisados, a LAI não foi sequer citada pelos TRFs; sendo o principal normativo de referência para a análise dos pedidos, esperava-se que fosse citada em todas as decisões tomadas. Os tribunais, nesses casos, preferiram invocar apenas as regras de sigilo ou até mesmo se restringir às normas constitucionais em suas análises, não obstante o Poder Judiciário tivesse ciência da LAI e sua vigência tenha se iniciado em 2012. Tudo isso demonstra uma baixa familiaridade dos tribunais brasileiros com a LAI. Ademais, por falta de referência nos tribunais superiores e por muitas vezes a LAI ter sido deixada de lado, observou-se, no Brasil, o Poder Judiciário se furtou, por diversas vezes, a decidir os casos concretos, deixando na prática a decisão para o detentor da informação. Além de ser um erro gigantesco de entendimento quanto a própria finalidade do Poder Judiciário, deixar de aplicar a LAI evidencia a falta de preparo dos juízes³⁷⁴ para lidar com pedidos de acesso à informação e fomenta a incoerência dentro do Poder Judiciário, tanto na primeira quanto na segunda instâncias.

Esse erro ao delegar a decisão para o Poder Executivo definir o que será concedido em seara judicial é reflexo da alta credibilidade do Poder Executivo federal junto do Poder Judiciário nacional. Essa constatação guarda proximidade com a política de transparência nos EUA³⁷⁵, pois verificou-se que o Poder Judiciário brasileiro confere às alegações do Poder Executivo enorme valor ao ponto de não ter sido realizada avaliação dos documentos demandados em 182 dos 184 processos judiciais discutidos nesta tese. Tal situação é preocupante na medida em que favorece, na prática, a inversão do ônus da prova a despeito da previsão na LAI. A propósito, a exigência de motivação para o acesso à informação foi um problema pouco encontrado no Brasil, mas não pode ser ignorado.

De forma semelhante aos EUA, o Brasil teve altos índices de declaração de que a informação não existe ou não foi localizada; essa alegação se torna potencialmente mais danosa na medida em que o Poder judiciário confere presunção de veracidade nas alegações do Poder Executivo. Possivelmente o problema muito maior do que se percebe, justamente pela generalizada falta de diligências do Poder Executivo para confirmar as

³⁷⁴ Em parte, o fato do Poder Judiciário não avaliar as informações demandadas revela também uma falta de capacidade responsiva a quantidade enorme de processos que recebem diariamente, não apenas pela falta de capacidade técnica que poderia ser sanada com a nomeação de peritos.

³⁷⁵ Vale lembrar que as práticas em análise se iniciam ainda no âmbito do procedimento administrativo estabelecido pela LAI quando o Estado mantém seus argumentos; quando o Estado os altera nos recursos de apelação dirigidos aos TRFs, é possível identificar as incoerências dessas práticas.

alegações do Estado e a falta de esforços do Poder Executivo em se localizar as informações demandadas.

A quantidade elevada de negativas de acesso à informação na segunda instância judicial, por si só não, é preocupante, na medida em que o Estado tem o dever de proteger a informação sigilosa; o problema específico no Brasil é que certas informações básicas têm sido constantemente negadas na sede administrativa, onerando a sociedade na medida em que se exige a intervenção judicial. A preocupação quanto às negativas na segunda instância judicial é mais pontual, em determinados temas as negativas estão sendo mantidas pelo Poder Judiciário, seja como um padrão de atuação ou com negativas esparsas, de forma contrária à LAI e à Lei Modelo da OEA. A falta de padrão nas decisões brasileiras foi percebida em diversos temas, em especial nas áreas de tributos e da atividade de supervisão realizada pelo Estado (investigações, processos de responsabilização e auditorias). Embora seja possível identificar uma tendência nas decisões, as exceções persistentes demonstram uma falta de padrão nos julgamentos no Brasil, em que a decisão depende fundamentalmente das convicções do juiz e não de uma orientação geral e abstrata aplicável igualmente a todos os casos ou ao menos naqueles em que há uma semelhança razoável. Neste ponto, novamente há incoerência entre as decisões dos TRFs³⁷⁶ evidentemente maior do que nas decisões das Cortes de Apelação norte-americanas, onde prevalece a obrigatoriedade de se seguir os precedentes dos tribunais superiores. Isso significa que o padrão estabelecido pela LAI muitas vezes foi ignorado ou a interpretação da lei foi contrária a sua finalidade de garantir a transparência como preceito geral.

Outra falha grave são os extensos prazos para que o cidadão possa acessar a informação desejada, que se inicia com um pedido no canal especial, passa pelo procedimento administrativo de acesso à informação com uma pluralidade de recursos, é submetida à primeira instância do Poder Judiciário e depois ainda vai para uma espera média de 810 dias somente na segunda instância do Poder Judiciário, isso sem considerar os recursos judiciais para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal. O caminho para conseguir a transparência no Brasil parece ser excessivamente longo e, por isso, oneroso ao cidadão comum que ainda precisa buscar representação para

³⁷⁶ A falta de coerência é tão grande que no processo judicial n. 00411142720124025101 o magistrado citou diversas decisões judiciais precedentes a favor do sigilo, mas ao final determinou a disponibilização da informação.

ingressar em juízo. Além disso, embora haja situações relevantes de perda do objeto no Brasil, não se verificou o mesmo esforço que nos EUA para a resolução negociada das demandas judiciais; provavelmente isso ocorre em função do rito processual no Brasil dos chamados remédios constitucionais, pois não é necessária a realização de audiência em sede de mandado de segurança e *habeas data*. A solução negociada é, no geral, menos onerosa que as longas disputas travadas no Poder Judiciário brasileiro e deveria ser incentivada principalmente nos processos administrativos de acesso à informação.

Além disso, nos EUA, o acesso pela via administrativa parece ser mais eficiente do que no Brasil, pois a complexidade dos casos que são apresentados ao Poder Judiciário norte-americano é em regra maior do que no Brasil, onde há um percentual alto de casos simples que deveriam ser resolvidos na via administrativa. A aparente tendência pró-transparência dos tribunais brasileiros decorre muito em função desses casos mais simples que sequer deveriam ser judicializados, mas são submetidos aos TRFs para uma decisão com alta expectativa de ser a favor da disponibilização da informação, como no caso das informações que versam sobre o próprio demandante; as liminares concedidas também explicam a tendência pró-transparência, uma vez que a concessão da liminar não pode ser revertida e engessam a posterior decisão dos TRFs que só pode manter a concessão já realizada; trata-se de um erro processual, mas que em tese confirma que as informações demandadas são básicas e não poderiam estar sendo negadas na via administrativa. De todas as falhas processuais detectadas pela segunda instância judicial no Brasil a que chama mais atenção é a concessão indiscriminada de liminares, as quais impedem reflexão e revisão mais profundas dos efeitos da disponibilização da informação para a sociedade. Embora a informação disponibilizada nos casos estudados em regra não tenha caráter estratégico, naturalizar essa prática tende a causar prejuízos à sociedade e ao próprio Estado, o qual eventualmente receberá demanda por informações estratégicas e pode reproduzir esse erro.

Como nos EUA, verificou-se que há uma estratégia do Poder Executivo federal em buscar os argumentos mais vantajosos para a manutenção do sigilo. Já que a LAI não limita quantitativamente o uso de argumentos em prol do sigilo nem estabelece uma preferência dentre os diversos argumentos que se sobrepõem, o Estado acaba por se valer muitas vezes daqueles que dificultam o controle social ou não possuem um prazo específico para o término do sigilo. Ademais, tal como nos EUA, a alegação em conjunto de diversas negativas é uma estratégia que pode servir como reforço ao sigilo, pois mesmo após o termo final de um dos sigilos, seria possível argumentar que as demais razões para

se negar o acesso permanecem. Na prática, isso significa que mesmo após o período de classificação a informação poderá ser negada, já que o Poder Judiciário chancelou outros argumentos para além da classificação da informação. Essa estratégia serve para desanimar até mesmo os maiores entusiastas da transparência, pois já se sabe que mesmo após um longo período de espera a informação desejada pode simplesmente não ser disponibilizada. Por exemplo, as negativas com base em documento preparatório, pedido desproporcional ou desarrazoado foram constantemente alegadas com outros argumentos; essas negativas não possuem expressamente um prazo limite de sigilo pré-determinado na lei e foram razoavelmente utilizados pelo Estado, embora exista um termo em teoria; o Poder Judiciário, nesses casos, deve fixar um lapso temporal para que a informação seja disponibilizada, o que não foi feito.

Dentro dessa estratégia de se optar pelos melhores argumentos e ocasionalmente realizar a alegação em conjunto deles, especificamente em termos de segurança nacional, também se identificaram situações em que não havia argumentos robustos para a manutenção do sigilo e, ainda assim, o risco à segurança nacional foi alegado; essa situação aconteceu também sem uso de outros argumentos (casos 1, 2 e 6).

Dos 6 casos em que o Poder Executivo federal alegou informação classificada, o conceito de segurança nacional foi ampliado para além do previsto nos normativos brasileiros em 5 (por exceção do caso n. 4). Essas parecem ser situações em que não havia justificativa robusta para se negar acesso à informação e, por isso, flexibilizou-se a interpretação das regras do artigo 23 da LAI para estender a elas o sigilo classificado. Chama ainda a atenção que informações triviais, tais como as de promoção no âmbito das forças armadas tenham sido consideradas passíveis de colocar em risco a segurança nacional, situação em que a ideia de segurança nacional foi alargada indevidamente aparentemente para enrobustecer a negativa de acesso à informação. Nesses casos, por causa do prestígio das alegações do Poder Executivo junto ao Poder Judiciário, a presunção de legalidade das negativas de acesso à informação acarretou, em regra, a desnecessidade de apresentação do TCI e a manutenção de parte do sigilo.

Mas também houve situações que poderiam em tese gerar risco à segurança nacional, mas o Estado optou por não alegar a negativa por informação classificada, situação em que o conceito de segurança nacional previsto na LAI foi drasticamente reduzido. Por exemplo, a informação que pode “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações” precisa em regra ser classificada, conforme previsto no artigo

23 da LAI, exigindo a produção do TCI para que a sociedade civil possa acompanhar a sua futura disponibilização dentro de um prazo limite pré-determinado. Contudo, dos 25 casos envolvendo pedidos de acesso a investigação, procedimento de responsabilização disciplinar e auditorias, os quais em tese poderiam revelar informações técnicas estratégicas de como o Estado realiza suas atividades de controle, somente 3 deles foram declarados classificados (casos n. 2, 3 e 6 retro citados, mesmo sem TCI), optando o Estado por negar acesso com base em outros argumentos, os quais muitas vezes foi reconhecido pelo Poder Judiciário como válido, inclusive contra o legítimo interessado, tais como quando houve erro formal em proceder.

Além disso, tanto no Brasil como nos EUA, não se identificou atuação do Estado para punir os agentes públicos que negavam acesso à informação de forma manifestamente ilegal³⁷⁷; em especial no Brasil em que foram detectadas negativas de acesso sem qualquer justificativa e argumentos esdrúxulos esperava-se uma atuação de ofício do próprio juiz ou do Ministério Público para ao menos o início da apuração de responsabilidade.

Dentro desse contexto, a tabela abaixo aponta as principais normas descumpridas pelo Poder Executivo federal brasileiro com anuência, em maior ou menor grau, do Poder Judiciário:

Tabela n. 41 – Principais normas da política pública de transparência do Brasil que foram descumpridas e mesmo assim referendadas nas decisões envolvendo o Poder Executivo federal e proferidas pelos TRFs 1, 2 e 3 entre 2013 e 2020

PRINCIPAIS NORMAS DA POLÍTICA DE TRANSPARÊNCIA DO BRASIL DESCUMPRIDAS PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL E CHANCELADAS PELO PODER JUDICIÁRIO	OBSERVAÇÕES SOBRE O DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------

³⁷⁷ Por exemplo, no processo judicial n. 00034810520114013400, o demandante de acesso à informação questionou expressamente o juiz pela falta de reprimenda nas negativas ilegais de acesso à informação, mas o juiz considerou que não ficou demonstrada a má-fé das negativas, embora tenha sido reconhecida a ilegalidade das mesmas e o acesso garantido em sentença.

<p>A classificação da informação deve ser feita conforme determina a LAI e seus regulamentos</p>	<p>Não houve produção de TCI nos casos em que a segurança nacional foi invocada como argumento para manutenção do sigilo.</p>
<p>A classificação da informação deve ser feita precisamente nas situações previstas na LAI e seus regulamentos</p>	<p>Houve utilização inadequada da classificação de informações, às vezes reduzindo ou ampliando o conceito de segurança nacional para além do formalmente estabelecido, a depender do interesse do Estado.</p>
<p>As normas jurídicas do Brasil não exigem em regra que o interessado apresente motivação do seu pedido de acesso à informação.</p>	<p>Como decorrência do excessivo respeito às alegações do Poder Executivo federal, foi exigida do particular a motivação para seu pedido. A alta credibilidade presumir que a informação demandada era sigilosa e se inverteu o ônus da prova judicial. O problema no Brasil foi menos grave do que nos EUA, mas é preciso citá-lo dado o tamanho da ofensa à LAI.</p>
<p>As normas jurídicas do Brasil não exigem em regra que o Estado apresente justificativa para a negativa de acesso à informação.</p>	<p>Houve situações em que nenhuma justificativa para o sigilo foi apresentada pelo Poder Executivo federal.</p>
<p>A informação pessoal deve, em regra, ser disponibilizada ao seu titular.</p>	<p>Houve abuso no uso desse argumento, de modo que se impediu o acesso à informação em casos de evidente necessidade de seu titular. São informações básicas que não deveriam ser negadas.</p>
<p>A LAI e sua legislação complementar determinam a punição dos agentes públicos no caso de descumprimento dos deveres de disponibilizar informações.</p>	<p>Houve inércia do Poder Judiciário em determinar providências para a investigação de fatos e para a responsabilização de agente públicos do Poder Executivo federal.</p>
<p>A LAI e a legislação complementar determinam quais informações devem ser disponibilizadas e é dever do</p>	<p>Há vários casos em que o Poder Judiciário delegou a decisão judicial ao Poder Executivo federal.</p>

Poder Judiciário definir isso no caso concreto.	
Não há sigilos eternos no Brasil	O Poder judiciário precisa fixar termo para a proteção da informação, principalmente em situações de documentos preparatórios, pedidos desproporcionais, desarrazoados e que exigem trabalhos adicionais.

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base em dados dos TR1, TRF2 e TRF3 – Brasil, 2021.

Por todo o exposto, percebe-se que o Brasil possui falhas graves em sua política de transparência presentes principalmente no momento da execução da LAI e não tanto em seu texto. Essas falhas em certa medida são condizentes com uma democracia que ainda busca maturidade, havendo também falhas derivadas da falta de capacidade responsiva e outras decorrentes de limitações econômicas. Já em termos de segurança nacional, há um padrão de atuação semelhante ao dos EUA, em que o Estado adota práticas para impedir o acesso à informação estratégica; algumas dessas práticas são ilegais e outras no mínimo questionáveis. Em especial, constatou-se que a restrição ou a extensão do conceito de segurança nacional foram realizadas em prol da manutenção do sigilo por questões domésticas, ao contrário dos EUA em que a posição de poder parece ter sido determinante.

8 CONCLUSÃO

8.1 Das tensões entre transparência e sigilo nos Estados democráticos de direito

O sub-regime internacional da transparência consubstancia-se em um conjunto de princípios e de regras que estabelece um comportamento esperado especificamente em termos de divulgação e proteção de informações. Assim, transparência e sigilo coexistem nas Relações Internacionais, mas não são simplesmente situações opostas; são dimensões logicamente compatíveis de uma mesma realidade, em que o sigilo sobre certas informações inclusive cumpre papel importante para viabilizar a divulgação das outras.

Parte dessas regras do sub-regime, o denominado núcleo duro, deve ser observada, não se admitindo comportamento divergente, como por exemplo o princípio da máxima publicidade em benefício da sociedade civil. Há ainda regras do núcleo duro que legitimam os Estados proteger certas informações, como por exemplo aquelas capazes de colocar em risco a segurança nacional. Por outro lado, há compromissos voluntariamente assumidos no âmbito internacional para ampliar a transparência do Estado, às quais devem ser internalizadas por meio das leis de acesso à informação e eventualmente podem ser propostas como ações (projetos) no âmbito da OGP. Dentro da liberdade oferecida pelo sub-regime internacional para estabelecer os parâmetros da transparência, destaca-se que o processo de assumir esses compromissos deve ser dialógico, não uma mera exigência unilateral para que informações de determinados atores sejam prestadas para colocar outros em vantagem competitiva, exigindo reciprocidade e isonomia ao menos em parte das informações prestadas.

Considerando essa flexibilidade no regime da transparência e que cada Estado está num momento diferente de desenvolvimento democrático, não há dúvidas de que a transparência comporta gradações. Embora haja uma expectativa de que Estados democráticos ou que têm a intenção de fazer parte desse grupo assumam maiores compromissos de transparência para fortalecimento da democracia e em prol da confiança mútua, não há incompatibilidade teórica entre democracia e sigilo. Contudo, adotar um regime político democrático não finda as tensões potenciais entre transparência e sigilo, mas se pressupõe que essas contradições aparentes serão solucionadas pelos marcos normativos, em especial pelas leis de acesso à informação, e pelos sistemas de inteligência, ainda que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário eventualmente.

Além do mais, é preciso desmistificar a ideia de que as democracias têm necessariamente boas políticas públicas de transparência; Brasil e EUA, embora sejam democracias relevantes, possuem graves problemas em termos de transparência pública, conforme os achados dessa pesquisa que confirmaram a existência de negativas de acesso à informação com base em estratégias não condizentes com as normas internacionais do sub-regime de transparência e de suas respectivas leis de acesso à informação. Isso justifica o fato de Brasil e EUA, em especial este último, não serem bem avaliados nos ranks de transparência, como o já citado rank da *Global Right to Information Rating*.

8.2 Da insuficiência das legislações nacionais para se garantir a transparência e das falhas na adequada aplicação das leis de acesso à informação

A análise comparativa entre as leis de acesso à informação no Brasil e EUA indica diferenças legais fundamentais que, além de evidenciarem acordos políticos distintos, desdobraram-se em problemas diferentes. Os acordos políticos em questão sem dúvida se pautaram nos papéis desempenhados por Brasil e EUA no sistema internacional, sendo que o primeiro em tese teria menos informações estratégicas a serem protegidas e menores contradições entre interesses internos e externos, sendo mais fácil conciliar a política de transparência nacional com a sua política externa.

Assim, por diversos fatores, tais como por ser a LAI uma legislação posterior e pelo fato do Brasil não possuir tantas informações estratégicas a serem protegidas no nível internacional como os EUA, a LAI estabeleceu uma política pública de transparência extremamente favorável ao acesso à informação, fato confirmado pela análise da LAI que é amplamente mais propícia à disponibilização de informações do que a FOIA.

Com efeito, a lei de acesso à informação brasileira, que seguiu em parte os modelos sueco e norte-americano, foi além ao se colocar como normativo mais moderno. No Brasil, não há previsão de sigilo eterno da informação e os documentos são sempre segregáveis, condições que permitem em tese o controle social. Além disso, não se pode negar acesso à informação necessária a tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais ou ainda informações sobre a violação de direitos humanos. Há ainda previsão expressa de diversos outros deveres estatais pró-transparência que existem exclusivamente na LAI, tais como a previsão de publicação das listas de informações classificadas e desclassificadas, com o reconhecimento de elementos mínimos.

Por outro lado, é preciso ressaltar que há tensões presentes no Brasil que não existem nos EUA e são graves, observáveis em especial pela falta de cumprimento da LAI. De fato, a LAI é extremamente pró transparência em relação a FOIA, mas o Poder Executivo federal brasileiro acaba por minar a transparência ao criar e fomentar barreiras não previstas expressamente em lei ou pautadas em interpretações legais controversas ou ainda se aproveitando de omissões legais. No Brasil, aparentemente o fato da democracia brasileira ainda estar em fase de consolidação impacta significativamente nas ações e decisões do Poder Executivo federal e do Poder Judiciário, deixando-se de lado a lei aprovada pelo Poder Legislativo para atender interesses internos. Esses interesses por trás do descumprimento da LAI não se vinculam essencialmente aos interesses internacionais do Estado brasileiro, pelo contrário, parecem se vincular de forma indissociável a interesses escusos predominantemente da elite nacional, conforme será discutido nesta conclusão.

Já os EUA, em razão da posição que esse país ocupa dentro do sistema internacional, têm interesses globais diferentes do Brasil e, por isso, tem uma legislação garantista do sigilo a partir desse enfoque. Dessa forma, nos EUA, o descumprimento da FOIA parece ser menor do que no Brasil, pois a FOIA já é uma lei menos favorável a transparência que a LAI e parece atender bem aos interesses norte-americanos de proteção das informações consideradas estratégicas. Mas a incoerência das normas adotadas nos EUA com o sub-regime internacional de transparência, mais especificamente com as recomendações da Lei Modelo da OEA são muitas e já foram discutidas anteriormente nesta tese; nesse sentido, os EUA não atendem a diversos aspectos as recomendações da OEA em termos de transparência, valendo-se de sua soberania e pautados na OGP para manter as regras da FOIA que estabelecem situações de sigilo sem prazo limite pré-definido, longos prazos de sigilo classificado, inviabilidade da segregação da informação em certas situações, hipóteses de negativa de acesso sem previsão legal e situações de negativas de acesso nas quais o controle social é inviável ou dificilmente exercido, dentre outras.

Pelos detalhes apresentados nesta tese, é seguro afirmar que a falta de transparência no Brasil decorre mais do descumprimento das normas previstas na LAI, enquanto nos EUA a opacidade decorre principalmente das normas firmadas na FOIA ou criadas pelo Poder Judiciário face a omissão legal.

Dentre os problemas originados da LAI ou de sua implementação no Brasil, observou-se: a) presença predominante de casos de baixa complexidade no Poder

Judiciário, o que sinaliza para um processo administrativo de acesso à informação pouco efetivo; b) negativa de acesso à informações básicas, o que é inadmissível em uma democracia; c) aplicação de negativa de acesso à informação sem estipular um prazo limite pré-definido, ainda que não seja um sigilo eterno; d) relativa baixa participação dos cidadãos, ONGs e da mídia em pedidos de acesso à informação feitos ao Poder Judiciário, contrastando o alto número de pedidos feitos por empresas; e) pedidos de informação majoritariamente fundamentados no interesse particular e não no interesse coletivo; f) extrapolação significativa dos prazos para a concessão do acesso à informação; g) prazos médios elevados para decisão em segunda instância do Poder Judiciário; h) deferimento de liminares na primeira instância do Poder Judiciário que consolidam situações fáticas e impedem a revisão pelos tribunais; i) divergência de opiniões entre entes públicos da federação sobre o limite do sigilo; j) falta de uniformidade entre as decisões judiciais em diversos temas; k) baixíssimo percentual de análise documental pelo Poder Judiciário que decide sem ter certeza das informações que está disponibilizando ou negando; l) não acionamento de peritos para avaliação das informações demandas, quando é feita a análise documental; m) reconhecimento da incapacidade do Poder Judiciário de avaliar documentos com grande volume de informações; n) alto percentual de negativa de acesso à informação por erros formais, fruto em especial de um sistema jurídico muito complexo e burocrático para acessar informações; o) alto percentual de negativa de acesso à informação supostamente inexistente ou não localizada que, no mínimo, demonstra uma política de guarda da informação insatisfatória; p) a localização de informações após a declaração de sua inexistência ou não localização, conduta que contribui para a falta de legitimidade das respostas administrativas junto à sociedade civil; q) alto percentual de negativa de acesso à informação nos processos administrativos e judiciais sem apresentação de qualquer justificativa razoável; r) não punição de negativas de acesso manifestamente ilegais ou de omissões na resposta a pedidos de acesso à informação; s) concessão de alta credibilidade pelo Poder Judiciário às declarações feitas pelo Poder Executivo com a consequente inversão do ônus da prova nesses processos; t) omissão por parte do Poder Judiciário de decidir sobre a existência ou não de sigilo em diversos processos; u) baixo incentivo à resolução negociada da lide, na medida em que certos tipos de ações judiciais não exigem essa iniciativa; v) constatação rotineira de negativas de acesso à informação em processos administrativos e judiciais ao seu próprio titular, inclusive sob o argumento de que a informação não poderia ser concedida por ser pessoal; w) exigência de motivação para se acessar informações no Poder Judiciário; x) a

questionável necessidade de apresentar demanda em canal especial antes mesmo de fazer o pedido administrativo pelo FALE BR e ainda a necessidade de se fazer o pedido administrativo antes de fazer o pedido judicial³⁷⁸; y) a existência de um sigilo reservado presidencial para além do mandato do Presidente da República, no caso de continuidade de governo; z) o dever de se negar acesso aos pedidos desarrazoados sem que haja uma melhor definição do termo; a.1) aparente baixa familiaridade dos tribunais brasileiros com a LAI; b.1) uma política de gestão das informações que não obriga as agências a encaminhar todos os documentos para um arquivo único, capaz de catalogar todos os documentos existentes ou ao menos de um conjunto amplo deles para facilitar o acesso à informação aos demandantes, diminuindo discussões quanto à existência, à localização e conteúdo dos documentos; c.1) alta sobreposição de argumentos prevista normativamente para se negar acesso à informação, o que permite com facilidade a dupla ou até mesmo a tripla proteção da informação, visando estender o sigilo para além do termo do argumento principal; e d.1) aplicação inadequada do conceito de segurança nacional com sua redução ou ampliação a depender do interesse do Estado.

Os EUA têm problemas em comum com o Brasil, dos quais destacam-se: a) descumprimento dos prazos estabelecidos para os processos administrativos; b) alto percentual de negativa de acesso à informação supostamente inexistente ou não localizada; c) a localização de informações após a declaração de sua inexistência ou não localização, conduta que no mínimo contribui para a falta de legitimidade das respostas administrativas; d) percentual considerável de negativa por erros formais, consideradas justificativas mais simples para resolver a lide; e) negativas de acesso à informação ao seu próprio titular; f) reconhecimento pelo Poder Judiciário da presunção de veracidade das alegações feitas pelo Poder Executivo com a consequente inversão do ônus da prova; g) não utilização de peritos para avaliação da informação, quando é feita a revisão em câmara; h) uma política de gestão das informações que não obriga as agências a encaminhar todos os documentos para um arquivo único, capaz de catalogar todos os documentos existentes ou ao menos de um conjunto amplo deles para facilitar o acesso à informação aos demandantes, diminuindo discussões quanto à existência, à localização e

³⁷⁸ Reitere-se que a negativa de acesso à informação com base nesse argumento não poderia servir apenas o reinício da discussão para uma nova negativa, mas sim garantir que, ao menos em parte, a demanda será atendida pelo canal dito efetivo. Do contrário, há uma subversão do argumento que serve apenas como obstáculo ao acesso à informação. Então, nos casos em que o argumento é invocado em juízo, cabe ao Poder Judiciário avaliar de plano o fundamento meritório da negativa e impedir o retrabalho de nova análise em todas as outras instâncias administrativas.

conteúdo dos documentos; i) aplicação inadequada do conceito de segurança nacional com sua redução ou ampliação a depender do interesse do Estado; j) aplicação de negativa de acesso à informação sem estipular um prazo limite pré-definido, ainda que não seja um sigilo eterno; k) alta sobreposição de argumentos prevista normativamente para se negar acesso à informação, o que permite com facilidade a dupla ou até mesmo a tripla proteção da informação, visando estender o sigilo para além do termo do argumento principal; e l) não formalização da decisão de classificação da informação.

Nos EUA, além dos problemas compartilhados com o Brasil, registraram-se alguns bem peculiares, tais como: a) sigilos eternos, isto é, sem prazo limite; b) uso demasiado da isenção 7 que pode elasticamente servir para negar acesso a praticamente qualquer informação (cumprimento da lei); c) negativa de acesso à informação ao legítimo interessado quando invocadas as isenções 1 e 7; d) negativas de acesso ao próprio titular de informações básicas nos temas “Processo Administrativo Disciplinar, Investigações e Fiscalizações” e “Sistema Carcerário”; e) admissão da *glomar response*, situação em que o Estado é omissivo em se manifestar sobre pedido de acesso à informação; f) divulgação não satisfatória das listas de informações classificadas e desclassificadas; g) limitação da FOIA ao Poder Executivo federal, embora os municípios e os estados possam instaurar suas próprias leis; h) alto percentual contestando a busca das informações realizada pelo Estado; i) inviabilidade da segregação de informações nas hipóteses de das isenções 1 e 5; e j) cobrança de taxas para o acesso à informação aos mais necessitados, inclusive presidiários e desempregados.

Muitas das práticas retro citadas adotadas por Brasil e EUA são ilegais, uma vez que estão contra as regras expressas nas suas legislações nacionais, e outras são, no mínimo, questionáveis, na medida em que estão em dissonância com as recomendações da OEA e não estão previstas expressamente nas suas legislações nacionais. De uma maneira geral, considerando o conjunto dos casos estudados, pode-se dizer que o maior problema na transparência não foi, por si só, a existência de percentuais consideráveis de negativa de acesso à informação, pois o Estado realmente tem o dever de proteger certas informações; o maior problema é a ausência de justificativa razoável que poderia garantir a legitimidade do interesse do governo pelo sigilo, a qual foi maculada principalmente pela omissão na resposta, aqui considerando inclusive a *glomar response*, pela inaplicabilidade do argumento ao caso concreto ou pela falta de avaliação documental das informações pelo Poder Judiciário.

Alguns desses pontos merecem ser detalhados. O que se viu de forma negativamente marcante e inesperada foi a negativa de acesso à informação básica aos seus legítimos interessados, situações em que a informação diz respeito diretamente a determinados cidadãos. No Brasil, os erros formais e o caráter pessoal sensível da informação foram os principais motivos adotados pelo Estado nas negativas de acesso. Por outro lado, nos EUA, a isenção 7 foi amplamente utilizada, servindo como ampla proteção de informações, já que abarca diversas situações diferentes vinculadas ao cumprimento da lei, inclusive em oposição aos interesses de acesso do titular. Esses argumentos adotados nos EUA não geram TCI a possibilitar o controle social, não possuem prazos pré-fixados para disponibilização da informação, podem ser sobrepostos a outros argumentos para maior proteção da informação e ainda eventualmente são considerados inviabilizadores da segregação da parte pública para disponibilização. De todos os argumentos para se negar o acesso à informação não há dúvidas de que a *glomar response* é a mais forte, mesmo sem previsão legal, e houve significativo uso desse argumento nos temas vinculados à segurança nacional. Não é apenas uma situação de inexistência de controle social, é uma situação de sigilo eterno no qual não se pode sequer questionar judicialmente essa negativa, já que o Poder Judiciário sequer avalia as informações negadas sob esse argumento; trata-se de hipótese sem qualquer previsão legal ou em tratados internacionais e ainda assim é referendada pelo Poder Judiciário norte-americano. Não há no Brasil argumento similar utilizado no Brasil, muito menos amparado na lei ou na jurisprudência.

Por todas as falhas e todos os problemas supramencionados, verifica-se que Brasil e EUA não atuam de forma satisfatória para manter a coerência dos normativos nacionais e internacionais aos quais aderiram, criando situações de tensão desnecessárias entre transparência e sigilo que atingem de forma significativa a sociedade civil. Então, dentro do contexto acima explanado, são ululantes as incoerências entre as expectativas normativas decorrentes do sub-regime de transparência pública e a forma como essas regras são na prática internalizadas e aplicadas pelos Estados. O Brasil precisa urgentemente tornar a LAI mais efetiva e os EUA precisam melhor adequar a sua legislação nacional às recomendações da OEA.

8.3 Do uso do argumento do risco à segurança nacional

Já especificamente em termos de segurança nacional, há um padrão de atuação no Brasil e nos EUA para impedir o acesso à informação supostamente estratégica, nos quais esses Estados buscam práticas e argumentos mais vantajosos para a manutenção do sigilo, muitas vezes preterindo o uso formal do risco à segurança nacional e preferindo adotar negativas sem prazo limite determinado para a divulgação da informação, argumentos que não autorizam a segregação da informação, não formalizando (ou não apresentando) a decisão de classificação da informação (TCI), não publicando adequadamente as listas de informações classificadas e desclassificadas, alegando múltiplos argumentos para a manutenção do sigilo (ainda que contraditórios)³⁷⁹ para manter a sensibilidade da informação mesmo quando um dos argumentos decai, declarando a inexistência de informação ou sua não localização sem qualquer esforço para produzir um amplo inventário das informações acumuladas pelo Estado, restringindo o conceito de segurança nacional ou ampliando-o conforme a conveniência, dentre outras citadas.

Especificamente nos EUA, muitas informações estratégicas com potencial de impacto internacional são de interesse público, mas são negadas pelo Poder Executivo federal norte-americano com base em argumentos diversos, não apenas no risco à segurança nacional (isenção 1); houve diversos casos em que a classificação seria possível, mas não foi feita. No Brasil, nos poucos casos em que houve discussão diretamente sobre segurança nacional, o termo não foi aplicado conforme a lei; além disso, há várias situações que poderiam em tese ter sido classificadas e não foram.

No Brasil e nos EUA, a ampliação do conceito de segurança³⁸⁰ ocorreu basicamente em duas situações: a) casos em que não havia argumentos robustos para a manutenção do sigilo; b) casos em que houve sobreposição de argumentos, nos quais o risco à segurança nacional foi invocado para reforçar o conjunto outros argumentos por se tratar de uma alegação que goza de grande credibilidade dentro do Poder Judiciário e até perante a sociedade civil. Principalmente nos EUA, há uma enorme deferência do Poder Judicial às decisões do Poder Executivo, de modo que apenas raramente as

³⁷⁹ Os Estados se utilizam de diversos argumentos em situações passíveis de classificação para dificultar o controle social ou prolongar a disponibilização da informação, já que certos argumentos não se vinculam a um prazo específico para o término do sigilo. Então, mesmo após terminado o prazo, haverá outros argumentos para justificar a permanente sensibilidade da informação.

³⁸⁰ Quanto ao uso do argumento de risco à segurança nacional, Villa e Braga (2018, p. 1064) questionam o propósito da ampliação do conceito de segurança nacional pela securitização.

informações negadas são de fato apreciadas pelos magistrados. A posição de poder dos EUA no sistema internacional explica em parte a extrema cautela em termos de transparência, negando-se com base na FOIA acesso àquilo que seria público pelos critérios do sub-regime de transparência.

Conceitos abrangentes de segurança nacional, como os da LAI, não são sempre, na prática, a melhor alternativa a ser adotada pelo governo para embasar uma negativa de informações estratégicas; isso porque de uma forma geral a sociedade internacional tem sido muito criteriosa ao avaliar as negativas de acesso com base no argumento de que a informação foi classificada na medida em que exigem a fixação de um prazo determinado e ainda a garantia de que o controle social poderá ser feito através das citadas listas de informações classificadas e desclassificadas. Por outro lado, essa mesma sociedade internacional é muito mais tolerante quando se alega que o sigilo é para a proteção da informação pessoal dos cidadãos e de outros sigilos igualmente considerados legítimos pelas democracias, os quais em regra não têm prazo limite pré-definido ou possuem prazos superiores ao de classificação, não podem ser segregados e nos quais o controle social é inviável ou dificilmente exercido. Também se identificaram casos em que não havia argumentos robustos para a manutenção do sigilo e, ainda assim, a isenção 1 foi alegada. Nessa situação, o conceito de segurança nacional foi ampliado para além do previsto nos normativos norte-americanos, reforçando o conjunto de outros argumentos por se tratar de uma alegação que goza de grande credibilidade dentro do Poder Judiciário.

Além do problema na ampliação conceitual de segurança nacional, especificamente em temas de Política Externa e Defesa Nacional, no Brasil e nos EUA, o sigilo ainda parece ser a regra, mas a falta de justificativa razoável é generalizada, seja pela omissão direta em prestar resposta ou quando se alega a *glomar response*. Destaca-se, nos EUA, o uso abusivo da *glomar response*, hipótese de negativa de acesso à informação não prevista em lei e que concorre com a alegação de risco à segurança nacional.

E, ao contrário do que se poderia imaginar, também se observou a redução do conceito de segurança nacional como forma de fortalecer o sigilo. A negativa constante com base em outros argumentos considerados concretamente mais protetivos da informação reduz o conceito de segurança nacional. Assim, verificou-se que há uma estratégia principalmente do Estado norte-americano em buscar os argumentos mais vantajosos para manutenção do sigilo, preferindo aqueles que não possuem um prazo limite para a divulgação da informação, não autorizam a segregação da informação e não

exigem a publicação em lista de informações para controle social posterior, o que ocorre em especial quando se alegam sigilos especiais, de documentos preparatórios, de informações pessoais e ainda aqueles necessários ao cumprimento da lei (respectivamente isenções 3, 5, 6 e 7). A negativa constante com base nessas isenções reduz na prática o conceito de segurança nacional ao se aplicar aquele mais benéfico ao sigilo ou, possibilidade de sobreposição de argumentos, mantêm-se os dois. A redução também ocorreu no Brasil, mas não há o agravante de existirem na LAI sigilos eternos.

Merece menção ainda que nem no Brasil nem nos EUA o risco à segurança nacional foi o maior empecilho ao acesso à informação, sendo o argumento formal e proporcionalmente pouco utilizado. De toda forma, a segurança nacional é importante nesta tese na medida em que é pacificamente aceita pela quase totalidade dos atores internacionais como uma das principais hipóteses de sigilo em Estados democráticos ou não. Ademais, como visto, houve de forma significativa situações em que o argumento teoricamente deveria ter sido utilizado, mas formalmente não foi aplicado, gerando a já citada redução do conceito de segurança nacional; o acréscimo dessas situações torna a questão da segurança nacional ainda mais relevante. Além disso, o baixo uso formal do argumento não significa que existem poucas informações classificadas no Brasil e nos EUA; em especial no Brasil, embora exista um número altíssimo de informação classificada, há poucas ações judiciais discutindo a negativa de acesso pela via administrativa mesmo havendo diversas situações a margem da lei descritas nesta tese, tais como o limite de pedir no máximo 15 documentos classificados por mês na via administrativa. Tudo isso indica que a sociedade civil não considera que exista uma boa relação de custo-benefício em obter informações classificadas e que elas ainda gozam de certa legitimidade social, ao ponto de serem poucos os interessados a enfrentar judicialmente o Estado e as barreiras ilegalmente criadas. O custo para o governo internamente manter o sigilo parece ser muito baixo, até porque não há indícios de punição para negativas sem qualquer justificativa. Por outro lado, isso significa que outros atores internacionais também terão dificuldade em acessar a informação ao menos pelas fontes abertas, ressalvadas as hipóteses de erro da divulgação da informação.

8.4 Dos interesses das potências e do Brasil

8.4.1 Das variáveis independentes democracia e posição de poder no sistema internacional

Os objetivos da política de transparência pública refletem o grau de democracia e a posição do ator no sistema internacional; essas variáveis condicionam as percepções subjetivas do que seriam os benefícios e os custos da adoção da transparência.

A variável independente democracia foi relevante nos EUA para adoção da FOIA, ao estabelecer maior controle social sobre o Poder Executivo, o qual tem preponderância principalmente em períodos de guerra; mas essa mesma variável apontaria em tese para a imediata necessidade de revisão da FOIA. Contudo, a posição de poder dos EUA estabelece interesses externos que podem justificar o sigilo em situações das mais diversas. Por outro lado, o espalhamento da democracia no sistema internacional, e conseqüentemente da transparência, tornaria o ambiente mais seguro aos EUA, o que atende aos seus interesses. A variável independente posição de poder refletiria seus interesses externos, tanto na oposição de sigilo de suas informações quanto na consolidação da democracia enquanto regime político mundial garantidora da transparência dos outros atores internacionais. Ademais, a posição de poder explicaria a falta de revisão da FOIA a partir das normas de transparência recomendadas pela OEA e ainda a sua implementação com interpretações no mínimo duvidosas, como a *glomar response*. Dito isso, o fato dos EUA possuírem uma legislação nacional de acesso à informação retrógrada é só uma contradição aparente, pois em termos de poder é uma estratégia consistente e coerente, desde que não cometidos excessos. Ainda considerando a variável posição de poder, pode-se afirmar que os EUA, dentro da perspectiva realista, acumularam poder suficiente para descumprirem a Lei Modelo e não serem punidos nem mesmo relativamente a sua imagem de democracia consolidada, ao contrário de outros atores internacionais.

Por seu turno, no Brasil, a variável democracia é importante tanto para explicar a adoção de uma legislação moderna de transparência pública como também para elucidar seu desvirtuamento no momento da aplicação. Quanto a adoção da LAI, reconhece-se que há atores emergentes, como o Brasil, que possuem interesse especial de fazer parte do grupo de democracias consideradas maduras e, por isso, dentre outras medidas, adotaram ações de melhoria da transparência atraídos por fazer parte do grupo de democracias da OGP. Não que apenas fatores externos ligados ao regime democrático tenham determinado a adoção da LAI; é preciso reconhecer que houve a variável democracia também se apresentou por meio de fatores domésticos, em especial ligados ao governo

Dilma Rousseff, mas o foco da tese foi abordar os fatores internacionais ligados à política de exportação da democracia dos EUA.

Embora no caso do Brasil os interesses internacionais do Estado não justifiquem tanto a oposição de barreiras ao acesso à informação, é evidente a presença de interesses internos antidemocráticos, em especial da elite nacional, capazes de impor seus interesses particulares sobre o bem comum e, conseqüentemente, estabelecer situações de sigilo contrários à LAI. Por isso, a mera adoção de uma lei de acesso à informação progressista não garantiu de transparência, o que ficou mais evidente após o fim do governo que a aprovou a LAI. Democracias fracas cedem aos interesses das elites políticas e econômicas e, por isso, têm maior probabilidade de não ter boa transparência. Parte dos dados coletados permitem considerar a democracia brasileira como não consolidada, tais como a relativamente baixa participação dos cidadãos e da mídia em pedidos de acesso à informação, a negativa de informações para o controle social da conduta dos agentes e recursos públicos etc. Além disso, nos últimos anos, houve um evidente retrocesso não apenas da democracia brasileira³⁸¹, mas também da transparência; nesse sentido, citem-se alguns exemplos de retrocessos em direção à opacidade estatal: a) retirada da remuneração, lotação e outros dados básicos dos agentes da Agência Brasileira de Inteligência e da Polícia Federal do Portal da Transparência³⁸²; b) alteração pró sigilo de interpretações anteriormente consolidadas pela CGU, órgão garantidor da transparência³⁸³; c) ampliação por meio de delegação do rol de legitimados a classificar

³⁸¹ De acordo com a *Freedom House*, em 2018 o Brasil possuía 78 pontos e atualmente, em 2022, possui 73 pontos. In: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2018> e <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>. Sobre a transparência, o relatório de 2022 consignou que: “*Brazil enacted a Freedom of Information Act in 2012, but in practice, the government does not always release requested information, and when doing so, not always in machine-readable formats.*” Em denúncia apresentada em 2022 para a OCDE, a Transparência Internacional disse que há: “*Systematic disregard for the Access to Information Law, and strong setbacks to public transparency, notably in the allocation of federal budget resources;*”

³⁸² A prática ocorre desde 2018, durante o governo de Michel Temer e não foi revista pelo governo que se sucedeu; além de desrespeitar de forma evidente decisão do STF, a justificativa de que haveria risco à integridade física desses agentes públicos e seus familiares não é razoável na medida em que outras categorias até mais sensíveis, tais como juízes e auditores, são obrigadas a disponibilizar informações. In: <https://www.portaltransparencia.gov.br/>.

³⁸³ Os retrocessos acontecem pela falta de mecanismos garantidores da independência dessa agência anticorrupção. Além de permitir que determinadas carreiras mantenham seus dados sigilosos, tais como retro citado, há diversos outros exemplos de retrocessos, citem: I - a CGU negou acesso a identidade de pessoas que praticaram atos ilícitos e consignou expressamente que o motivo da negativa era a necessidade de proteção da imagem dos infratores, a qual seria prejudicada pela transparência. No caso concreto, a CGU negou acesso ao nome das pessoas autuadas por fiscais do trabalho por manterem trabalhadores em situação análoga à escravidão, conforme se verifica no Parecer n. 1014/2021/CGRAI/OGU/CGU proferido e aprovado no NUP 03005.133404/2021-60 em 01/10/2021. II – Em pedido de relatório público, “na terceira

informações³⁸⁴; d) veto presidencial ao inciso IV do art. 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que protegia a desnecessária circulação da identidade daqueles que apresentassem pedidos de acesso à informação³⁸⁵; e) queda geral do número de pedidos atendidos em transparência passiva³⁸⁶; f) negativa administrativa pelo Estado de acesso a pedidos em transparência passiva evidentemente públicos ou contra orientações da CGU³⁸⁷; g) uso constante da LGPD para se negar acesso à informação sobre atividades de agentes públicos³⁸⁸; e h) a execução financeira sem lastro, também denominada de orçamento secreto³⁸⁹.

instância, o Ouvidor-Geral adjunto ignora completamente o parecer técnico da auditora que avaliou o caso, segundo o qual as razões fornecidas pela Secom para negar a informação continuavam insuficientes frente às exigências da LAI.” Por isso, a CGU teria impedido a “divulgação de relatórios de monitoramento de redes sociais encomendados pela Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República (Secom)”. III – a CGU reverteu seu entendimento de que os pareceres jurídicos encaminhados à Presidência da República relativamente a sanção de leis seriam públicos e passou a entender que estariam protegidos pelo sigilo profissional dos advogados, conforme parecer aprovado no âmbito do NUP 00700.001279/2019-70.

³⁸⁴ A medida foi vigente por curto espaço de tempo, conforme previsto no Decreto n. 9.690, de 23 de janeiro de 2019, o qual foi revogado pelo Decreto n. 9.716, de 26 de fevereiro de 2019.

³⁸⁵ Destaca-se que a CGU mantém essa prática, embora não prevista em lei. Para maiores detalhes da razão do veto vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm.

³⁸⁶ In: <https://oglobo.globo.com/politica/transparencia-em-queda-maioria-dos-ministerios-de-bolsonaro-reduz-atendimento-pedidos-de-acesso-informacao-25258926>.

³⁸⁷ Por exemplo: I - De reuniões de agentes públicos com lobistas. In: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/moro-nao-responde-sobre-encontro-com-setor-de-armas-e-alega-direito-a-privacidade.shtml>, <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/04/5000301-planalto-decreta-sigilo-em-encontros-de-bolsonaro-com-pastores-lobistas-do-mec.html> e <https://oglobo.globo.com/politica/planalto-tentou-manter-sob-sigilo-registros-de-visitas-de-filho-de-bolsonaro-empresario-1-25475469> II - De processos administrativos disciplinares. In: <https://br.vida-estilo.yahoo.com/cgu-reverte-sigilo-processo-sobre-161200059.html> e <https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/prf-impoe-sigilo-de-100-anos-a-processos-contragentes-envolvidos-na-morte-de-genivaldo/>. III – De documentos sobre a compra de vacinas. In: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/08/09/saude-poe-sob-sigilo-documentos-sobre-compra-da-covaxin-diz-revista.htm>.

³⁸⁸ In: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/03/transparencia-governo-bolsonaro-dificulta-acesso-a-dados-publicos.htm>. O problema era tão grave que a CGU produziu uma orientação sobre o assunto, vide Enunciado n. 4, de 10 de março de 2022. Disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/67735>. Acesso em 19/10/22.

³⁸⁹ As leis de diretrizes orçamentárias, desde 2020, não preveem qualquer procedimento “para registro formal das milhares de demandas recebidas pelo Relator-Geral com sugestão de alocação de recursos por parte de parlamentares, prefeitos, governadores, Ministros de Estado, associações, cidadãos, formuladas no dia a dia do exercício dinâmico do mandato”, conforme consta do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021. Por isso, os agentes políticos têm demandado ao relator geral do orçamento a realocação de recursos sem qualquer rastreabilidade, isto é, por meios informais ou não identificados, o que prejudica completamente o controle social sobre os recursos públicos. O assunto foi submetido ao STF, mas não houve decisão definitiva até o momento e embora a Ministra Rosa Weber tenha concedido liminar em prol da aplicação da transparência sobre esse orçamento paralelo o problema está

Assim, no caso do Brasil, a variável democracia permitiu que a interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que deveria ser feita em prol do cidadão, fosse utilizada pelos agentes públicos contra a transparência do Estado para retirar do controle social a conduta de agente públicos, que embora sejam cidadãos, devem prestar condutas de suas condutas para a sociedade; foi uma democracia fraca que permitiu a instituição do orçamento secreto sem qualquer protesto relevante da população, a qual sequer sabe realmente do que se trata, ainda que haja uma imprensa livre. Aparentemente, valores, tais como a transparência, importam até o momento em que contrariam os interesses das elites domésticas nacionais ou interesses do Estado no nível internacional. Dito isso, os interesses internos das elites não podem ser ignorados mesmo nas pesquisas de Relações Internacionais, seja no momento da instituição de uma lei ou em sua implementação, não obstante se reconheça que o enfoque neste trabalho tenha se pautado predominantemente nos interesses externos de cada país. Por outro lado, o ativismo social reverteu o já citado decreto que aumentava a lista de autoridades que poderiam classificar a informação, mostrando que é possível a sociedade civil lutar contra retrocessos.

A forma como os interesses internos das elites interfere na dinâmica da transparência do Brasil é, sem dúvidas, tema relevante a ser abordado com maior profundidade em estudos complementares a esta tese; em especial, cabe a discussão se a transparência pública no Brasil seria uma política de governo, que varia com a sucessão presidencial, ou se haveria uma política pública de transparência do Estado.

8.4.2 Do papel da OGP na defesa da transparência

A OGP defende o pressuposto de que os seus Estados membros estão em momentos diferentes de desenvolvimento democrático e, por isso, não seria viável uma padronização das exigências de transparência. Este argumento é falacioso, primeiro porque estabelecer um patamar mínimo padronizado de transparência para todos os Estados é diferente de se estabelecer níveis mais altos. Em segundo lugar, é justamente por haver diferenças entre os Estados que se poderia em tese exigir mais daqueles que lideram o processo democrático e não apenas permitir de cada membro escolha livremente as ações de transparência que deseja implementar.

longe de ser resolvido, pois as emendas continuam sendo promulgadas em nome do relator geral e os recursos públicos não estão no Portal da Transparência.

Quando um Estado estabelece regras benéficas à transparência e as descumpre, como no caso do Brasil, o juízo de reprovação é maior do que no caso dos EUA, que não se comprometeram internamente em adotar as recomendações da OEA e tem seu comportamento amplamente chancelado pelo seu Poder Judiciário. Esses Estados democráticos já consolidados não sofrem tanta pressão externa para serem transparentes e não parecem muito preocupados com os ranks de transparência por serem consideradas democracias desenvolvidas, ao contrário daqueles que desejam alcançar esse *status* democrático e se esforçam em cumprir as recomendações internacionais, sejam da OEA ou da OCDE, e ainda buscam promover amplas ações de transparência no âmbito da OGP. No final das contas, conforme defende Xavier (2019), as avaliações da OGP e outros ranks de transparência, ao conceder notas públicas aos Estados acaba por estabelecer, ainda que indiretamente, uma visão de mundo de que alguns são melhores do que os outros e esses devem seguir os modelos e experiências dos primeiros, jogando com suas regras e valores; estabelecer notas criaria uma competição entre os atores internacionais na busca não apenas de se manter na OGP, mas de ter *status* de Estado moderno, isto é, democrático, pois na ideologia liberal só não é democrático o Estado que não pode ser; então, o ranqueamento dos Estados em termos de democracia ou transparência reforça certo padrão de comportamento.

Assim, com base na ideia falaciosa de que a plena flexibilidade é necessária, cabendo a cada Estado optar soberanamente o que irá disponibilizar e quando irá fazê-lo, há vantagens para aqueles Estados opacos que já são considerados democracias consolidadas que possuem regras menos rígidas de transparência e maior capacidade informacional para analisar, proteger e coletar informações. Por isso, na OGP, parece se aplicável o adágio popular cotidianamente mencionado no Brasil: “Faça o que digo, não faça o que faço”. Esse brocado se refere a uma situação em que determinado ator faz recomendações a outros dentro de juízo de valor que pressupõe certa superioridade moral na transmissão de uma experiência supostamente positiva, mas, ao contrário do que se poderia esperar, o discurso daquele que recomenda a ação está em dissonância com sua própria prática. Dito de outra forma, não há um exemplo a ser seguido, mas uma ordem hierárquica entre os atores do sistema que não necessariamente goza de legitimidade.

8.4.3 Da busca não ingênua pela transparência

Discutir transparência em Relações Internacionais envolve necessariamente questionar quais informações são disponibilizadas, quais são negadas, a motivação dessas ações em termos de exercício de poder e a possibilidade de existência um mínimo de reciprocidade entre os atores internacionais.

De plano, é preciso salientar que não se propõe uma inalcançável igualdade de transparência entre Estados e muito menos uma transparência plena nas Relações Internacionais. Ademais, os Estados que venham a adotar uma transparência acima do mínimo não devem esperar qualquer reciprocidade de acesso à informação com as potências. Isto posto, é preciso que se entenda a lógica e as normas desse complexo jogo estimulado pelos EUA para avaliar a possibilidade de garantia a um mínimo de transparência.

A transparência se insere na concepção teórica propagada em especial pelos EUA de que a democracia é o melhor regime político, a suposta única opção atual para o desenvolvimento, e que há somente um caminho para alcançá-la. Não é sem razão que os EUA se esforçam concretamente para promover e fortalecer a democracia no sistema internacional. Há, pelos EUA, a percepção de que a aceitação dos valores democráticos é boa para o mundo, não apenas reflete seus interesses, e é plenamente compatível com a estratégia de ação norte-americana de expansão da transparência; ou seja, não se pode negar que a expansão da transparência, tal como a da democracia, favorece os EUA, sendo apenas uma questão de dimensionar melhor quais informações devem ser prestadas. A própria criação da OGP se enquadra na estratégia norte americana para valorizar a democracia e fomentar a abertura de dados dos Estados³⁹⁰. Assim, os EUA estimulam outros atores internacionais a adotar a transparência para reforçar a democracia; isso os favorece na medida em os valores são referência para as ações internacionais, constituem a base intersubjetiva das negociações e das regras internacionais, estabelecendo consequentemente o que é certo e o errado, o que pode ser feito ou não. Dessa forma, é

³⁹⁰ Ainda é cedo para afirmar que a criação da OGP tenha dividido os BRICs, mas não há dúvidas de que a OGP fortalece os valores norte-americanos, em especial a democracia e a transparência. Sobre a influência de fatores internacionais sobre as políticas públicas nacionais, cabe citar o pensamento de Oliveira e Luvizotto (2011, p. 9): “(...) o papel do Estado transforma-se: ele torna-se um instrumento de adaptação das políticas domésticas à realidade internacional (...)”.

mais fácil coordenar atores democráticos e manter a estabilidade sistêmica em uma situação que lhes é favorável.

Também é necessário mencionar que, com a disseminação da transparência, os EUA aumentam a sua capacidade de acesso às informações de outros atores por meio da coleta de dados em fontes abertas³⁹¹, sem prejuízo de quando houver interesse obter informações de fontes fechadas (através de operações especiais, por meio de tecnologia e profissionais altamente qualificados)³⁹². Além disso, os custos da transparência não são uniformes para todos os atores, isso porque suas capacidades já instaladas e tradição na democracia são diferentes. O fato é que os EUA estão no jogo da transparência e do sigilo há muito tempo e, por isso, estão investindo na capacitação de funcionários e em tecnologia para esse jogo muito antes dos demais atores, já possuindo uma estrutura muito avançada tanto para coletar e analisar informações adversárias, inclusive de fontes abertas, como para proteger informações e impedir erros de disponibilização, ao contrário de países que recentemente adotaram a transparência (o Brasil, por exemplo) os quais possuem menor capacidade informacional e em tese errariam mais ao disponibilizarem informações valiosas em fontes abertas; assim, os EUA estão mais preparados para as disputas internacionais nesse tema, isto é, divulgam e restringem informações no sistema internacional com mais efetividade. Por outro lado, os EUA conseguem fazer isso sem aumento significativo de custos, os quais já foram internalizados, ao contrário daqueles atores que ainda estão implementando suas leis de acesso à informação; o custo relativo da atividade de inteligência envolvendo a política de transparência seriam minorados com a expansão da democracia, pois mais Estados teriam que desempenhar as mesmas atividades e cumprir as mesmas regras que ele já cumpre.

Mais especificamente, é preciso citar que a vagueza dos termos básicos de uma política pública de transparência e a falta de uniformidade entre as leis de acesso à informação de cada Estado democrático favorecem as potências. Por exemplo, a ideia de segurança nacional, que foi construída pelas potências estatais, serve atualmente aos interesses norte-americanos da mesma forma que a fábula da anarquia do sistema

³⁹¹ No momento atual das relações internacionais, não há como ignorar a importância das fontes abertas de informação. Em síntese, desvalorizar a informação disponível em fontes abertas é estabelecer um pré-conceito de que Estados não cometem erros e que a história e o status não possuem qualquer valor nas Relações Internacionais.

³⁹² A verdade é que serviços de inteligência de Estados democráticos ainda buscam cautelosamente de forma clandestina e ilícita informações estratégicas em fontes fechadas. Obviamente, isso pode causar prejuízo significativo a imagem desses Estados caso a operação falhe.

internacional. A própria anarquia é qualificada por um contexto de falta de informação íntegra e verídica pautada na legitimidade do sigilo. Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a segurança nacional é aquilo que as potências fazem dela, já que há muita flexibilidade e distância entre conceito e prática a ponto de Villa e Braga (2018, p. 1068) afirmarem que “a segurança internacional, como conceito e como prática, tem tido (...) um denominador comum: a perda do consenso sobre o seu significado, sobre sua natureza e sobre a definição de suas ameaças.” Parte dos problemas envolvendo a flexibilidade do conceito de segurança nacional seriam superados se houvesse um acordo internacional definindo de forma mais específica e taxativa as hipóteses para negativa de acesso à informação com base nesse argumento. Mas aparentemente não há interesse das potências nisso, tanto que até o momento não existe qualquer proposta de tratado internacional nesse sentido. A OGP seria o fórum mais adequado para se chegar a um termo equitativo e uniforme para regular a transparência no sistema internacional, bem como incentivar a adoção do regime político democrático, mas não há ações nesse sentido. Com efeito, o pressuposto de flexibilidade do termo segurança nacional adotado pela OGP e a ressalva feita quando da assinatura da Lei Modelo da OEA são adequados aos interesses norte-americanos, pois são as potências que têm informações mais sensíveis para proteger a fim de manter o *status quo* e a flexibilidade para seu alargamento ou redução são meios para se proteger suas informações estratégicas. Como decorrência dessa visão particular de mundo, a negativa de acesso à informação quando há risco para a segurança nacional se impõe na mais leve suspeita de ameaça e no caso de qualquer dúvida, contrariando o preceito de que a transparência seria a regra ao menos nos Estados democráticos. Por outro lado, como já discutido, a redução conceitual é feita quando outros argumentos são mais sólidos e permitem tirar a informação do rastreo popular por mais tempo e de forma mais garantida. Então, a segurança nacional não é um conceito neutro nem intersubjetivo da forma como consta no discurso. Essa liberdade na adoção e aplicação do conceito de segurança nacional, ao menos para fins da política de transparência, sempre foi a proposta dos EUA e sua antiga legislação de acesso à informação, muito menos progressista que a do Brasil, não recebe tantas críticas internacionais em decorrência de seu *status* de democracia plena. Assim, a insuficiência da FOIA, a falta de simetria nas legislações nacionais de acesso à informação e a flexibilidade defendida pela OGP favorecem aos interesses dos EUA sem aparentemente implicar custos consideráveis.

As potências têm mais a ocultar na medida em que informação é elemento de poder; não há dúvidas que as potências dificilmente abririam mão de ocultar suas vulnerabilidades ou da capacidade de moldar opiniões pela divulgação seletiva de informações derivada do uso do sigilo, em especial em temas afetos a segurança nacional, ao mesmo tempo em que têm o desejo de acessar as informações dos demais atores internacionais. A grande questão é que não há como existir transparência em certos temas ou se exigir reciprocidade das potências sem haver perda de poder, preponderando o sigilo para a garantia dos interesses nacionais em detrimento do valor transparência. Assim, a isonomia na transparência não é desejada pelos EUA, pois na prática isso implicaria deixar uma posição muito benéfica que é a liberdade no uso do conceito pelas potências.

Todavia, a existência detalhada de um mínimo de transparência para os Estados democráticos e a flexibilidade de poder livremente escolher quais outras informações são públicas são regras compatíveis que podem continuar favorecerem aos interesses dos mais poderosos no sistema internacional, mas igualmente reforçar a democracia para aqueles que vivem sob a égide desse regime político, o que é inclusive uma ambição específica dos EUA e da Europa Ocidental.

Dito isto, vale retomar que, nas democracias, o sigilo é legitimamente reconhecido em situações excepcionais, tais como nos casos em que há risco à segurança nacional e quando as informações expõem injustificadamente a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Ainda que se admita o sigilo nos Estados democráticos, ele pode e deve ser questionado a partir de sua real necessidade e de um mínimo de transparência. Concretamente, a tensão entre o valor transparência e os interesses estatais, muitos deles protegidos pelo sigilo, precisam ser concretamente resolvidos primeiro por uma lei que estabeleça o acordo político sobre o uso do sigilo e, em segundo lugar, por um órgão de inteligência, que desempenhe a competência de orientar como será cumprida a política de transparência, em especial identificando as informações que realmente podem causar riscos à segurança nacional e eventualmente fazendo a análise prévia das informações a serem disponibilizadas em fontes abertas ou pela via passiva. A superação teórica do paradoxo entre democracia e segredos é resolvida pelo órgão de inteligência nos Estados democráticos. Mas a criação de órgãos de inteligência nos Estados democráticos apenas transfere as tensões para os órgãos de inteligência, os quais precisam resolver os casos concretos. Continua havendo conflito entre segredo e transparência e, conseqüentemente, há tensão domesticamente entre interesses particulares, sociais e estatais e internacionalmente entre as unidades do sistema internacional que continuam vivendo

concretamente o dilema da segurança. Compete, todavia, aos órgãos de inteligência dos Estados democráticos resolver as tensões com base em princípios e regras que estabeleçam o mínimo de transparência, sejam essas normas internacionais ou nacionais.

Não basta o Estado entender que a informação é estratégica para negá-la; muitas vezes o objeto da demanda até é estratégico, mas se não existe qualquer restrição legalmente estabelecida de acesso à informação coerente com as expectativas democráticas não se pode negar o acesso. Os valores e a coerência deles com as ações importam e não há dúvidas de que os interesses dos EUA são atendidos quando seus valores democráticos são adotados por outros atores internacionais e, ao mesmo tempo, há certa lógica ao afirmar que a transparência é positiva para o sistema internacional, em especial para as relações de cooperação.

Contudo, ainda que a transparência seja considerada essencial a uma democracia e esteja presente no discurso e nas leis de acesso à informação de Brasil e EUA, ela é concretamente relativizada para atender interesses estatais dos mais variados, em situações em que o custo do sigilo aparentemente compensa para justificar práticas que sejam coerentes com esses interesses que não raramente se distanciam do interesse social e da base legal acordada para delimitar o papel funcional do sigilo.

A questão de segurança nacional é justamente o momento mais sensível quando se põe a prova os valores democráticos. Da mesma forma que não haveria contradição quando os EUA deixam a solução negociada tipicamente da diplomacia dos Estados democráticos de lado para usar a força e alcançar seus interesses, a opacidade dos EUA em temas afetos a segurança nacional é coerente com seu *status* de potência democrática. Os interesses do *hegemon* não podem ser contrariados, ao contrário dos interesses dos emergentes³⁹³, cujos custos de descumprir as normas ajustadas parecem ser maiores. Dessa forma, a importância da transparência com todo o seu potencial catalisador de transformações para a sociedade nacional e para o sistema internacional é de fato reduzida, com tendência de manutenção do *status quo* que favorece as potências democráticas.

³⁹³ O Brasil não tem a função precípua de manter a ordem democrata-liberal do sistema internacional e, ao contrário dos EUA, parece estar menos sujeito a ataques armados de outros atores internacionais; além disso, o Brasil não se insurge diretamente contra a ordem posta, o que também parece tornar suas informações estatais menos interessante. Foi essa posição menos importante do Brasil no sistema internacional que possibilitou uma legislação mais benéfica à transparência do que nos EUA, embora o seu cumprimento seja questionado pelas instituições públicas.

De toda maneira, mesmo para as potências democráticas, sobrepor os interesses sobre os valores deveria ser exceção e exigiria a mudança formal dos acordos políticos consubstanciados nas normas de transparência. Práticas contrárias à legislação não deveriam ser banalizadas como ficou muito evidente tanto no Brasil como nos EUA nas situações de informação desclassificada e naquelas cujo demandante era justamente o titular da informação. Não que os Estados tenham apenas uma posição retórica pela transparência, mas há uma rotina de disponibilizar acesso às informações básicas e sem qualquer importância enquanto aquelas que possivelmente contém algum valor para a sociedade são reiteradamente negadas muitas vezes por argumentos ilegais e interpretações muito subjetivas, estratégias ordinariamente adotadas pelos governos do Brasil e dos EUA e chanceladas pelo correlato Poder Judiciário, conforme foi demonstrado.

Não se espera que os Estados disponibilizem informações estratégicas, como já dito anteriormente em diversas passagens nesta tese, o que afasta uma transparência plena. O reconhecimento de que a transparência plena não encontra espaço em termos práticos, já que o Estado em tese só garante a transparência das informações que podem ser disponibilizadas sem fragilizá-los, não exclui a tese de que a transparência pode e deve ser aprimorada. Isso porque, conforme os problemas identificados nas políticas de transparência pública de Brasil e dos EUA, verifica-se que há espaço para melhorias. Muitas vezes, a informação foi negada por motivos inaceitáveis para Estados democráticos, sem qualquer menção a questões de segurança nacional; em outros casos, a justificativa formal foi a segurança nacional, mas o caso concreto estava completamente fora do guarda-chuva conceitual.

Igualmente não se espera que todos os Estados adequem suas leis de acesso à informação às normas da Lei Modelo da OEA sobre transparência e que as cumpram sem ressalvas, mas é preciso iniciar a discussão sobre um mínimo de transparência e a OGP deveria desempenhar esse papel mediador dos interesses. Embora a OGP faça parte de uma ordem democrática liberal fomentada pelos EUA, ela pode se tornar uma instituição internacional mais relevante para o sistema internacional, gerando estabilidade e garantindo o controle das ameaças às democracias. Para tanto, a cooperação precisa ser percebida como mais vantajosa que a não-cooperação, o que não parece ser o caso no momento, haja vista a falta de isonomia na divulgação das informações. Não se está dizendo que os Estados não têm cooperado na OGP para promover a democracia e a transparência no sistema internacional, mas que essa cooperação poderia ser mais intensa,

isonômica e duradoura. Igualmente não se está aqui defendendo que a transparência seja necessariamente nociva aos participantes da OGP; ao contrário, acredita-se que o aumento da transparência no sistema internacional fortaleceria as democracias, fomentaria a cooperação, possibilitaria o melhor controle social das ações dos atores internacionais e a poderia promover maior governança ao sistema internacional, sem pôr em risco as informações estratégicas dos EUA que realmente deveriam ser protegidas.

Por seu turno, alcançar isonomia de transparência entre Estados e um equilíbrio entre transparência e sigilo são tarefas muito difíceis, embora já exista um fórum internacional para discutir sobre isso e regras supostamente compartilhadas. A OGP precisa buscar uma maior uniformidade nos procedimentos, inclusive em termos de prazos limites de manutenção do sigilo, das hipóteses de negativa de acesso à informação, do conteúdo mínimo a ser disponibilizado aos interessados e de determinados conceitos centrais, tais como de segurança nacional. Para os temas realmente afetos às áreas de Política Externa e Defesa Nacional, com risco para a segurança nacional, também preciso é garantir um maior compartilhamento de informações sigilosas ao menos nos problemas compartilhados entre os Estados, tais como o terrorismo, o tráfico de drogas, problemas ambientais etc. Para tanto, é preciso pensar mais em segurança coletiva do que nacional para garantir ao menos o compartilhamento das informações e entender que existem outros valores igualmente relevantes que somente podem ser garantidos com a coordenação de esforços, como o bem-estar social.

Nesse contexto e em vista dos achados desta tese, as particularidades das democracias conduzem a algumas reflexões sobre quais seriam essas normas básicas de uma política de transparência, as quais deveriam ser seguidas. Primeiramente, do ponto de vista jurídico, não faz sentido adotar internamente normas de transparência e simplesmente não as cumprir. Há um compromisso dos Estados com aquilo que é ajustado doméstica e internacionalmente; se for o caso, devem ser promovidas as alterações legais para compatibilizar as negativas de acesso à informação necessárias ao Poder Executivo com leis legitimamente aprovadas no Congresso Nacional, inclusive quanto às punições pelo descumprimento da lei de acesso à informação com a qual o Estado voluntariamente tenha se comprometido. Em segundo lugar, é preciso estabelecer prazos limites de sigilo ou ao menos obrigar a revisão da informação de tempos em tempos por órgão autônomo, e que os prazos sejam razoáveis, dentro da real necessidade do Estado de proteger as informações.

Em terceiro lugar, deve se reconhecer o princípio da máxima publicidade, não se exigindo motivação para os pedidos de acesso à informação apresentados e igualmente sem inverter o ônus da prova em detrimento do interesse do demandante, seja na esfera administrativa ou judicial. Em quarto lugar, independentemente do modelo legal de lei de acesso à informação, considerando o caráter provisório do sigilo e a necessidade de um mínimo de controle social para legitimar a negativa da informação, seja qual for o argumento, nas democracias o Estado deve apresentar imediatamente e por escrito o fundamento legal e especificar o objeto da negativa por meio de um indexador que permita posteriormente ao fim do lapso de sigilo identificar precisamente o que foi negado. Só assim é possível nos regimes democráticos garantir a transparência futura da informação e compatibilizar, de forma responsiva, interesses públicos e particulares com a transparência, ainda que de forma retrógrada. A classificação da informação e a publicação das listas correlatas são instrumentos para operacionalizar o controle social de informações, permitindo o controle social do sigilo relativo à segurança nacional até a disponibilização efetiva da informação para a sociedade civil, mas essa não é a única forma de operacionalizar o controle social sobre a informação estatal. Por exemplo, a publicidade dos pedidos de acesso à informação e a criação de inventários com as principais informações sigilosas são outros mecanismos importantes, dentre diversos outros.

Em quinto lugar, é preciso repensar o papel dos órgãos de inteligência a partir de uma nova perspectiva, enquanto defensor de interesses supraestatais. Não se pode deixar os órgãos de inteligência completamente fora do escopo de acesso à informação, pois isso é extremamente prejudicial para os interesses sociais. Além do prejuízo à participação popular, negativas de informações básicas sobre a atividade de inteligência dos Estados, sem embasamento razoável, denotam que há grandes fragilidades na segurança nacional que precisam ser sanadas até para possibilitar a melhoria da transparência. Os serviços de inteligência, nas democracias, não podem ser um filtro de conteúdo e prazo, mas sim primacialmente executores da lei tal como aprovada, essa a responsável por fixar as exceções da transparência; esses órgãos precisam fomentar a aplicação da segregação da informação, isto é, garantir a disponibilização da parte pública dos registros sigilosos. Não é crível que o titular da informação, legítimo interessado, não possa acessar minimamente quais informações o Estado coletou dele.

Em sexto lugar, os maiores desafios nas democracias no caso das negativas de acesso à informação em função da necessidade de segurança nacional encontram-se na

vagueza formal desse termo e na progressiva securitização de assuntos diversos para além do que seria o ideal. Esse problema deve ser enfrentado no âmbito nacional, com melhores leis de acesso à informação, nem que o processo seja liderado por aqueles Estados com a democracia ainda em fase de consolidação, os quais possuem menores custos para ampliar o conteúdo a ser disponibilizado. A citada flexibilização do conceito de segurança nacional, às vezes ampliado e em outras restrito, também prejudica a realização de um controle social satisfatório da atividade de inteligência. Conceitos abrangentes de segurança nacional podem não garantir melhores resultados à sociedade, mascarando a má gestão, ocultando atos ilícitos ou causando desconfiança e outras dificuldades de comunicação em nível internacional. Em especial, a abrangência do conceito de segurança nacional pode manter certos órgãos do Estado como um enclave a parte da democracia. Da mesma forma, a não aplicação do conceito de segurança nacional quando devida, com opção de negativa por outro argumento inadequado, serve muitas vezes para prorrogar o lapso temporal do sigilo, confundindo a sociedade e prejudicando o controle social e a futura disponibilização da informação. Há evidentes dificuldades em permitir o controle social pleno sobre as ações de inteligência, mesmo quando se adota a transparência diferida.

Em sétimo lugar, para garantir o cumprimento das regras e compatibilizar a eficiência da atividade de inteligência com a legitimidade exigida nos regimes democráticos, é preciso, paralelamente a criação dos citados mecanismos de controle social, o fortalecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, os quais podem limitar a ação do governo de forma mais incisiva, em especial sanando as omissões legais e avaliando adequadamente o conteúdo dos registros cujo acesso foi negado. Nesta tese, percebeu-se indiretamente certa fragilidade do Poder Legislativo, já que suas normas são deixadas de lado em certas situações, e também do Poder Judiciário, o qual não possui capacidade para discutir com o governo temas sobre os quais paira o sigilo. O Poder Legislativo e o Poder Judiciário são importantes para o controle externo do governo e também que este aceite as orientações de um órgão interno garantidor da lei de acesso à informação, formas alternativas ao controle social quando este não é, por qualquer motivo, viável. Junto com o fortalecimento do controle externo, é preciso incentivar o controle interno do próprio Poder Executivo quando o controle social não é possível, mas por meio de um órgão garantidor que goze de um mínimo de autonomia.

8.4.4 Da melhoria possível da transparência especificamente no Brasil e nos EUA

Ainda que a transparência plena se revele uma utopia, é possível e necessário melhorar a transparência no Brasil e nos EUA³⁹⁴. Nesses Estados, é preciso equilibrar a necessidade de sigilo com o dever da transparência. Para que esse melhor equilíbrio seja viável, existem diversas ações a serem tomadas.

Dois ações basilares são garantir a segregação da informação pública e promover uma transparência diferida com prazo certo ou ao menos com revisões periódicas do sigilo, isto é, um sigilo temporário para as situações com justificativa legalmente admitidas ou a intervenção recorrente de um órgão nacional garantidor da lei de acesso à informação para situações em que não se pode determinar o termo do sigilo.

No Brasil e nos EUA, os órgãos garantidores que realizam o controle interno não possuem independência legal para realizar suas atividades, o que acaba por causar uma baixa efetividade da lei de acesso à informação em certos temas mais sensíveis. Avanços na transparência exigiriam a criação de mecanismos de monitoramento mais eficientes; sem uma burocracia especializada independente e técnica, todas as demandas de acesso à informação podem acabar no Poder Judiciário, com maiores custos e prazos. A fragilidade dos órgãos garantidores específicos da transparência poderia ser sanada pelo Poder Judiciário, mas, nos 2 Estados, o deferimento de enorme prestígio às declarações do Poder Executivo impossibilita tornar realidade a transparência estabelecida no papel e, nos EUA, seja qual for o argumento, os índices de revisão das Cortes de Apelação a favor do cidadão demonstram que o particular somente reverte a decisão com dificuldades e mesmo assim a depender do tema demandado. O Poder Judiciário não pode ser imparcial apenas formalmente, mas efetivamente, avaliando mais cuidadosamente as informações demandadas. Por isso, o fortalecimento dos órgãos garantidores da transparência, seja do controle interno ou externo, é condição fundamental para a supervisão direta e imediata da política de transparência, inclusive da atuação do sistema de inteligência, por meio do compartilhamento de informações com órgãos de controle, já que o controle social direto sobre essas agências tradicionalmente é visto como inviável ao mesmo tempo que é essencial para a garantia da transparência na medida em que orientam a oposição do sigilo. Embora a atividade seja em regra sigilosa, a inteligência deve ser fiscalizada

³⁹⁴ Tanto no Brasil como nos EUA parece ser aplicável o raciocínio de Simel (*apud* AFTERGOOD, 2000, p. 19): os segredos burocráticos em regra são altamente prescindíveis e provavelmente constituem a maior parte das informações classificadas em democracias.

sistemática e permanentemente, a fim de se garantir que é executada de acordo com a legislação, sendo discutível o momento do exercício do controle e sua forma. Mesmo que a avaliação minuciosa dos sigilos não possa ser disponibilizada pelos órgãos garantidores, de controle interno ou externo, à sociedade civil, é importante eles atestarem publicamente que estão de fato exercendo suas funções sem oposição das instituições supervisionadas.

Nas repúblicas democráticas como Brasil e EUA, a informação que não pode ser disponibilizada imediatamente para a sociedade civil deve ser necessariamente objeto potencial de controle interno ou externo, o qual pode inclusive rever a negativa de acesso à informação por parte de um órgão de inteligência. Para compatibilizar a eficiência dos serviços de inteligência com a necessária transparência dos regimes democráticos, não basta apenas aventar que o segredo é uma exceção. Além de delimitar as hipóteses excepcionais de sigilo, é preciso que cada exceção seja concretamente justificada e revisada sempre que necessário. Por questões de legitimidade, é necessário haver a compatibilização entre uma atividade de inteligência eficiente na oposição de sigilos com a preservação da democracia, ainda que a transparência seja de forma diferida e segregada, mas sempre rastreável e justificada: “Os segredos governamentais são compatíveis com o princípio da transparência dos atos governamentais somente quando a justificação de sua necessidade pode ser feita, ela própria, em público” (CEPIK, 2003, p. 151). Esta afirmativa é um desdobramento da máxima kantiana exposta anteriormente³⁹⁵.

Em suma, nas democracias, a análise da justificativa dos atos administrativos, inclusive da atividade de inteligência, é feita por meio da atividade de controle. O controle social que seria o mais desejado nas democracias resta prejudicado, pois só é em regra possível quando decorrido o prazo de sigilo da informação. Contudo, considerando os longos prazos de sigilo, é quase impossível que o cidadão fiscalize de forma eficiente o Estado. A impossibilidade de controle social em tempo real reforça a importância do controle interno e externo para a fiscalização e eventual concessão de acesso à informação.

³⁹⁵ No caso da transparência retrógrada, quando a publicidade da própria motivação do sigilo é dada a posteriori, não haveria incompatibilidade com o ditame kantiano. É apenas uma questão de momento, pois não haveria sigilo eterno em democracias.

De toda forma, seja no Brasil ou nos EUA, os mecanismos de controle social precisam ser aprimorados, garantindo não apenas a publicação das listas de informações classificadas e desclassificadas, mas possibilitando a representação popular diretamente nos pedidos de acesso à informação dentro dos órgãos garantidores das leis de acesso à informação, organizando melhor as informações em transparência ativa, adotando-se uma linguagem cidadã, realizando-se a interação direta com o cidadão sempre que houver dificuldades operacionais para atendimento do seu pedido a fim de que o mesmo possa auxiliar o Estado na identificação, busca ou redução do escopo dos documentos desejados e a apresentação de justificativa para toda negativa de acesso à informação. A mudança de postura deve ser exigida do Estado e dos cidadãos, pois sem essa parceria dificilmente se rompe a cultura do sigilo.

A adoção dessas ações exigirá, eventualmente, mudanças nas normas legais desses Estados, principalmente nos EUA, as quais precisam ser rediscutidas sob essa perspectiva do controle externo, controle interno e controle social, empoderando ainda mais a sociedade civil inclusive para acessar informações dos órgãos garantidores das leis de acesso à informação, o que possibilitaria uma transparência da própria atividade de supervisão. Nos EUA, certas negativas precisam ser revistas urgentemente, em especial a *glomar response* e a isenção 7, hipóteses de negativa que são obstáculos inafastáveis na atual legislação norte-americana. Parte dos problemas seria resolvido se nessas situações fosse realizada a classificação da informação com garantia de rastreabilidade e acesso imediato ao legítimo interessado. Além disso, para essas mudanças funcionarem, no Brasil e nos EUA, é preciso responsabilizar duramente os infratores sempre que a lei de acesso à informação for descumprida.

No Brasil, o maior desafio é tornar a LAI efetiva, pois ela está em significativa sintonia com as recomendações da OEA, embora a interpretação das regras esteja conduzindo para situações na prática ilegais. Ademais, Ackerman e Sandoval-Ballesteros (2006, p. 128) afirmam que há uma tendência de legislações progressistas a favor da transparência sofrerem retrocessos após o início de vigência dos novos mandamentos, é esse parece ser outro desafio para o Brasil. Aqui a opacidade cobriu as remunerações da área de inteligência e segurança, ocultou e-mails da Presidência da República, ampliou o sigilo presidencial especial, negou acesso à empresas multadas por utilizarem mão de obra escrava, suspendeu prazos de resposta durante período da pandemia, passou a negar acesso à pareceres jurídicos sobre vetos presidenciais de leis etc. A falta de punição mormente no Brasil nas situações em que houve negativa de acesso à informação é

igualmente preocupante e contribui muito para a falta de efetividade da LAI, inclusive explica em parte o alto percentual de omissões e de atrasos nas respostas. Também não há como tolerar a negativa de acesso à informação pública pela baixa capacidade do Estado de localizar, preservar e tratar a informação; as dificuldades técnicas e logísticas precisam ser superadas principalmente com o uso de tecnologia da informação, delimitando-se um prazo máximo para o problema ser sanado e a informação pública disponibilizada.

Não há dúvidas de que a transparência precisa incidir sobre as ações dos governos, mas isso não é suficiente; de fato, as democracias exigem mais que transparência, precisam de *accountability* e eficiência de seus governos para a adequada solução dos problemas sociais. Embora a transparência não seja causa suficiente para sustentar por si só boas democracias, é preciso registrar que ela não deixa de ser fundamental nos governos democráticos para o exercício de todos os demais direitos.

BIBLIOGRAFIA

ABAZI, Vigilencia. ADRIAENSEN, Johan. *EU Institutional Politics of Secrecy and Transparency in Foreign Affairs. Politics and Governance* (ISSN: 2183–2463), 2017, Volume 5, Issue 3, Pages 1–5.

ABREU, Emiliano Diogenes. *Opening Democracy: Brazil in the Open Government Partnership*. Tamkang University, *Graduate Institute of International Affairs and Strategic Studies*, 2014.

ALEXANDER, Jeffrey C.. *Global Civil Society. Theory, Culture & Society*. V. 23, p. 521524, 2006.

AFTERGOOD, Steven. *Government Secrecy and Knowledge Production: A Survey of Some General Issues. Secrecy and Knowledge Production*, New York, n. 23, p. 17-29, 1999. Disponível em http://www.einaudi.cornell.edu/peaceprogram/publications/occasional_papers/occasionalpaper23.pdf. Acesso em: 27 set. 2021.

ARTICLE 19. *A model freedom of information law*. 2006. Disponível em <http://www.article19.org/resources.php/resource/1796/en/>. Acesso em: 05 abr. 2017.

ARTIGO 19. *A Lei de Acesso à Informação nos Tribunais Brasileiros*. São Paulo, 2017. Disponível em https://artigo19.org/centro/wp-content/uploads/2017/10/Relatorio_LAi_TribunaisBrasileiros_v3_download.pdf. Acesso em 20/10/2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA (ABRAJI). Nota da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, de 06/12/2010. Disponível em <https://abraji.org.br/noticias/cabera-adilma-rousseff-aprovar-ou-nao-a-lei-de-acesso>. Acesso em 29/10/2010.

ÁVILA, Rafael Oliveira. KERR PINHEIRO, Marta. Poder Informacional nas Relações Internacionais Contemporâneas. Revista Monções. UFGD, Dourados, v.3, n.5, jan./jun., 2014.

BANISAR, David. *Survey freedom of information and access to government record laws around the world.* (2004). Disponível em https://www.ndi.org/sites/default/files/freeinfo_010504.pdf. Acesso em 19/05/2021.

BANISAR, David. *Freedom Of Information International Trends And National Security.* Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (Dcaf). *Conference Paper* 2002. Disponível em www.humanrightsinitiative.org/programs/ai/rti/articles/foia_intl_trends_and_nat_sec.pdf. Acesso em 21/01/2020.

BELLIX, Laila. GUIMARÃES, Caroline Burle S.. MACHADO, Jorge. Qual conceito de Governo Aberto? Uma aproximação aos seus princípios. Documento apresentado no VII *Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas (GIGAPP)*. Madrid, España, del 3 al 5 de octubre de 2016. Disponível em <https://ceweb.br/publicacao/qual-conceito-de-governo-aberto-uma-aproximacao-aos-seus-principios/>. Acesso em 18/11/2019.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham.* v. 2. Edinburgh: William Tait, 1843.

BENTO, Leandro Valles. Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: entre eficiência e democratização, p. 85.-86

BERNERS-LEE, Tim. *5 Star Deployment Scheme for Open Data.* 2010. Disponível em: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkedData.html>. Acessado em: 04/11/2019.

BLANTON, Thomas S.. *National Security and Open Government in the United States: Beyond the Balancing Test.* In: *National Security and Open Government: Striking the Right Balance.* Syracuse, New York, Campbell Public Affairs Institute, 2003. p. 33-73.

BLANTON, Thomas S. (2006) *The Global Openess Movement in 2006: 240 Years after First Freedom of Information Law, Access to Government Information Now Seen as a Human Right*. In MUSTONEN, Juha (ed.). *The World's First Freedom of Information Act: Anders Chydenius' Legacy Today*. Kokkola: Anders Chydenius Foundation, 80-97. Disponível em: <http://www.chydenius.net/pdf/worlds_first_foia.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BLANKE, Hermann-Josef. PERLINGEIRO, Ricardo (Org.). *The Right of Access to Public Information: An International Comparative Legal Survey*. Berlim: Springer, 2018.

BOBBIO, Norberto. Marco Revelli (Org.) *Democracia e Segredo*. São Paulo: Unesp, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. (Pensamento Crítico; vol. 63). P. 171.

BOOTH, K.. *Security and Self: Reflections of a Fallen Realist*. In: KRAUSE, K.; WILLIAMS, M. C.. *Critical Security Studies: Concepts and Cases*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994. p.

_____. *Theory of World Security*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2007. Cambridge Studies in International Relations.

BRAMAN, Sandra. *Information, policy, and power*. Cambridge: MIT Press, 2006.

BRAMAN (2004) *The emergent global information policy regime*. In Sandra Braman (Ed.), *The emergente global information policy regime*, pp. 12---37, Houndsmills, UK: Palgrave Macmillian. Disponível em: <https://pantherfile.uwm.edu/braman/www/html/pub.html> Acessado em 14/09/2018.

BRAMAN. *Change of state: Information, policy, and power*, Cambridge, MA: MIT Press, 2006.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ministério da Transparência e Controladoria-geral da União. Estatísticas de acesso do Portal. 2018. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/Estatisticas_visitacao/novembro-2017.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Decreto n. 4.553, de 27 de dezembro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4553.htm . Acesso em 06/10/2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Política Brasileira de Acesso a Informações Públicas: garantia democrática do direito à informação, transparência e participação cidadã. Projeto de Cooperação Técnica entre a Controladoria-Geral da União e a Unesco. Brasília, 2010.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República, ofício n. 1406 de 31.10/2006. Documento não disponível na internet, obtido por meio do pedido de acesso à informação n. 00075.000245/2018-09 (2006a).

BRASIL. Entrevista de 18/11/2011 da Presidente Dilma Rousseff ao Congresso em Foco. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/dilma-sanciona-lei-de-acesso-a-informacoes/> . Acesso em 20/10/2019.

BRASIL. *Discurso de 18/11/2011 da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante cerimônia de sanção do projeto de Lei que garante o acesso a informações públicas e do projeto de Lei que cria a Comissão Nacional da Verdade*. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-sancao-do-projeto-de-lei-que-garante-o-acesso-a-informacoes-publicas-e-do-projeto-de-lei-que-cria-a-comissao-nacional-da-verdade> . Acesso em 20/10/2019.

_____. Controladoria-Geral da União. Aviso nº 745/2006/CGU/PR, processo n. 00190.031025/2006-69, que encaminha anteprojeto de Lei à Casa Civil da Presidência da República. Documento não disponível na internet, obtido por meio do pedido de acesso à informação n. 00075.000245/2018-09 (2006d).

_____. Controladoria-Geral da União. Política Brasileira de Acesso a Informações Públicas: garantia democrática do direito à informação, transparência e participação cidadã. Projeto Técnico de Cooperação Técnica entre o Governo Brasileiro e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Abril de 2010. 83 p. Disponível em < <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacao.gov.br/acesso-informacaobrasil/projeto-cgu-unesco/Projeto-de-Cooperacao-Tecnica-entre-o-Governo-Brasileiro-e-aUNESCO.pdf> >. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. Secretaria de Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Nota SAJ n. 93/2007. Documento não disponível na internet, obtido por meio do pedido de acesso à informação 00075.000245/2018-09 (2007a)

_____. PORTARIA Nº 5/GSIPR, DE 31 DE MARÇO DE 2005. Aprova, na forma do Anexo, o Manual de Inteligência – Doutrina Nacional de Inteligência - Bases Comuns, homologado pelos membros do Conselho Consultivo do Sistema Brasileiro de Inteligência – Sisbin.

_____. DECRETO Nº 8.793, DE 29 DE JUNHO DE 2016. Fixa a Política Nacional de Inteligência. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Introdução à Atividade de Inteligência. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BRITO, Vladimir de Paula. O Papel Informacional Dos Serviços Secretos. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

BRUNEAU, Thomas C.; BORAZ, Steven C. Intelligence Reform: balancing democracy and effectiveness. In: BRUNEAU, Thomas C.; BORAZ, Steven C. (Ed.). *Reforming Intelligence: obstacles to democratic control and effectiveness*. Austin: University of Texas Press, 2007.

BRUNEAU, Thomas. Democracy and Security: *The Current Debate on Reforming U.S. Intelligence*. *E-Internacional Relations*, fevereiro de 2014. Disponível em <https://www.e->

ir.info/2014/02/13/democracy-and-security-the-current-debate-on-reforming-u-s-intelligence/ . Acesso em 19/11/2019.

CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián. *Open Government: Gobierno Abierto*. Alcalá de Real: Algón Editores, 2010.

CAMARGO, Alan Gabriel. Democratizando a América Latina?: a promoção de democracia por meio do Regime Democrático Interamericano (RDI). Dissertação de mestrado (2013). Disponível em <https://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/10-dissertacoes/1931-democratizando-a-america-latina-a-promocao-de-democracia-por-meio-do-regime-democratico-interamericano-rdi> . Acesso em 26/10/22.

CARR, Edward Hallett. *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*. Brasília: UNB, 2001.

CARSON, Austin. Yarhi-Milo, Keren. *Covert Communication: The Intelligibility and Credibility of Signaling in Secret*. *Security Studies*, 2017, Vol. 26, n. 1, 124–156.

CARSON, Austin. CARNEGIE, Allison. *Trading Secrets: Disclosure Dilemmas in International Trade*. (2018) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3206689 . Acesso em 18/11/2019.

CARNEIRO, Wellington Pereira. Por uma teoria dos emergentes: países emergentes e segurança nas relações internacionais. *Univ. Rel. Int.*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-41, jan./jun. 2008.

CARVALHO, Gustavo S.. Autonomia e relevância dos regimes. In: <https://www.scielo.br/j/cint/a/FFr4Kgggb7RkhpjRRfbQ88LJ/?lang=pt> . Acesso em 18/10/22.

CASTRO SANTOS, Maria Helena de. *Exportação de Democracia na Política Externa Norte-Americana no Pós-guerra Fria: Doutrinas e o Uso da Força*. *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 53, n. 1, 2010a, pp. 157-191.

CASTRO SANTOS, Maria Helena de. *O processo de democratização da Terceira Onda de Democracia: quanto pesam as variáveis externas?* – In: Meridiano 47 n. 115, fev. 2010b – Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/467/281> . Acesso em 02 de novembro de 2017.

CASTRO SANTOS, Maria Helena de. A nova missão das forças armadas latino-americanas no mundo pós-Guerra Fria: o caso do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 54, 2004.

CASTRO SANTOS, M. H. ; TEIXEIRA, Ulysses T. ; GOMES, D. C. . Interesses e valores na política externa de Obama. *Mundorama*, v. 101, p. 1, 2016.

CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY. Classificação Global do Direito à Informação 2016 (Global Right to Information Rating 2016). Disponível em: <<http://www.rti-rating.org/country-data/>> Acesso em: 05 jan. 2017.

CEPIK, Marco. Structural Change and Democratic Control of Intelligence in Brazil. In: Thomas Bruneau; Steven Boraz. (Org.). *Reforming Intelligence: Obstacles to Democratic Control and Effectiveness*. 01ed. Austin-TX: University of Texas Press, 2007, v. 01, p. 149-169.

CEPIK, Marco; FREY, K.; EISENBERG, J. M. . O Acesso à Informação. In: Bruno Speck. (Org.). *Caminhos da Transparência*. 1ed. Campinas - SP: Editora da Unicamp, 2002, v. 01, p. 378-408.

CEPIK, Marco. Inteligência e Políticas Públicas: dinâmicas operacionais e condições de legitimação. *Security and Defense Studies Review*. Vol. 2 Winter 2002/2003. Disponível em http://professor.ufrgs.br/marcocepik/files/cepik_-_2002_-_intel_e_pol_pub_-_sec_and_def_review.pdf . Acesso em 15/08/2020.

CEPIK, Marco. Regime político e sistema de inteligência no Brasil: legitimidade e efetividade como desafios institucionais. *DADOS-REVISTA DE CIENCIAS SOCIAIS*, Rio de Janeiro, v. 48, n.01, p. 67-113, 2005.

CEPIK, Marco. Sistemas nacionais de inteligência: origens, lógica de expansão e configuração atual. Dados (Rio de Janeiro. Impresso), v. 46, p. 75-127, 2003.

CEPIK, Marco. Serviços de inteligência na era da informação. Revista de Sociologia e Política (UFPR. IMPRESSO), Curitiba - PR, junho 2002, p. 153-155, 2002.

CEPIK, Marco. Segredos Públicos: Um Dilema para a Democracia. Insight Inteligência (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro - RJ, v. 14, n.0, p. 148-155, 2001.

CEPIK, Marco. Segurança Internacional: práticas, conceitos, tendências. 1. ed. São Paulo: HUCITEC, 2010. v. 01. 280p.

CEPIK, Marco. Espionagem e Democracia. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. v. 1. 259p.

CEPIK, Marco. Informação e Decisão Governamental: Uma Contradição em Termos?. In: Seminário Informação, Estado e Sociedade, 1997, Curitiba-PR. Informação, Estado e Sociedade. Curitiba-PR: IMAP - Prefeitura de Curitiba, 1997. v. 1. p. 27-43.

CEPIK. Inteligência, política e poder no Estado contemporâneo. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 9, p. 193-196, nov. 1997. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39310>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CEPIK. Segurança nacional e controle público: limites dos mecanismos institucionais existentes. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 295-359, jul.-dez. 2001. Disponível em: <http://contextointernacional.iri.puc-rio.br/media/Cepik_vol23n2.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CEPIK, Marco. Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

CEPIK, M. A. C.; AMBROS, C. C. Explicando falhas de inteligência governamental. Varia história, Belo Horizonte, v. 28, n. 47, p. 79-99, jun. 2012. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752012000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 abr. 2017.

CEPIK. Os Serviços de Inteligência no Brasil. Revista Ciência Hoje, Rio de Janeiro, vol. 45, n. 265, p. 28-33, nov. 2009. Disponível em: <http://professor.ufrgs.br/marcocepiik/files/cepiik__ambros_-_2009_-_ch_-_os_servicos_de_inteligenci_no_brasil.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CERVO, Amado Luiz. Conceitos em Relações Internacionais. Rev. Bras. Polít. Int. v. 51, n. 2, p. 8-25, 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v51n2/v51n2a02.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

CHATWIN, Merlin. ARKU, Godwin. *Beyond Ambiguity: Conceptualizing Open Government through a Human Systems Framework*. JeDEM 9(1): 51-77, 2017. Disponível em <https://jedem.org/index.php/jedem/article/view/468/389> . Acesso em 18/11/2019.

CHOMSKY, Noan. *Militarism, Democracy and People's Right to Information*. In: *Democracy and Power*. Open Book Publishers, 2014.

COGLIANESE, Cary. The Transparency President? The Obama Administration and Open Government. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Governance, Vol. 22, No. 4, p. 522, October 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1433815> . Acesso em 19/11/2019.

COLARESI, M. P. *Democracy declassified: the secrecy dilemma in national security*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

CONCEIÇÃO, Deisiane da. VALDEVINO, Viana de Santana. A concepção de regimes na política internacional à luz das teorias de relações internacionais. In: *Universitas: Relações Internacionais*. v. 14, n. 1 (2016) Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/3638> . Acesso em 18/05/2021.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Relatório Intermediário de Auto avaliação do quarto plano nacional, de agosto de 2019. Disponível em https://governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2019/09/relatorio-intermediario-de-autoavaliacao-do-4o-plano-de-acao-esta-em-consulta-publica/relatorio-intermediario-de-autoavaliacao_4o-pan.pdf. Acesso em 04/11/2019.

CROWLEY, P. J.. The Rise of Transparency and the Decline of Secrecy in the Age of Global and Social Media. In: Penn State Journal of Law & International Affairs, V. 1, n. 2, 2012.

CRUZ-RUBIO, César Nicandro. ¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. nº 8, março – agosto 2015, p. 37-53, p. 46

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. XAVIER, Vítor César Silva. Lei de Acesso à Informação: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. O que sabemos sobre transparência pública? Uma revisão bibliográfica das abordagens normativa, conceitualista e empírica. Revista da CGU, volume 10, número 16, 2018.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. A Construção da Transparência Pública no Brasil: Análise da Elaboração e Implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019). Tese apresentada no programa de doutorado da Universidade de Brasília (UNB), 2019.

DANTAS. Marcos. A lógica do capital informação: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

DAHL, R., 1957. *The concept of Power*. Behavioral Science, julho, 2 (3), pp.201-215.

DIAS, João Paulo Cançado. COSTA, Frederico Jose Lustosa da. ALMEIDA, Gustavo de Oliveira. *Public Transparency in Brazil and the Open Government Partnership – OGP*.

Scholedge International Journal Of Multidisciplinary & Allied Studies ISSN 2394-336X, Vol.05, Issue 12, 2018, Pg 122-131. Disponível em <https://thescholedge.org/index.php/sijmas/article/view/518/516> . Acesso em 18/11/2019.

DOESER, Fredrik; EIDENFALK, Joakim. *The importance of windows of opportunity for foreign policy change*. International area studies review. V. 16, N° 4, 390-406. 2013.

DOYLE, Kate. *The End of Secrecy: U.S. National Security and the Imperative for Openness*. World Policy Journal, v. 16, n. 1, 1999.

ELIZONDO, Carlos; EMMERICH, Gustavo Ernesto; GARZÓN, Luis Eduardo et al. *Democracia y Transparencia*. México: Instituto Electoral del Distrito Federal, 2005.

ELLSBER, Daniel. *Secrets: A Memoir of Vietnam and the Pentagon Papers*. Michigan: Viking, 2002.

ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ESTADOS UNIDOS. *National Security Agency (NSA). FOIA Guide. Going to Court: Litigating Your FOIA Request*. Disponível em https://nsarchive.gwu.edu/sites/default/files/pages/foia_guide_chapter6.pdf . Acesso em 15/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ato de Espionagem (. The Espionage Act, codified at 18 U.S.C. §§ 793-98). Washington, 15 de junho de 1917. Disponível em: <https://iowaculture.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/americas-involvement-world-war-i/espionage> . Acesso em 27/08/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *DEPARTMENT OF THE ARMY. Intelligence*. Washington, 23 de março de 2010. Disponível em <http://www.fas.org/irp/doddir/army/fm2-0.pdf>. Acesso em: 15/10/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ordem Executiva n. 13.526, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em <https://www.archives.gov/isoo/policy-documents/cnsi-eo.html> . Acesso em 07/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ordem Executiva n. 13.556, de 04 de novembro de 2010. Disponível em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2010-11-09/pdf/2010-28360.pdf> . Acesso em 22/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Freedom of Information Act* (FOIA). Disponível em <https://www.foia.gov/foia-statute.html> . Acesso em 07/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ordem Executiva n. 12.333 de 4 de dezembro de 1981. Disponível em <https://dpcl.d.defense.gov/Portals/49/Documents/Civil/eo-12333-2008.pdf> . Acesso em 08/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ordem Executiva n. 04 de novembro de 2010. Disponível em <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2010/11/04/executive-order-13556-controlled-unclassified-information> . Acesso em 09/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ordem Executiva n. 12.958, de 17 de abril de 1995. Disponível em <https://fas.org/sgp/clinton/eo12958.html> . Acesso em 09/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Archives and Records Administration (NARA). Guia de referência FOIA (2018). Disponível em <https://www.archives.gov/foia/foia-guide> . Acesso em 17/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Defense. Guia de referência FOIA (2020). Disponível em <https://open.defense.gov/Transparency/FOIA/FOIA-Handbook/> . Acesso em 17/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Cortes de Apelações. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Cortes_de_apela%C3%A7%C3%B5es_dos_Estados_Unidos . Acesso em 01/04/2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Transparency and open government*. Memorandum for the heads of executive department sand agencies. (2009) Disponível em <https://www.imls.gov/sites/default/files/presidentmemorandum620.pdf> . Acesso em 04/11/2019.

EUA, *The 9/11 Commission Report*. Disponível em: <<http://www.911commission.gov/report/911Report.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2015. mar. 2009.

EUA, *Executive Order 12958*. Washington, DC, 17 de abril de 1995. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/clinton/eo12958.html>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

EUA. *The National Security Strategy 2006*. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/>. Acessado em: 02 de abril de 2022.

EUA. *Electronic Freedom of Information Act*. Disponível em <https://efoia.bis.doc.gov/> . Acessado em: 02 de abril de 2022.

FARIA, Luiz Augusto Estrella. O valor do conceito de hegemonia para as relações internacionais. Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais / e-ISSN 2238-6912 | ISSN 2238-6262| v.2, n.3, Jan-Jul 2013 | p.209-232.

FERNANDES, F. C. Inteligência ou informações? Revista Brasileira de Inteligência, Brasília, v. 2, n. 3, p. 7-21, set. 2006. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/>>. Acesso em: 10 de março 2022.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: *accountability* e política da publicidade. Lua Nova, v. 84, 2011. p. 65-94. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a04n84.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Código do FMI sobre Transparência Fiscal - <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/codep.pdf> . Acesso em 02 de abril de 2022.

FOX, Jonathan. Controle Social: o que as evidências realmente mostram? Revista da CGU, V. II, n. 20 (2019). Disponível em https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/issue/view/32/pdf_65 . Acesso em 24/10/2021.

FOX, Jonathan. *The uncertain relationship between transparency and accountability. Development in Practice* (2007). Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09614520701469955> . Acesso em 24/10/2021.

FRANCESCHETTI, Laura. The Open Government Data Policy As A Strategic Use Of Information To Entrench Neoliberalism? In: *Partecipazione e conflitto*, 9(2) 2016: 517-542, DOI: 10.1285/i20356609v9i2p517 .

FREEDOM HOUSE. *Relatório Freedom in The World 2019*. In: https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf . Acesso em 24/10/2019.

FREEDOM HOUSE. *Relatório Freedom in The World 2022*. In: <https://freedomhouse.org/explore-the-map?type=fiw&year=2022> . Acesso em 18/10/2022.

FREEDOMINFO (2016). *Chronological and Alphabetical lists of countries with FOI regimes*. Disponível em: <http://www.freedominfo.org/chronological-and-alphabetical-listsof-countries-with-foi-regimes/>>. Acesso: Acesso em: 01 mar. 2017.

FREITAS, Rony Klay Viana de. DACORSO, Antonio Luiz Rocha. Inovação aberta na gestão pública: análise do plano de ação brasileiro para a *Open Government Partnership*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 48(4):869-888, jul./ago. 2014 .

FRIEDRICH, C. J.. *The Pathology of Politics: Violence, Betrayal, Corruption, Secrecy and Propaganda*. New York: Harper & Row, 1972, p. 175-233.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2001.

FUENTE, Gloria de la. *Modelo de Medición Internacional de Transparencia para la Red De Transparencia y Acceso a la Información Pública* (RTA). Disponível em https://redrta.files.wordpress.com/2016/09/2109_informe_final_indicadores_rta.pdf . Acesso em 27/09/2020.

FUKUYAMA, Francis. *The End of History?* National Interest (summer 1989).

GARCIA, Gonzalo. CONTRERAS, Pablo. *Derecho de Acceso a La Información em Chile: Nueva Regulación e Implicancias Para El Sector De La Defensa Nacional. Estudios Constitucionales v.7 n.1* Santiago 2009.

GARSTEN, Christina. MONTOYA, Monica Lindh (Org). *Transparency in a New Global Order: Unveiling Organizational Visions*. Edward Elgar: Northampton, 2008.

GILL, Peter. PHYTHIAN, Mark. *Intelligence in an Insecure World*. Cambridge: Polity Press, 2006.

GILPIN, Robert. *War and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

GÓMEZ, Maria Nélide González de. *Questões Éticas da Informação. Aportes de Habermas*. In GÓMEZ, Maria Nélide González de & LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. (ed.). *Informação e democracia: a reflexão contemporânea da ética e da política*, Brasília: IBICT, 2010, 48-67. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/429/1/Informa%C3%A7%C3%A3o%20%20De%20mocracia.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2017.

GONÇALVES, J. B.. *SED QUIS CUSTODIET IPSO CUSTODES? O Controle da Atividade de Inteligência em Regimes Democráticos: os Casos de Brasil e Canadá*. 2008. 837 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Distrito Federal. Disponível em:

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1262/1/TESE_2008_JoanisvalBritoGoncalves.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

GRAHAM, E.; SHIPAN, C.; VOLDEN, C. The diffusion of policy diffusion research in political science. *British Journal of Political Science*, v. 43, n. 3, p. 1-29, 2012.

GRIES, David. Openness and Secrecy. *Center for the Study of Intelligence, Studies Archive Indexes*, v. 37, n. 1, p. 33-35, 2010. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/center-forthe-study-of-intelligence/kent-csi/vol37no1/html/v37i1a01p_0001.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

GRIGORESCU, Alexandru. *International Organizations and Government Transparency: Linking the International and Domestic Realms. International Studies Quarterly* (2003) 47, 643–667.

GUIMARÃES, Caroline Burle dos Santos. *Parceria para Governo Aberto e Relações Internacionais: oportunidades e desafios*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas. São Paulo, 2014.

HALPERIN, M. H. *Intelligence in an Open Society*. In: *INTELLIGENCE: Policy and Process*. Colorado: Boulder Westview, 1985.

HANSSON, Karin; BELKACEM, Kheira; EKENBERG, Love. *Open Government and Democracy: a Research Review*. In: *Social Science Computer Review*. Disponível em <https://journals.sagepub.com/home/ssc> . Acesso em 12/11/2019 . Acesso em 02/11/2019.

HERNÁNDEZ, Gleider I.. *Turning Mirrors into Windows? Reflections on Transparency in International Law. The journal of world investment & trade*, 2014. Disponível em <http://dro.dur.ac.uk/16939/> . Acesso em 19/11/2019.

HOOD, C.; HEALD, D. (Ed.). *Transparency: the key to better governance?* Oxford: Oxford University Press, 2006.

HOWARD, Alex. *What's at stake in the future of U.S. participation in the Open Government Partnership*. Disponível em <https://sunlightfoundation.com/2016/12/07/whats-at-stake-in-the-future-of-u-spaticipation-in-open-government-partnership/>. Acesso em 12-02-2017.

HULNICK, Arthur S. *The Dilemma of Open Sources Intelligence: is osint really intelligence?* In: JOHNSON, Loch K. (Ed.). *The Oxford Handbook of National Security Intelligence*. New York: Oxford University Press, 2010. 886 p

HUNTINGTON, Samuel P.. *Democracy's Third Wave*. *Journal of Democracy*, v. 2, n. 2, Spring 1991, p. 12-34. Disponível em < <http://www.rickweil.com/s4421/Readings/Huntington.pdf> >. Acesso em 23 set. 2013.

ISLAM, Roumeen. *Does more transparency go along with better governance?*. *Economics & Politics*, v. 18, n. 2, July 2006. p. 121-167. Disponível em <<http://www.blackwellsynergy.com/doi/abs/10.1111/j.1468-0343.2006.00166.x>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Luso Sofia: Press, 2009.

KELLEY, Judith G.. SIMMONS, Beth A.. *Politics by Number: Indicators as Social Pressure in International Relations*. *American Journal of Political Science*, Vol. 59, No. 1, January 2015, Pp. 55–70.

KEOHANE, R. & NYE, Joseph S.. *Power and Interdependence* 2^o.ed. ed. Harper Colins, 1989.

KEOHANE, Robert O. *Theory of world politics: structural realism and beyond*. In: KEOHANE, Robert O (Ed.). *Neorealism and its critics*. New York: Columbia University Press, 1986. p. 158-203.

KEOHANE, Robert O.. *Reciprocity in international relations. International Organization*, V. 40, 1986, pp 127. Disponível em <http://journals.cambridge.org/INO>, Acesso em 18/11/2019.

KERR PINHEIRO, Marta M. Estado Informacional: implicações para as políticas de informação e de inteligência no limiar do século XXI. In: *Varia História*. Belo Horizonte: FAFICH/UFMG. V.28, n. 47--- Jan./jun. 2012, p'59---75.

KIM, Jim Yong. *U.S., Brazil Hold Ministerial Meetings on Open Government Partnership*. (2012). *Foreign Policy Bulletin*, 22(3), 24-43. doi:10.1017/S1052703612001116. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/foreign-policy-bulletin/article/us-brazil-hold-ministerial-meetings-on-open-government-partnership/222871D90619AC30559A867D7EFEC2E6> . Acesso em 18/11/2019.

KRASNER, Stephen. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. International Organization*, Cambridge, v. 36, n. 2, p. 185-205, Spring, 1982. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782012000200008&script=sci_arttext> Acesso em 18 de maio de 2021.

LAFER, Celso. Vazamentos, Sigilo, Diplomacia: A Propósito do Significado do Wikileaks. *Revista Política Externa*, v. 19, n. 4. p. 11-17, 2011.

LATHROP, Daniel; RUMA, Laurel (org.). *Open Government: collaboration, transparency and participation in practice*. Sebastopol: O'Reilly, 2010.

LEALI, F.. Lei de acesso é desrespeitada por órgãos do governo. *O Globo*, 10 maio 2015.

LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 289 p.

LORD, K. M. *The perils and promise of global transparency*. New York: State University of New York Press, 2006.

LOWENTHAL, Mark. *Intelligence: from secrets to policy*. 5. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2012. 417 p. Cap 1, 4.

MACHADO, Uirá. Decisão sobre Fim do Sigilo Eterno Ficar para Dilma. Artigo da Folha de São Paulo de 05/12/2010. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0512201010.htm> . Acesso em 20/10/2019.

MARQUES, Adriana. A atividade de inteligência vista como política pública do estado. Revista Sociologia e Política, UFPR, n. 22 Curitiba, junho de 2004.

MART, Susan Nevelow. GINSBURG, Tom. *[Dis-]Informing the People's Discretion: Judicial Deference Under The National Security Exemption of the Freedom of Information Act*. (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper n. 516, 2014). In: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> . Acesso em 11/01/2020.

MARTINELLO DA COSTA, Cristiana. O acesso às informações públicas no Brasil, no México e no Canadá: análise comparativa do arranjo da política e das capacidades do órgão garantidor no âmbito do poder executivo federal. Dissertação apresentada em 2019 ao Programa de Mestrado em Governança e Desenvolvimento da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP como requisito para obtenção do título de Mestre em Governança e Desenvolvimento.

MCDERMOTT, Patrice. *Secrecy reform or secrecy redux? Access to information in the Obama administration*. In: MARET, Susan (ed). *Government Secrecy*. Bingley: Emerald, 2011. p. 189-217.

MAKIO, D. A. (2019). Hegemonia e crise: um estudo da posição dos EUA no sistema de Estados do século XXI. *Fronteira: Revista De iniciação científica Em Relações Internacionais*. In: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/fronteira/article/view/19587> .

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo comparado*. Brasília, Unesco, 2009.

MENDONZA, Rafael Enrique Valenzuela. *El Fortalecimiento De Las Capacidades Institucionales Como Via Para Implementar Un Gobierno Abierto*. *Politai - Revista de Ciência Política*. 3(5), 125-133. Disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14130> . Acesso em 18/11/2019.

MICHENER, Robert Gregory (2011). *Open Government Partnership (Parceria para Governo Aberto) – Um novo rumo para a política exterior dos EUA?* Fórum de Direito de Acesso às Informações Públicas. Disponível em <http://www.informacaopublica.org.br/node/1672> . Acesso em 15 de out. de 2019.

MICHENER, R. G.. (2011) *The open government partnership—a new direction for u.s. foreign policy?* Disponível em <http://www.observingbrazil.com/the-open-government-partnership-a-new-direction-for-u-s-foreign-policy/> . Acesso em 25/05/2021.

MICHENER, Greg. Liberdade de informação: uma síntese dos dilemas de conformidade suas possíveis soluções. In: *Leis de Acesso à Informação: dilemas da implementação: Estudos em Liberdade de Informação*, Article 19. p. 7-24, 2011. Disponível em: <<http://artigo19.org/wpcontent/blogs.dir/24/files/2011/10/estudos-em-liberdade-de-informaccca7acc83o-1-web.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2017.

MICHENER, Greg. “Ameaças à consulta pública ampla no Brasil, um dos líderes da *Open Government Partnership*” (14/02/2012). Disponível em: <http://informacaopublica.org.br/?p=2122> . Acesso: 18/11/2019.

MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública* n. 52. Rio de Janeiro, jul/ago 2018. Disponível em https://www.scielo.br/pdf/rap/v52n4/pt_1982-3134-rap-52-04-610.pdf . Acesso em 27/09/2020.

MITCHELL, Robert B.. *Sources of Transparency: Information Systems in International Regimes*. *International Studies Quarterly*, v. 42, n. 1, Mar. 1998, p. 109-130. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2600819>>. Acesso em 26 ago.2013.

MOORE, M.. *The limits of transparency. Political Quarterly*, v. 82, n. 4, p. 506-508, 2011.

MORAVCSIK, Andrew. *Trust, but Verify: The Transparency Revolution and Qualitative International Relations. Security Studies*, dezembro de 2014. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09636412.2014.970846?journalCode=fss t20> . Acesso em 19/11/2019.

MORGENTHAU, Hans. *The Impact of the Loyalty-Security Measures on the State Department. Bulletin of the Atomic Scientists*, v. 11, n. 4, p. 134-140, 1955.

MORGENTHAU, Hans. A política entre as nações. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003, pp. 3-6.

NATO. *Glossary of Terms and Definitions. Part II and III - Modified Version - August, 07, 2000.* Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUK Ewjhgfpz3croAhWiH7kGHeBVCIgQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fnsa.nato.int%2Fnsa%2FZPUBLIC%2F_BRANCHINFO%2FTERMINOLOGY_PUBLIC%2FNON-CLASSIFIED%2520NATO%2520GLOSSARIES%2FAAP-6.PDF&usg=AOvVaw3sc_JENIUBGZrg8itvuhI8 (acesso em 02/04/2020).

NYE, Joseph Jr. O paradoxo do poder americano. São Paulo: Ed. da UNESP, 2002.

NYE, Joseph S.. *Propaganda Isn't the Way: Soft Power*. In: The New York Times. Nova York: 10, Jan. 2003. Disponível em: http://www.nytimes.com/2003/01/10/opinion/10iht-ednye_ed3_.html. Acesso em: 23/10/2009.

NYE, Joseph S. *Cooperação e conflito nas relações internacionais*. São Paulo: Gente, 2009.

NYE JR., Joseph S.. *The Changing Nature of World Power*. *Political Science Quarterly*, 105 (2) (Summer, 1990), pp. 177---192

NYE, Joseph. *The Future of Power*. *PublicAffairs*, 2011, *United States*.

NYE JR, Joseph S.. *Wielding Soft Power*. Chapter 4. In: *Soft Power: The means to success in world politics*. *PublicAffairs*, *United States*, 2004a.

NYE JR, Joseph S.. *Soft Power and American Foreign Policy*. In: *Political Science Quarterly*, Volume 119, Number 2, 2004b.

NYE JR, Joseph S.. *Public Diplomacy and Soft Power*. *ANNALS, AAPSS*, 616, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de; LUVIZOTTO, Caroline Klaus. *Cooperação técnica internacional: aportes teóricos*. *Revista Brasileira de Política Internacional*. v. 54, n. 2, p. 521, 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003473292011000200001&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 jul. 2013.

OPEN BUDGET SURVEY 2017: PUBLIC PARTICIPATION. 2018. Elaborado por International Budget Partnership. Disponível em: <<https://www.internationalbudget.org/open-budget-survey/results-by-country/country-info/?country=br>>. Acesso em: 10 fev. 2018 .

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. *Tshwane Principles: global principles on national security and the right to information*. New York: OSJI, 2013.

ORGANIZAÇÃO OCDE. *Recomendações de integridade*. In: <http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. (1969) *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. (1996) Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgado, no Brasil, pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410a.htm> Acesso em: 01 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1993. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. promulgado no Brasil, pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, promulgado, no Brasil, pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. (2015). Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017..

_____. Centro de Informações das Nações Unidas, (2009). Declaração Universal dos Direitos Humanos, DPI/876. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Escritório contra Drogas e Crimes, (2007). Convenção das Nações Unidas contra Corrupção de 2003, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 5.687, de 31 de Janeiro de 2006. Disponível em:

<https://www.unodc.org/documents/lpobrazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. United Nations Office on Drugs and Crime, (2016a). Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpobrazil/pt/corruptcao/convencao.html>> Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. United Nations Office on Drugs and Crime, (2016b). Corrupção: marco legal. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/marco-legal.html>> Acesso em: 01 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Os Princípios de Johannesburgo, Segurança Nacional, Liberdade de Expressão, e Acesso à informação de 1995”, Doc. E/CN.4/1996/39.

ONU. UNESCO. Freedom of Information, 2016. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ONU. UNESCO. 2º Relatório Global sobre Aprendizagem e Educação de Adultos. UNESCO: Brasília, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda 2030, itens 16.6, 16.7 e 16.10. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 10-01-2017.

ONU. General Assembly. Resolution 60/1, 24 October 2005. 38 p. Disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/1>. Acesso em: 09 jul. 2013.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP (2019). *Global Report: collective results*. Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/campaigns/global-report/collective-results-open-government-ogp/>. Acesso em 15 de out. de 2019.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP (2019). *FAQ OGP Multi Donor Trust Fund*. Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/ogp-multi-donor-trust-fund/faqs-on-the-ogp-multi-donor-trust-fund/> . Acesso em 15 de out. de 2019.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP (2011). *Open Government Declaration*. Disponível em <https://www.opengovpartnership.org/process/joining-ogp/open-government-declaration/> . Acesso em 15 de out. de 2019.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. Open Data. Disponível em https://www.opengovpartnership.org/open-data/#og_db . Acesso em 02/06/21 .

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. Declaração de governo aberto. Set. 2011. Disponível em: http://www.opengovpartnership.org/sites/www.opengovpartnership.org/files/page_files/Declaracao_de_Governo_Abert_o.pdf>. Acessado em 09/07/2014.

PAES, Eneida Bastos. *O Direito de saber: o acesso à informação governamental no Brasil a partir da Constituição de 1988 até a publicação da Lei n. 12.527, de 2011*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho & AGOSTINI, Leonardo Cesar de. (2009) A Relação entre Regime Democrático e Direito à Informação. *Direitos Fundamentais e Justiça*, 3 (8): 73-80.

PARTIDO DOS TRABALHADORES. *Os 13 compromissos programáticos de Dilma Rousseff para debate na sociedade brasileira*. Disponível em http://deputados.democratas.org.br/pdf/Compromissos_Programaticos_Dilma_13%20Pontos_.pdf . Acesso em 16/10/2019.

PETERS, Anne. (2013) *Towards Transparency as a Global Norm*. In: *Transparency in International Law*. Cambridge, pp. 534-607.

PETERS, Anne.. *The Transparency Turn of International Law. The Chinese Journal of Global Governance*, n. 1 (2015) p. 3–15. Disponível em https://brill.com/view/journals/cjgg/1/1/article-p3_2.xml . Acesso em 19/11/2019.

PEVEHOUSE, Jon C.. *Democracy from Outside-In? International Organizations and Democratization. International Organization*. 56, n. 3, Summer 2002, p. 515-549. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3078587> .>. Acesso em: 19 jul. 2013.

PIANA, Ricardo S.. Open Gov: *Que hay de Nuevo, Viejo? In: Democracia digital e governo eletrônico*, (2013), n. 8, 313-325. Disponível em <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/143> . Acesso em 18/11/2019.

PINHEIRO, Ruan Sales de Paula. PAIT, Heloísa. A Demanda por Transparência e a Política Internacional na Era da Informação. *Revista Aurora, Marília*, v. 7, n. 2, p. 65-78, Jan.-Jun., 2014.

PINHEIRO, Ruan Sales de Paula. Segredo, transparência e as perspectivas para a política externa democrática no Brasil. Dissertação de mestrado apresentada ao Conselho do Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista – UNESP, 2015.

POZEN, David. *The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act. Law Journal*, Vol. 115, p. 628, 2005. Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1383 . Acesso em 02/01/2020.

PRADHAN, S.; HASAN, M. (2017). *Foreword to the Special Edition: Open Government Partnership*. *JeDEM - EJournal of EDemocracy and Open Government*, 9(1), 1 - 3. <https://doi.org/10.29379/jedem.v9i1.474> .

PRZEWORSKI, Adam. *A social democracia como fenômeno histórico*. São Paulo: Lua Nova, n. 15, 1988.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and representation*. In: Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Isla Margarita, 1997.

PUTNAM, Robert D.. *Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games*. *International Organization*, v. 42, n. 3, Summer 1988, p. 427-460. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2706785>>. Acesso em 18 nov. 2013.

QUEIROZ, Flávio de Lima. Acesso à Informação Pública nos Estados-Membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, 2017.

RAMIREZ-ALUJAS, Álvaro. *Gobierno Abierto y Modernización de la Gestión Pública. Tendencias actuales y el (Inevitable) Camino que Viene - Reflexiones Seminales*. Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública, Vol. IX, No. 15, pp. 99-125, 2011 p. 103-104 .

RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz. Transparência e proteção da privacidade nas decisões da Controladoria-geral da União: uma análise organizacional-sistêmica ' 29/03/2019. 411 f. Doutorado em DIREITO - Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília.

ROBERTS, Alasdair S.. *Transparency in the Security Sector*. In: *The Right To Know: Transparency For An Open World*, pp. 309-336, Ann Florini, ed., Columbia University Press, 2007.

ROMANO, Roberto. Sigilo Jornalístico e Segredo de Estado. Revista da FACED, n. 9, 2005. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/rfaced/article/viewArticle/2694>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

RODRIGUES, Fernando. O padrão internacional para o direito de acesso e o atraso brasileiro. In: CANELA, Guilherme e NASCIMENTO, Solano (ed.). (2009) Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Brasília: ANDI - Artigo 19.

Disponível em: <<http://www.andi.org.br/politicas-de-comunicacao/publicacao/acesso-a-informacao-econtrole-social-das-politicas-publicas>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

RODRIGUES, Karina Furtado. Desvelando o conceito de transparência: seus limites, suas variedades e a criação de uma tipologia. Fundação Getúlio Vargas. Cad. EBAPE.BR, v. 18, nº 2, Rio de Janeiro, Abr./Jun. 2020.

RODRIGUES, K. F. Relações civis-militares e as leis de acesso à informação na América Latina e no Brasil. 2013. 107 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2013.

RODRIGUES, Pedro. L. Westphalia X Wikileaks, um nó a ser desatado. Revista Política Externa, v. 19, n. 4, p. 31-37, 2011.

RIGHT 2 INFORMATION. Access to Information Laws: Overview and Statutory Goals. Disponível em <https://www.right2info.org/archived-content/access-to-information-laws> . Acesso em 02/06/2021.

RIGHT 2 INFORMATION. International Instruments and Standards. Disponível em <https://www.right2info.org/international-standards/#UN> . Acesso em 02/06/2021.

SAINT-PIERRE, H. L.; VITELLI, M. G. (Orgs). Dicionário de segurança e defesa. São Paulo: UNESP, 2018. Disponível em <http://editoraunesp.com.br/catalogo/9788595463004,dicionario-de-seguranca-e-defesa?fbclid=IwAR1CGr6keJ6bTjnEISqpb77dlaHbS6py9os-yURByAazEjARKFe1qdb47s> . Acesso em 30/11/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e o direito de acesso à informação como direitos fundamentais na constituição brasileira. Revista da AGU, 2014, 13 (42): 9-38.

SARTORI, G.. *Concept misinformation in comparative politics. The American Political Science Review*, v. 64, n. 4, p. 1033-1053, 1970.

SARTORI, Giovanni.. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. o debate contemporâneo*. São Paulo: Editora Ática, 1994. 336 p.

SASAKI, David. (2011) *The Closed But Open Government Partnership Paradox*. Disponível em <http://davidsasaki.name/2011/12/the-closed-but-open-government-partnership-paradox/> . Acesso em 25/05/2021.

SCHOENFELD, G.. *Necessary secrets: national security, the media, and the rule of law*. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

SCHWARTZ-SHEA, P.. YANOW, D.. *Interpretive Research Design Concepts and Processes*. Routledge, 2012.

SENELLART, Michel. *As artes de governar: do regimen medieval ao conceito de governo*. São Paulo: Editora 34, 2006.

SHULSKY, Abram N.; SCHIMITT, Gary J.. *Silent Warfare: understanding the world of intelligence*. 3ª Ed. Brassey's Inc.: Dulles, 2002.

SIMMEL, Georg. *The Sociology of Secrecy and of Secret Societies*. *American Journal of Sociology* (AJS) 11 (Trans. Albion W. Small; 1906): 441-498. In: https://pdfs.semanticscholar.org/79d4/c27634ae742e1f939fa783313416316c2045.pdf?_ga=2.185608169.1700380110.1594425499-1025961935.1572216054 . Acesso em 10/07/2020.

SMITH, Scott. *Evaluating Freedom of Information Laws*. In: Farazmand A. (eds) *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. Springer, 2020. Disponível em http://springer.iq-technikum.de/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-31816-5_3844-1.pdf . Acesso em 14/09/2020.

STASAVAGE, David. *Open-door or closed-door? Transparency in domestic and international bargaining*. *International organization*, v. 58, n. 4, Autumn, 2004. p. 667-703. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3877800>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

TOLEDO, Luiz Fernando. *Transparência tarja preta: de leis antigas a informações divulgadas pela metade, Forças Armadas usam brechas para driblar Lei de Acesso e preservar “sigilo eterno” de documentos*. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/transparencia-tarja-preta/> . Acesso em 20/06/2021.

UHL, Kristen Elizabeth. *The Freedom of Information Act Post-9/11: Balancing the Public's Right to Know*, *Critical. American University Law Review*. Volume 53, Issue 1, 2003.

UNITED STATES COURTS OPINIONS. Disponível em <https://www.govinfo.gov/app/collection/uscourts/appellate/%7B%22pageSize%22%3A%22100%22%2C%22offset%22%3A%220%22%7D> . Acesso em 01/03/2021.

VERGARA, Rodolfo. *La transparencia como problema. Cuadernos de transparencia* nº 05.

INAI, México, 2015. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5218/6.pdf> . Acesso em 28/09/2020.

VILLA, Rafael Duarte; BRAGA, Camila de Macedo. *Segurança Nacional*. In: SAINT-PIERRE, H. L.; VITELLI, M. G. (Orgs). *Dicionário de segurança e defesa*. São Paulo: UNESP, 2018. Disponível em <http://editoraunesp.com.br/catalogo/9788595463004,dicionario-de-seguranca-e-defesa?fbclid=IwAR1CGr6keJ6bTjnElSqbr77dIaHbS6py9os-yURByAazEjARKFe1qdb47s> . Acesso em 30/11/2020.

WALTZ, Kenneth N., *O homem, o estado e a guerra: uma análise teórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WENDT, Alexander. A anarquia é o que os estados fazem dela: a construção social da política de poder. *Revista Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v.2, n.3, jan./jun., 2013. In: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/viewFile/2188/1525> . Acesso em 28/07/2020.

WIGHT, Martin. *A Política do Poder*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, IPRI: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2002.

WILSON III, Ernest J.. *Hard Power, Soft Power, Smart Power*. In: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, p.110 a 124. June, 2008.

XAVIER, Vítor César Silva. CUNHA FILHO, Marcio Camargo. *Lei de Acesso à Informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

XAVIER, Vítor César Silva. VIANNA, Marcelo Pontes. Acesso à Informação de Procedimentos Administrativos Investigativos em Curso Instaurados por Empresas Estatais: a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado. *Revista da CGU*, V. 9, n. 14, 2017. Disponível em https://ojs.cgu.gov.br/index.php/Revista_da_CGU/issue/view/26 . Acesso em 06/11/2019.

XAVIER, Vítor César Silva. ARAÚJO, Fabiana Azevedo. O Direito à Intimidade e à Vida Privada: o sigilo profissional e a minuta do novo código de ética dos psicólogos. *REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG*, [S.l.], n. 46, p. 331-341, fev. 2005. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1324>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

XAVIER, Vítor César Silva. *Tópicos Avançados em Direito Disciplinar - Acesso à Informação*. Documento de 31/08/2018. Disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/31036> . Acesso em 06/11/2019.

XAVIER, Vítor César Silva. Transparência: a hierarquização dos países decorrente da opção democrática no índice da *Freedom House*. Revista *Interseções* [Rio de Janeiro] v. 21 n. 2, p. 463-487, ago. 2019.

ZEPETA, Jesús Rodríguez. *Estado y Transparencia: un paseo por la filosofía política* (2015). Cuadernos de transparencia 04. México D.F: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, 2015.

ZUCCOLOTTO, R.; TEIXEIRA, M. A. C.; RICCIO, E. L. Transparência: reposicionando o debate. Revista *Contemporânea de Contabilidade*, v. 12, n. 25, p. 137-158, 2015.

YU, Harlan. ROBINSON, David G.. *The New Ambiguity of "Open Government"*. *UCLA LAW REVIEW DISCOURSE* 59 *UCLA Law Review* n. 178 (2012). Disponível em <https://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/59-11.pdf>. Acesso em 18/11/2019.