

MONICA HERMAN CAGGIANO*

*Transparência. Elemento estruturante das democracias ***

Sumário: Introdução; Democracia e seus elementos; A Transparência: condição de funcionamento democrático. Tratamento constitucional brasileiro; A Transparência X Tutela da Vida Privada; Conclusões.

Introdução

O século XXI, como uma avalanche – eventualmente anunciada – brindou a todos com novos desafios, notadamente na plataforma da democracia, uma fórmula de organização do poder político que tem por fim assegurar a liberdade. A liberdade no que concerne à atuação dos indivíduos, a liberdade em relação a grupos e aos mais diferenciados setores que compõem a comunidade social.

A democracia é o reino da liberdade, proclamava Sartori. De fato, por se consubstanciar em receita única a resguardar a liberdade, o padrão democrático foi se expandindo, conquistando o século XX e, a partir dos anos 90 e da primeira década deste novo século XXI, se apresentou como verdadeira febre a *“febre democrática”*. É que o fim da cortina de ferro, a queda do muro de Berlim, a independência dos estados africanos e a

* Professora Associada do Departamento de Direito do Estado, da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutora e Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito/USP. Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito-USP (2008-2016). Professora Titular de Direito Constitucional e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Geral do Município de São Paulo (1995-1996). Secretária dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo (1966). Procuradora do Município de São Paulo (1972-1996). Consultora jurídica.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Este trabalho foi produzido para a IV Giornate Internazionali su “Diritto alla verità, alla memoria, all’oblio”, promovida pela Cátedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza”, Itália, em novembro de 2016.

adoção de uma economia de mercado no mundo asiático, *inauguraram uma era onde resta evidente a tendência de o modelo democrático se transformar em regime político universal.*

Este reino da liberdade, contudo, progrediu inserindo em seu cenário avançadas tecnologias de marketing e de comunicação. E mais, se de um lado a ideia emergente busca garantir aos indivíduos *a perspectiva de tomar parte na tomada de decisões coletivas* – a participação política efetiva - até por intermédio de medidas de controle, que transportam para o Poder Judiciário a decisão de cunho político, alimentando o fenômeno do ativismo judicial, de outro, o compartilhamento das informações, a vastidão da Internet e o mundo que a *web* descortina, suscitaram novas inquietações, evidenciando o fato de que o universo democrático apresenta-se complexo e, por que não assinalar, frágil e sensível.

Pois bem, neste ambiente é que desponta e vem sendo desenvolvida a teoria do direito ao esquecimento. Olvidar, apagar o passado, introduzir limites à livre circulação das informações – que certamente encontram na *web* atmosfera propícia à preservação e à divulgação – passou a refletir tema reiteradamente presente em Mesas de Debate, Simpósios e Colóquios¹.

Como tratar esta perspectiva estreante? Como alinhá-la à estrutura democrática? Como aceitar a convivência pacífica da faculdade de olvidar com a exigência da transparência, um dos elementos de maior valor na prática cotidiana da democracia?

Democracia e seus elementos

Em verdade, a democracia – como na atualidade é visualizada –se consolida no século XX. É neste momento que emerge o ideal democrático na condição de única fórmula de organização do poder a salvaguardar a liberdade individual e a tutelar adequadamente os direitos fundamentais. Eclode, na realidade, sob a inspiração e influência da cosmovisão liberal e, na sua trajetória, assume a postura de categoria histórico-social. Ajusta-se, porém, de forma constante, às nuances e condições de cada povo, às peculiaridades de cada uma das comunidades. Dai, a vasta gama tipológica, as mais variadas

¹ Veja-se, nesta linha, artigo produzido por MORATO, Antonio Carlos e DE CICCIO, Maria Cristina, *Direito ao esquecimento: luzes e sombras*, publicado em obra editada em homenagem à Profa. Ivete Senise, ex- Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E mais, a realização da *IV Giornate Internazionali su "Diritto alla verità, alla memoria, all'oblio"*, promovida pela Cátedra UNESCO, em novembro de 2016.

espécies de democracia que o seu alargado quadro produziu. De tons e nuances diferenciados, em razão da amálgama empregada, despontam as mais sofisticadas modelagens, a esse passo inexpulsáveis da plataforma política².

Resta clara, pois, a dificuldade em se definir precisamente a democracia. Retrato desta nebulosidade conceitual é o tom de perplexidade de Sartori ao rotular uma de suas obras: *Democrazia. Cosa È*³. Daí, ainda, a observação do ilustre cientista, no sentido de que à democracia podem ser acoplados *diversos significados, relacionados com contextos históricos e ideais diferenciados*⁴. Daí a nossa opção em definir a democracia por meio da apresentação de seus elementos estruturantes, todos girando em torno da liberdade: *pluralismo político; liberdade de associação; liberdade de reunião; livre e espontânea expressão e formalização das preferências política; liberdade de informação; livre concorrência; liberdade de competição; liberdade de comunicação – enfim a ampla garantia de tutela dos direitos fundamentais*.

Fato é que a democracia se desenvolve sustentada em dois pilares, seus princípios de organização, consubstanciados na liberdade e na igualdade, *standards* que emanam do próprio conceito que vem sendo oferecido a esta fórmula de exercício do poder político, fundamentada na autodeterminação do povo, excluído todo e qualquer poder violento e arbitrário⁵.

Mais que isto, reflexo do sua base fundante e dos elementos que conformam a estrutura democrática, emerge como natural a aspiração geral a níveis mais elevados e concretos de participação política. Os indivíduos, como remarcado em trabalhos anteriores, já não se contentam em participar do processo político pelo voto; impõem e exigem outros meios de participação que lhes autorizem o acompanhamento *par e passu* da atividade dos detentores do Poder. Quem decide ? E como funcionam as democracias nesse ambiente comandado pela perspectiva de grupos, de setores e de indivíduos, no sentido de concretamente serem parte da tomada da decisão política? Resulta desse quadro a preocupação crescente com a transparência, porque as democracias, nos moldes que as

² Neste sentido ver CAGGIANO, Monica Herman. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

³ SARTORI, Giovanni. *Democrazia: cosa è*. Milano: Rizzoli, 1993.

⁴ ID. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

⁵ Conceito retirado de definição do *standard* democrático, fixada pela Corte Constitucional alemã, por força de decisão datada de 23 de outubro de 1952.

sociedades hoje querem praticá-las, só funcionam mediante a presença da transparência e a garantia de sua tutela.

A Transparência: condição de funcionamento democrático.

Tratamento constitucional brasileiro

A transparência, a ampla visibilidade quanto à atuação do Poder, traduz, na atualidade, tema objeto de extensa pesquisa no âmbito acadêmico, jurídico, sociológico, e político. Isto se justifica porque somente tendo acesso pleno à informação, poderá ser exercida a cidadania, realizando o eleitor livremente sua opção por candidatura e, uma vez eleitos os governantes, acompanhando e fiscalizando sua atuação.

Discorrendo sobre a matéria, renomados administrativistas erigem a transparência a princípio norteador da Administração Pública. Desse sentir, Odete Medauar assinala que a transparência da “*atuação administrativa (no sentido de atuação manifesta, visível, não como propaganda nos meios de comunicação) encontra-se ligada à reivindicação geral de **democracia administrativa.***” (grifo de origem) E complementa o pensamento, registrando: “*A visibilidade na atuação administrativa contribui para garantir direitos dos administrados...*”⁶ Nessa mesma direção, os trabalhos produzidos por Thiago Marrara⁷ e, em texto especialmente dedicado à questão, Renata Nadalin M. Schirato⁸ associa, ademais, a garantia da transparência ao atendimento de outros cânones como a participação popular, à eficiência e ao controle social.

Em verdade, a transparência da atividade pública transborda os contornos do princípio da publicidade, que integra o regime jurídico da Administração Pública preordenado pelo “caput”, do art. 37, da Constituição Federal brasileira. Emerge como macro-princípio do modelo democrático acolhido pelo Texto Fundamental de 1988, a Constituição cidadã, como passou a ser conhecido. E deflui – com naturalidade – dos fundamentos do modelo entre nós adotado, Estado Democrático de Direito, fundamentos

⁶ MEDAUAR, Odete, *O Direito Administrativo em evolução*, 3ª. ed., Brasília, DF: Gazeta Jurídica 2017, p. 304. ISBN 978-85-67426-46-4.

⁷ MARRARA, Thiago, *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸ SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles, *Transparência Administrativa, Participação, Eficiência e Controle Social*, in *Direito Público em Evolução*, coordenadores: Fernando Dias Menezes de Almeida, Floriano de Azevedo Marques Neto, Luís Felipe H. Miguel e Vitor Rhein Schirato, Belo Horizonte: Forum, 2013. ISBN 978-85-7700-785-1

estes elencados no art. 1º, do documento constitucional, principalmente os atinentes à soberania, à cidadania e ao pluralismo político. Isto, independentemente, do preceito do parágrafo único do mencionado artigo que estatui taxativamente:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente, nos termos desta Constituição.*” – grifo nosso.

Depreende-se, pois, que o documento constitucional brasileiro buscou prestigiar o cidadão e o exercício da cidadania. E, para tanto, previu instrumentos que autorizassem a sociedade a participar do polo da tomada das decisões políticas, quer de forma direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular – art. 14, incisos I,II e III), quer pelo voto, elegendo representantes, quer pela via do controle, consagrando o direito de petição, a ação popular, a ADI, a ADcon, o mandado de injunção, o habeas-data, etc., enfim instrumentos que viabilizam a fiscalização popular incidente sobre os atos e condutas adotadas pelo Poder.

No entanto, para bem cumprir a sua missão constitucional, o cidadão tem necessidade de ser bem informado. E, sob este peculiar aspecto, por mais uma vez, magnânimo se mostrou o Poder Constituinte ao assegurar, na postura de direitos públicos subjetivos, o direito de informação (art. 5º, XIV) e o direito de receber informações de órgãos públicos (art. 5º, XXXIII); vedou terminantemente qualquer medida que pudesse restringir o direito à informação (art. 220); e mais, aniquilou a censura, utilizando-se de duas diferentes normas proibitivas. A primeira, posicionada logo no início do catálogo albergado no mencionado art. 5º, no seu inciso IX, e a segunda – de modo peremptório e explícito – no § 2º, do art. 220, vedando “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Dúvidas não restam, destarte, quanto à perspectiva do texto constitucional em garantir o acesso à informação, quanto à amplitude desse direito e no tocante à exigência de visibilidade em relação à atividade pública. Reflexo direto desse quadro, surge a consagração da transparência como condição de funcionamento da democracia no século XXI e fator indicativo de sua respectiva qualidade. Desde o processo eleitoral, fato registrado em dissertação de mestrado por Rafael José de Oliveira Silva, amparado em voto

proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal⁹, Dr. Teori Zavascki (ADI 5. 394), que anota “*É necessário conferir transparência ao processo eleitoral. A mensagem normativa do ordenamento jurídico brasileiro em favor da transparência é tão contundente que transcende a vida pública*”, a transparência se consolida na posição de indexador da qualidade democrática.

A tanto, de se registrar, vem se alinhando a recente edição da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, a denominada lei da transparência¹⁰, que disciplina o acesso à informação. E, comentando a relevância deste elemento, acentua Edmir Netto de Araújo a notoriedade que a transparência assume para o controle da legalidade da atuação do Poder e, destarte, para “*a defesa de direitos ou de interesses dos administrados*”¹¹. Oportuno anotar, aliás, que o próprio texto legal proclama de modo categórico:

“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.”

No entanto, o problema passa a oferecer maior complexidade, na medida em que se busca examinar esta largueza do direito à informação defronte de outros direitos, a seu turno, tutelados pela Lei Maior, a exemplo do direito à intimidade, à vida privada, à imagem das pessoas, todos, objeto do disposto no inciso X, do mencionado rol estabelecido no art. 5º, da Constituição Federal.

A Transparência X Tutela da Vida Privada

Certo é que a transparência ou a visibilidade da atuação do Poder – ou melhor explicitando: dos detentores do poder político/ os governantes – evoluiu conjuntamente com a democracia, conquistando o padrão de macro-princípio exatamente por se alinhar às

⁹ SILVA, Rafael José de Oliveira, “*O Financiamento da Política no Brasil: As pessoas jurídicas e sua participação*”, dissertação de mestrado defendida junto Programa do Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁰ Sobre o reforço e a exigência de transparência da atividade do Poder Público, no Brasil, consultar também o Portal da Transparência, inaugurado com a edição da Lei complementar federal n. 131, de 27 de maio de 2009, que alterou a lei da Responsabilidade Fiscal, determinando a disponibilização, em tempo real, de informações sobre a execução financeira e orçamentária da União, Estados-membros e Municípios.

¹¹ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

aspirações das sociedades democráticas do ocidente, em cujo seio a cidadania passou a reivindicar participação mais efetiva em sede de tomada das decisões políticas. Jogar o seu voto na urna, já não mais satisfaz o cidadão. Alcança-se, assim, a ideia de **democracia administrativa**, a que se refere Medauar, correspondendo à visão de uma atividade administrativa cristalina, amplamente visível, possibilitando à cidadania o conhecimento integral das ações e dos agentes que as desempenham.

Com efeito, na esfera pública é que as práticas democráticas obrigam a se dar ciência aos cidadãos de projetos, de planos e ações, bem assim dos indivíduos investidos nas funções públicas e que, em razão das competências do cargo que ocupam, agem em nome do Poder. E, sob este particular ângulo, restrito o círculo da intimidade e da vida privada dos denominados agentes públicos que permanece impenetrável. É que a qualidade democrática encontra-se diretamente proporcional ao grau de visibilidade da atividade administrativa e de quem a executa.

Porém, vislumbra-se a sensível polémica resultante dessa questão no momento em que se avança para a esfera privada, enfrentando-se a tríade intimidade, honra e imagem, que no entender de Cláudio Lembo¹² “aponta para elementos integrantes e substanciais à individualidade de cada pessoa”. E, ainda, de acordo com Lembo, “quando ocorre violação de qualquer dos elementos citados, a dignidade da pessoa é a destinatária da agressão.”.

Com efeito, neste peculiar cenário há extrema dificuldade em se detectar exatamente a dimensão do círculo merecedor da tutela, fazendo jus à designação de esfera da vida privada ou da intimidade, podendo variar de indivíduo a indivíduo, conforme o grau de exposição a que o mesmo se submete, por vontade própria ou em razão de exigências profissionais.

Em verdade este espectro é o que vem sendo atingido de forma aguda pela evolução da tecnologia, pela propagação das redes de relacionamentos, pela tendência a compartilhamento, forte característica da sociedade moderna. Paradoxalmente, se o direito a vida privada, à intimidade, à honra, à imagem refletiu, no passado, reivindicação no sentido de obstar ingerência, lesão ou ameaça de violação por parte do Poder Público, hoje os reclamos se destinam a assegurar a proteção e a defesa desta área de individualidade

¹² LEMBO, Cláudio, *A Pessoa. Seus Direitos*, Barueri, SP: Manole, 2007, p. 178. ISBN: 85-204-2574-7.

contra as intromissões ou supostos excessos das redes sociais, das ferramentas de busca utilizados pela Internet, enfim contra a tecnologia que derrubou as fronteiras dessa delicada zona de individualidade.

O Direito ao esquecimento, cuja evolução – principalmente pelo esforço jurisprudencial – se processou no mundo europeu, detém íntima interface com a vida privada e este campo de individualidade que se procura defender de intromissões indesejadas. Esbarra, todavia, na transparência que define a qualidade democrática.

Cuida-se neste escaninho do interesse – que se pretende erigir a direito – de apagar da memória e dos registros fatos passados, eventualmente desabonadores, que prejudiquem a visão ou a imagem do indivíduo. Constitui um campo delicado, até porque, afirma Jean Rivero,¹³ há “*o direito que pertence à sociedade de conhecer a vida dos que a compõem e que se apresenta como uma necessidade para as relações sociais*”. É certo, anota Rivero, que esta imposição “*se apresenta variável, de acordo com as situações objetivas*”, conduzindo a relativizar a delimitação do círculo da vida privada e da intimidade imune a quaisquer investidas externas ou à divulgação. Contudo, certo é também que os fatos e acontecimentos pertencem à história. Não somente a comunidade, na sua composição atual, é detentora do direito de conhecer fatos e ações atribuídos a seus integrantes, mas a história, a seu turno, reclama pela preservação da memória. E a transparência vem robustecer esses direitos que, na realidade, se alojam na esfera de tutela dos direitos das novas gerações, gerações vindouras que devem ter assegurado o conhecimento do que se passou.

No Brasil, reduzida se oferece a receptividade a essa prerrogativa, consubstanciada em apagar da Internet os registros que associem o nome de um indivíduo a fatos ou condutas condenáveis. A proposta de reconhecimento do direito ao esquecimento não se apresenta bem sucedida nem nos Tribunais estaduais, onde pesquisa, realizada pelo jornal O Estado de S. Paulo, aponta tão só 1/3 de deferimentos do total de pedidos apresentados,¹⁴ e muito menos junto à mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, onde há uma ação tramitando, contendo solicitação formulada pela família de

¹³ RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques. Tome 2. Le régime des principales libertés*, Paris: Press Universitaire de France, 1977.

¹⁴ Ver a respeito matéria publicada pelo jornal O Estado de S. Paulo, edição de 24.07.2016, p. A8. Interessantes, a respeito, os números encontrados, sendo que, de um total de 94 processos que buscavam o esquecimento, 67 tiveram o indeferimento como desfecho final.

famosa vítima de homicídio, pleiteando a retirada de sua história e de dados que a ela possam estar vinculados dos *sites* da web. E, neste caso, a Procuradoria Geral da República já se posicionou de forma contrária.

O quadro normativo, a seu turno, se mostra tímido quanto à tutelar o esquecimento em detrimento da memória. O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, preocupa-se em isentar de responsabilidade o provedor, quanto a informações trazidas por terceiros. E o disposto no seu artigo 21 tem por meta tutelar a mais reduzida das esferas de privacidade individual, referente a cenas de nudez e de sexo transitando na web independentemente da autorização dos envolvidos. Nada a ver com a memória, com a vida pregressa ou o envolvimento em escândalos ou, ainda, com episódios que se tornaram públicos e que a toda sociedade - em todos os tempos - interessa conhecer.

Por derradeiro, vale lembrar a presença, na Constituição brasileira, de ferramenta apta a reparar informações incorretas, constantes de registros públicos ou de caráter público. É o *habeas data*, preconizado no catálogo do art. 5º, inciso LXXII, que estabelece:

“LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

Conclusões

1.- No Brasil, o documento constitucional (Constituição Federal de 1988) buscou prestigiar o cidadão e o exercício da cidadania. Reflexo do generoso tratamento constitucional conferido à participação da cidadania no polo decisório, principalmente por via do controle da atividade administrativa, a transparência emerge na condição de macro-princípio, requisito quanto ao funcionamento da democracia e verdadeiro indicador da qualidade democrática. Na realidade, as democracias, nos moldes que as sociedades hoje

querem praticá-las, só funcionam mediante a presença da transparência e a garantia de sua tutela.

2.- Dessume-se, de outra parte, o fato de que o direito de informação foi largamente privilegiado, obstando-se medidas direcionadas a sua restrição, exceção feita apenas às questões visando segurança nacional ou, ainda, ao sigilo determinado em razão de investigações ou ações judiciais em tramitação.

3.- A doutrina que se pretende edificar, resguardando o direito ao esquecimento, visa a possibilidade de retirada – dos arquivos das esferas pública, jornalística e privada, notadamente das ferramentas de busca na *web* e das redes virtuais de compartilhamento – dos registros desabonadores existentes acerca do indivíduo.

4.- A ideia emerge em ambiente de forte polêmica, em particular no Brasil, em razão do acolhimento do fator transparência como indexador da qualidade democrática, encontrando no direito de informação um importante pilar de sustentação. À luz desses axiomas, conquanto meritória a finalidade exposta na defesa do direito a olvidar, consistente na viabilidade de ressocialização da pessoa que, em determinado momento, se envolveu em situações obscuras, na verdade extremamente difícil se afigura sua convivência com a impositiva condição democrática da transparência.

5.- Assegurar a todos o conhecimento dos fatos e condutas das pessoas que integram a comunidade social, a preservação da memória para integrar o curso da história e para que as futuras gerações possam ter acesso ao passado e às preciosas lições que do passado são extraídas, fragilizam e relativizam as probabilidades de êxito da pretendida tese. Até porque, pela sua própria natureza, o ser humano pode perdoar; esquecer, ele não esquece.

Abstract

La democrazia, sviluppata nei secoli XX e XXI, è fondata nella libertà e nell'uguaglianza. In questo contesto, la trasparenza è assunta come macroprincipio di garanzia ed attuazione dei diritti dei cittadini. Nell'ordinamento brasiliano, la Costituzione prevede sia la trasparenza sia gli strumenti per raggiungerla. Così, la tutela della privacy, attualmente più complessa in ragione delle nuove tecnologie, obbligatoriamente deve

tenere in conto questo principio, con il rischio altrimenti di minacciare il diritto di informazione e il suo rapporto con la trasparenza, importanti pilastri della democrazia.

Camerino, dicembre 2017.