



Secreto y estado de excepción: la prohibición constitucional de ocultar los actos de la administración pública en el Estado Democrático de Derecho brasileño

Sigilo e estado de exceção: a vedação constitucional de ocultação dos atos da administração pública no Estado Democrático de Direito brasileiro

Recebimento dos originais: 17/03/2023

Aceitação para publicação: 17/04/2023

Elda Coelho de Azevedo Bussinger

Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UNB)

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Endereço: R. Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Vitória - ES,

CEP: 29056-295

E-mail: elda.cab@gmail.com

Lara Ferreira Lorenzoni

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (Bolsa FAPES)

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Endereço: R. Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Vitória - ES,

CEP: 29056-295

E-mail: laralorenzoni7@gmail.com

Raíssa Lima e Salvador

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (Bolsa FAPES)

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Endereço: R. Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Vitória - ES,

CEP: 29056-295

E-mail: raissa.liima@hotmail.com

RESUMEN

Dada la historia de repetidos decretos de secreto por el Jefe del Poder Ejecutivo de Brasil en la gestión entre 2018 y 2022, causó sorpresa el comportamiento de la Oficina de Seguridad Institucional de la Presidencia de la República de Brasil, al emitir una mera nota aclaratoria, en abril de 2022, sobre el secreto de cien años establecido en relación con el control de acceso de los visitantes al Palácio da Alvorada. Es el objeto del presente estudio exactamente la cuestionable adecuación constitucional de esta imposición presidencial, haciendo uso, en el ordenamiento jurídico brasileño, de la Ley de Acceso a la Información, el Decreto N ° 7.724/2012, la Ley General de Protección de Datos Personales y los Principios que rigen la Administración Pública Brasileña para la investigación de un estado que bordea la excepción. En un enfoque materialista histórico dialéctico, se observa que el fenómeno disminuye los corolarios anteriores,

consustanciando la zona de anomia, según lo predicho por Giorgio Agamben, marco teórico adoptado aquí.

Palabras-clave: secreto, principio de moralidad, principio de publicidad en la administración pública, estado de excepción.

RESUMO

Ante o histórico de repetidas decretações de sigilo pelo Chefe do Poder Executivo do Brasil, causou estranheza o comportamento do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República do Brasil, ao expedir mera nota de esclarecimento, em abril de 2022, relativa ao sigilo de cem anos estabelecido no tocante ao controle de acesso de visitantes ao Palácio da Alvorada. É objeto do presente estudo exatamente a questionável adequação constitucional dessa imposição presidencial, valendo-se da Lei de Acesso à Informação, do Decreto nº 7.724/2012, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e dos Princípios que regem a Administração Pública brasileira para a investigação de um estado que beira à exceção. Em uma abordagem materialista histórica dialética, observa-se que o fenômeno menoscaba os corolários supra, consustanciando a zona de anomia, tal como previsto por Giorgio Agamben, marco teórico aqui adotado.

Palavras-chave: sigilo, princípio da moralidade, princípio da publicidade na administração pública, estado de exceção.

1 INTRODUCCIÓN

En abril de 2022, fue divulgado por la prensa que el Gabinete de Seguridad Institucional de la Presidencia de la República, entonces ocupada por Jair Messias Bolsonaro, había denunciado sigilo sobre reuniones en el Palácio do Planalto con pastores lobistas vinculados al Ministerio de Educación (O GLOBO, 2022). Posteriormente, el mismo Gabinete se expresó en nota oficial, explicando las razones jurídicas de tal expedición (GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL, 2022).

En esta coyuntura, el objeto del presente estudio es precisamente esta imposición presidencial del secreto sobre la información relativa a las reuniones en el Palácio do Planalto, supuestamente basada en la Ley General de Protección de Datos de Carácter Personal.

A partir de estos hechos, se planteó la siguiente cuestión: ¿sería constitucionalmente adecuado imponer el secreto sobre la información relativa a las reuniones en torno a los recursos esenciales de los servicios públicos, a la luz de los principios

constitucionales de Moralidad y Publicidad en la Administración Pública? ¿Estaríamos, en este contexto, ante un estado de normalidad constitucional, basado en la Teoría del estado de excepción de Giorgio Agamben?

La hipótesis trabajada fue que la imposición del secreto en un asunto que involucra información pública, en un caso no cubierto por las excepciones previstas en la Ley de Acceso a la Información y la Ley General de Protección de Datos Personales, es un fenómeno que demerita los corolarios de Moralidad y Publicidad en la Administración Pública, inherentes al perfeccionamiento del Estado Democrático de Derecho.

Esta situación encarna el estado de excepción, previsto por Giorgio Agamben, marco teórico aquí adoptado. Esto ocurre en la medida en que, con decisiones unilaterales, el soberano actúa con fuerza de ley, pero fuera de los parámetros normativos preestablecidos, generando confusión entre norma y no norma. En este sentido, la acción estatal desenfundada del Presidente de la República de Brasil configuraría el estado de excepción, ya que engendra un *locus* inestable y voraz entre el Derecho y el mundo anómico de la vida.

El enfoque materialista de la historia dialéctica, en el que son los individuos reales, su acción y sus condiciones materiales de existencia los que construyen el mundo y la racionalidad, de modo que toda historiografía debe partir de estas bases naturales y de su transformación por la acción de los hombres en el curso de la historia (MARX & ENGELS, 1998, p. 10), sustentó el proceso analítico.

Para investigar la hipótesis, inicialmente, se presentó la teoría del Estado de Excepción de Giorgio Agamben, basada en el refinado enfrentamiento teórico entre dos grandes filósofos de la modernidad: Carl Schmitt y Walter Benjamin. Luego, se disertó sobre los postulados de Moralidad y Publicidad en la Administración Pública, revelando el significado e importancia de tales axiomas en el Estado Democrático de Derecho. A continuación, se analizó si el acto del Jefe de la Nación se ajustaría a los principios mencionados. Por último, se relacionó el decreto de secreto examinado con la perspectiva teórica de Giorgio Agamben sobre el estado de excepción.

2 DESPUÉS DE SCHMITT Y BENJAMIN, EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN GIORGIO AGAMBEN

Mucho se ha especulado sobre el concepto de estado de excepción, en diferentes lugares y épocas. Es cierto que, tratándose de la modernidad, dos filósofos del siglo XX son ineludibles en este asunto: el jurista alemán Carl Schmitt (1888-1985) y el pensador judío Walter Benjamin (1892-1940). Es principalmente a partir de la comparación de ambas estructuras especulativas que el jurista, filósofo y teólogo contemporáneo Giorgio Agamben elabora su tesis sobre la excepción.

Schmitt y Benjamin fueron fuertes críticos de la modernidad y del proyecto político-estatal liberal que se estaba creando en el mundo de su tiempo, especialmente en Alemania, representado por la República de Weimar. Sin embargo, sus referencias y tradiciones son extremadamente distintas, de modo que, aunque inicialmente unidos por el objeto de preocupación, sus conclusiones son diametralmente opuestas.

Carl Schmitt, católico y constitucionalista conservador, muestra a lo largo de toda su obra una fijación por el orden. Opositor intelectual del positivismo jurídico representado por Hans Kelsen, no admite en absoluto que el ordenamiento estatal se pierda en interminables elucubraciones legislativas. Entiende la democracia parlamentaria como un frágil gobierno de palabras, con infinitos intereses particulares tratando de encontrar un denominador común, tarea que, además de penosa, exige mucho tiempo. Así, en tiempos de crisis (guerras, insurrecciones, epidemias etc.), que exigen decisiones firmes y rápidas, esta fórmula sería incapaz de contener la destrucción de las bases fundamentales del Estado.

Para el autor, el Derecho positivo sólo puede aplicarse en situaciones de la vida cotidiana, en cosas que se repiten. Por lo tanto, el Derecho sólo sería eficaz en inbroglios típicos del estado de normalidad. Sin embargo, ante una anormalidad, para la que las normas positivas no tienen respuesta, ya que sólo pueden ocuparse de lo previsible, debe reconocerse la existencia de un caso límite. Precisamente en este ámbito debe decretarse el estado de excepción, tarea que corresponde a un salvador mesiánico, personalizado en la figura de un hombre - el soberano. De ahí su afirmación de que "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción" (SCHMITT, 1996, p. 87, nuestra traducción).

Admitiendo que la ley no tiene eficacia inmanente, Carl Schmitt construye su teoría sobre la afirmación de que, invariablemente, el orden se mantiene incluso en el "caos". Obsesionado y temeroso por la voracidad de un posible desorden social que una conformación política deliberativa no puede suprimir, Schmitt realiza una teoría con una sólida construcción jurídica para impedir que la suspensión del Derecho acabe en "carnaval", es decir, en la liberación de todas las normas. Así, explica la suspensión del derecho como "sometimiento inmediato a la decisión del soberano sin mediación de ley alguna" (MATE, 2011, p. 193, nuestra traducción).

En consecuencia, lo que caracteriza al estado de excepción en Schmitt es la autoridad ilimitada del soberano. El soberano tiene el poder de suspender todo el orden jurídico en vigor. A diferencia del dictador tradicional, "el soberano, tal como lo define Schmitt, tiene un poder absoluto y autónomo, sin límites" (TRAVERSO, 2020, p. 1977, nuestra traducción). En este sentido, a pesar de la suspensión de la legalidad, no se cae en una sociedad anárquica, porque el Estado permanece. Como dice él, "el Estado sigue existiendo, mientras que el Derecho retrocede" (SCHMITT, 1996, p. 92, nuestra traducción). El orden subsiste, aunque no sea el orden jurídico.

En oposición a este pensamiento trabajó el revolucionario romántico Walter Benjamin. En sus reflexiones en el texto "Sobre el concepto de historia" (BENJAMIN, 1987, nuestra traducción), este impulsor de un marxismo sui generis (LÖWY, 2005, p. 27) desarrolla, en la tesis VIII, la idea de que el verdadero estado de excepción se producirá con la abolición de la dominación, que conducirá a una sociedad sin clases. En esta línea, el desfile triunfal de los vencedores, en realidad, no sería la excepción, sino la regla. El auténtico estado de excepción sería, por tanto, la interrupción de este orden de cosas. Por lo tanto, Benjamin toma prestadas de Schmitt sus categorías (soberanía, decisión, estado de excepción) pero invierte su horizonte.

Si para Schmitt el estado de excepción emana de la decisión última y vinculante del soberano como antítesis de la incertidumbre y la discusión pasiva, para Benjamin, por el contrario, éste denota un estado de crisis permanente. Por un lado, tenemos la decisión entendida como un "milagro" restaurador que une soberanía y excepción (Schmitt), y, por otro, el estado de excepción (que, de hecho, sería la regla) se presenta como una catástrofe

(Benjamin). Es este debate de principios del siglo XX lo que el autor Giorgio Agamben tiene ante sí al elaborar su proyecto filosófico crítico sobre las democracias occidentales contemporáneas.

Para él, el estado de excepción no es ni una zona de anormalidad en la que el derecho positivo no puede actuar, ni una ruptura total con el derecho, sino una categoría fáctico-jurídica ficticia, una zona gris de indeterminación que conecta artificial y violentamente la anomia - el mundo de la vida (*autocritas*) - y la norma jurídica, el *nomos* (*potestas*). En palabras del pensador, se trata básicamente de un "espacio vacío, donde una acción humana ajena al derecho se enfrenta a una norma ajena a la vida" (AGAMBEN, 2004, p. 131, nuestra traducción).

Para Agamben, en realidad, la dualización que la dogmática jurídica hace entre la vida y la norma no existe, dado que no hay una articulación natural entre ambas. Lo que sí existe es un movimiento artificial que intenta, a toda costa, mantenerlas en relación. Precisamente este movimiento, esta ficción forzada y continua, es lo que da lugar al estado de excepción.

Continuando con el legado teórico de Walter Benjamin, Agamben introduce una variante peculiar a la hora de interpretar la relación entre excepción y norma. Percibe la excepción como un elemento estructurador de la propia soberanía. En este razonamiento, la soberanía no es ni un concepto exclusivamente político, ni una categoría exclusivamente jurídica.

En este sentido, la excepción no es un poder externo al derecho (Schmitt), ni una norma suprema del orden jurídico: es la "estructura originaria en la que el derecho se refiere a la vida y la incluye en sí mismo a través de su propia suspensión" (AGAMBEN, 2002, p. 35, nuestra traducción). La excepción sólo puede darse si hay normalidad, y ambas son categorías diseñadas por la entidad estatal, que es política en su esencia y jurídica en su manifestación.

Para Agamben, el soberano sería, entonces, el que se maneja entre la normalidad y la excepción, actuando a veces según los designios de la ley, a veces actuando contra la ley, pero con la fuerza de la ley, según los intereses de la gubernamentalidad en boga.

Finalmente, para saber si esta hipótesis de la excepción de Agamben se aplica al caso brasileño en discusión, es necesario entender los principios constitucionales de Moralidad y Publicidad en la Administración Pública como base del *nomos* que se opone a su correspondiente anómalo (el secreto de los actos presidenciales aquí traído a colación).

Se sabe que, aunque no sea la regla en el Estado Constitucional de Derecho, el sigilo es admitido en algunas situaciones excepcionales, para no faltar al postulado de la publicidad y de la moralidad. Por lo tanto, es necesaria una incursión en las actuaciones del entonces Jefe del Ejecutivo brasileño sobre esta cuestión, para verificar si están o no amparadas por las posibilidades enumeradas en la Ley de Acceso a la Información y en la Ley General de Protección de Datos.

3 PRINCIPIOS DE MORALIDAD Y PUBLICIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luego de un breve período en la Presidencia de la República, el gobierno de Jair Bolsonaro, a través del Decreto N° 9.690 del 23 de enero de 2019, inició un camino que se empeña notablemente en tomar reiteradas medidas legales para facilitar el ocultamiento de información de interés público. En este caso, mediante esta determinación legal, se posibilitó la ampliación de la lista de personas que podían imponer el secreto a los documentos públicos y, aunque fue revocada poco después, fue la medida responsable de inaugurar una gobernanza en la que se tornaron habituales los actos de suspensión del acceso a la información, en particular, para las ocasiones de imposición del secreto de los cien años de la Ley de Acceso a la Información, Ley n° 12.527 de 2011.

Ante esto y en atención a las normas y conductas que orientan a la Administración Pública, resulta imprescindible plantear las cuestiones de los principios de Publicidad y Moralidad ante la circunstancia de secretismo sistemáticamente enumerada por la Presidencia de la República para justificar una conducta que restringe el acceso a información de interés público, específicamente cuando se pretende encubrir situaciones de posible involucramiento con esquemas de corrupción.

En cuanto al Principio de Publicidad, evidentemente reducido por las prácticas gubernamentales de secretismo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 117) aduce la imposibilidad de existencia, en un Estado Democrático de Derecho, de actos que promuevan el ocultamiento a los administradores de determinados asuntos, consagrando un deber administrativo hacia el mantenimiento de la transparencia.

En la enseñanza de José Afonso da Silva (2014, p. 679),

No se admiten actuaciones secretas de la Administración Pública, porque es pública, maneja cosas públicas, del pueblo (*publicum* > *popublicum* > *populum*; público = del pueblo). Pero la propia Constitución admite la información confidencial 'esencial para la seguridad de la sociedad y del Estado' (art. 5, inc. XXXIII), que, sin embargo, debe ser excepcional, de lo contrario violaría el principio de publicidade (nuestra traducción).

Incluso porque, en palabras de Cláudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmento (2012, p. 343), "[...] la mayoría de las constituciones - y la brasileña no escapa a esta norma - contienen derechos fundamentales, además de otras normas que expresan una ideología de moralidad pública".

Sarmento (2010, p. 27) también destaca que el principio de supremacía del interés público

[...] se basa en una concepción errónea de la relación entre la persona humana y el Estado, francamente incompatible con el leitmotiv del Estado democrático de Derecho, según el cual las personas no existen para servir a los poderes públicos o a la sociedad política, sino que, por el contrario, éstos se justifican como medios para la protección y promoción de los derechos humanos (nuestra traducción).

Así, la Administración Pública está obligada a dar publicidad a determinados actos e informaciones con la intención de posibilitar la vigilancia de la propia población ante la conducta de las autoridades. Se evalúa, así, la gestión diseñada por los agentes públicos bajo una perspectiva que otorga a los ciudadanos el derecho fundamental a conocer lo que se ha hecho a su favor o en su contra en nombre del Estado democrático de Derecho.

Por supuesto, existen excepciones a la publicidad más allá del interés público, dado que no toda la información de la Administración Pública puede transparentarse. Sin embargo, llegados a este punto, incluso con excepciones para casos concretos, hay que

tener en cuenta que la publicidad es un mandamiento constitucional que, con ocasión del erróneo decreto de secreto de la información, se verá vulnerado.

En seguida, al tratar del Principio de la Moralidad en la Administración Pública, vale la pena recordar la preciosa lección de Rousseau (2017, p. 9) de que "el cuerpo político es también un ser moral, dotado de voluntad" (nuestra traducción). Es decir, en un primer momento, ya es posible constatar la relevancia del aspecto de la voluntad para orientar la moralidad de una conducta, ya sea de un individuo, ya sea del cuerpo político del que forma parte.

En cuanto al Principio de moralidad administrativa, Bandeira de Mello (2014, p. 122) plantea que la Administración debe guiarse de acuerdo con los axiomas de la ética, la lealtad y la buena fe, sin ningún comportamiento astuto, lleno de malicia, con el fin de confundir, obstaculizar o minimizar el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos.

En esta orientación, José Afonso da Silva (2014, p. 677-678) enseña que:

La ley puede ser cumplida moral o inmoralmemente. Cuando su ejecución se hace, por ejemplo, con la intención de perjudicar a alguien deliberadamente, o con la intención de favorecer a alguien, ciertamente se está produciendo un acto formalmente legal, pero materialmente comprometido con la moral administrativa (nuestra traducción).

Ocurre que, cuando se trata del Principio de Moralidad, no basta que la actuación de los agentes que componen la Administración Pública tenga respeto a la legalidad para ser considerada adecuada. Todavía existe un deber ético en torno al ejercicio del derecho, en atención a los parámetros que determinan una conducta moralmente aceptable.

Por lo tanto, un acto puede violar el Principio de Legalidad y el de Moralidad concomitantemente o por separado, sin que ello disminuya o comprometa la gravedad de las circunstancias o del caso concreto. Esto se debe a que, según Franco Sobrinho (1993, p. 31): "la ley, para la moral, tiene un interés que va más allá de los códigos, que supera la pragmática de la ciencia positiva" (nuestra traducción).

Así pues, existe la posibilidad de que el administrador público lleve a cabo actividades inmorales basándose en el uso indebido de los términos de la ley, hasta el

punto de justificar medidas irrazonables que infringen la moralidad mediante preceptos y normas legítimos.

Ahora bien, como bien articula Jean-Jacques Rosseau (2017, p. 40), "el peor de los abusos es sólo obedecer las leyes aparentemente para mejor irrespetarlas con total seguridad" (nuestra traducción). Sin demora, queda por entender que ciertos actos de la Administración Pública, a pesar de la justificación basada en la legalidad, constituyen un estado de plena inmoralidad administrativa.

En la perspectiva de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 103), la inmoralidad administrativa surge y se desarrolla a través del mal uso del poder, he aquí que, a partir de la hipótesis de que la Administración Pública utiliza medios lícitos para alcanzar fines metajurídicos irregulares, se percibe el sesgo de inmoralidad en la intención del agente.

En estos términos, prohibir el acceso a documentos y otras informaciones que tienen el potencial de desenmascarar tramas ocultas y establecer verdaderos escándalos políticos coincide con la lógica del abuso de poder antes mencionada. Aquí radica tanto el acto contra el interés público como la motivación del beneficio propio.

A la luz de esta perspectiva de conductas desviadas e inmorales, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 86) señala la corrupción como un concepto consistente en una desviación de la conducta ante la norma moral consagrada por la comunidad, especialmente por las autoridades que pretenden servir a los intereses de particulares, restringida a las sociedades modernas, en las que existe una distinción entre lo público y lo privado.

Es importante destacar el aspecto de la corrupción, sobre todo teniendo en cuenta que las medidas de secreto mencionadas en esta investigación se aplicaron posiblemente en un intento de camuflar tramas corruptas y mandos paralelos ocultos, dada la frecuencia de los decretos de secreto, así como la forma en que la Ley de Acceso a la Información opera realmente en estas ocasiones.

Ahora bien, según Bussinguer, Bahía y Zaganelli (2017, p. 140), la corrupción es "uno de los obstáculos a la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y, en consecuencia, a la garantía de los derechos fundamentales" (nuestra traducción), por lo que obstaculizar el acceso a la información con el fin de impedir el descubrimiento de

tramas corruptas comprendería, en su máxima expresión, un ataque a las garantías fundamentales que constituyen un Estado de Derecho.

Por último, Ferreira Filho (2001, p. 88) señala que la corrupción es particularmente grave en una democracia. El autor reflexiona sobre la inmoralidad administrativa como un aspecto que pone en cuestión la estabilidad de un Estado de Derecho democrático.

En continuidad, se verifican los fundamentos y reglas que permiten la determinación del secreto con base en la Ley de Acceso a la Información, para posteriormente evaluar si la conducta de la Presidencia de la República se ajusta a los versos de la ley y verificar la hipótesis anterior en cuanto a la existencia de un estado de excepción.

4 ESTADO DE EXCEPCIÓN E IMPOSICIÓN DEL SECRETO DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LEY GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Ante la sospecha de ofensa a los principios de la Administración Pública abordada en el tema anterior, resta examinar el prisma de la legalidad ante la constante secrecía decretada por la Presidencia de la República. Además de que tales expedientes causan extrañeza por su frecuencia y su falta de razón, se convierten en una forma de restricción del control social sobre la actuación del Titular del Ejecutivo, ya que impiden la transmisión de datos e información que eventualmente puedan servir para descubrir gestiones inadecuadas, o procesos ocultos de corrupción.

De acuerdo con la propia Secretaría de Transparencia, Fiscalización y Contraloría General de la Unión (2016, p. 52-58), el derecho de acceso a la información se presta para dotar al ciudadano de información que antes estaba en poder del Estado. Esto en la intención de realizar el llamado control social, en el que la población puede desarrollar más correlaciones y evaluaciones del gobierno en boga.

Cuando hablamos de control social, aspectos como la prevención de la tiranía, el control de los gobiernos, la transparencia pública y la prevención de la corrupción pasan a primer plano, mientras que el acceso a la información surge como un derecho que

desempeña un papel decisivo en el ejercicio de la ciudadanía, ya que, a través del control social de la Administración Pública, se posibilita la lucha contra la corrupción y el abuso de poder (CARVALHO; GUERRA, 2019, p. 41-43). Al fin y al cabo, "El presidente no es el superego de la nación". Y más: "Los presidentes no son reyes elegidos. Hay límites" (STRECK, 2022, nuestra traducción).

Sobre el caso de los pastores del MEC, según la Nota Aclaratoria vinculada al Gabinete de Seguridad Institucional (2022), se afirmó que nunca hubo un decreto, sino sólo una respuesta negativa al reportero del diario "O Globo" a través del Servicio de Información al Ciudadano de este mismo Gabinete. Los fundamentos serían:

[...] inciso II, § 1º, do artigo 31 da Lei nº 12.527/2011 (LAI); complementado pelo inciso I, do artigo 6º e incisos I, II e VII do artigo 7º, da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) (GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL, 2022).

A partir de este contexto, se comprueba la regular y correcta aplicación de estos dispositivos. Debido a la importancia del control social a través de la información y el principio de legalidad, se analiza la Ley de Acceso a la Información, combinada con el Decreto Reglamentario N° 7.724 de 2012, implementado en virtud de la Administración Pública Federal. Tales diplomas discuten los procedimientos para garantizar el acceso a la información, así como la clasificación de la información y la restricción de acceso.

La Ley de Acceso a la Información (BRASIL, 2011) dispone sobre los procedimientos que deben observar la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios para garantizar el acceso a la información, conforme a lo previsto legalmente en el inciso XXXIII del artículo 5º, en el inciso II del § 3º del artículo 37 y en el § 2º del artículo 16 de la Constitución Federal brasileña (BRASIL, 1988).

De acuerdo con la Ley, es posible confirmar la subordinación tanto de la Secretaría de Seguridad Institucional como de la Presidencia de la República, por lo dispuesto en el inciso I del párrafo único del artículo 1º, que se refiere a los organismos públicos que forman parte de la administración directa del Poder Ejecutivo (BRASIL, 2011).

En este sentido, destacamos lo dispuesto en el inciso II, párrafo 1 del artículo 31 del diploma, indicado por la Oficina de Seguridad Institucional, que proporciona la base para impedir el acceso a la información sobre los pastores del MEC. Dice así:



Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem;

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem (BRASIL, 2011).

Por lo tanto, se verifica la aplicación específica del secreto de cien años sobre informaciones y datos personales, recurso comúnmente enumerado por el Ejecutivo como soporte legal que permitiría la restricción de informaciones en detrimento del interés público que rige la Administración Pública.

Como bien orientan Bussinguer, Bahía y Zaganelli (2017, p. 49), el derecho a la información es indispensable para la construcción de una gestión pública que se fundamente en los principios constitucionales de un Estado Democrático de Derecho y, en particular, en el interés colectivo que lo rige.

Lia Logarezzi (2016, p. 6) vislumbra factor esencial para el análisis de la Ley de Acceso a la Información, que es "la publicidad como regla y el secreto como excepción". Justamente porque se trata de una normativa que regula los procedimientos a favor de garantizar el acceso a la información bajo los preceptos de la Constitución Federal, es decir, en beneficio de un Estado Democrático de Derecho.

Como bien se describe en el artículo 3 de la Ley N° 12.527/2011 (BRASIL, 2011), los procedimientos previstos en la Ley tienen por objeto garantizar el derecho fundamental de acceso a la información y deben aplicarse de conformidad con los principios básicos de la administración pública, incluida la publicidad y la moralidad.

Pues bien, a la vista de lo anterior, en cierto modo como el caso de la aplicación del secreto durante cien años, hay que tener en cuenta que el uso reiterado de este instrumento para bloquear la transparencia de la Administración Pública revela el éxito de la Presidencia de la República en aplicar como norma una regulación que debería ser la excepción. Esto viola sistemáticamente el derecho fundamental de acceso a la

información y perpetúa un comportamiento presidencial que engendra las condiciones de las que habla Giorgio Agamben en su estado de excepción.

Además, por si no fuera suficiente la atípica constancia de imponer el secreto en esta administración presidencial, sus fundamentos suelen estar dotados de debilidades jurídicas y argumentales. Tal conclusión se basa en el hecho de que el pilar del interés público debe prevalecer sobre los intereses privados de la Presidencia, en particular, invocar y permitir el control social y la publicidad de los actos de mantenimiento de la Administración Pública.

Reiteramos que la disposición legal insertada en la Ley de Acceso a la Información sobre el secreto centenario se destina a la ocasión específica de tratamiento de la información personal - como el respeto a la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen, así como las libertades y garantías individuales (BRASIL, 2012).

Sin embargo, el artículo 31, §4 de la Ley nº 12.527 (BRASIL, 2011) y el artículo 58, I del Decreto nº 7.724 (BRASIL, 2012) plantean un factor esencial para el funcionamiento de esa confidencialidad. La restricción de esas informaciones no podrá ser solicitada una vez que se verifique la intención de perjudicar los procesos de investigación de irregularidades en los que esté involucrado el titular de esos datos.

Por otra parte, el Decreto nº 7.724 (BRASIL, 2012) también tiene contenido en materia de datos personales y secreto centenario, estipulando, en su artículo 57, incisos IV y V, que no será necesario el consentimiento para el acceso a los datos personales cuando sea necesario para la defensa de los Derechos Humanos de terceros o la protección del interés público general y preponderante.

Por cierto, cuando se trata de la motivación de la solicitud de acceso a la información de interés público, tanto el párrafo 3 del art. 10 de la Ley de Acceso a la Información como el artículo 14 del Decreto núm. 7.724 de 2012, dirigido a la Administración Pública Federal, establecen que este requisito está prohibido en el momento de la solicitud, ya que, en los términos del Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Contraloría General de la Unión (2016, p. 15): "El ciudadano no necesita explicar el motivo de su solicitud ni decir qué hará con la información. Pedir es su derecho, no importa por qué" (nuestra traducción).

La prohibición de condicionar el acceso a la información, así como la lógica que prohíbe los intentos de obstruir el interés público, plantea una vez más la importancia del control social. En este sentido, la Ley de Acceso a la Información y el Decreto nº 7.724 ponen a disposición medios para frenar los intentos corruptos de ocultar datos y documentos a los ciudadanos brasileños.

La inteligencia de las disposiciones citadas es primordial para el análisis de los casos en que la entonces Presidencia de la República invocó el secreto centenario, sirviendo también a la noción de que la restricción irregular de información se compacta con un panorama político-social que consubstancia un estado de excepción.

A la luz de lo anterior, es evidente que la Ley de Acceso a la Información fue aplicada inadecuadamente por la Oficina de Seguridad Institucional, dada no sólo la violación del interés público general y preponderante, la publicidad y el control social, sino también la prerrogativa que instituye la prohibición de restringir el acceso a la información en casos que perjudiquen los procesos que investigan irregularidades.

Además, por tratarse de un atentado periodístico, la intención del examen de esos datos fue investigar posibles procesos ocultos de corrupción, ya que la profesión periodística se rige por el Código de Ética del Periodista Brasileño (FENAJ, 2007), en el cual es su deber oponerse a la arbitrariedad, al autoritarismo y a la opresión, así como divulgar hechos e informaciones de interés público y combatir todas las formas de corrupción, especialmente las que tienen como objetivo el control de la información.

Esto también se aplica con respecto a la Ley de Protección de Datos Personales (LGPD) de 2018, que prevé el tratamiento de datos personales, incluso en medios digitales, por persona física o de derecho público o privado, con el fin de proteger los derechos fundamentales de libertad, privacidad y libre participación de la personalidad (BRASIL, 2018).

En su artículo 6º, inciso I, en el que la Oficina de Seguridad Institucional busca sustento normativo para su determinación, existe previsión en el sentido de que las actividades de tratamiento de datos personales deben observar la buena fe y algunos principios, como el de finalidad. El principio de finalidad corresponde al tratamiento de

datos personales para fines legítimos, específicos y explícitos, que deben ser informados al titular (BRASIL, 2018).

Roza la incoherencia concebir que la aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales deba seguir institutos que promueven la violación de artículos de la Ley de Acceso a la Información, combinados con el Decreto No. 7.724 de 2012, que tratan, según lo expuesto, de la pertinencia de prohibir cualquier exigencia de presentar condiciones o razones que justifiquen el pedido de acceso. El acceso a la información es un derecho fundamental, para el que no existe ninguna condición a raíz de justificar su solicitud.

Además, sobre los puntos I, II y VII del artículo 7, también indicados por el Gabinete de Seguridad Institucional, cabe mencionar que permiten el tratamiento de datos personales solamente cuando previa prestación de consentimiento por parte del titular para el cumplimiento de obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento y para la protección de la vida o seguridad física del titular o de terceros (BRASIL, 2018).

En cuanto a la recomendación de los incisos del artículo 7, nuevamente se altera una concepción que ya orienta el secreto específico centenario de la Ley de Acceso a la Información. De acuerdo con el ya mencionado artículo 57, incisos IV y V, del Decreto no. 7.724, la cuestión del consentimiento se disipa cuando el tratamiento de datos personales surge para proteger el interés público general y preponderante. Tampoco es necesario proteger la vida o la integridad física de terceros para que la solicitud de información sea legítima.

Sobre todo, por si lo anterior no fuera suficiente, en los términos del "a", fracción II, del artículo 4 de la Ley de Protección de Datos Personales, esta Ley no es aplicable al tratamiento de datos personales realizado exclusivamente con fines periodísticos, lo que hace completamente imposible su alcance en el caso que nos ocupa.

En este contexto, el razonamiento expuesto en la Nota Aclaratoria del Gabinete de Seguridad Institucional no es jurídicamente válido, consolidando una perspectiva favorable al uso inadecuado de la legalidad para defender una circunstancia que enmascara posibles autoritarismos o abusos de poder.

Se verifica, finalmente, la institución del estado de excepción de Agamben en la situación examinada. El poder ejecutivo, criatura de la Ley, norma viva, por lo tanto, actúa contra la Ley. La Ley se aplica inaplicándose a sí misma, dado que existe un marco normativo debidamente fundado que necesita ser ejecutado, sin embargo, por deliberación privada, no lo es (o bien, se hace de forma completamente ilegítima). Es decir, en lugar de un orden jurídico que lo regule y acoja, una desastrosa tormenta antinormativa se cierne sobre el mundo de la vida, derribando los diques civilizatorios que contienen la barbarie.

5 CONCLUSIONES

Como se ha visto, en el estado de excepción de Agamben no existe una distinción cristalina entre norma y no norma, ya que la tecnología del poder biopolítico es de tal envergadura que permite al titular del poder público decidir en las democracias occidentales contemporáneas cuándo aplicar la norma y cuándo no hacerlo, de manera excepcional (excepcional pero tan rutinaria que se convierte en norma).

La excepción aquí tratada no es relativa a las dictaduras. No está prevista en el ordenamiento jurídico, pero no escapa a la inmensa cobertura arquitectónica del Derecho, en la medida en que es la politización de la vida - el Derecho es la captura por el Estado de todos los aspectos que conciernen a la existencia humana. Y no hay instancia reguladora capaz de hacer el control determinante sobre la aplicación de la norma, es decir, de obligar a que "la norma siga a la norma".

Por tanto, el soberano es quien tiene la última palabra sobre cómo y cuándo aplicar la Ley. El agente estatal imbuido por el ordenamiento jurídico para ejecutar regularmente el *nomos* y todo el pacto constitucional suscrito colectivamente es el mismo que lo niega, es la norma viva des-ejecutora, en un constante juego de claros y oscuros entre Derecho y no-Derecho, norma y no-norma, en el que fácilmente se pierde de vista la línea divisoria entre la zona de excepción y el campo de la normalidad. Eventuales abusos en este sentido, si son revisados, ya sea por un tribunal parlamentario o por un tribunal jurisdiccional superior, sólo serán revisados en una fase posterior, después del hecho

desaplicador ya consumado, de la excepción ya establecida y del acuerdo democrático roto.

El control social como práctica del ejercicio de la ciudadanía expresa una conquista histórica de las luchas sociales, frenando abusos, autoritarismos e ilegalidades en las acciones del Estado. Así, la manipulación de la Ley a favor de objetivos turbios ofende no sólo principios como la publicidad y la moralidad, sino también preceptos de ciudadanía, que son condición de la democracia.

Desde esta perspectiva, el jefe máximo del Ejecutivo nacional, al encubrir indebidamente información de interés público, niega la realización de la norma. La norma viva, el soberano jurídicamente exhortó a la decisión, renuncia a la norma. Es la norma que se aplica inaplicándose, la zona de inestabilidad misma de la que da cuenta Giorgio Agamben en su construcción teórica.

Como conclusión, se constató que el entonces ocupante del más alto cargo representativo del Poder Ejecutivo, en ese momento, no tenía respaldo legal y constitucional para revestir de secreto los datos en cuestión. Tal escenario sería un ejemplo típico del estado de excepción, en el que el soberano - que no es un déspota ni un dictador, sino un representante democrática y legalmente elegido, es decir, la norma viva - excluye la Ley, en una coexistencia espectral y desestabilizadora entre la norma y su negación.

REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio (2004). *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo.

AGAMBEN, Giorgio (2002). *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. BAHIA, Lígia. ZAGANELLI, Juliana Costa (2017). *Organizações Sociais de Saúde e a Lei de Acesso à Informação*. 1 ed. Curitiba: Juruá.

BENJAMIN, Walter (1986). Crítica da violência - crítica do poder. In: BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. Seleção e apresentação: Willi Bolle. Tradução: Celeste H. M. Ribeiro de Sousa et al. São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo.

BENJAMIN, Walter (1987). Sobre o conceito da História. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. Obras escolhidas*, vol. 1. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, p. 222-232.

BRASIL (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL (2012). *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL (2019). *Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9690.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL (2011). *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL (2018). *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 maio 2022.

CARVALHO, Kliandra de Almeida Galdino. GUERRA, Maria das Graças Gonçalves Vieira (2019). *Controle social como exercício da cidadania no combate à corrupção*. n. 32, Revista de Ciências Humanas da Universidade Federal de Roraima, p. 37-51.

Disponível em: <<https://revista.ufrr.br/textosedebates/article/view/4732>>. Acesso em: 05 maio 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2018). *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (FENAJ) (2007). *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Disponível em: <https://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (2001). *A democracia no limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva.

FOUCAULT, Michel (2010). *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira (1993). *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. 1 ed. Curitiba: Genesis.

GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL (2022). *Nota de Esclarecimento*. Disponível em: <<https://www.gov.br/gsi/pt-br/assuntos/acervo/imagens/nota-a-imprensa-13-abril-22.pdf/view>>. Acesso em: 10 maio 2022.

LOGAREZZI, Lia (2016). *Guia Prático da Lei de Acesso à informação*. São Paulo: Artigo 19 Brasil.

LÖWY, Michael (2005). *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. São Paulo: Boitempo.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich (1998). *A ideologia alemã*. Tradução: Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes.

MATE, Reyes (2011). *Meia-noite na história: comentários às teses de Walter Benjamin "Sobre o conceito de história"*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (2014). *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (2016). *Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal*. 2. ed. Brasília. Disponível em:

<https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/aplicacao_lai_2edicao.pdf>. Acesso em: 4 maio 2022.

O GLOBO (2022). *Planalto decreta sigilo em encontros de Bolsonaro com pastores lobistas do MEC*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/planalto-decreta-sigilo-em-encontros-de-bolsonaro-com-pastores-lobistas-do-mec-1-25473551>>. Acesso em: 4 maio 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (2017). *Discurso sobre a economia política*. Petrópolis: Vozes de Bolso.

SARMENTO, Daniel (Org.) (2010). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 27.

SCHMITT, Carl (1996). Teologia política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lobhauer. São Paulo: Scritta.

SILVA, José Afonso da (2014). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (2012). *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.

STRECK, Lenio Luiz Streck (2022). *O indulto, o príncipe, o juiz e o esbofeteamento da nação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/senso-incomum-indulto-principe-juiz-esbofeteamento-nacao>>. Acesso em: 6 maio 2022.

TRAVERSO, Enzo (2020). “Relações Perigosas”: Walter Benjamin e Carl Schmitt no crepúsculo de Weimar. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.03, p. 1973-1985. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/52675/34740>. Acesso em: 6 maio 2022.