

A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA E SEU CONTROLE EXTERNO COMO PRINCÍPIO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA*

José Eduardo Coelho Corsini**

Sumário: 1. Introdução; 2. Democracia e Inteligência; 3. Breve histórico; 4. Por que, o que, como e quando fiscalizar; 5. Órgãos de controle externo; 5.1. Poder Executivo; 5.2. Poder Legislativo; 5.3. Poder Judiciário; 5.4. Ministério Público; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo pretende investigar a atividade de inteligência estratégica em ambiente democrático, enfatizando as relações entre órgãos de inteligência do Brasil e os mecanismos de fiscalização.

Palavras-chave: Inteligência. Fiscalização. Estado Democrático de Direito. Ministério Público.

Abstract: This article intends to investigate the activity of strategic intelligence in a democratic environment, emphasizing the relationship between intelligence agencies in Brazil and oversight mechanisms.

Key words: Intelligence. Oversight. Democratic State of Law. Public Attorneys.

1 Introdução

O ascender da redemocratização do Brasil na década de 1980 expôs pendências que exigiram de nossos líderes considerável esforço para reconciliar o País. No epicentro daquele efervescente cenário político, a então chamada atividade de informações, vista como um dos alicerces do regime que deixava o poder.

* Adaptação de trabalho apresentado em agosto de 2011 no Curso Superior de Inteligência Estratégica (CSIE) da Escola Superior de Guerra (ESG).

** Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, endereço eletrônico: corsini@mp.rs.gov.br

Nesse particular, o último decênio do século passado registrou a extinção do Serviço Nacional de Informações e testemunhou a estruturação de um novo sistema de inteligência brasileiro, que buscava atender às demandas de um Estado ansioso por crescer e projetar-se mundialmente, qualificar a produção do conhecimento como suporte ao processo decisório e enfrentar essa aparente tensão entre a premissa democrática da transparência e o “secretismo” algumas vezes inerente ao exercício da atividade.

Mostra-se de certa forma conflituoso o relacionamento entre órgãos de inteligência e aqueles destinados a fiscalizá-los, identificando-se dissonâncias de toda ordem, desde a legitimidade e abrangência da fiscalização até a natureza e profundidade desta sobre os diversos ramos da atividade.

No entanto, percebe-se uma verdadeira simbiose entre o controle e a atividade de inteligência, pela qual esta avança e aprimora-se na mesma medida em que a sociedade conscientiza-se da sua lisura e do cumprimento dos seus preceitos éticos e legais.

2 Breve histórico

O controle da inteligência tomou fôlego no mundo ocidental em momento histórico não muito distante. No Brasil, a atividade de inteligência teve origem com a criação do Conselho Nacional de Defesa, em 1927, pelo Presidente Washington Luís. Mas apenas com o advento da Lei Federal nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999, foi prevista formalmente a função de controle externo, delegada ao Congresso Nacional pelo art. 6º da referida norma. Desde então, no entanto, a fiscalização não granjeou maiores atenções do Poder Legislativo pátrio.

Promulgada a Lei Federal nº 4.341, de 13 de junho de 1964, iniciava-se no País a era do Serviço Nacional de Informações (SNI), órgão que mesmo dentro do regime militar diferenciava-se de seus pares pela isenção a quaisquer prescrições que determinassem publicar ou divulgar sua organização, funcionamento ou efetivo. Na prática, significava a completa falta de fiscalização sobre o Serviço. Mas apesar da meteórica tramitação no Congresso Nacional do projeto de lei que a originou, tombado sob o número 1.968/1.964 e de autoria do General Golbery do Couto e Silva, ainda houve tempo para uma crítica do *Jornal Correio da Manhã* (13 jun.1964, apud Figueiredo, 2005, p. 131):

No Brasil, o SNI reunirá as duas atribuições (ou seja, atuará nos campos interno e externo). Fará, como serviço secreto, espionagem e contra-espionagem (de quê?) e agirá como polícia política federal, acima dos Estados e também acima do Congresso, porque este não poderá fiscalizar-lhes as atividades nem solicitar prestação de contas.

É um Ministério de Polícia Política, instituição típica do Estado policial e incompatível com o regime democrático.

Para Brandão (2010, p. 129), foi exatamente essa a realidade que se concretizou:

Mas, na prática, apesar de criados como órgãos de inteligência, os serviços de informações, principalmente o CISA e o CIE, foram estabelecidos como órgãos responsáveis pela segurança do país, pela preservação da ordem e pela manutenção do regime. A comunidade de informações atuou de forma bastante independente no período de maior fechamento do regime militar, extrapolando as funções de um *intelligence service* e desenvolvendo um grande setor policial e repressivo.

Já no período inicial da Nova República, segundo Luis Bittencourt (1992 apud Brandão, 2010, p. 146),

[...] a atuação do Congresso em relação aos serviços secretos se deu de forma extremamente superficial e permitiu que a maioria das estruturas do SNI, eminentemente autoritárias, permanecessem quase intactas durante o processo de transição política para a democracia.

A Constituição Federal de 1988 silenciou totalmente sobre a matéria. Embora os Projetos de Lei nº 3.316/1989¹ e nº 4.395/1989² tenham proposto, respectivamente, a extinção do Serviço e a fiscalização dos atos de órgãos de informações pelo Congresso Nacional, foi apenas em 1990 que a atividade teve seu destino selado pelo decreto presidencial que extinguiu definitivamente o SNI. Ainda assim, os órgãos remanescentes, um pequeno Departamento de Inteligência (DI) vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) e as unidades militares congêneres, permaneceram sem fiscalização externa.

Com o advento da Lei Federal nº 9.883/1999, a ausência foi em parte sanada com a previsão genérica e superficial de controle e fiscalização da atividade de inteligência pelo Poder Legislativo. Não obstante, a referida norma

[...] apenas regulamenta a atuação da Agência Brasileira de Inteligência dentro do SISBIN. Não são regulamentadas as atividades de inteligência e contrainteligência das polícias estaduais e federal, e muito menos dos Comandos Maiores, questão de importância fundamental para o fortalecimento de nossas bases institucionais. (BRANDÃO, 2010, p. 150)

3 Democracia e inteligência

Consta da Constituição Federal de 1988 que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Falar em Direito e democracia pode hoje parecer redundância, mas é pertinente lembrar que na História alguns regimes

¹ Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=211618 >. Acesso em: 29.05.2011.

² Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=221181 >. Acesso em: 29.05.2011.

pretenderam ser os dois quando eram apenas um. Ou nem isso. A limitação do poder estatal, que remonta ao esforço constitucionalista do Século XVIII, a princípio não implicava o reconhecimento de um regime democrático, valor agregado apenas posteriormente. Mas para o constitucionalismo contemporâneo, as ideias de respeito à vontade da maioria e aos direitos fundamentais constituem o próprio cerne do conceito de Estado de Direito.

Ao debruçar-se sobre o tema, refere Bonavides (2006, p. 376):

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

[...]

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade 'perante' a lei, mas de uma igualdade 'feita' pela lei, uma igualdade 'através' da lei.

Sem destoar, Canotilho (1999, p. 284-285) acrescenta:

[...] o poder político assenta em estruturas de domínio. O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mas implica uma forma de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como **princípio de organização** da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes, é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e governo.

[...]

A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais pretende pôr em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção de governantes e, concomitantemente, de mecanismos de limitação prática do poder, visando criar, desenvolver e proteger instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações da tirania.

O conceito de democracia implica, assim, os valores de igualdade e consequente transparência no trato do poder público, a efetiva obediência aos direitos e garantias individuais e a estruturação de mecanismos de controle e limitação desse poder. Isso tudo não apenas como um dispositivo petrificado em alguma norma raramente lembrada ou cumprida, mas como real e verdadeiro elemento de legitimação democrática.

Desses parâmetros não pode se afastar a atividade de inteligência, que vem definida no parágrafo 2º do artigo 1º da Lei Federal nº 9.883/1999 nos seguintes termos:

§ 2º Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.³

Para Lowenthal (2009), inteligência é diferente das demais áreas do governo porque muitas de suas atividades são secretas, decorrentes da necessidade de Estados perseguirem e protegerem informações, e porque esse mesmo “secretismo” pode causar consternação e desconforto a parte dos cidadãos de uma Democracia ostensivamente aberta e baseada em mecanismos de freios e contrapesos.

Lowenthal (2009) ainda refere que as agências de inteligência existem por quatro razões fundamentais: evitar surpresas estratégicas, prover o governo de expertise permanente, assessorar o processo decisório e manter o segredo de informações, necessidades e métodos.

Quanto à importância da atividade de inteligência para o Brasil, pondera Rebello (Abr. 2006, p. 43-46):

A necessidade de Inteligência do Brasil projeta-se tanto no contexto das relações internacionais quanto no doméstico, sobretudo em função das dimensões continentais do País. O Estado brasileiro necessita proteger-se de ações estrangeiras adversas, bem como antecipar-se a consequências de conflitos internos em território tão vasto como o nosso.

[...]

A necessidade de Inteligência [...] perpassa temas os mais diversos, dando ao Estado a capacidade de decidir conscientemente suas políticas, graças ao ferramental de análise imparcial, segura e oportuna oferecido pelos profissionais de Inteligência àquele que detém o poder de decidir o destino do País.

Mas, no constitucionalismo contemporâneo, não basta afirmar a importância da atividade de inteligência, é seu condicionante vital determinar a origem e o limite de sua legitimidade, que somente poderá ter assento na própria Constituição e nos seus preceitos democráticos. Assim, para que a inteligência possa sobreviver e submeter-se ao Princípio da Igualdade e seus reflexos nos direitos fundamentais, impende encontrar o ponto de equilíbrio entre eles, pressuposto inclusive de possível futura elevação hierárquica da atividade à categoria constitucional por meio de emenda à vigente Carta Magna.

³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9883.htm >. Acesso em 26.05.2011.

Ora, se no moderno constitucionalismo Liberdade e Igualdade evoluíram de um sentido meramente jurídico e formal e ganharam atributos materiais de verdadeira concretude normativa, extrai-se como intrínseco da própria Constituição o Dever de Proporcionalidade, identificado aqui simplesmente como o limite aos excessos legislativos e de outras manifestações de poder perante os direitos fundamentais.

Ou seja, toda limitação do Estado às liberdades fundamentais – e a inteligência responde por parte significativa dessa limitação – deve guardar pertinência com um fim público relevante e não possuir alternativa menos gravosa. Além disso, a medida deve ser ponderada frente a essas liberdades, não podendo representar inaceitável nível de sacrifício delas e, por corolário, do princípio democrático subjacente.

Tal preocupação não é ignorada pela doutrina de inteligência. Na visão de Lock Johnson (1989), mesmo em modernas democracias de massa, onde estão presentes eleições abertas e imprensa livre, o distanciamento entre o povo e seus líderes é o principal perigo para ocorrência de abusos governamentais. Não obstante, apesar dessa aparente antítese entre a democracia e o secretismo da atividade de inteligência, as duas podem conviver com segurança na mesma sociedade desde que sejam tomadas as devidas precauções referentes ao dever de prestação de contas dos agentes de inteligência – “accountability” – e à fiscalização e controle de órgãos externos – “oversight”.

Ou, como bem resume Brandão (2010, p. 17), “democracia requer não apenas a presença de instituições, mas a valorização dos procedimentos democráticos”.

Extrai-se daí a possível adaptação da inteligência a ambientes republicanos, quando ela encontra o ponto de equilíbrio e proporcional legítimo entre suas idiosincrasias e os postulados da Liberdade e Igualdade. Vale dizer, desde que presentes a fiscalização por órgãos externos e a submissão aos postulados da transparência, respeito a direitos fundamentais e obediência aos princípios éticos da atividade. Nesses termos, a inteligência é mesmo necessária para a proteção de um Estado frente a interesses adversos e, por conseguinte, intrínseca à ideia de preservação da democracia nacional.

4 Por que, o que, como e quando fiscalizar

Estabelecido o pressuposto democrático do controle sobre a atividade de inteligência, é preciso fixar os parâmetros dessa fiscalização para que ela própria não se torne instrumento de abuso de poder ou ato de ingerência desvirtuado de sua missão. Há um equilíbrio frágil, porém necessário, entre a eficiência dos serviços secretos e o controle exercido sobre eles por órgãos externos.

Cepik (2001) enumera dois desafios à atividade de inteligência, que seriam o risco de manipulação dos serviços por parte de governantes procurando maximizar seus poderes e o risco de autonomização dos próprios serviços, que se transformariam em espécie de poder paralelo dentro do próprio Estado.

Em outras palavras, controla-se a atividade de inteligência porque ela faz parte do Estado, e como tal não foge à regra de prestar contas. Controla-se para que ela não se afaste de seu fim público e para que seus agentes e destinatários tenham essa garantia. Controla-se, por fim, para que ela granjeie legitimidade e respaldo social.

Mas então o que consiste esse ato de controlar? Na perspectiva norte-americana diferencia-se controle (“control”, gerenciamento realizado pelo próprio órgão) e fiscalização (“oversight”, poder de outros órgãos de verificar a obediência aos preceitos legais pela atividade de inteligência). No Brasil, no entanto, opta-se pelas expressões controle interno e controle externo para determinar o poder do próprio órgão (interno) ou de outro (externo) em fiscalizar, inspecionar e verificar o desempenho da atividade conforme o ordenamento jurídico e estrita observação ao princípio da eficiência e aos objetivos públicos pré-fixados.

O controle pode ser funcional ou institucional. Este se desenvolve sobre instituições e agências específicas que produzem inteligência, enquanto aquele se dá sobre a própria atividade, de forma sistêmica e abrangente. A Lei Federal nº 9.883/1999 optou pelo primeiro, mas a Constituição prevê expressamente ao menos uma hipótese de controle institucional, como se demonstra adiante.

Ainda, em nosso País não há suficiente regulamentação sobre o momento ou de que forma se dará o controle externo da atividade. Na experiência de outros Estados democráticos encontram-se exemplos de fiscalizações prévias, posteriores ou integrais, de acessos a toda documentação sigilosa em atos de inspeção e de remessas de extratos simplificados, de controles finalísticos e orçamentários, de órgãos auxiliares com credenciais de sigilo e de instituições independentes com atribuição redundante.

Tampouco se encontra entre nós suficiente normatização sobre o dever de sigilo e responsabilização efetiva por eventuais publicações ou comprometimentos. Como já referido, também o controlador pode ser tentado a extrapolar de sua função desviando ou abusando do poder que lhe é confiado.

Avaliando esse contexto brasileiro, Gonçalves (2010, p. 189-190) conclui:

Muito pouco ainda há a se comentar em termos de críticas ao controle da atividade de inteligência no Brasil. Isso se deve a uma razão bem simples: esse controle praticamente inexistente.

[...]

No que concerne ao controle interno no âmbito do Executivo, não há órgão para fazê-lo em termos finalísticos para os diversos órgãos do SISBIN e para a ABIN em

particular. A CREDEN [Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional] é quase que uma ficção jurídica e não tem qualquer autoridade de fato – nem condições de pessoal e expertise – para supervisionar a comunidade de inteligência.

[...]

No que concerne ao controle realizado pelo Poder Legislativo, o fato é que, da maneira como está organizado o controle parlamentar específico para a atividade de inteligência, este se revela pouco eficiente e com frágil efetividade. Ainda que haja interesse de alguns deputados e senadores de proceder à fiscalização dos serviços secretos, o Congresso dispõe de mecanismos institucionais muito debilitados para efetivá-lo. Daí dizer que o Congresso pensa que fiscaliza e o Executivo finge que é fiscalizado.

Ou seja, o Brasil não se encontra atrasado apenas no que diz respeito à inteligência em si, mas também em relação ao seu controle. E parece haver íntima relação entre esses dois fatores, porquanto o justificado temor ao abuso de poder acaba prejudicando o desenvolvimento de uma atividade que, embora imprescindível à defesa dos interesses nacionais, ainda hoje carece de mecanismos a lhe garantirem a confiança e compreensão da sociedade brasileira.

5 Órgãos de controle externo

A fiscalização do Estado pode ser exercida por qualquer cidadão. Mas, sem embargo, a especialização da atividade de inteligência e o “secretismo” algumas vezes inafastável apontam para um controle mais eficiente o praticado por órgãos específicos, com atribuição e conhecimentos próprios para exercê-lo e, também, com a consciência sobre a necessidade de preservação dos métodos e conhecimentos sensíveis.

Dentre os diversos órgãos e instituições que podem operar no controle externo da atividade de inteligência, guardam especial relevância o Ministério Público e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

5.1 Poder Executivo

Sendo a inteligência uma atividade de Estado, não deve vincular-se a governos específicos, por natureza transitórios. Dessa forma, embora alguns classifiquem como interno o controle praticado por órgãos do mesmo Poder, trata-se de verdadeira fiscalização externa quando esses órgãos não possuem entre si subordinação hierárquica ou funcional.

A primeira função de controle do Executivo dá-se no exercício de sua competência normativa de estabelecer diretrizes, regras, prioridades, objetivos e alocação de recursos para a atividade de inteligência. No Brasil essa atribuição é exercida pelo Ministro-Chefe do Gabinete de Segurança Institucional (GSI) e, mais acima, pelo próprio Presidente da República.

Já à Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN), presidida pelo Ministro-Chefe do GSI, compete a supervisão e execução da Política Nacional de Inteligência (PNI). Seria o principal órgão de controle dentro do Executivo, não fosse a pouca atenção que dispensa à matéria. A endêmica resistência governamental em exercer essa fiscalização manifestou-se na CREDEN especialmente pela demora na elaboração da PNI, que terá levado mais de uma década quando finalmente for aprovada pelo Presidente da República.

Por fim, a Controladoria-Geral da União (CGU) responsabiliza-se pela defesa do patrimônio público e da transparência da gestão através de atos de auditoria e ouvidoria. Auxiliada pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e pelas Secretarias de Controle Interno (CISSET), a CGU exerce apenas a fiscalização orçamentária, financeira e patrimonial da inteligência. Não é sua atribuição o enfoque finalístico da atividade.

Como se vê, na esfera do Executivo brasileiro não existe um órgão específico para exercer o controle externo da inteligência. Tanto GSI quanto CREDEN ou CGU possuem outras tantas e complexas competências, as quais inviabilizam uma fiscalização efetiva do sistema.

Em outros países, encontram-se experiências interessantes de institutos próprios para o controle, como é exemplo a figura do “Inspector General”, presente nos Estados Unidos da América, Canadá, África do Sul, Austrália, dentre outros (GONÇALVES, 2010). Trata-se de autoridade com independência que se reporta diretamente ao titular da pasta ministerial ou ao próprio Presidente, sendo órgão de assessoramento e informação, com dever de sigilo e, portanto, sem responsabilidade de informar à sociedade civil ou público em geral.

O paradigma norte-americano é mais rico em exemplos de órgãos do Executivo responsáveis pelo “oversight” da atividade de inteligência. Conforme Lowenthal (2009), naquele País atuam o “National Security Council” (NSC), o “President’s Foreign Intelligence Advisory Board” (PFIAB) e sua subseção de investigação, o “President’s Intelligence Oversight Board” (PIOB).

5.2 Poder Legislativo

Titular do mais relevante controle externo da inteligência, originário do próprio sistema de freios e contrapesos garantidor da harmonia e independência dos Poderes, ao Legislativo cabe ampla fiscalização da atividade.

São diversas suas possibilidades, que passam desde a aprovação pelo Senado do nome do Diretor da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), indicado pelo Presidente da República, até a mais elementar de suas atribuições,

a criação de leis. O Legislativo tem poderes investigativos amplos através de suas comissões parlamentares de inquérito (CPI), e pode solicitar informações ao Executivo pelos mecanismos da convocação de Ministros de Estado e das audiências públicas.

Ainda, aprova a proposta de orçamento e posteriormente fiscaliza sua execução, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Nos Estados Unidos da América, a chamada “power of the purchase”, distribuição do orçamento do ano seguinte dentre as diversas agências de inteligência conforme criteriosa análise dos resultados de suas operações, tem sido a mais efetiva fiscalização exercida pelo Poder Legislativo, pois prioriza a abordagem finalística da atividade.

Dentre as comissões parlamentares permanentes de maior interação com a área da inteligência, podem ser citadas a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN) e a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). No entanto, é a Comissão Mista de Controle da Atividade de Inteligência (CCAI) a responsável específica por materializar o disposto no art. 6º da Lei nº 9.883/1999 e dar cumprimento ao controle externo da atividade de inteligência em nome do Poder Legislativo nacional.

Composta necessariamente pelos líderes da maioria e da minoria das duas Casas e dos presidentes das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado e da Câmara de Deputados, além de outros eventualmente previstos em lei ou regulamento, à CCAI caberia a mais efetiva fiscalização e regulamentação da inteligência no Brasil, mas, como predito, não tem demonstrado muito interesse pela pauta nestes primeiros pouco mais de 10 anos de existência. Mesmo havendo notícia de que seu Regimento Interno definitivo estaria em vias de ser aprovado, a Comissão ainda funciona sob um regimento provisório. Ademais, a grande rotatividade de seus membros dificulta a continuidade dos trabalhos.

Mas é no caráter sigiloso da matéria ali tratada que se encontra o maior desafio à eficiência da CCAI. Sendo uma comissão parlamentar, está sujeita aos preceitos legislativos correspondentes, dentre eles a franquia irrestrita de acesso a suas sessões e aos documentos por ela produzidos a qualquer membro do Congresso Nacional. Ora, como garantir o caráter sigiloso dos conhecimentos, métodos e fontes da atividade de inteligência, especialmente quando não há na esfera daquele órgão nenhum regramento específico e minucioso sobre o tema?

De outro lado, embora exerça o controle finalístico e tenha acesso a toda unidade de inteligência de qualquer órgão público, o número diminuto de membros e a falta de formação especializada destes praticamente inviabilizam um controle sério e efetivo sobre as dezenas de agências que hoje compõem o SISBIN, interagem com ele ou simplesmente praticam inteligência fora do Sistema.

ACCAI, da forma atualmente estruturada, resigna-se a “fingir que fiscaliza” ou, se muito, a exercer uma função reativa, fragmentária e assistemática. Ou seja, insuficiente.

É preciso, pois, incrementar o controle externo exercido pelo Poder Legislativo de maneira a torná-lo verdadeiramente eficaz, cumprindo o preceito constitucional democrático da transparência e estabelecendo equilíbrio e legitimação à atividade.

Nesse sentido foi protocolada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 398/2009⁴ – atualmente arquivada – que, a par de prever avanços significativos como a proteção da identidade de agentes e a preservação do caráter secreto da atividade, determinaria a criação de um conselho de controle de composição multidisciplinar, incluídos o Poder Judiciário e o Ministério Público, destinado a auxiliar o Congresso Nacional.

A referida iniciativa, embora tenha sido apenas um começo para a efetivação de um verdadeiro e abrangente controle externo, trouxe ao debate a necessidade de mudanças e a insuficiência da atual estrutura de fiscalização, bem como a conveniência de estender definitivamente a outros órgãos o acompanhamento democrático e transparente sobre a inteligência.

5.3 Poder Judiciário

Consta dentre as garantias fundamentais da Constituição de 1988 o livre acesso à Justiça, que deverá apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito. Ali nasce a primeira e talvez mais fundamental competência do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, decorrência imediata do Princípio da Liberdade e dos direitos fundamentais de primeira geração.

Ao Poder Judiciário cabe conhecer do habeas data, remédio constitucional responsável por garantir ao cidadão acesso a informações de interesse particular ou público em qualquer órgão do Estado, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.

Nesse particular, releva a recente Lei nº 12.527/2011, que regulamenta, dentre outros, o art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Norma de inegável consolidação democrática, extingue a figura anacrônica e autoritária do “sigilo eterno”, diminuindo prazos e possibilidades para restrição de acesso a documentos e reforçando a cultura da documentação e transparência dos atos do Poder Público.

⁴ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=447024> >. Acesso em: 29.05.2011.

Por outro lado, é o Judiciário que conhece de ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) e de ações declaratórias de constitucionalidade (ADCTs), dentre outras demandas destinadas a verificar a adequação de textos normativos à Lei Maior, inclusive os atinentes à atividade de inteligência.

Ainda, a Magistratura julga tanto na esfera criminal quanto cível eventuais desvios de conduta dos agentes de inteligência e mesmo dos próprios controladores. Nesse sentido a intervenção judicial mostra-se verdadeira aliada do fim público e da imparcialidade da inteligência.

Debruçando-se exatamente sobre as hipóteses configuradoras da improbidade administrativa, especialmente aquela prevista no art. 11, inciso III, da Lei Federal nº 8.429/1992, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Junior (1999, p. 126) asseveram:

Há fatos que, sem afronta à publicidade dos atos administrativos, excepcionalmente, devem ser cercados de sigilo ditado pelo interesse funcional. O agente público que, eventualmente, propalar tais fatos, por certo estará quebrando os deveres de lealdade e fidelidade à Administração. É espécie de traição a gerar dano efetivo ou potencial.

Por fim, inexistem em nosso País autorizações normativas para técnicas de inteligência que infrinjam sigilo constitucional. Embora no direito estrangeiro encontrem-se exemplos de autorizações judiciais nesse sentido, dentre nós a matéria é controversa e enseja temores decorrentes de abusos ocorridos no passado.

Ademais, o avanço nessa questão é duvidoso, considerando o disposto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que excepciona o sigilo das correspondências, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas somente para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal. Tratando-se de cláusula pétrea, não pode ser suprimida ou interpretada extensivamente, não cabendo à lei dispor de forma contrária.

Em outras palavras, somente nos autos de inquérito policial ou de processo-crime é lícito postular a quebra de tais sigilos; uma operação de inteligência não poderia fazê-lo de forma autônoma e, muito menos, simulando investigações ou utilizando indevidamente procedimentos criminais alheios. Tais práticas apenas levariam à fragilização da atividade e também do próprio Poder Judiciário.

Para evitar que isso aconteça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem regulamentando o procedimento de autorização judicial para interceptações telefônicas e estabelecendo relatórios rotineiros de números interceptados e pessoas atingidas⁵. Essas medidas, incrementando o controle sobre postulações dessa natureza advindas das polícias judiciárias ou do Ministério Público, certamente acabam exercendo também função fiscalizatória e dissuasiva de eventuais abusos.

⁵ Resolução nº 59/2008. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/portal/sobre-o-cnj/presidencia/presidencia2/atas/323-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/resolucoes/12174> >. Acesso em 29.05.2011.

5.4 Ministério Público

Ao Ministério Público (MP) foi confiada a missão de zelar pelo patrimônio público e de resguardar a ordem jurídica e democrática. Para tanto a Constituição Federal conferiu-lhe diversos poderes, dentre os quais a legitimidade ativa para ações civis e penais públicas, estas últimas de forma exclusiva.

Apontam Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Junior (1999, p. 23-25):

Se fiscal da lei, se guardião da ordem jurídica dotado de autonomia, nada mais natural que seja “custos” da Administração Pública, intentando preservar-lhe a integridade material, legal e moral, mediante o exercício responsável e amplo da investigação (procedimentos administrativos e inquéritos civis) e propositura de ação pública.

Nem poderia ser de outra forma, do ponto de vista da coerência do sistema jurídico. É que a CF de 1988 outorgou ao Ministério Público o zelo do patrimônio público e social, após definir-lhe o perfil de guardião permanente da ordem jurídica democrática, como função essencial à concretização da justiça.

[...]

Contudo, qualquer atividade fiscalizadora, máxime a ministerial, não pode perder de vista aspectos realistas, de natureza finalística, em que a razoabilidade se faz necessária. Em outros termos, deve pugnar para que a legalidade e a moralidade sejam as pautas da Administração, mas sempre tendo em vista o atendimento do interesse público interno, às vezes prejudicado pelo deturpado e radical legalismo.

A advertência faz-se mais necessária no que importa à atividade de inteligência, área de características singulares e excepcionais, com a qual o Ministério Público não possui interação histórica relevante. Assim, presente possível prática de ilícito penal ou improbidade administrativa por agente público ligado à inteligência, é imprescindível ao membro do Ministério Público o conhecimento específico dos princípios que regem a matéria.

Mas não é apenas como integrante do Sistema de Justiça que o Ministério Público exerce o controle externo da atividade de inteligência em geral. Sobre aquela praticada especificamente pelas polícias, a Constituição outorgou-lhe outra competência, que no particular constitui-se forma de controle institucional.

Nesse sentido, Gonçalves (2010, p. 166):

Assunto que diz respeito diretamente às atividades de segurança e inteligência é consequência do estabelecido pelo inciso VII do art. 129 da Carta Magna, que atribui ao Ministério Público a competência para “exercer o controle externo da atividade policial”. Certamente aí se incluem as atividades de inteligência conduzidas pelas polícias.

O disposto na Lei nº 9.883/1999 não exclui a possibilidade de órgãos específicos exercerem o controle externo institucional. Em relação às polícias, a lei nem poderia fazê-lo, tendo em conta a superior hierarquia da Constituição. Essa redundância de controles externos pode vir a ser positiva, estendendo a compreensão e mesmo a defesa da atividade a outras instituições de Estado.

Mas a questão é ainda divergente e já ensejou inclusive a propositura de ações judiciais, tanto pela Polícia Federal para impedir acesso de Procuradores da República a documentos de inteligência, quanto pelo Ministério Público Federal para garantir esse mesmo acesso⁶. Os argumentos contrários vão desde a falta de legitimidade, que estaria restrita ao Poder Legislativo, até o prejuízo à eficiência e independência da atividade no âmbito das polícias. De outro lado, aduz-se a normativa constitucional expressa, que não restringe o controle externo da atividade policial, e a necessidade de impedir investigações criminais sigilosas à revelia do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A solução para o dilema há de ser construída em obediência à Constituição e de forma a satisfazer todos os interesses envolvidos. Importa saber a que ponto o “secretismo” da inteligência policial não corrompe o dever de transparência e em que medida o controle pelo Ministério Público não avança sem necessidade no equilíbrio por ventura existente.

Sem embargo, se de um lado o Ministério Público deve qualificar-se para exercer o controle externo, de outro não se mostra justificado o temor a ingerências políticas sobre a Polícia. A natureza secreta de parte da inteligência estaria prejudicada se o acesso fosse franqueado irrestritamente a qualquer membro do Ministério Público, mesmo os sem atribuição específica para a função, conhecimento da matéria ou credencial de sigilo. Mas, preenchidos tais requisitos, não parece justificada eventual resistência dos órgãos policiais ao menos no que toca a esse argumento.

O temor à ingerência política é falacioso, pois tal risco não decorre do controle externo praticado pelo Ministério Público, mas sim de qualquer controle externo efetivamente praticado. Não obstante, a ordem democrática exige essa frágil convivência e, de qualquer sorte, a higidez da atividade não advém da falta de controle, como já demonstrou o antigo SNI.

Vale então o que já foi posto anteriormente, o princípio democrático não trata apenas de exercer as atividades públicas em obediência aos direitos fundamentais, mas da construção democrática das estruturas de poder estatal. Nesse sentido, o controle externo do Ministério Público sobre a inteligência policial deve ser antes de tudo seu aliado e legitimador.

6 Conclusão

A interação entre inteligência e democracia deve deixar de ser apenas implícita e intuitiva para ancorar-se explicitamente no seu marco constitucional.

⁶ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-mar-18/controlado-externo-desata-guerra-judicial-entre-pf-mpf-rio-janeiro> >. Acessado em 09.06.2011.

Não basta praticar a atividade de forma ética e transparente. Outras formas de poder podem fazê-lo. Mas em um País materialmente democrático, ou que busca sê-lo, a própria organização do domínio político deve seguir o princípio da igualdade. Por outro lado, se o Estado prima pela mais ampla concretude dos direitos fundamentais, é preciso encontrar na norma a legitimidade e a limitação da inteligência.

A partir desses pressupostos, tem-se que o “secretismo” fundamenta-se apenas na sua imprescindibilidade absoluta e proporcionalidade diante dos direitos fundamentais incidentes. A dificuldade então não está na legitimação do controle, em quais ou quantos órgãos o exercem. Mas em como ele é exercido, porquanto elemento integrante do conceito de inteligência dentro de um Estado Democrático de Direito moderno.

7 Referências bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Priscila Carlos. **Serviços secretos e democracia no Cone Sul**: premissas para uma convivência legítima, eficiente e profissional. Niterói: Impetus, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1999.
- CARMO, Fernando Miranda do. **A Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e sua atuação no Estado Democrático**. Monografia. Rio de Janeiro: ESG/Curso Superior de Inteligência Estratégica, 2003.
- CEPIK, Marco Aurélio Chaves. **Serviços de Inteligência**: agilidade e transparência como dilemas de institucionalização. Tese. Doutorado em Ciências Políticas. Rio de Janeiro: FGV/IUPERJ, 2001.
- FERNANDES, Fernando do Carmo. Inteligência ou Informações? **Revista Brasileira de Inteligência**, v. 2, n. 3. Brasília: ABIN, 2006.
- FIGUEIREDO, Lucas. **Ministério do Silêncio**: a história do serviço secreto brasileiro de Washington Luís a Lula 1927-2005. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. **Políticos e Espiões**: o controle da atividade de inteligência. Niterói: Impetus, 2010.
- _____. Controle da Atividade de Inteligência: consolidando a democracia. **Revista Brasileira de Inteligência**, v. 1, n. 1. Brasília: ABIN, 2005.
- JOBIM, Cláudio Muniz; Souza, Leonardo Cunã de. **O Controle Externo da Atividade de Inteligência no Brasil**. Ensaio. Curso Superior de Inteligência Estratégica. Rio de Janeiro: ESG, 2009.
- JOHNSON, Loch K. **America's Secret Power**: The CIA in a Democratic Society. New York: Oxford University Press, 1989.

KENT, Sherman. **Strategic Intelligence for American World Policy**. Princeton: Princeton University Press, 1949.

LOWENTHAL, Mark M. **Intelligence: from secrets to policy**. Washington: CQPress, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. São Paulo: Atlas, 1999.

REBELLO, Cláudia Assaf. Necessidade de Inteligência do Estado brasileiro. **Revista Brasileira de Inteligência**, v. 2, n. 2. Brasília: ABIN, 2006.

SHULSKY, Abram N.; Schmitt, Gary J. **Silent Warfare: understanding the world of intelligence**. New York: Brassey's, 1992.

SOUZA, Ângelo dos Santos Borges de. **A Reorganização da Atividade de Inteligência no Brasil, Consoante as Experiências Vivenciadas em Outros Países de Regime Democrático**. Monografia. Curso Superior de Inteligência Estratégica. Rio de Janeiro: ESG, 1997.