

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

DENISE BITTENCOURT FREIDRICH

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal

– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-142-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessidade de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado, bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, notícias sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado a ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonte e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade . Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E O ACESSO À INFORMAÇÃO

ADMINISTRATIVE TRANSPARENCY AND THE ACCESS TO INFORMATION

Luís Paulo Petersen Andreazza
Sergio Gonçalves Macedo Júnior

Resumo

Este artigo aborda as diversas formas e amplitudes de aplicação do segredo de Estado ao longo da história, desde as suas origens na cultura política clássica, até o esvaecimento de sua intensidade, quando ganham força, então, o direito à informação e os princípios da boa administração, da publicidade, da transparência e da democracia. Nesse cenário, no Brasil, destaca-se o princípio constitucional da transparência, que transforma a noção de publicidade administrativa, deixando ela de ser apenas uma opção do administrador, para demandar um espaço público no qual o livre trânsito das ideias e das informações passa a ter potencialidade para influenciar os escopos e as estratégias de atuação do Estado, conferindo certeza a condutas estatais e segurança aos administrados. Na esteira desse princípio, surge a Lei de Acesso à Informação, com vistas a imprimir efetividade no acesso às informações administrativas, produzindo intensos efeitos práticos na relação jurídico-administrativa estabelecida entre a Administração Pública e os administrados e submetendo o poder ao controle do povo, apresentando uma identidade notória com a democracia. No entanto, alguns pontos deste diploma provocaram debates no tocante ao possível conflito entre direitos fundamentais individuais e coletivos, bem como entre os princípios constitucionais da transparência e da publicidade com os da intimidade e da privacidade, além da eventual colisão com as normas infraconstitucionais derivadas destes últimos, como o sigilo de dados financeiros, o sigilo bancário e o sigilo fiscal. Assim, pretende o presente estudo estabelecer a propriedade do alcance da Lei de Acesso à Informação diante da questão particular da divulgação da remuneração nominal dos agentes estatais.

Palavras-chave: Segredo de estado, Informação, Publicidade, Transparência

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the various forms and application ranges of the State secret throughout history, from its origins in classical political culture, to the evanescence of its intensity, when the right to information and the principles of good administration, advertising, transparency and democracy gain strength. In this scenario, in Brazil, the constitutional principle of transparency is highlighted, which transforms the notion of advertising, being no longer just an administrator option, to demand a public space in which the free movement of ideas and information starts to have potential to influence the scope and the action strategies of the State, providing certainty to State conducts and security to the administered. In the wake of this principle, comes the Access to Information Act, in order to print effectiveness in access

to administrative information, producing intense practical effects to the legal and administrative relationship established between the Public Administration and administered and subjecting the power to control people, presenting a notorious identity with democracy. However, some points of this law provoked discussions regarding the possible conflict between individual and collective fundamental rights, as well as between the constitutional principles of transparency and publicity with the intimacy and privacy, as well as any collision with the infra-constitutional norms derived from the latter, as the confidentiality of financial data, bank secrecy and tax secrecy. The intention presented in this study is to establish the ownership of the reach of the Access to Information Act before the particular issue of disclosure in nominal compensation of state agents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State secret, Information, Advertising, Transparency

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de constitucionalização do Direito Administrativo, o valor dado à informação representa um investimento no constitucionalismo emancipatório e democrático com o mote de consagração de um direito político capaz de alçar o cidadão à condição de controlador das atividades da Administração Pública. Em sentido contrário ao histórico cultivo do segredo como poder oculto do Estado, ganha destaque, então, o princípio constitucional da transparência, que erige a publicidade administrativa a uma posição tal, que ela deixa de ser um ato discricionário do poder estatal e passa a exigir um espaço público com ampla liberdade para o tráfego de ideias e informações. Essas transformações na noção de publicidade passam a influenciar as formas de atuação da Administração Pública, conferindo certeza a condutas do Estado e, portanto, segurança aos administrados.

Nesse cenário, no Brasil, foi promulgada, no início da última década, a Lei nº 12.527/2011, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação - LAI. Tendo como objetivo garantir efetividade ao direito de acesso às informações administrativas, este diploma gerou diversos efeitos práticos nas relações entre a Administração Pública e os administrados, impondo um dever de alvura nas relações entre o Estado e a sociedade na esteira do princípio da transparência, verdadeiro baluarte do Estado Democrático de Direito - EDD.

Ao provocar certa celeuma entre os estudiosos do tema e operadores do Direito, em razão de alegados conflitos entre direitos fundamentais individuais e coletivos, bem como entre os princípios constitucionais da transparência e da publicidade com os da intimidade e da privacidade, além da eventual colisão com as normas infraconstitucionais derivadas destes últimos, como o sigilo de dados financeiros, o sigilo bancário e o sigilo fiscal, a Lei de Acesso à Informação foi alvo de críticas no que diz respeito, particularmente, à divulgação da remuneração nominal dos agentes estatais.

De fato, não reservando, para tais sigilos, os casos de exceção à informação pública, rotulados como de confidencialidade ou segredo, esse diploma provocou intensos debates sobre tais questões ao mesmo tempo em que promoveu a construção do espaço democrático de cidadania, gerando manifestações contrárias, quanto à sua aceitação, reivindicatórias de direitos individuais cuja atenção foi alegada em cheque, por parte da sociedade que considerou tais direitos por ela violados.

Este artigo aborda, então, as diversas formas e amplitudes de aplicação do segredo de Estado ao longo da história, desde as suas origens na cultura política clássica, passando pela tendência de sua perpetuação, até o posterior esvaecimento de sua intensidade, na esteira do direito à informação e dos princípios da boa administração, da publicidade, da transparência e

da democracia, para estabelecer a propriedade do alcance da Lei de Acesso às Informações diante dessa questão.

2 A DICOTOMIA SEGREDO/TRANSPARÊNCIA

Durante séculos, nas diversas formas de Estado desenvolvidas pelo homem, a dicotomia segredo/transparência se fez notar, em um constante jogo de abertura/fechamento dos governos que, em maior ou menor medida, utilizaram-se da prerrogativa de decidir estrategicamente o *quantum* de ocultamento de informações iriam adotar para instrumentalizar seu poder, ao passo que determinariam a medida do “esclarecimento” que iriam permitir chegar até os governados.

Ao mesmo tempo em que, em determinados períodos, os “segredos” serviram à dominação, como utilidade para o Estado, a transparência, em outros - como qualidade de amenização do ocultamento -, trouxe luz aos administrados, provendo-lhes a liberdade.

2.1 O SEGREDO COMO MECANISMO CENTRAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CLÁSSICA

No decorrer da história, a trajetória do Estado sempre foi acompanhada pelo segredo¹ como prática de dominação política ou como instrumento de poder. Desde o surgimento da instituição conhecida como “forma-Estado”, podem ser verificadas práticas secretas dos governantes no centro dos processos de tomada de decisão com relação à sorte e ao destino de seus subordinados. Este mecanismo se perpetuou durante o desenvolvimento das várias formas de Estado, desde o lento processo de laicização do poder, ocorrido a partir da Baixa Idade Média ocidental, até a subsequente consolidação de governos absolutistas.

A razão própria do governante já fora preceituada por Platão, no que se pode chamar da primeira proposta de um governo ideal na cultura ocidental. Para ele, o governante deveria manter suas motivações segregadas do conhecimento do povo, uma vez que tinha ele a pretensão de saber, com exclusividade, quais seriam os verdadeiros interesses da *pólis*. Essa visão decorria do conceito de “rei-filósofo”, criado por Platão, segundo o qual o governante seria o único esclarecido pela verdade, enquanto que o povo, carecedor de esclarecimento, só podia enxergar obtusamente, podia apenas acessar parcialmente a veracidade. Somente o Rei, graças ao conhecimento que tinha sobre a filosofia, conseguiria enxergar a verdade, a respeito da finalidade da *pólis* (CADEMARTORI, 2011). Conforme Sergio Cademartori,

¹ Todo conhecimento, informação ou ação que seja destinada a se manter oculta do público pelos detentores do poder do Estado, com o mote de manutenção da dominação.

O modelo platônico de Constituição da *pólis* pressupõe a existência de um soberano autocrático que, munido do conhecimento que lhe proporciona a filosofia, cria estruturas de dominação com uma realidade inacessível à sociedade mantida em situação de minoridade, isto é, impedida de fazer uso público da própria razão. E isto porque, dentro do modelo da República ideal, as diversas classes (artesãos, guerreiros e lavradores) somente podem ter em vista seus interesses particularistas, mantendo-se carentes de uma reflexão universal sobre a *pólis*. (CADEMARTORI, 2011, p. 330-331)

Dentro do modelo platônico, dava-se licença à “mentira” porque ela estaria a serviço do interesse da sociedade, protegendo os segredos, mantendo incólumes os verdadeiros escopos do Rei, que, mostrando o falso, não mostrava o verdadeiro. Na própria noção platônica de acessibilidade à verdade incutida na alegoria da caverna, verificava-se já o paradoxo da figura de um filósofo que, consubstanciando um conflito entre a ética e a política, amava a verdade e o esclarecimento, enquanto almejava, ao mesmo tempo, a sua segregação perante o povo. A contradição contida nesse paradoxo foi identificada por Hannah Arendt (1972) em sua obra “Entre o Passado e o Futuro”, quando afirmou que a própria noção de uma “nação de filósofos” já era uma contradição em termos para Platão, que desenvolveu uma filosofia política com traços visivelmente tirânicos, que se baseou no fundamento de que a verdade não pode ser obtida nem comunicada entre o povo. Nas palavras de Hannah Arendt:

Às flexíveis opiniões do cidadão acerca dos assuntos humanos, os quais por si próprios estão em fluxo constante, contrapunha o filósofo a verdade acerca daquelas coisas que eram por sua mesma natureza semieternas e das quais, portanto, se podiam derivar princípios que estabilizassem os assuntos humanos. Por conseguinte, o contrário da verdade era a mera opinião, equacionada com a ilusão; e foi esse degradamento da opinião o que conferiu ao conflito sua pungência política; pois é a opinião, e não a verdade, que pertence à classe dos pré-requisitos indispensáveis a todo poder. (ARENDR, 1972, p. 289)

O platônico modelo ideal de governo deu lugar, já na história de Roma, a um modelo mais completo de dominação, consoante a leitura feita posteriormente por Nicolau Maquiavel, em sua obra “*Discurso sobre la Primeira Década de Tito Lívio*”. As conjuras e conspirações da história de Roma serviram de fonte para uma tradição teórica a respeito da dominação secreta, em um período no qual inúmeras também foram as conspirações contra o próprio poder dos governantes, uma vez que, conforme Celso Lafer (1988), na verdade, o poder invisível e o contrapoder invisível são faces de uma mesma moeda.

Porém, é na Baixa Idade Média que se pode verificar o cultivo dos segredos de Estado, como fatores de manutenção do poder, de uma forma mais intensa, dado que se pode perceber uma estreita ligação entre a doutrina eclesiástica medieval e os regimes absolutistas

– simbolismo do poder real como uma divindade. Em um processo simbiótico, Igreja e Estado foram, aos poucos, promovendo uma inversão de papéis, que resultou na matriz dos Estados absolutistas (CADEMARTORI, 2011). Consoante assevera Pierangelo Schiera,

[...] o Absolutismo apresenta-se-nos em sua forma plena como a conclusão de uma longa evolução, a qual, através da indispensável mediação do cristianismo como doutrina e da Igreja romana como instituição política universal, conduz, desde as origens mágicas do poder, até a sua fundação em termos de racionalidade e eficiência.” (SCHIERA, *In*: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. 1986, p. 02)

E, já no século XX, Carl Schmitt (1968), que considerava o segredo de Estado² como o conjunto de conhecimentos científicos ao qual, para a manutenção do *status quo*, não era dado acesso para os “não-iniciados”, desenvolveu uma análise a seu respeito, afirmando que, a partir do esgotamento da ideia de “Reino do homens” fundada, no século XV, sobre uma base teológica e patriarcalista, a política passou a desenvolver-se como uma ciência cujo conceito fundamental era a “razão de Estado”³. Não obstante tal matriz esteja arraigada à doutrina eclesiástica medieval, ela acabou contaminando vários modelos de Estado contemporâneos, em razão da laicização do poder que se estruturou a partir da usurpação das funções pontificiais do papa e do bispo (CADEMARTORI, 2011), motivo pelo qual o “segredo” continuou a permear a *práxis* política do Estado moderno. Assim, no Estado Democrático de Direito, o segredo de Estado permanece, perpetuando-se, embora seja um dos principais obstáculos à implementação da própria democracia, na medida em que esta deve consistir no governo do poder visível, no governo do poder público em público (BOBBIO, 1986, p. 84). Para Norberto Bobbio, o segredo de Estado é característica do que ele chama de “Estado administrativo”, enquanto conjunto de aparelhos administrativos centralizados e centralizadores (CADEMARTORI, 2011).

2.2 A QUEDA DO SEGREDO DE ESTADO E A ASCENÇÃO DA INFORMAÇÃO PÚBLICA

2 Schmitt (1968, p.49) definiu os *arcana* como “planos e práticas secretos, com a ajuda dos quais são mantidos os *jura imperii* – direitos soberanos de promulgar leis”, diferenciando os *arcana dominationis* – instrumentos de defesa dos governantes em períodos de exceção – dos *arcana imperii* – mistérios de Governo para manter a calma do povo.

3 Este conceito também pode ser entendido como a tradição doutrinária que afirma que “a segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os governantes, para garanti-la, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas quando essa necessidade não corre perigo. Por isso, [...] os governantes dos Estados não devem descurar nenhum meio – mesmo o da mais despiedada violência e do engano – para atingir [seus fins]. [...] Pense-se na diplomacia secreta, nos segredos de Estado [...] que constituem uma violação latente dos princípios democráticos mais comuns, mas que, não obstante, sempre foram e continuam sendo prática constante nos Estados democráticos. (PISTONE, S., *verbetes* “Razão de Estado”, *in* BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de Política*. trad. de João Ferreira *et al.* Brasília: UnB, 1986. p. 1066-1073).

Ao longo dos anos, nas diversas formas de Estado, os respectivos governantes não puderam prescindir dos *arcana* para manter-se no poder. Entretanto, por mais natural que fosse tal prática, a sua rotinização acabou, por reiteradas vezes na história, acarretando consequências perniciosas nas diversas sociedades, mesmo que fosse apenas para subjugar movimentos sediciosos (CADEMARTORI, 2011). Esta foi a constatação do filósofo político Baruch Espinosa (ou *Benedicto Spinoza*), predecessor de Maquiavel que, no século XVII, propôs um Estado ideal, que não apresentasse os vícios por ele percebidos nos Principados da época, colocando a dicotomia segredo/transparência sob a luz de uma ponderação entre a utilidade do segredo para o Estado e a liberdade dos indivíduos:

Reconheço, aliás, que não é muito possível manter secretos os designios de semelhante Estado. Mas todos devem reconhecer comigo que, mais vale que o inimigo conheça os desígnios honestos de um Estado, que permaneçam ocultos aos cidadãos os maus desígnios de um déspota. Os que podem tratar secretamente dos negócios do Estado, têm-no inteiramente em seu poder e em tempo de paz, estendem armadilhas aos cidadãos, como as estendem ao inimigo em tempo de guerra. Que o silêncio seja frequentemente útil ao Estado, ninguém o pode negar; mas ninguém provará também que o Estado não pode subsistir sem o segredo. Entregar a alguém sem reserva a coisa pública e preservar a liberdade é completamente impossível, e é loucura querer evitar um mal ligeiro para admitir um grande mal. O mote daqueles que ambicionam o poder absoluto foi sempre que é do interesse da cidade que os seus negócios sejam tratados secretamente, e outras sentenças do mesmo gênero. Quanto mais estas se cobrem com o pretexto da utilidade, mais perigosamente tendem a estabelecer a escravidão. (SPINOZA, 1983)

Já no século XVIII, Jeremy Bentham identificou a “transparência” como atributo diferenciador entre um Governo livre e um despótico, afirmando que, em um Governo livre deve haver um “direito concedido aos súditos para examinar e analisar publicamente os fundamentos que assistem a todo ato de poder exercidos sobre eles” (BENTHAM, 1973, p. 114); e propondo que “a legislatura deva ter o dever de tornar acessível o conhecimento de sua vontade ao povo” (BENTHAM, 1973, p. 130).

A preocupação benthamiana com a transparência das ações estatais e de seus fundamentos é coetânea ao surgimento, naquele mesmo século XVIII, de um fenômeno chamado “opinião pública”⁴, que corresponde à dimensão pública da esfera privada dos cidadãos, a qual separara-se da esfera política – aparelho estatal – com o surgimento do Estado moderno a partir do desmantelamento da sociedade feudal, que era singularmente política. Nas palavras de Sergio Cademartori:

4 Para Jellinek, opinião pública é o ponto de vista da sociedade sobre assuntos de natureza política e social.

A opinião pública advém assim como instância política central nas relações entre as esferas política e privada sob o Estado moderno. É através dela que a burguesia tenta impor limites à atuação da autoridade, ao tempo em que combate o segredo como característica da atuação estatal, pois quer submeter essa última à luz da razão.

Ora, a própria função da opinião pública neste período corresponde à realização, no campo social, do ideal da Ilustração. Esta, por sua vez, corporifica a pretensão iluminista que apresenta, no campo político, a intenção precípua de desvendar os segredos do soberano; assim como no campo da ciência, quer descortinar os segredos da natureza. De fato, o Iluminismo é uma tendência duradoura, caracterizada por uma atitude racional e crítica, que tem como função o combate ao mito e ao poder.

[...]

Se, por um lado, as relações entre o império da opinião pública e a luta pela Democracia não são *prima facie* evidentes nesse período histórico, é certo que algumas das mais importantes liberdades democráticas surgem a partir das reivindicações da Ilustração. (CADEMARTORI, 2011, p. 333-334)

O fenômeno da opinião pública, então, a partir do século XVIII, com as matizes dos ideais iluministas, constituiu-se no gérmen do que, mais tarde, motivou o princípio da transparência administrativa, que começaria a promover, com mais robustez, o esclarecimento libertador da sociedade.

3 TRANSPARÊNCIA

Ao longo do paulatino e contínuo processo de constitucionalização da Administração Pública, que implicou na impregnação do Direito Administrativo pelos princípios e regras constitucionais, o segredo de Estado passou a perder cada vez mais espaço (GUASTINI, 2003). A democratização constitucional desse ramo do Direito exige a constitucionalização de todos os espaços de decisão administrativa, não havendo, assim, espaço para eventuais nichos de liberdade que possam vir a ficar a salvo de qualquer nível de incidência constitucional, pelo que, em consequência, pouco a pouco, vai-se invisibilizando a Administração Pública do segredo (OHLWEILER, 2015). Conforme Leonel Pires Ohlweiler,

Hodiernamente, faz-se mister abandonar certos discursos divorciados do nosso modo-de-ser administrativo, isso é, um amplo espaço de decisão marcado pelo clientelismo e falta de padrão de transparência constitucional. Um dos equívocos de juristas e operadores do direito foi acreditar na constitucionalização como ato isolado de institucionalização. [...] a constitucionalização não é mero ato, mas autêntico processo de transformação, permanente construção de sentidos constitucionais capazes de dotar o texto constitucional de maior efetividade. É nesse mesmo caminhar que a concepção de transparência administrativa e o próprio direito de acesso à informação pública devem ser compreendidos, [...] com a verdadeira obsessão de impregnar o cotidiano das práticas administrativas dessa indicação normativa, no intuito de aprofundar o próprio controle, detectar os problemas de funcionamento e melhorar a qualidade da gestão, fatores imprescindíveis de desenvolvimento. (OHLWEILER, 2015)

Nesse viés, identifica-se que a transparência administrativa, em última análise, está ligada à ideia-base do Estado Democrático de Direito. Esse é o entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior, quando afirma que a transparência consiste em princípio fundamental estruturante de um EDD:

Seja qual for o grau de transparência administrativa em um ordenamento jurídico, esta é considerada um dos alicerces básicos do Estado Democrático de Direito e da moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública, diminuindo os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida para os nichos da ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder. (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 17)

De acordo com Alexandre de Moraes (2002), em uma escala decrescente, pode-se considerar que o princípio da transparência administrativa seja uma inerência do princípio democrático e, pelo viés normativo-constitucional, resulta como o valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, como princípios constitucionais especiais ou subprincípios que a concretizam, dado que todos esses princípios direcionam-se para o mesmo mote – a visibilidade da atuação administrativa – e são os geradores de regras como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação, enquanto ferramentas providas pela Constituição, fundamentais para o controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e probidade na gestão da coisa pública.

No modelo de Estado Democrático, a transparência administrativa é o esteio das linhas de atuação de gestão que contem com a participação do administrado para conferir o caráter público da Administração de diálogo aberto, de consenso, acolhedora do contraditório. Nesse cenário, o administrado deixa de ser mero espectador ou apenas fiscal da conduta para se tornar agente colaborador na tomada das decisões.

Quanto maior é a necessidade da atuação estatal, maior é a demanda social de transparência para que os administrados possam ter acesso e conhecer o processo administrativo, assim como as razões de cada opção e os motivos de cada decisão. Num modelo estatal de forte intervenção, a opacidade administrativa comprometeria a eficiência do processo e a moralidade das decisões (MARTINS JÚNIOR, 2004). Consoante o ensinamento de Wallace Paiva Martins Júnior:

A transparência não é instrumento de participação e, sim, o contrário: esta proporciona aquela – como também é instrumento da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, etc.. Participação popular, processo administrativo,

publicidade, acesso e motivação concretizam a transparência administrativa na medida em que não apenas informam ao público, como também garantem a colaboração do público e tornam públicas as decisões tomadas. A transparência administrativa instrumentaliza-se pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, nas quais os direitos de acesso, de informação, de um devido processo legal articulam-se como formas de atuação. [...] Como num círculo virtuoso, o conhecimento do fato (acesso, publicidade) e de suas razões (motivação) permite o controle, a sugestão, a defesa, a consulta, a deliberação (participação). (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 21-22)

O caráter público do poder é, então, fundamental. Segundo Norberto Bobbio (2000), não pode haver democracia se o governo direto do povo ou controlado pelo povo se mantém escondido. O Estado Democrático de Direito pressupõe transparência; a democratização das instituições e dos comportamentos administrativos é pressuposto da Administração Pública transparente. A vantagem dessa transparência é que ela introduz nas relações entre Administração Pública e administrado um novo contorno, no qual cai por terra a falácia, promovida pelo segredo, dos benefícios trazidos pela independência do governante (MARTINS JÚNIOR, 2004). Nas palavras de Odete Medauar (1992, p. 205), “a mudança de rumo supera a noção de indivíduo visto como súdito e não como cidadão, a partir da instituição de uma democracia administrativa concretizada por expoentes como: o procedimento administrativo, a participação e a transparência”. A transparência administrativa contribui, assim, para mudar a tônica da dinâmica da relação de poder governante/governado, produzindo uma alteração comportamental tal que subjugua a Administração Pública à juridicidade e a submete a princípios cuja aplicação efetiva poderia, de outra forma, restar comprometida (MARTINS JÚNIOR, 2004).

3.1 DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação é a mais expressiva manifestação do direito subjetivo público de acesso no ordenamento jurídico brasileiro, como pedra fundamental da transparência administrativa em proveito de seus fins e medida de ampliação da atividade participativa do cidadão no aspecto do controle popular da Administração Pública.

A concepção do direito à informação remonta a 1927, por ocasião da reunião da Sociedade das Nações, quando foram afirmados os conceitos de liberdade de informar e liberdade de informação. No entanto, foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que a liberdade de informação foi expressa de forma solene e peremptória. A Declaração, marcada pelas contingências da 2ª Guerra, derivou da insensatez do homem em tempos de “banalidade do mal” - na expressão de Hannah Arendt (1972) -, e construiu um

novo paradigma para a compreensão da relação do cidadão com o Estado, calcado no primado da dignidade da pessoa humana.

A concepção da liberdade de informação surge no período de intermédio das grandes guerras mundiais. Enquanto direito de liberdade ou uma liberdade pública, atrela-se a uma concepção de institutos jurídicos que tinham como objeto, exatamente, a limitação da ação estatal. A matriz liberal, calcada na proteção da liberdade enquanto autonomia exteriorizou-se nos textos constitucionais, indicando que o Estado deve ao indivíduo um dever de abstenção em sua esfera de desenvolvimento pessoal. Esta maximização da liberdade, assim como a busca da diminuição das tarefas (deveres) do Estado, representa a essência do liberalismo, no estágio inicial da ideia de liberdade de informação, de conteúdo negativo, tipicamente individual.

O conteúdo positivo – de múltipla dimensão, não mais calcado na individualidade – foi impulsionado pela evolução dos meios e instrumentos de comunicação, pela concepção da informação enquanto bem comercializável, pelo desvelamento de novos direitos fundamentais e pela própria concepção de um Estado Democrático de Direito.

Cada pessoa individualmente considerada tem o direito de informação *prima face*, o qual lhe permite fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A liberdade de informação trata-se de uma liberdade negativa moldada no Iluminismo, de modo que cabe ao Estado não causar embaraços à pessoa em sua ação ou em sua abstenção. Como postulado constitucional, para além de sua importante existência e validade no sistema das liberdades, ela vai adiante da proteção da esfera individual, concretizando, também, a tutela da esfera social (TESTA JR., 2011, p. 76).

Como preleciona Jorge Miranda (2008, p. 458), “a liberdade de informação realça as estruturas institucionais e organizatórias e a comunicação como um todo se torna objeto de constituição material, desenvolvendo mecanismos de auto e hetero-regulação”. No Estado Democrático de Direito pode-se verificar a influência cada vez mais intensa das liberdades de expressão, informação e comunicação na vontade popular de forma que a manutenção de tais liberdades depende, da mesma forma que o engendramento de um sistema constitucional livre e democrático, da necessária observância de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da incensurabilidade e da pluralidade de expressão, entre outros. Consoante a lição de Pablo Schiavi,

Por cierto, la libertad de información, por una parte, y los derechos a la honra y a la vida privada, por otra, generan o pueden originar interferencias y tensiones, las que – pensamos – no son susceptibles de ser resueltas a priori e in abstracto, como

tampoco lo son em general los potenciales conflictos entre valores recipiendarios de reconocimiento y proteccion en la Carta Magna y los documentos internacionales sobre derechos humanos com valencia homóloga a ésta. (SCHIAVI, 2014, p. 21)

Para Ferrajoli (2007), a informação constitui o objeto de dois direitos distintos: o direito de informação como direito ativo de liberdade (faculdade) e como direito social passivo consistente em uma expectativa positiva (direito a receber informações). No segundo sentido, trata-se de um direito autônomo e coletivo que pertence a todos simultaneamente. Por tal razão, requer garantias constitucionais, sendo, segundo ele, “garantias primárias” as obrigações dos poderes públicos a prestar as informações, e “garantias secundárias” a possibilidade de exigí-las em juízo. O autor enxerga duas dimensões na transparência pública: a da transparência dos poderes públicos e acesso às informações sobre a sua gestão (*ex parte principis*); e a das informações relativas aos assuntos públicos, necessárias ao exercício consciente do voto (*ex parte populi*) (FERRAJOLI, 2007).

A liberdade de informação, em sentido amplo, confunde-se, em certa medida, com outras liberdades e direitos, como ocorre com as liberdades de pensamento, de expressão ou de manifestação, de comunicação social, de imprensa, dos jornalistas e a do próprio indivíduo (TESTA JR., 2011, p. 75). Na lição de Álvaro Rodrigues Jr.,

Ao especificar em que consiste o direito à liberdade de opinião e de expressão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem assinala que aquele implica:

- a) o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões;
- b) o direito de investigar;
- c) o direito de receber informações e opiniões; e
- d) o direito de difundir, sem consideração de fronteiras, tais informações e opiniões (ou ideias).

Extraí-se dessa definição que, na Declaração Universal, o direito à liberdade de opinião e expressão acabou englobando o direito à informação.

[...]

Percebe-se claramente [...] que, enquanto a liberdade de expressão significa não somente a manifestação de uma opinião (um juízo de conteúdo valorativo), a liberdade de informação reflete a comunicação sobre um fato (notícia). (RODRIGUES JR. 2009, p.61)

Com efeito, o direito à informação é direito fundamental assegurado em nossa Constituição Federal, requerendo, assim, a proteção que merece dado a sua importância fundamental no trânsito de informações, processo tão caro a um Estado Democrático de Direito. Conforme ensina o professor Álvaro Rodrigues Jr., tal direito pode ser desmembrado em uma tríade:

[...] tanto a comunicação de informações quanto a de opinião são amplamente asseguradas na Declaração Universal Direitos do Homem e nos ordenamentos

políticos português e brasileiro, podendo-se até dizer que há uma tríade de direitos compreendidos à liberdade de informação, quais sejam:

- a) Direito de informar: consiste na faculdade de comunicar informações a outrem, sem impedimentos;
- b) Direito de se informar: consiste na faculdade de obter informações sem impedimentos;
- c) Direito de ser informado: consiste na liberdade de receber informações íntegras, verdadeiras e contínuas, sem impedimentos. (RODRIGUES JR., 2009. p. 61)

O direito à informação se erige, portanto, sobre este tripé: direito de informar/direito de se informar/direito a ser informado. O direito de informar consiste na faculdade de comunicar informações a outrem sem impedimentos. Já o direito de se informar pressupõe a limitação estatal diante da esfera individual. O indivíduo tem permissão de buscar informações sem interferências do poder público, salvo as matérias cobertas pelo sigilo, consoante o inciso XXXIII do artigo 5º, da Constituição Federal. Por sua vez, o direito a ser informado corresponde na esteira do inciso XXXIII, do artigo 5º, e do artigo 37 da Constituição Federal, à conexa atribuição do dever de informar, imposto ao poder público, no que for relativo aos negócios e às atividades públicas, abrangendo informações, dados, documentos, processos, contratos ou atos da Administração Pública. Consiste, assim, num direito de informação pública em que o poder estatal é obrigado constante e integralmente a informar acerca de suas atividades. Enquanto o inciso XIV do artigo 5º estabelece o direito à informação perante o particular ou o Estado, o inciso XXXIII dirige-se exclusivamente aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Conforme Álvaro Rodrigues Jr., embora o direito à informação possa ser dividido nessa tríade, atribui-se, sem dúvida, uma importância mais significativa ao direito de ser informado (RODRIGUES JR., 2009), já que se trata de um “direito-pressuposto para o correto encadeamento de ideias, fase do processo de formação de opinião” (JABOR *apud* RODRIGUES JR., 2009, p. 62). E, nesse sentido, o princípio da informação pode ser considerado a mais importante baliza norteadora das regras inerentes à política nacional de relações de consumo:

A liberdade de informação está elencada individualmente no texto constitucional vigente, como se nota no artigo 5º, incisos XIV – XXXIII, assim como no artigo 220. Tem-se reconhecido a liberdade de informação como um direito fundamental autônomo, em primeiro lugar porque essa liberdade tem sido positivada nas constituições – como é o caso da brasileira –, como por exemplo, na alemã, que em seu artigo 2º, inciso I, assim dispõe: “contém um direito fundamental autônomo que se refere a uma norma geral que garante o direito geral de liberdade”. No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas

e corretas. Desta forma, protege-se tanto o emissor quanto o receptor do processo comunicativo. É de se destacar, no aspecto passivo desse processo, o direito do público de ser adequadamente informado, tema para o qual Rui Barbosa já chamava atenção em sua célebre conferência denominada “a imprensa e o dever da verdade”, o que hodiernamente se consubstancia na tese de que o Direito positivo brasileiro tutela o direito difuso à notícia verdadeira (EFING, 2002, p. 90).

Destarte, o direito fundamental à informação – que se correlaciona à transparência governamental – consubstancia-se no dever de publicidade administrativa, sendo uma imposição do constitucionalismo democrático, que seja exigida a construção de garantias que possibilitem o acesso dos administrados às ações e informações estatais (CADEMARTORI, 2011). E, nas palavras de Antônio Carlos Efig (2002), como extensão deste princípio, exalta-se a veracidade, invocada com o condão de enfatizar a importância da prestação de informações verídicas, em consonância com os princípios da boa-fé e da transparência.

A liberdade de pensamento, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é raiz tanto da liberdade de expressão quanto do direito à informação, dado que de pouco adianta a liberdade de pensar se não há possibilidade de expressar esse pensamento ou de difundi-lo. Assim, da dignidade humana, decorre a liberdade de pensamento da qual, por sua vez, decorrem a liberdade de expressão e de comunicação, consagradas na nossa Carta Magna sem nenhuma forma de censura prévia. Esta garantia constitucional – presente também em outros ordenamentos – da liberdade de expressão e comunicação constitui uma das características das atuais sociedades democráticas, de forma que, tais liberdades podem ser consideradas, inclusive, como “termômetro” do regime democrático (FARIAS, 2008). Sobre o assunto, elucidativa é a lição de Edilson Pereira de Farias:

Do cotejo de documentos internacionais e textos internacionais que a consagram, constata-se que a liberdade de expressão e comunicação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental, assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões, através da palavra, escrita, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações (FARIAS, 2008, p. 79).

Este caráter fundamental se intensifica e ganha maior importância ainda na sociedade contemporânea, denominada *sociedade da informação*, gerada por todo o complexo tecnológico que propicia concomitantemente o espetáculo e a invisibilidade (MARTINS-COSTA, 2014, p. 41). Com a revolução tecnológica⁵, cada vez mais a informação galgou

⁵ Enquanto a informação circulava lentamente, enquanto não ocupava tanto os afazeres do homem, enquanto quase nada alterava o curso normal da vida em sociedade, enquanto era recebida por pequena parcela da população, enfim, enquanto a informação não era determinante para traçar o rumo da vida em sociedade, era natural que a doutrina não se preocupasse mesmo com o seu aspecto jurídico. Na medida em que o avanço

importância, transformando-se, assim, em um bem jurídico digno de proteção constitucional internacional. Nas palavras de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

O progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Mas não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar as decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos a dar à sua vida, à vida de sua família, ao seu país, à sua empresa, à sua função, à sua sociedade, ao seu partido político, à sua religião etc.

A opulência da informação, o grande poder de persuasão que a reiteração da informação exerce sobre o homem, é o que o torna objeto de proteção, para que o homem não seja levado a assumir comportamentos que não correspondam a uma perfeita compreensão da realidade, nem a ter sentimentos que também não se apoiem na situação fática real.

A informação não teria qualquer valor jurídico se não estivesse visceralmente vinculada à capacidade de discernimento e de comportamento do homem. É justamente para proteger a sua capacidade de reflexão que se propõe o Direito de Informação. (CARVALHO, 2002, p. 255).

Sobre as dimensões individualista/coletiva dessas liberdades, o mestre Edilson de Farias assim discorre:

Se a liberdade de expressão e comunicação nos seus primórdios estava ligada a dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime* operada pelo direito/dever à informação especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e comunicação contribui para a formação de opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública. Assim, a liberdade de expressão e comunicação, acrescida dessa perspectiva de substituição, participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em consequência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais, ou bens de estatura constitucional, os Tribunais Constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e comunicação goza de *preferred position* (FARIAS, 2008, p. 149).

Edilson de Farias explica ainda a importância da separação entre a liberdade e expressão e a liberdade de comunicação, que fora enfatizada pelo Tribunal Constitucional espanhol, expondo que a liberdade de expressão tem um âmbito de proteção mais amplo que a de comunicação, dado que a primeira não está sujeita no seu exercício ao limite interno da veracidade, como ocorre com a segunda. Isto porque o Tribunal espanhol considerou que, ao

tecnológico permite uma inacreditável rapidez na sua circulação, ao mesmo tempo em que massifica a sua divulgação, a informação passa a ter uma relevância jurídica antes não reconhecida. (CARVALHO, 2002, p. 255).

passo que os fatos (liberdade de comunicação) são suscetíveis de prova da verdade, as opiniões e os juízos de valor (liberdade de expressão) não podem ser submetidos a comprovações, tendo em vista a sua própria natureza abstrata (FARIAS, 2008).

3.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A palavra publicidade deriva de “público”, do latim *publicus*, e expressa o ato de tornar público, vulgarizar, divulgar. Em um primeiro momento, este termo foi empregado na sua acepção jurídica, adquirindo conotação comercial apenas no início do século XIX, quando a palavra “propaganda”, associada aos abusos e métodos de divulgação das ideias nazi-fascistas, tornou-se indesejável.

Publicidade significa tornar público, como ato de comunicação que veicula algo por exigência jurídica, que, para satisfazer a pluralidade de seus fins deve, necessariamente, extravazar a esfera da intimidade ou da reserva (MARTINS JÚNIOR, 2004).

Ao tratar das relações da democracia com o poder invisível, Norberto Bobbio (2000) catalogou a publicidade como uma categoria tipicamente iluminista por representar um dos aspectos da batalha de quem se considera chamado a derrotar o reino das trevas. A visibilidade (luz) fornece a acessibilidade e a possibilidade de controle dos atos públicos⁶. Kant, procurando garantir a uniformidade da política e da moral mediante a publicidade, estabeleceu o seguinte princípio, no segundo Apêndice à Paz Perpétua, intitulado “Do acordo entre a política e a moral segundo o conceito transcendental do direito público”: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas” (BOBBIO, 2000).

Componentes da transparência administrativa, publicidade, motivação e participação popular interagem e relacionam-se mutuamente. O papel da publicidade nessa relação é o de permitir o conhecimento do ato administrativo e, em níveis mais elevados, de outros requisitos além de seu objeto. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e com o princípio democrático.

No contexto geral do livre acesso dos indivíduos a informações de seu interesse e de transparência na atuação administrativa, o princípio da publicidade pode ser definido como o

⁶ Daí se origina a polêmica do Iluminismo contra o Estado absoluto, com a exigência da publicidade com relação aos atos do monarca fundados no poder divino.

dever de divulgação oficial dos atos administrativos (artigo 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei nº 9.784/99).

O artigo 37 da Constituição Federal estabelece a necessidade de divulgação oficial, por várias formas reflexivas do dever ou do direito com pluralidade de fins, colocando à disposição dos indivíduos informações das atividades administrativas não sigilosas. A partir do texto constitucional, percebe-se que a referência feita à publicidade não pode ser interpretada como a simples divulgação dos atos administrativos; mais do que isso, consiste no dever de trazer à luz do conhecimento, em prol da probidade administrativa, um “poder desnudo” (HEINEN, 2014). Está diretamente relacionado com o princípio da moralidade e da motivação, todos voltados a um conteúdo mínimo de transparência que se exige em uma Administração Pública típica de um Estado Democrático de Direito.

O ordenamento jurídico no Estado democrático se assenta no princípio geral da publicidade, devendo o sigilo ser excepcional e justificado. Segundo Bandeira de Mello (2000), não pode haver em um EDD - no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88) - ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam e, muito menos, em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

A publicidade administrativa, assim, veda atos secretos ou sigilosos, salvo as exceções normativas. A publicidade das normas é também um requisito lógico – dado que elas precisam ser previamente conhecidas – como condição para sua execução de ofício pelo Estado. Conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

No Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente ainda pode se expressar – por sua visibilidade – que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica, daí sua aplicação sobre as várias modalidades de controle nela previstas.

Sob outro aspecto, a publicidade, no Direito Público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que, sem que se tenha acesso aos atos praticados pelo Poder Público, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, inviabilizaria a sustentação dos direitos fundamentais e tornaria uma falácia o próprio Estado Democrático de Direito. (MOREIRA NETO, 2001, p. 90)

A realização do princípio da publicidade consiste, desta forma, em um dever da Administração e se complementa com o direito à informação do qual goza o cidadão. Desta conjugação, tem-se a satisfação dos demais princípios que regem a Administração Pública, constatando-se, desta forma, que ela agiu ao amparo da legalidade, atendeu aos preceitos da

moralidade e satisfação a efetividade, consoante princípios que servem à realização do Estado Democrático de Direito (LIMBERGER, 2006).

3.3 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O princípio democrático está implícito na configuração do Estado brasileiro (artigo 1º, *caput*, Constituição Federal), dado ser um Estado Democrático de Direito, bem como na cláusula pétrea que protege o voto direto, secreto, universal e periódico (artigo 60, §4º, II, Constituição Federal).

Refere-se à forma de governo adotada por um Estado, seja republicano ou monárquico, em que se reconheça no povo a origem do poder, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, o que inclui a escolha de representantes, aos quais caberá aplicar o poder estatal com fidelidade a essa vontade popular, caso não se trate de uma democracia direta⁷. No Estado Democrático de Direito, o poder emana do povo; assim, sua vontade deve ser recolhida em sufrágios ou em outras formas de expressão política formal (por processos instituídos pela ordem jurídica), ou de expressão informal (como produto das instituições da sociedade civil) (MOREIRA NETO, 2001).

Já na própria arquitetura conceitual da democracia em um EDD somente há licença para o protagonismo dos agentes públicos, emancipatoriamente, se este alavancar o protagonismo social, no exame das questões fundamentais relacionadas às políticas públicas (FREITAS, 2011). Desta forma, de acordo com Juarez Freitas:

Com transparência e participação direta em tempo real [...], impende aprimorar a prática individual e coletiva da persuasão sem domínio. Isto é, a prática da racionalidade intersubjetiva no desiderato de alcançar, sem ilusão pueril, a aprendizagem gradativa de convivência fecunda, intercultural e cooperativa. Urge, desde logo, [na reinvenção da democracia] afastar espectros regressivos e falsas prioridades solipsistas, ora contaminadas pela ignorância, ora distorcidas pela má-fé, ora nubladas por severas fragilidades cognitivas. (FREITAS, 2011, p.12)

7 Juarez Freitas salienta “o caráter convergente da agenda neodemocrática com a do constitucionalismo substancial, cujas características-chave produzem uma reviravolta paradigmática, ao compatibilizar a democracia (como direito e processo) com a Constituição, voltada a assegurar direitos e deveres, sem a efetividade dos quais a democracia não prospera”. No seu entendimento, atualmente, no Brasil, faz-se necessário reinventar a democracia para que, na sua prática, prepondere a participação popular o mais diretamente possível, de modo que deve ser adotada “uma nova agenda democrática, apta a consolidar [...], no processo juridicamente organizado, a liberdade digna, solidária e parceira, avessa às demagogias de costume, com a opção preferencial reguladora pela democracia direta”. (FREITAS, Juarez. **Direito Constitucional à democracia**. In: Direito à democracia – ensaios transdisciplinares. (Org.) FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 11-12)

A administração dos interesses e dos recursos afetos ao Estado, por força do princípio democrático, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 89) “deve sempre obedecer a essa *vontade política primária*, que se expressará, devidamente cristalizada, em normas jurídicas que garantam a *fidelidade política* dessa atuação dos representantes: o valor juspolítico que se entende por *legitimidade democrática*”.

3.4 DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Democrático de Direito, enquanto atrelado aos trilhos constitucionais, pode ser visto como o “*Estado das escolhas administrativas legítimas*”, no qual não há espaços para uma discricionariedade ilimitada ou inútil. Faz-se necessário, portanto, evitar qualquer possibilidade de antijuricidade nas escolhas e políticas públicas, para além de uma análise limitada apenas a aspectos formais (FREITAS, 2009). Nesse desiderato, Juarez Freitas tece a seguinte consideração a respeito do direito à boa Administração Pública:

[...] é norma implícita (feixe de princípios e regras) de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, a impelir o *controlador a fazer as vezes de “administrador negativo”*, isto é, a terçar armas contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites – a saber, de maneira extremada ou omissa. (FREITAS, 2009, p. 9)

É um grande equívoco, portanto, a crença na discricionariedade ilimitada ou na existência de zonas decisórias imunes à sindicabilidade, ou à crença de que os agentes públicos, em determinadas circunstâncias, podem vir a atuar como simples escravos da lei, como se esta pudesse libertá-los de qualquer responsabilidade ética (FREITAS, 2009). No cenário do neoconstitucionalismo (SCHIAVI, 2014), deve-se agenciar a efetiva constitucionalização das relações brasileiras de administração pública para promover o que Juarez Freitas (2010, p. 13) chama de “uma verdadeira e robusta *guinada na espiral evolutiva*”. Consoante Freitas, a constitucionalização do Direito Administrativo deve ser buscada no intento de se obter uma significativa evolução prática que viabilize a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, mormente do direito fundamental à boa Administração Pública, de forma que se depure este ramo do Direito por meio da “releitura das rotinas administrativas à base do primado substancial da Constituição” (FREITAS, 2010, p. 13).

Nesse prisma, Freitas (2010, p. 24) afirma que cada um dos operadores do Direito Administrativo “pode e precisa *exemplificar o compromisso com o primado do direito*

fundamental à boa Administração Pública. A guinada evolutiva começa [...] na reiteração diuturna desse novo estilo de pensar e de agir”. Portanto, em uma Administração Pública constitucionalizada, a liberdade legítima, do agente público, é aquela exercida em consonância, além das normas, com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 36), “a discricionariedade administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto”. De sorte que, conforme a lição de Juarez Freitas:

Toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de ideias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais entrelaçadamente, determinam. (FREITAS, 2009, p. 10)

Trata-se de um direito fundamental, na medida em que implementa uma proteção do cidadão em face da Administração, enquanto abarca um sistema de decisões essenciais relativas à estrutura dos poderes públicos que deve, para garanti-la, ser forjado com bens jurídicos calcados em valores fundamentais da Constituição Federal, como dignidade humana, solidariedade, igualdade, liberdade e “transparência” (OHLWEILER, 2015). Juarez Freitas, abordando o direito à boa administração pública como direito fundamental do cidadão, aglutinador de um conjunto de indicações de princípios relacionados com a gestão democrática, ressalta a importância da transparência:

[...] determina que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, na linha de que, com raras exceções constitucionais – tudo deve vir a público, ao menos a longo prazo. O contrário seria a negação da “essência” do Poder Público, em sua feição franca e democrática. De fato, e no plano concreto, o exercício do poder administrativo somente se legitima se se justificar em face de seus titulares sociais, mais do que destinatários, com translucidez e aversão à opacidade. (FREITAS, 2013, p. 77)

O direito fundamental à boa administração pública, orientado pela probidade administrativa e pelo respeito à juridicidade, deve ser perseguido por uma gestão alicerçada no tripé eficiência, eficácia e responsabilidade (FREITAS, 2009). Nesse norte de atuação da Administração voltada para a boa administração pública, Jaime Rodriguez-Arana Muñoz identifica princípios diretamente relacionados com o tema da transparência:

[...] *Princípio da publicidade das normas*, dos procedimentos e da inteira atividade administrativa no marco do respeito à intimidade e às reservas que por razões acreditadas de confidencialidade ou interesse geral sejam pertinentes em cada caso, nos procedimentos para a expedição de atos administrativos. Em especial, as autoridades darão conhecimento aos cidadãos e aos interessados, de forma sistemática e permanente, ainda que não tenham formulado petição alguma⁸, de seus atos, contratos e resoluções, mediante comunicações, notificações e publicações, incluindo o emprego de tecnologias que permitam difundir de forma massiva tal afirmação.”

[...] *Princípio da transparência e acesso à informação de interesse geral*: o funcionamento, atuação e estrutura da Administração deverá ser acessível a todos os cidadãos, que podem conhecer a informação gerada pelas Administrações Públicas e pelas instituições que realizem funções de interesse geral. (MUÑOZ, 2012, p. 170)

Destarte, pode-se afirmar que o direito à boa administração pública, porquanto auferir cidadania aos administrados, estabelece um nível de relação entre eles e a Administração que não pode prescindir da transparência e do consequente direito de acesso às informações. Assim é que, nas palavras de Leonel Ohlweiler,

[...] a indicação de boa administração pública compreende-se como estruturante do núcleo da cidadania, contribuindo para reafirmar o protagonismo do cidadão nas relações com a Administração Pública, marcada pela legitimidade. Trata-se de aspecto significativo do direito à boa administração, reafirmar a permanente necessidade de repensar as relações entre cidadãos e Estado e, de forma mais específica, o direito de acesso às informações administrativas. (OHLWEILER, 2015)

O direito à boa administração pública é, destarte, um dever atual e estritamente jurídico. Está intimamente ligado ao princípio da moralidade, mas não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica. Impõe o dever de a Administração adotar a melhor solução para a defesa do interesse público.

3.5 A TRANSPARÊNCIA COMO INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, DO DIREITO À INFORMAÇÃO E DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O princípio da transparência administrativa é uma inerência do princípio democrático, integrando-o com o princípio da publicidade e o direito à informação.

Tendo a publicidade como o seu expoente mais qualificado, imprime certeza e clareza às condutas estatais e confere segurança aos administrados, apresentando-se, hodiernamente, como uma imposição do Estado Democrático de Direito. Quando imbricada

⁸ Face ativa da publicidade (*publicidade ex officio*)

no desenvolvimento de linhas de atuação administrativa, pode garantir a participação do administrado na gestão pública, transformando-o em agente colaborador na tomada de decisões, deixando, assim, de ser mero espectador passivo ou destinatário e fiscal das condutas da Administração.

Numa sociedade aberta e democrática, a apresentação de razões públicas, enquanto motivação das condutas dos governantes, constitui-se num eficiente meio de controle das decisões e num instrumento de mensuração de adequação e legitimidade das escolhas da Administração. Norberto Bobbio (2000) ensina que não haveria democracia se o governo direto do povo ou controlado pelo povo se mantivesse escondido. Daí porque Juarez Freitas (2009) afirma que a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos é requisito para se garantir o direito fundamental à boa Administração Pública, na era da democracia constitucional, quando não há mais espaço para a opacidade do poder público. No dizer de Pablo Schiavi,

El derecho de acceso a la información pública encuentra em la ultima década um considerable desarrollo. Em el mundo, 90 países cuentan em la actualidad com leyes que reconocen y regulamentan esta libertad informativa. La demanda por una mayor “accountability” o transparência y rendición de cuentas de la gestión pública, así como la necesidad de involucrarse em la toma de decisiones de políticas públicas o de ejercitar otros derechos vitales como la salud o la educación, se convierten em el motor principal de esta respuesta legislativa.
El “nuevo” constitucionalismo ya está presente em nuestro escenario constitucional. (SCHIAVI, 2014, p. 22)

No mote de se desenvolver a atividade administrativa do modo mais adequado, consoante a escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, a transparência administrativa é ferramenta essencial que, enquanto dever atual e estritamente jurídico, impõe-se para a consecução da “boa administração” no Estado Democrático de Direito. A visibilidade proporcionada pela transparência é fator psicológico de temor aos desvios de poder, ao comprometimento irresponsável dos recursos públicos, etc., de forma que o poder deve ser transparente para ser praticado de forma justa e temperada.

Ferrajoli (1995) divide a transparência pública em duas dimensões. Consoante a primeira dimensão, que ele chama de *ex parte principis*, a transparência dos poderes públicos e a informação sobre a sua gestão decorrem de uma precondição elementar da democracia, e mesmo antes disso, do direito público. Já a segunda corresponde à *ex parte populi*, ou seja, à informação relativa aos assuntos públicos, que é condição necessária para o exercício adequado do direito de voto. Sem a *ex parte populi*, o povo pode não ter conhecimento

suficiente das informações a respeito dos assuntos públicos para poder exercer seu direito ao voto de forma consciente.

Destarte, como elemento essencial no contexto jurídico-político, a transparência qualifica-se como um instrumento potencializador do controle social e catalizador dos contornos do princípio da publicidade e do princípio democrático com o direito fundamental à informação, conduzindo, desta forma, a três resultados: a) eficácia do ato administrativo (caso ausente a publicidade necessária, o ato não produzirá efeitos); b) dever de dar conhecimento dos atos administrativos (que permita ao administrado tomar ciência da atividade prestada pelo Poder Público); e c) fomento de um maior controle dos atos administrativos.

Ponderada com os demais valores constitucionais, a transparência impõe a necessidade de que as funções exercidas pelo Poder Público sejam claras, ou seja, sejam expostas de maneira inequívoca aos administrados, uma vez que o Governo, em última análise, representa a vontade do povo, que tem o direito de saber o que é feito em seu nome e por quê.

4 A LEI Nº 12.527/11 E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

Publicada em 18 de novembro de 2011 e regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, a Lei nº 12.527/11, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação – LAI –, entrou em vigor em 16 de maio de 2012⁹ e representou um avanço importante para a transparência das ações do poder público, fortalecendo a democracia brasileira e imprimindo um marco na relação entre o Estado e os administrados.

Regulando o inciso XXXIII do artigo 5º, o inciso II do §3º do artigo 37, e o §2º do artigo 216, todos da Constituição Federal, a LAI potencializou o direito fundamental à transparência dos dados e das informações públicas e retirou o administrado de uma posição meramente passiva - mero destinatário dos atos estatais -, transformando-o em agente controlador da legalidade administrativa, conferindo-lhe cidadania.

O diploma expandiu significativamente o rol de legitimados para reivindicar o direito de acesso a informações públicas, gerando, como corolário lógico, um intenso valor democrático e plural no âmbito do acesso à informação. A LAI se mostra, assim, como um instrumento de cidadania, conforme o entendimento de Juliano Heinen:

⁹ A LAI foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, que entrou em vigor no dia 16 de maio de 2012, delimitando, no âmbito do Poder Executivo Federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação, tratando da sua abrangência, das transparências ativa e passiva, da classificação dos graus de sigilo e das suas reavaliações.

Pode-se dizer que a LAI acredita no cidadão, e não no “consumidor de direitos”, sendo harmônica com a arquitetura normativa estabelecida pela CF/1988. Nesse ponto, a lei tende a cumprir seu papel, fornecendo uma ferramenta para o ressurgimento das convicções cívicas e cidadãos emancipados. (HEINEN, 2014, p. 58)

E, ao promover a cidadania, a Lei de Acesso à Informação torna-se, também, um instrumento da democracia, na medida em que, indo ao encontro dos objetivos do princípio da transparência, corresponde, ao mesmo tempo, aos preceitos do princípio democrático e, destarte, consubstancia a boa administração pública. Consoante Têmis Limberger,

Por meio da informação disponível por meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular, torna-se o exercício do poder mais transparente e, portanto, mais democrático. Evita-se que o cidadão desinformado dos assuntos públicos constitua-se num idiotes (conforme a nomenclatura dos gregos). Com a diminuição dos desvios de dinheiro gerados pela corrupção, é possível viabilizar a melhoria das prestações sociais, que podem ser oferecidas à população, ou seja, concretizam-se direitos. (LIMBERGER, 2006, p.71)

A LAI tem por meta tratar as informações detidas pelo Estado como bens públicos, passíveis de serem disponibilizados a todos os cidadãos, democratizando a relação destes com a Administração Pública, alicerçada no princípio constitucional da transparência (HEINEN, 2014); transparência esta que se divide em ativa e passiva, consoante a interpretação dos artigos 8º e 10. A ativa, que corresponde à publicidade *ex officio*, refere-se ao dever do Estado fornecer informações, demandando condutas proativas da Administração Pública, tanto em ambiente virtual¹⁰ quanto em ambiente físico. No que diz respeito ao ambiente virtual, as informações devem ser disponibilizadas nos sítios de que cada órgão público disponha. Já no que toca ao ambiente físico, deve haver local apropriado para atendimento e orientação do público, além de possibilidade de protocolização de requerimentos de acesso a informações. A transparência passiva, por sua vez, corresponde à publicidade provocada, pela qual o Estado deve fornecer todos os dados e informações solicitados (HEINEN, 2014).

4.1 LIMITES AO ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

10 No entendimento de Juarez Freitas, o uso da via digital deve ser incentivado, porque facilita enormemente a iniciativa popular e os debates sobre questões fulcrais para a sociedade em tempo real. (FREITAS, Juarez. **Direito Constitucional à democracia**. In: Direito à democracia – ensaios transdisciplinares. (Org.) FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 12)

As exceções ao direito de acesso às informações públicas, assegurado pela Lei 12.527/11, deverão ser sempre estabelecidas em lei e decorrerão de interpretação estrita. As informações definidas como sigilosas devem corresponder a casos delimitados de forma precisa e taxativa. Na lição de Pablo Schiavi

Las excepciones a la información pública, serán de interpretación estricta y comprenderán aquellas definidas como secretas por la ley y las que se definan seguidamente como de carácter reservado y confidencial. Las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser establecidas por la ley, ser claras y limitadas, como principio fundamental. (SCHIABI, 2014, p. 34)

Do ponto de vista material ou de conteúdo, há que se assinalar três pontos importantes a respeito das exceções: com referência ao princípio da publicidade; com relação ao sistema de controle que se implemente; e com referência ao equilíbrio que deve existir entre o acesso à informação administrativa e a proteção dos dados pessoais (DELPIAZZO, Carlos E. *apud* SCHIABI, 2014).

Catalogadas com a chancela de “sigilosas”, existem quatro categorias de informações cujo acesso promovido pela LAI é excepcionado: informações reservadas, confidenciais, secretas e ultra-secretas.

Reservados são os dados cuja revelação não-autorizada possa comprometer planos, operações ou objetivos neles previstos ou referidos.

Informações confidenciais são aquelas que, no interesse do Poder Executivo e das partes, devam ser de conhecimento restrito e cuja revelação não-autorizada possa frustrar seus objetivos ou acarretar dano à segurança da sociedade e do Estado. Não serão consideradas informações confidenciais as que, por disposições legais, encontrem-se em registros públicos e as que se encontrem em fontes de acesso público.

Por outro lado, ganham *status* de informações secretas aquelas referentes a sistemas, instalações, programas, projetos, planos ou operações de interesse da defesa nacional, a assuntos diplomáticos e de inteligência e a planos ou detalhes, programas ou instalações estratégicos, cujo conhecimento não-autorizado possa acarretar dano grave à segurança da sociedade e do Estado.

Gozando do maior grau de sigilo, as informações ultra-secretas são as referentes à soberania e à integridade territorial nacionais, a planos e operações militares, às relações internacionais do País, a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico de interesse da defesa nacional e a programas econômicos, cujo conhecimento não-autorizado possa acarretar dano excepcionalmente grave à segurança da sociedade e do Estado.

4.2 DIVULGAÇÃO DA REMUNERAÇÃO NOMINAL DOS AGENTES ESTATAIS

Com a entrada em vigor da LAI, a questão da possibilidade da divulgação da remuneração dos servidores públicos precisou ser enfrentada. Não obstante a importância de se atender ao princípio da publicidade administrativa, a questão, em particular, acabava, potencialmente, por afetar a esfera privada dos servidores. A discussão se firmou, então, acerca da possibilidade dos entes administrativos divulgarem o valor pago, a título de vencimentos ou proventos, acrescidos das vantagens pessoais, a cada servidor ativo ou inativo, inclusive com sua relação nominal.

Entre os que se debruçaram sobre a questão, muitos defendem que tal possibilidade não estaria albergada pela Lei nº 12.527/11, visto que, apesar do intuito da referida legislação ser a de propiciar o livre acesso às informações públicas, este tipo de informação, especificamente, deveria estar resguardado por sigilo porque imbricado em direitos fundamentais dos respectivos servidores, como o sigilo de dados financeiros, a intimidade e o direito à vida privada. Para estes, a solução da questão passaria, em caráter de mediação, pela divulgação genérica da remuneração dos cargos, e não da especificação de seus ocupantes ou inativados. Outra solução, de caráter similar, seria a divulgação dos valores relacionados a números de matrícula, e não ao nome dos servidores, por meio da qual apenas existiria uma relação de padrão vencimental ligado ao referido registro funcional. No entanto, o Decreto nº 7.724/12, que regulou a LAI, determina, expressamente, no inciso IV do §3º de seu art. 7º, a divulgação dos vencimentos de maneira nominal (HEINEN, 2014).

A questão foi posta em discussão em várias ações judiciais – algumas, inclusive, na classe de *writs* constitucionais – ajuizadas no intuito de impedir e/ou suspender a divulgação de dados que, no entendimento dos respectivos autores, violariam seus direitos fundamentais de intimidade e, assim, sua dignidade.

Em sede de Tribunais Superiores, a polêmica foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal – STF – na Suspensão de Segurança nº 3.902 – SP, tendo a matéria ganho, após, repercussão geral por meio do Agravo em Recurso Especial nº 652.777 – SP, também do STF. Conforme Juliano Heinen:

A Suspensão de Segurança foi proposta pelo Município de São Paulo, pleiteando a extinção dos efeitos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça paulista, as quais impediram que fossem divulgadas de maneira nominal os valores que recebia cada servidor da referida entidade federada, em sítio virtual denominado “De Olho nas Contas”. A partir do momento em que foram disponibilizadas essas informações na

rede mundial de computadores, várias associações de servidores públicos do referido Município propuseram ações contra essa medida. (HEINEN, 2014, p. 73)

Em decisão liminar, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes identificou, preliminarmente, que a questão apresentava uma controvérsia de ordem constitucional na qual o princípio da publicidade poderia, em tese, vir a violar a intimidade e a segurança dos servidores. A partir da ponderação realizada sobre o conflito dos princípios em voga, o Ministro salientou três questões a enfrentar: a) se a divulgação dos vencimentos de maneira nominal concretizava o princípio da publicidade e o dever de transparência com os gastos públicos; b) se tal situação criaria ou não uma exposição indevida de um aspecto da vida dos servidores públicos; c) se a referida divulgação violaria ou não a garantia de segurança da própria sociedade (constituída, *in casu*, pelos servidores públicos municipais e por aqueles que deles dependem) e do Estado. (STF, SS nº 3.902-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 09/06/2011)

O Ministro Gilmar Mendes concluiu que, embora a publicidade administrativa cumpra um papel social fundamental, ela deve se prestar apenas em razão de informações úteis e relevantes, vedando-se a deturpação deste princípio para a exposição de dados inúteis que, eventualmente, possam estar a serviço de uma vil curiosidade. Aduziu o Ministro que a remuneração dos servidores públicos está calcada na legalidade administrativa, enquanto gasto público que deve ser limitado consoante a responsabilidade fiscal, com a importância social que tal fato merece, dado que relativo ao controle das despesas públicas e, por isso, digno de uma transparência que permita a fiscalização efetiva por parte da sociedade. No entanto, a questão central foi assim apanhada pelo magistrado, consoante Juliano Heinen:

O cerne do problema cinge-se à forma de divulgação dos dados públicos porque, dependendo da maneira com que tais informações sejam postas a público podem-se gerar maior confusão ou indeterminação como o que ocorre com a divulgação de informações em planilhas de demonstração de gastos mensais. Dessa forma, a exatidão e a transparência devem ser justapostas, sem que, com isso, possa-se baralhar informações de ordem pública com dados de natureza privada. (HEINEN, 2014, p.75)

Na sua decisão, o Ministro deferiu liminar para a permissão da divulgação dos vencimentos dos servidores públicos do Município de São Paulo de modo nominal.

Quando do julgamento do mérito, o Relator Ayres Britto, a partir da ponderação entre os princípios conflitantes, declarou que os dados em questão não são privados, não pertencendo, por isso, à esfera pessoal dos servidores. Por tal razão podem ser divulgados,

desde que se garanta segurança aos agentes estatais, com a sonegação de seu CPF, identidade ou endereço residencial. Concluindo sua decisão o Relator afirmou que, “no mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública, no seio de um Estado republicano” (STF, SS nº 3.902-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 09/06/2011, julgamento de mérito).

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, considerou que o único argumento passível de ser sopesado seria o fato de que a divulgação poderia vir a causar fragilização da segurança pessoal dos servidores; ponderou, porém, que “as pessoas já vivem aparentando esse grau de riqueza, ou seja, levam uma vida compatível com seus vencimentos”. Daí porque não haveria, segundo ele, nada o que esconder. (STF, SS nº 3.902-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 09/06/2011, julgamento de mérito)

Na visão de Juliano Heinen (2014), tal desfecho foi muito importante no contexto da discussão sobre os limites de incidência do dever de transparência dos dados públicos, assim como, sobre a esfera de proteção do artigo 31 da LAI – proteção das informações de cunho pessoal. Nas palavras de Heinen:

As funções administrativas estão atreladas a um determinado cargo, ou seja, conferidas a um determinado centro de competência estipulado pela lei, e não para com uma pessoa nominada. E será justamente a perspectiva legal que ofertará uma das principais diferenças entre o funcionário público e o particular. Dessa forma, conclui-se com muita facilidade que o que deve ser divulgada é a remuneração ou o subsídio dos cargos ou empregos públicos, e não das pessoas investidas neles.

[...]

Portanto, [...] por um lado, não se impõe a publicação nominal dos vencimentos dos agentes estatais, mas sim a disponibilização dos dados públicos a partir do cargo ou da matrícula do servidor. De outro lado, a publicação dos vencimentos de forma nominal seria vedada, porque violaria o direito constitucional à intimidade e ao sigilo fiscal, malbrandando o direito de personalidade. (HEINEN, 2014, p. 80-81)

Para ele (HEINEN, 2014, p. 79), a discussão travada sobre o assunto tergiversou do cerne ao qual realmente deveria ter sido dada importância; as questões que verdadeiramente deveriam ser perquiridas seriam: “se a remuneração refere-se ao cargo ou ao agente e se ela é fixada em qual desses institutos jurídicos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do Direito Administrativo nos Estados Democráticos de Direito ascendeu a transparência ao *locus* teórico jus-político de integradora do princípio da publicidade, do direito à informação e do princípio democrático, inclusive como corolário lógico deste último, de forma que passa a ser um direito subjetivo público do indivíduo e da comunidade e, assim, um dever da Administração.

A publicidade, expoente mais qualificado da transparência, impõe-se, portanto, na contramão da histórica trajetória do segredo como instrumento de poder. O poder oculto do Estado, enquanto ferramenta de dominação política, em tempos de neoconstitucionalismo, sucumbe, cada vez mais, à transparência, que se revela, então, como uma imposição do Estado Democrático de Direito, para o qual o sigilo passa a ser a exceção.

Nesse viés diafânico, contrário à opacidade administrativa, a valorização neoconstitucional da informação atribui à transparência administrativa caráter de princípio fundamental com o mote de imprimir certeza e clareza às condutas estatais e conferir segurança aos administrados, de forma que se abre espaço para uma legislação cada vez mais restritiva do sigilo de ações e documentos. E é nesse cenário que foi promulgada, no Brasil, a Lei nº 12.527/2011, que, garantindo ao povo seu direito de acesso às informações públicas, proporciona efetividade ao princípio constitucional da transparência, alçando os administrados da condição de expectadores passivos ou meros fiscais da conduta da Administração à condição de agentes controladores e, mais do que isso, colaboradores nas tomadas de decisões.

Contudo, mesmo diante da inquestionável contribuição deste diploma legal como instrumento de consecução da regra paradigmática da Democracia moderna, de controle do poder, controvérsias acerca da sua hermenêutica surgiram em torno da fixação dos limites do direito à informação, revelando o conflito entre a proteção da vida privada e a liberdade de informação. No caso específico da divulgação da remuneração nominal dos agentes estatais, o equilíbrio entre os direitos à informação e à privacidade foi colocado em discussão na seara do Poder Judiciário. As questões controvertidas, levantadas em torno do dever de transparência com os gastos públicos e, em contrapartida, da exposição de aspectos íntimos da vida dos servidores públicos, foram além do conflito principiológico da transparência e da intimidade, passando, até mesmo, pelo questionamento a respeito do fato da divulgação de tais dados ter o potencial de violar o direito fundamental de segurança dos agentes estatais.

A celeuma trouxe à tona um juízo de equidade que não pôde prescindir da ponderação entre dois valores constitucionalmente garantidos: a proteção à intimidade e o dever de transparência das informações estatais.

Apesar de muito controvertida nos Tribunais, a questão quando alçada à análise do Supremo Tribunal Federal, restou decidida, a partir de um balanceamento de bens fundamentais, em favor da possibilidade de divulgação dos dados referentes à remuneração dos servidores públicos conquanto não sejam divulgadas informações que apresentem o número do CPF, do registro de identidade, ou os endereços residenciais dos envolvidos, por

entender aquela Suprema Corte que tais sonegações, por si só, já garantiriam a segurança dos agentes estatais. Isso porque, na visão do STF, os dados em pauta referem-se a cargos públicos - enquanto conjunto de atribuições conferidas a um determinado centro de competência estipulado pela lei -, e não à pessoa dos servidores, não se constituindo, portanto, como dados privados. Ao concluir que as informações não se ligam à esfera pessoal dos servidores, o STF entendeu que sua divulgação não viola a esfera de sua intimidade.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. trad. M. B. Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ATALIBA, Geraldo. **Como fazer transparente a administração pública** – mecanismos de controle popular. In: Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte. São Paulo: OAB/SP, 1988, p. 60-73.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionariade e controle jurisdicional**. 2ed. 9 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Fragmentos sobre el gobierno**. trad. J. L. Ramos. Madrid: Aguilar, 1973.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. João Ferreira *et al.* Brasília: UNB, 1986.

_____. **O futuro da democracia**. 7ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CADEMARTORI, Sergio; CADEMARTORI, Daniela M. L. de. O poder do segredo e os segredos do poder: uma análise histórico-conceitual dos limites e das possibilidades de convivência entre o segredo e a democracia. **Revista novos estudos jurídicos** - eletrônica. vol. 16, n.3, set./dez.-2011, p. 329-344.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 41, jan-2002.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e comunicação. 3ed., rev., at. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, vol. 2, Bari: Laterza, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. **Revista Interesse Público**. ano 12, n. 60, mar./abr.-2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 13-24.

_____. **Direito constitucional à democracia**. In: Direito à democracia: ensaios transdisciplinares. Org. FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 11-39.

GUASTINI, Ricardo. **La constitucionalizacion del ordenamiento jurídico**: El caso italiano. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação**: lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre: EPGE, v. 30, n. 64, jul./dez-2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUER, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 4. 7ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OHLWEILER, Leonel. **A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa-administração pública**: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a Lei nº 12.527/2011.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação**: limites e fronteiras do controle. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHIAVI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo&Constitucional**, BH, ano 14, n. 57, jul./set.-2014, p. 13-45.

SCHMITT, Carl. **La dictadura**. trad. J. D. García. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

SPINOZA, Benedictus de. **Tratado político**. 3ed. trad. M. S. Chauí *et al.* São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. Informação, Direito e verdade: regulação constitucional da imprensa. Curitiba: Juruá, 2011.