

**IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/OÑATI**

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

SELMA RODRIGUES PETERLE

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

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 – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4. : 2016 : Oñati, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Selma Rodrigues Petterle, Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-146-3

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

Tema: Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Estado. 3. Constitucionalismo. 4. Sociedade.

CDU: 34

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

Apresentação

A presente obra reúne artigos que foram aprovados (com dupla revisão cega por pares), apresentados e debatidos durante o IV Encontro Internacional do CONPEDI-OÑATI, realizado entre os dias 16 e 18 de maio de 2016, no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, na província de Gipuzkoa, na região autônoma do País Vasco (Espanha). A temática central que permeou o evento, isso desde a fase inicial de projeto até a sua concretização, foi a de aprofundar as reflexões na Área de Concentração do Mestrado em Direito do UNILASALLE (Direito e Sociedade). Para dar conta desse desafio contamos com inestimáveis parcerias. A do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, que reúne os Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil e que tem desempenhado um papel central no fomento à pesquisa científica na área do Direito, assim como o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, instituição de renome internacional com a qual o Mestrado em Direito do UNILASALLE mantém um vivo Convênio Internacional, consolidando, concretamente nossa internacionalização.

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direito e Sociedade, indissociavelmente conectados, os esforços foram direcionados para o aprofundamento do diálogo entre os países ditos como centrais e periféricos e as múltiplas questões atreladas a essas denominações. Sob esta perspectiva foram concebidos vários grupos de trabalho. Dentre estes, o Grupo de Trabalho (GT) “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, com o propósito de propiciar um debate aberto e com elevado nível científico sobre os seguintes temas: evolução histórica do constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo, garantismo e novo constitucionalismo latino-americano; âmbitos de expansão do constitucionalismo: constitucionalismo global e constitucionalismo dos micro-poderes privados; constitucionalismo e democracia. As atividades deste GT foram desenvolvidas no dia 16 de maio de 2016, nos turnos da manhã e da tarde.

Considerando esse vasto universo temático, optou-se, no GT “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, por reunir os artigos em blocos, por afinidade temática ainda mais estreita, o que viabilizou um rico e fértil debate, após o breve período de apresentação. Esta dinâmica, além de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou concretamente a reflexão e o intercâmbio de ideias, o que sem dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica Área do Direito.

Onãti, maio de 2016.

Prof. Dra. Selma Petterle, Doutora em Direito pela PUCRS (2012), Coordenadora Adjunta e docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

Prof. Dr. Sergio Cademartori, Doutor em Direito pela UFSC (1998), docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

**TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E O DIREITO DE ACESSO ÀS
INFORMAÇÕES PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO PERIFÉRICO DO
BRASIL: BANCOS PÚBLICOS E BENEFÍCIOS PRIVADOS NO JULGAMENTO
DO CASO BNDES.**

**LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA EN CONSTITUCIONALISMO PERIFÉRICO DE
BRASIL: BANCOS PÚBLICOS Y BENEFICIOS PRIVADOS EN EL FALLO DE
CASO BNDES.**

Leonel Pires Ohlweiler

Resumo

o presente artigo objetiva investigar o tema da transparência administrativa e do acesso às informações públicas. O caso do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social julgado pelo STF e examinado no estudo é paradigmático. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A Constitucionalização do Direito Administrativo e a institucionalização de padrões hermenêuticos do Estado Democrático de Direito determinam o exercício dos poderes públicos de modo visível. A publicidade das informações administrativas é a regra. A decisão do STF adotou a melhor concepção de transparência administrativa, resultado da integridade e coerência do conjunto de virtudes constitucionais.

Palavras-chave: Transparência administrativa, Acesso às informações públicas, Constitucionalização, Direito administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

En este artículo se investiga el tema de la transparencia administrativa y el acceso a la información pública. El caso del Banco de Desarrollo Económico y Social juzgado por el Tribunal Supremo y examinados en el estudio es paradigmático. La metodología utilizada fue la investigación bibliográfica y jurisprudencial. La constitucionalización del Derecho Administrativo y la institucionalización de estándares hermenéuticos del Estado democrático de derecho determinan el ejercicio de la autoridad pública de forma visible. La decisión de la Corte Suprema adoptó el mejor diseño de la transparencia administrativa como consecuencia de la integridad y la coherencia del conjunto de virtudes constitucionales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transparencia administrativa, Acceso a la información pública, Constitucionalización, Derecho administrativo

INTRODUÇÃO.

O presente estudo objetiva discutir o julgamento do Caso BNDES pelo Supremo Tribunal Federal e as relevantes repercussões sobre o debate da transparência administrativa e do direito de acesso às informações públicas, com a edição da Lei 12.527/2011. Cada vez mais a democracia brasileira exige consolidar o exercício das competências administrativas, a partir dos parâmetros da constitucionalização e do Estado Democrático de Direito. A polêmica originou-se de ofício encaminhado ao Tribunal de Contas da União pelo Presidente da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, a fim de realizar fiscalização das operações de crédito do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social em relação às empresas do Grupo JBS/Friboi, proporcionando o devido esclarecimento sobre os aspectos financeiros da operação, critérios utilizados na escolha das empresas do setor e as vantagens sociais.

O artigo 37, “caput”, da Constituição Federal disciplina a aplicação do princípio da publicidade para toda Administração Pública, seja Direta ou Indireta, e o artigo 70, CF, refere os critérios do exercício da atividade de controle, mas, por outro lado, o artigo 5º, inciso XXXII, CF, disciplina restrições à informação com o necessário sigilo. De que modo o acesso às informações e documentos públicos necessários para o processo de controle do Tribunal de Contas deve ser compreendido? Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com o objetivo de investigar o contributo da jurisprudência do STF para o tema.

Inicialmente, o Caso do BNDES será explicitado com alguns detalhes suficientes para localizar o âmago da controvérsia, descrevendo-se os argumentos utilizados pelo BNDES, ao negar-se à fornecer para o TCU acesso a todos os documentos, bem como a linha teórica exposta no principal voto que conduziu o resultado do mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal.

Na segunda parte, a investigação abordará o problema fundamental para melhor situar a questão, a constitucionalização do Direito Administrativo como processo de transformação que somente é viável com a impregnação efetiva dos padrões constitucionais no cotidiano das práticas jurídico-administrativas. É indubitável o contributo da edição da Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso às Informações Públicas, mas sua efetividade caminha junto com a institucionalização democrática já em curso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao final desta investigação, os temas da transparência administrativa, sigilo e acesso às informações públicas entrelaçam-se como conceitos interpretativos, na linha do

pensamento de Ronald Dworkin, com o pando de fundo do Estado Democrático de Direito estruturado pelo princípio fundamental de ultrapassar o modo teocrático de exercício das competências administrativas, tanto na Administração Direta, mas especialmente na Administração Indireta, alcançando entidades com personalidade de direito privado como o BNDES.

O exame, portanto, debate a aplicação do entendimento segundo o qual a Constituição Federal prima pela transparência e o segredo ocupa apenas o lugar de exceção na construção do sentido da unidade de princípios.

1. O CASO BNDES JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E SIGILO DE INFORMAÇÕES COMO CONCEITOS INTERPRETATIVOS.

O Supremo Tribunal Federal julgou no ano de 2015 o interessante Caso BNDES, Mandado de Segurança nº 33.340-DF, Rel. Min. Luiz Fux, j.26.05.2015, cujos debates travados remetem para a aplicação da transparência administrativa e o acesso às informações públicas e a questão relacionada com o sigilo, todos temas dimensão constitucional, conforme previsto no artigo 5º, incisos X e XXXIII, da Constituição Federal, e a regulamentação infraconstitucional da Lei nº 12.527/11. O que deveria prevalecer no caso concreto? A proteção das informações atinentes às operações bancárias e empresariais ou a transparência administrativa, materializada pelo acesso às informações públicas? Sob a perspectiva hermenêutica, depende do entendimento sobre cada um dos conceitos jurídicos referidos. No entanto, não é possível responder às perguntas no campo da mera descrição fática ou fincado em algum fundamento externo ao próprio Direito Administrativo, como refere Stephen Guest relativamente ao conceito de Direito¹. Trata-se, com efeito, de assumir a atitude interpretativa voltada às práticas sociais que conformam o próprio Direito Administrativo e debater o caráter deontológico² da transparência, do direito de acesso às informações e do próprio sigilo empresarial. Na concepção adotada neste breve estudo, é relevante compreender o fenômeno jurídico-administrativo a partir de temas como integridade e coerência, pois os diversos conceitos em jogo no Caso do BNDES e que integram o Direito Administrativo, não

¹ *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16.

² O tema do caráter deontológico dos princípios jurídicos tem sido desenvolvido por Lenio Luiz Streck, quando refere a relação de cooriginariedade entre Direito e Moral, pois os princípios institucionalizam a moralidade no Direito, indicando o ideal de vida boa, o que se deve ou não fazer. (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226-230).

são obtidos por meio de uma descrição fática, mas exigem interpretação, isto é, referem-se a algum sentido e que também é justificativa hermenêutica³.

O julgamento que ora examina-se, de algum modo, contem concepções rivais sobre os temas enfocados. Não se pode olvidar, no entanto, que os intérpretes e aplicadores do Direito partilham determinados conceitos e isso ocorre porque partilham determinadas práticas jurídicas, surgindo divergências em virtude de haver diferentes compreensões das práticas em jogo, motivo pelo qual Ronald Dworkin sustenta que são *conceitos interpretativos*⁴. Tal afirmação não é isenta de polêmicas, mas evidencia a necessidade de abrir a compreensão dos fenômenos jurídico-administrativos para outros âmbitos, como o das práticas sociais construídas intersubjetivamente pela comunidade política, possibilitando o debate interessante sobre a teoria os princípios na Administração Pública, por exemplo.

No caso julgado pelo STF, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) e o BNDESPAR (BNDES Participações SA) impetraram mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas da União que determinou o envio de documentos específicos referentes às operações realizadas entre o BNDES e o Grupo JBS/FRIBOI. Os impetrantes mencionaram a não entrega de alguns documentos e informações referentes a avaliações e riscos de créditos, além da situação cadastral do Grupo JBS/FRIBOI, sob a alegação de estarem cobertas por sigilo bancário e que o TCU não possui competência para a quebra do sigilo bancário. Em resumo, o acórdão reafirmou algumas teses relevantes, como: o controle financeiro das verbas públicas é essencial do Estado de Direito, o ordenamento constitucional democrático pressupõe a transparente responsabilidade do Estado, o sigilo de informações para preservar a intimidade é relativizado quando diante de conhecer o destino de recursos públicos, a preservação do sigilo das operações realizadas no caso concreto impediria o legítimo exercício do controle pelo TCU.

O julgado possibilita o debate de diversos aspectos do tema evidenciando a premissa hermenêutica referida de que o Direito é uma prática social, mas que possui propósito, objetivo, finalidade. As controvérsias sobre o Caso do BNDES remetem exatamente para tal questionamento: qual o propósito⁵ do acesso às informações públicas? O mandado de

³ Cf. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, p. 30.

⁴ *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 20011, p. 18.

⁵ Quando se defende a existência de propósito para as práticas jurídicas, o Direito Administrativo, a transparência administrativa, o acesso às informações, tal afirmação compreende-se na dupla dimensão: (a) propósito não é estanque, pois somente compreendido no horizonte de sentido da historicidade e (b) como será posteriormente examinado, o propósito de uma prática social para decisões jurídicas no Direito Administrativo está hermenêuticamente ligada com o caso, pois não se pode falar em decisão em abstrato. É sempre do caso e para o caso, na linha da *hermeneutic turn* de Lenio Luiz Streck (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Saraiva: São Paulo, 20012), quando de forma expressa refere: “princípios

segurança foi impetrado em virtude de fiscalização do TCU solicitada pelo Congresso Nacional. Houve decisão da corte de contas determinando aos impetrantes o envio de documentos específicos referentes às operações realizadas entre o BNDES e o Grupo JBS/Friboi, sendo que todos foram remetidos, com exceção do Relatório de Análise, documento com algumas informações omitidas pela instituição bancária com o objetivo de preservar o sigilo bancário. Alegam necessidade de examinar a controvérsia sob a perspectiva da caracterização das operações realizadas pelo BNDES como atividades bancárias e a possibilidade ou não de o próprio TCU declarar a quebra de sigilo, pois ainda que as operações fossem realizadas por instituição pública, submetem-se às regras do mercado financeiro, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, e a quebra de confiança na relação entre cliente e a instituição financeira pode abalar o sistema financeiro nacional. O TCU, ao prestar informações, alegou que os documentos não fornecidos não estão acobertados pelo sigilo bancário e empresarial, pois os contratos e operações subjacentes foram custeados com recursos de origem pública.

O Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto, iniciou a argumentação destacando a missão constitucional do Tribunal de Contas, a partir do artigo 71 da Constituição Federal, colocando-o como órgão independente da estrutura do Estado brasileiro, responsável por auxiliar o Poder Legislativo no controle externo de caráter financeiro. Também destacou a missão constitucional do TCU na implementação do autêntico controle de legitimidade, economicidade e eficiência. Ao examinar a tese do sigilo bancário e empresarial, sustentou que de fato possui proteção constitucional e a divulgação irresponsável de dados pode realmente inviabilizar a exploração de atividade econômica, integrando, portanto, o núcleo normativo do artigo 5º, X, CF. No entanto, no caso concreto, entendeu não haver quebra de sigilo, mas exercício da competência de controle externo pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71, inciso IV, CF. O caso é de requisição de informações do próprio BNDES que contratou terceiros utilizando recursos de origem pública. O Relator não aceitou os argumentos de a instituição financeira não se submeter às regras de controle sobre operações financeiras realizadas, na medida em que o BNDES é banco de fomento econômico e social e não instituição financeira privada comum. Logo, e tal linha de raciocínio é fundamental para o deslinde do caso, muito embora possua a natureza de pessoa jurídica de

sempre acontecem no caso concreto, porque é por eles que o *ethos*, o *factum* social – sempre ficcionalizados pelo positivismo – penetram em situações concretas. Na verdade, preceitos (se assim se quiser, regras) igualmente acontecem em situações concretas. Não fosse assim e estaríamos cindindo situações de direito de situações fáticas, isso parece indubitável. Dai a impossibilidade de hierarquizar ou metodologizar a aplicação dos princípios a partir de critérios *prima facie*; daí a impossibilidade de compreender os princípios como enunciados assertóricos, o que os transformaria em meta ou super-regras.” (p.226).

direito privado, integra a Administração Pública Indireta e sofre a incidência do regime de direito público, inclusive o princípio da transparência.

Ao examinar o propósito do sigilo de informações, aduz que existe para preservar a intimidade, mas pode ser relativizado. Na hipótese julgada, aludiu que operações financeiras que envolvem recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário, cuja análise deve ser feita em determinado contexto com a presença do interesse público. Ademais, conforme o Relator, quem contrata com o Poder Público não pode ter segredos, eis que manter o sigilo impediria o exercício da competência constitucional do TCU. Tratando-se de restrição relacionada com direitos fundamentais, impõe-se examinar o caso à luz da proporcionalidade, decidindo-se pela proporcionalidade da exigência do órgão de controle. A tutela da intimidade não pode ir tão longe a ponto de esvaziar a tutela do dinheiro público.

Por fim, no intuito de bem explanar o cenário do acórdão, impõe-se referir o voto de divergência parcial proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, encaminhando o questionamento sobre a efetiva adequação do fornecimento do documento solicitado para o fim que legitima a atuação do BNDES, bem como se tal documento não seria protegido por sigilo, exigindo-se ordem judicial. Após profícuo debate entre os Ministros presentes na sessão, o Ministro decidiu em favor da transparência, reconhecendo sua importância como demanda social relevante para a sociedade brasileira, impondo-se abrir tais informações consideradas de interesse público e diretamente relacionadas com a aplicação de recursos públicos, concedendo em parte a segurança apenas para salvaguardar o sigilo das informações pertinentes ao *rating* de crédito do Grupo, bem como a estratégia de *hedge*, necessitando, portanto, de decisão judicial.

No entanto, ao final do julgamento foi denegada a segurança impetrada, prevalecendo o voto proferido pelo Relator. Pelos argumentos produzidos pelas partes e os Ministros do STF já se vislumbram as dificuldades para determinar se a decisão de fato manteve integridade e coerência com a transparência administrativa, compreendida em conjunto com os problemas de sigilo de informações. Considerados como conceitos interpretativos urge discuti-los, a partir de um pano de fundo crucial para construir a consciência histórica das relações sobre informações e poder do Estado: a constitucionalização. O propósito das práticas jurídico-administrativas deve ser desvelado no horizonte de sentido do constitucionalismo e da consciência histórica de democracia como o exercício visível do poder.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O tema deste breve estudo e do caso julgado pelo STF, transparência administrativa e o direito de acesso às informações administrativas, não surgiu no cenário jurídico apenas com a edição da Lei nº 12.527/2011, mas percorre a própria construção do Direito Administrativo democrático e a afirmação da Administração Pública transparente ao longo do árduo caminho de constitucionalização. Trata-se de autêntico processo de transformação, resultando na impregnação total pelos princípios e regras constitucionais, conforme destaca Riccardo Guastini⁶. Corolário, a democratização constitucional desse campo do Direito impõe a constitucionalização de todos os espaços de decisão administrativa, não sendo crível falar-se em margens de liberdade imunes a algum grau de incidência constitucional, bem como aos poucos se ultrapassa a Administração Pública do segredo. Trata-se de aspecto crucial que os agentes públicos devem entender e adotar como pressuposto de interpretação das práticas administrativas, com fez o Tribunal de Contas e, considerando a linha de argumento do mandado de segurança impetrado, olvidado pelos dirigentes do BNDES.

Sob a perspectiva hermenêutica, a Constituição, no horizonte de sentido do Constitucionalismo, funciona como *locus* privilegiado para a compreensão dos entes administrativos. Conforme destaca Wallace Paiva Martins Júnior, a transparência relaciona-se diretamente com a ideia-base do Estado Democrático de Direito, configurando-se como princípio fundamental estruturante:

“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.”⁷

Com efeito, aceitar a tese da imunidade do poder administrativo, especialmente em países periféricos como o Brasil, infelizmente determina o aumento do grau de patrimonialismo e do segredo administrativo, já presentes em grau preocupante no cotidiano do exercício das funções da Administração Pública, seja Direta ou Indireta. Hodiernamente, faz-se mister abandonar certos discursos divorciados do nosso modo-de-ser administrativo, isso é, o amplo espaço de decisão marcado pelo clientelismo e falta de padrão de

⁶ *La Constitucionalizacion del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

⁷ Cf. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

transparência constitucional.⁸ Um dos equívocos de juristas e operadores do direito foi acreditar na constitucionalização como ato isolado de institucionalização. Como bem destacado pelo autor supra, a constitucionalização não é mero ato, mas autêntico processo de transformação, permanente construção de sentidos constitucionais capazes de dotar o texto constitucional de maior efetividade⁹. É nesse mesmo caminhar que a concepção de transparência administrativa e o próprio direito de acesso à informação pública devem ser compreendidos, pois não é com o texto normativo da Lei nº12.527/2011 que se erige uma Administração transparente, mas 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, como bem destaca Emilio Guichot:

“La transparencia de las actuaciones públicas se ha ido convirtiendo en una exigencia cada vez más insistente por parte de actores cualificados: estudiosos, periodistas, organizaciones no gubernamentales, etc. Se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos, por sí mismos y a través de los medios de comunicación social, puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, controlarles, detectar los malos funcionamientos y mejorar así la calidad de la gestión pública(...). Si lanzamos una mirada fuera de nuestras fronteras nacionales, constatamos que no es casual que los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática.”¹⁰

Portanto, e talvez na contramão de alguns discursos surgidos no Brasil, urge ultrapassar as vetustas concepções fundadas em dicotomias, como a que labora com as competências administrativas vinculadas e discricionárias, inclusive no que tange ao

⁸ Aqui, vale destacar as percutientes observações de Evandro T. Homercher: “Enquanto decorrência da eficácia da ideia democrática no espaço da administração pública, o princípio da transparência torna-se instrumento de legitimidade daquela, sob o ângulo da ‘legitimidad-equidad’, ou seja, da transparência como um elo entre a administração pública e o cidadão.” (*O Princípio da Transparência e o Direito Fundamental à Informação Administrativa*. Porto Alegre: Padre Reus, 2009, p. 56.)

⁹ Quando se fala em constitucionalização, portanto, não se trata de apenas inserir no âmbito do Direito Administrativo regras e princípios constitucionais. No entendimento de Alfonso Garcia Figueroa, a constitucionalização relaciona-se com o estilo de pensamento de juristas e teóricos, cf. *La Teoría del Derecho en Tempos de Constitucionalismo*, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 159. Mais uma vez destaca-se, o texto não é suficiente para garantir um nível alto de constitucionalidade das práticas administrativas se não houver disseminado o sentido de constituição no dia a dia da Administração. As estratégias para tal desiderato ser alcançado são realmente complexas, mas, a título de exemplo, situa-se a exigência de que os atos administrativos legitimem-se no âmbito da compreensão constitucional, assumindo-se a transparência administrativa como exigência democrática de explicitação das pré-compreensões constitucionais dos agentes públicos, mas acima de tudo condição de possibilidade para o cidadão ter acesso qualificado aos assuntos da Administração. Portanto, a ideia de transparência administrativa, mais do que permitir que o cidadão tome conhecimento de atos da Administração Pública, “não se cinge a este ‘limitado’ âmbito, mas busca, primordialmente, a integração do sujeito, mediante o conhecer, na própria formação das decisões públicas.” (Cf. HOMERCHER, Evandro T. *O Princípio da Transparência e o Direito Fundamental à Informação Administrativa*, p. 57).

¹⁰ *El Sentido, El Contexto y La Tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, In: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de Diciembre. Madrid: Tecnos, 2014, p. 17-18.

fornecimento ou não do acesso às informações públicas. Tal postura teórica determina a objetificação do pensamento, como se fosse possível isolar as práticas da Administração dos sentidos constitucionais. No Caso BNDES julgado pelo Supremo Tribunal Federal, de plano, entende-se como divorciado das pré-compreensões do Constitucionalismo Contemporâneo¹¹ admitir a possibilidade de escolha por parte dos dirigentes quais documentos devem ser fornecidos ao TCU, mas em especial quando envolve operações que utilizam recursos públicos. Os agentes públicos devem compreender que os institutos como transparência administrativa e sigilo bancário/empresarial somente vislumbram-se de modo autêntico no âmbito da totalidade de indicações normativas do próprio texto constitucional e das *virtudes constitucionalmente institucionalizadas* de uma via boa, no caso da gestão pública, da boa Administração Pública, como alude Juarez Freitas, destacando a importância de construir os entes públicos cumpridores dos deveres legais e constitucionais, agindo com transparência, imparcialidade e respeito à moralidade e plenamente responsáveis por condutas comissivas e omissivas¹².

No que tange à constitucionalização do Direito Administrativo em matéria de transparência administrativa e acesso às informações públicas, cada vez mais deve-se entender o artigo 37, “caput”, CF, quando refere a publicidade como princípio constitucional tanto da Administração Pública Direta, como Indireta, e o próprio artigo 5º, incisos XIV e XXXI, CF, referentes ao direito de acesso à informação e o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou de interesse coletivo e geral, como cláusulas pétreas do regime democrático, da República brasileira de um país que durante tanto tempo foi marcado por práticas corruptivas encobertas por segredos intransponíveis.

O próprio Poder Judiciário, sem cair em indevidos ativismos, mas comprometido com o olhar constitucional sobre as práticas administrativas pode contribuir para avançar na

¹¹ Sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, expressão utilizada por Lenio Luiz Streck: “...pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos), (*Verdade e Consenso*, p. 67). Também na linha de Luigi Ferrajoli, o modelo de direito constitucional, diferenciando-se dos modelos jurisprudencial legislativo caracteriza-se pela subordinação ao Direito da legislação e a compreensão do Estado de Direito como Estado Constitucional de Direito, sendo que a própria concepção de legalidade não é meramente formal, mas substancial, de conteúdo, com vínculo de coerência com os princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos (*La Democrazia Attraverso i Diritti*. Roma: Editori Laterza, 2013, p. 08).

¹² *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20. Sobre o direito à boa administração pública ver RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012 e do mês autor *El Derecho a una Buena Administración para los Ciudadanos. Um Modelo Global de Administración*. INAP: Oleiros (La Coruña) – Spain, 2013.

questão da constitucionalização da gestão pública transparente. Como bem menciona José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, utilizando as palavras de Lorenzo Martín-Retortillo, interiorizar a Constituição na jurisprudência requer dos juízes, verdadeiros garantidores da sujeição à ordem constitucional dos poderes públicos administrativos, especial capacitação constitucional, responsável dedicação, exigindo a devida “aprendizagem constitucional”¹³. Trata-se, portanto, de nova postura a ser assumida por parte do Poder Judiciário ao exercer o controle sobre os atos oriundos da Administração Pública Direta ou Indireta, sejam eles de caráter regulamentar ou meramente executores de indicações legais, inclusive no campo das próprias políticas públicas de transparência administrativa. É importante superar vetustas concepções sobre a separação de poderes. Não se defende, por óbvio, a missão de o Poder Judiciário substituir-se ao administrador na gestão da coisa pública, mas controlar os sentidos administrativos materializados na Constituição, não existindo espaço de decisão desvinculada de um mínimo de incidência (hermenêutica) constitucional. Corolário, não se fala em decisões da Administração Pública sujeitas ao controle de constitucionalidade e decisões não sujeitas, mas em graus de controle de constitucionalidade do exercício das competências discricionárias, determinados em cada caso concreto.

Igual modo de agir deve estar presente na atuação dos órgãos de controle, como no caso do Tribunal de Contas da União, também responsável por efetivar o processo de constitucionalização. O exercício de tais competências administrativas, inclusive sobre a utilização de recursos públicos pelo BNDES, submete-se às indicações constitucionais dos artigos 70 e 71 da Constituição, quando refere padrões normativos do controle a ser exercido: legalidade, legitimidade e economicidade. Tais indicações constitucionais devem ser levadas a sério, no sentido de fundarem o controle de empréstimos realizados por bancos públicos de modo mais republicano, como o realizado pelo TCU no caso julgado pelo STF. É pífia, portanto, a linha de argumentação de o BNDES não diferenciar-se dos demais Bancos, pois capta, intermedia e aplica recursos próprios e de terceiros. Os dirigentes da entidade, no entanto, olvidaram que integra a Administração Pública Indireta, mesmo possuindo personalidade jurídica de direito privado. Cabe aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário não desconhecem a necessidade de exigir a devida transparência, nos termos do artigo 37, “caput”, CF.

A título de exemplo de tal modo de compreender a constitucionalização, de forma específica na órbita do tema sobre transparência administrativa, mesmo antes da edição da Lei

¹³ *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*, In: *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 16.

nº 12527/2011, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de controle sobre a Administração Pública, como na Suspensão de Segurança nº 3902, na qual houve exame de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que suspenderam a divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de cada servidor municipal em sítio eletrônico na Internet denominado “De Olho nas Contas”. Na ocasião, o Prefeito Municipal determinou a divulgação de tais informações, sendo essa decisão atacada por sindicato de servidores públicos. O mais significativo é que antes mesmo do texto da LAIP já se consagrava, ainda que por meio do princípio da publicidade, o direito fundamental de acesso à informação, materializando a transparência administrativa como meio de gestão pública, permitindo o avanço constitucional em relação ao controle social das contas públicas, configurando ofensa à ordem pública proibir a divulgação de tais informações:

“O princípio da publicidade pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88).”

(...)

“No caso, entendo que, quanto às decisões liminares que determinaram a suspensão da divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de cada servidor municipal, em sítio eletrônico na Internet denominado “De Olho nas Contas”, de domínio da municipalidade, está devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública. À semelhança da legislação federal existente sobre o tema, a legislação municipal (fls. 122-126), em princípio, abriu margem para a concretização da política de gestão transparente da Administração Pública, possibilitando maior eficiência e ampliação do controle social e oficial dos gastos municipais. Nesse sentido, as ações judiciais que suspendem a divulgação de parte das informações disponíveis no sítio eletrônico da municipalidade, com a manutenção de dados de apenas alguns servidores em detrimento de outros, acabam por tornar inócua a finalidade, o controle e a exatidão das informações prestadas pela Administração ao cidadão em geral, com evidente prejuízo para a ordem pública.”¹⁴

O caso acima relatado demonstra a importância do grau de compreensão constitucional sobre a transparência administrativa, permitindo o devido controle do Poder Judiciário.

3. A COMPREENSÃO DA LEI Nº 12.527/11 E O CASO BNDES: INTEGRIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O GOVERNO DOS *ARCANA IMPERII*¹⁵.

¹⁴ Suspensão de Segurança nº 3902, Rel. Min. Cezar Peluso, Decisão Proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, j. 08/07/2009, p. 05/08/09.

¹⁵ A expressão significa em latim: autoridades ocultas, misteriosas. Conforme Norberto Bobbio: “uma das razões da superioridade da democracia diante dos estados absolutos, que tinham revalorizado os *arcana imperii* e

Na esteira do precedente referido no tópico anterior, a Lei de Acesso a Informações materializou no plano infraconstitucional o dever de a Administração Pública agir com máxima transparência, adotar a postura do modo de ser democrático do Estado, sendo que o poder administrativo somente legitima-se, como refere Juarez Freitas, com translucidez e aversão à opacidade¹⁶. Tal desiderato não pode significar que em nome da transparência e do direito fundamental de acesso à informação, é possível compreender de modo absoluto o artigo 5º, inciso XXXIII, CF, sem as devidas problematizações hermenêuticas no campo da normatividade de outros princípios, regras e direitos constitucionalmente reconhecidos. Não se pode olvidar que o acesso à informação não possui um caráter metafísico¹⁷, mas se caracteriza como conceito interpretativo¹⁸, na linha do entendimento de Ronald Dworkin e, no Brasil, Lenio Luiz Streck, o que traz diversas consequências. No Caso do BNDES, portanto, de plano e de forma abstrata, não se poderia afastar a possibilidade de alguma espécie de restrição da transparência, sob a linha argumentativa do sigilo. Agora, existe alguma justificação para tal modo de compreensão? Como construir a zona normativa na qual não ocorre a incidência do direito de acesso às informações administrativas?

De plano, não se pode olvidar que compreender o direito de acesso à informação ultrapassa a mera descrição fática, circunstância debatida por Dworkin desde o texto intitulado *O Modelo de Regras I*, quando fez algumas críticas ao positivismo jurídico,¹⁹ pois não se traduz em simples fato social ou em mera regra *tout court*. É preciso algo mais para a interpretação adequada do direito de acesso à informação, sendo insuficiente um reduzido processo de descrição de textos normativos, como bem alude Roberto Porto Macedo Júnior:

“O direito, para Dworkin é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout court*.”

defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes secretos, longe dos olhares indiscretos do público, funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao poder sem máscara.” (*O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regas do Jogo*, 6ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1997 p. 29).

¹⁶ *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 77.

¹⁷ Sobre o tema ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ªed. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁸ Ao discutir sobre o modo de compreender a questão da utilização dos conceitos interpretativos, Ronald Dworkin refere três aspectos interessantes: (a) a explicação de conceitos interpretativos também é uma interpretação; (b) os conceitos interpretativos assim são chamados porque são conceitos em que as pessoas os compreendem melhor quando interpretam as práticas nas quais eles aparecem e (c) a melhor concepção de um conceito interpretativo deve basear-se e contribuir para as concepções de outros conceitos (*Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 171-172.)

¹⁹ Essa questão é examinada por Ronaldo Porto Macedo Júnior em recente estudo sobre o contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito (*Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160-161)

Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação.²⁰

Com efeito, determinar a melhor concepção da transparência administrativa e do direito de acesso à informação apta para lidar com todos os complexos problemas sobre o artigo 5º, XXXIII, CF e com a Lei nº 12.527/11, não se satisfaz com a descrição de regras que tratem do tema. Ao tecer críticas aos nominalistas, Dworkin menciona que o Direito não pode significar um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera dos juízes descobrirem²¹. Portanto, para determinar qual a melhor concepção do direito da transparência administrativa e do acesso à informação não há como recorrer a partículas jurídicas de Direito Administrativo ou de Direito Constitucional flutuando no ar, na esteira do pensamento de Dworkin, eis que não há um ponto de vista externo para determinar a melhor concepção para resolver os casos. Mas também isso não significa que não se possa defender que algumas concepções são melhores que outras, como aduz Lenio Luiz Streck quando sustenta a necessidade de construir uma Teoria da Decisão Judicial para a finalidade de salvaguardar a própria democracia²².

No âmbito desta investigação, compreender a melhor concepção da transparência administrativa e do direito de acesso à informação importa salvaguardar a necessidade de uma atitude interpretativa, voltada para o conjunto de práticas partilhadas pela comunidade. Por essa razão, Ronald Dworkin afirma que os conceitos interpretativos assim funcionam porque partilhamos determinadas práticas sociais e experiências em que tais espécies de conceitos figuram.²³ A atitude interpretativa relaciona-se com a imposição de propósito, de sentido à prática, ou seja, como o direito em análise é um conceito interpretativo, impõe-se a tarefa de problematizar a questão do seu propósito, como refere Ronald Dworkin quando trata da interpretação construtiva²⁴.

As duas questões referidas – transparência administrativa e acesso às informações públicas – estão relacionadas com a concepção de segredo do Estado, entendido aqui como “todo conhecimento, a informação ou a ação que, por ter em vista a manutenção da

²⁰ *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*, p. 201.

²¹ *Los Derechos en Serio*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 63.

²² *Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 328.

²³ *Justiça para Ouriços*, p. 18.

²⁴ *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 64. Essa é outra característica dos conceitos interpretativos, a sua compreensão importa atribuição de propósitos, com base em indicações materializadas em objetivos e princípios, o que permite situar no campo hermenêutico a melhor concepção, cujo debate situa-se no campo hermenêutico da reconstrução do propósito da unidade de princípios que sustentam o direito de acesso à informação. Não é por outra razão que Lenio Luiz Streck, ao examinar o modo de resolver problemas jurídicos, refere a importância de reconstruir a “história institucional” do caso, na linha do pensamento de Dworkin (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p. 203.).

dominação, é destinada pelos detentores do poder do Estado a manter-se oculta do público.”²⁵ Aliás, Platão na *República* mencionava as relações entre o poder do Rei-Filósofo e o segredo, com o pressuposto segundo o qual o povo não deveria ter acesso à verdade, pois somente o Rei-Filósofo sabe a verdade²⁶. Norberto Bobbio, ao examinar a democracia e o poder invisível refere a questão do segredo por ocasião do Estado de modelo absolutista: “o soberano, que é equiparado a um Deus terreno, não têm nenhuma obrigação de revelar aos destinatários de seus comandos, que não constituem um ‘público’, o segredo das suas decisões.”²⁷ Com efeito, quando o texto da Constituição Federal adota como princípio de toda a Administração Pública a publicidade é impossível desconhecer o propósito institucionalizado: não recepcionar aquilo que Norberto Bobbio denominou de *poder autocrático*, pois os agentes públicos imbuídos de tal concepção não apenas escondem para não fazer saber quem é e onde está, mas tende também a esconder suas reais intenções no momento em que suas decisões devem tornar-se públicas²⁸. As questões suscitadas, assim, evidenciam as íntimas relações entre o segredo do Estado e as relações de poder. Tal circunstância não pode passar despercebida dos órgãos de controle e do Poder Judiciário quando examinam casos nos quais entes públicos tornam-se espécie de Reis-Filósofos. Sobre a relevância da publicidade e o caráter deontológico que possui, caracterizando-se como legítima virtude, vale a referência de Immanuel Kant:

Sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría, por tanto, derecho, que es lo que la justicia distribuye y define. La capacidad de publicarse debe, pues, residir en toda pretensión de derecho.

(...)

En tal sentido, me atrevo a proponer otro principio trascendental afirmativo del derecho público. Su fórmula sería la siguiente: «Todas las máximas que necesiten la publicidad para conseguir lo que se proponen concuerdan a la vez con el derecho y la política reunidos.» Pues si sólo por medio de la publicidad pueden alcanzar el fin que se proponen es porque concuerdan con el fin general del público: la felicidad; el problema propio de la política es ése: conseguir la felicidad del público, conseguir que todo el mundo este contento con su suerte. Si, pues, ese fin se consigue por medio de la publicidad de las máximas, disipando toda desconfianza en ellas, es que estas máximas armonizan con el derecho del público, que constituye la única posible base para la unión de los fines particulares de todos.²⁹

²⁵ Cf. CADEMARTORI, Sérgio e 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*. In: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 16, n. 3, p. 329-344, set-dez 2001. Disponível em www.univali.br/periódicos. Acesso em 14.01.2016, p. 330.

²⁶ Cf. CADEMARTORI, Sérgio e 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*, p. 330.

²⁷ *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*, p. 92.

²⁸ *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*, p. 96.

²⁹ KANT, Immanuel. *La Paz Perpétua*, p. 28, in: www.lusofonia.net/textos, Acesso em 14/01/2016.

Com efeito, o cenário no qual o Estado construiu suas bases comprova que o segredo de informações públicas configura-se perigoso obstáculo para implementar o Estado Democrático de Direito, impondo-se vislumbrar a burocracia administrativa, revelada inclusive no âmbito de instituições como o BNDES, trabalha com uma lógica diversa do artigo 37, “caput”, CF e da Lei nº 12.257/11. A jurisprudência do próprio STF, paulatinamente, desconstruiu essa lógica dos poderes autocráticos.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.198-Paraíba³⁰, reafirmou o propósito do direito de acesso à informação pública. Tratava-se do debate sobre a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.755/98 que dispôs sobre a criação pelo Tribunal de Contas da União de sítio eletrônico de informações sobre finanças públicas, com dados fornecidos por todos os entes da federação. A discussão foi sobre a violação ou não do princípio federativo, prevalecendo o entendimento sobre a constitucionalidade do texto normativo, pois, sem criar ônus financeiro para as entidades federativas, materializou o propósito da transparência, eis que pretendia facilitar o acesso pela sociedade a informações sobre todos os entes de federação, materializando o controle mais eficiente por parte do cidadão. Mais uma vez trata-se de afastar a figura dos *arcana imperii* e razões de Estado para não divulgar informações públicas, pois como alude Norberto Bobbio a história da ciência política em diversos momentos examinou o tema acima mencionado, cujo objetivo de tais esferas de imunidade do público sempre foi o de conservar o estado das coisas, de formas de governo, mantendo a lógica do segredo como regra: “no estado autocrático, o segredo de estado não é a exceção mas a regra: as grandes decisões políticas devem ser tomadas ao abrigo dos olhares indiscretos de qualquer tipo de público.”³¹

No que tange à Lei 12.257/11, o artigo 3º refere diversas indicações normativas importantes para o debate sobre o Caso do BNDES, mencionando-se (a) a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção, (b) divulgação de informações de interesse público, independente de solicitações, (c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, (d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e (e) desenvolvimento do controle social da administração pública. Ao examinar o dispositivo, Juliano Heinen, com razão refere que se trata de dispositivo que contém indicações obrigatórias para o intérprete, “um claro balizamento hermenêutico”, contendo padrões axiológicos para a compreensão das demais regras.”³²

³⁰ ADI nº 2.198-PB, STF, Rel. Min. Dias Tóffoli, j. 11.04.2013.

³¹ *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regas do Jogo*, p. 94.

³² *Comentários à Lei de Acesso à informação: Lei nº 12.527/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 111.

O conjunto de indicações para a concretização da transparência administrativa e do direito de acesso à informação necessita da permanente leitura do que foi referido nos itens anteriores deste estudo sobre a constitucionalização do Direito Administrativo e, de forma mais específica, da transparência, pois é inquestionável o caráter deontológico do princípio, dimensão hermenêutica crucial para a adequada aplicação da Lei nº 12.257/11. A questão do caráter deontológico dos princípios jurídicos tem sido desenvolvida por Lenio Luiz Streck, quando refere a relação de cooriginariedade entre Direito e Moral, pois os princípios institucionalizam a moralidade no Direito, indicando o ideal de vida boa, o que se deve ou não fazer.³³

A importante dimensão hermenêutica do acesso à informação não pode significar a construção de obrigações para a Administração Pública sem a devida justificação normativa por regras, sob pena de impor ao Direito Administrativo, em nome de um estado de espetacularização da transparência, a perda de autonomia, como aduz o autor supra. Aqui reside outro aspecto primordial: a divulgação de informações públicas também se destina à permitir o devido controle e não alimentar especulações de outra espécie. Logo, os órgãos de controle, ao obterem acesso às informações, também são responsáveis pelo destino dos documentos, inclusive para evitar práticas sensacionalistas de divulgação na mídia.

A Lei nº 12.257/11, artigo 5º, refere que é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Mas, em contrapartida, existem indicações sobre a existência de limites, como o artigo 6º, inciso III, do diploma legal referido, impondo-se ao mesmo tempo a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso. Os artigos 21 a 31 da Lei nº 12.257/11 possuem diversas regras sobre a restrição na divulgação de informações administrativas, o que efetivamente deve ser compreendido a partir das diretrizes já mencionadas sobre Constitucionalização, República e Democracia com transparência. Na verdade, não se trata de colisão de princípios ou regras, mas do próprio modo de ser hermenêutico, isto é, o direito de acesso à informação, como conceito interpretativo, para ser compreendido de forma adequada deve ir além dele próprio, pois não funciona de forma isolada, na linha do entendimento de Ronald Dworkin. Como esse autor sustenta, a defesa de determinada concepção de um conceito interpretativo deve fundar-se em

³³ *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p. 226-230.

outros conceitos interpretativos para além dele próprio, pois devem estar integrados uns nos outros.³⁴

A jurisprudência do STF tem sido constante no sentido de interpretar o direito de acesso à informação com fundamento em indicações deontológicas, a partir de determinada concepção e que, em alguns casos ensejam debates acalorados, como a decisão proferida por ocasião do julgamento da Suspensão de Segurança nº 3902³⁵, incessantemente depois repetida na vigência da Lei nº 12.527/11, como parâmetro hermenêutico sobre a possibilidade constitucional ou não de divulgar a remuneração de servidores público de forma nominal. Tratava-se de medida requerida pelo Município de São Paulo contra decisões liminares do TJSP em mandados de segurança, cujas decisões colegiadas suspenderam o ato de divulgação nominal da remuneração bruta de cada servidor municipal em sítio eletrônico na Internet, denominado “De Olho nas Contas”.

Na ocasião prevaleceu o entendimento segundo o qual as informações referentes à remuneração de agentes públicos são constitutivas de informações de interesse coletivo ou geral, possibilitando a divulgação oficial, sem que a intimidade dos servidores públicos, vida privada ou segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções do inciso XXXIII, artigo 5º, Constituição Federal. A decisão, portanto, adotou o entendimento de que as informações nominais sobre remuneração são consideradas de interesse público, pois o dado objeto da divulgação em causa diz respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos, ou, utilizando a própria linguagem da Constituição Federal, agentes públicos agindo nessa qualidade (§6º do artigo 37). Após, outras decisões foram tomadas no mesmo sentido pelo STF, permitindo a divulgação da remuneração de servidores públicos de forma nominal, mas destacando em alguns momentos a ressalva da divulgação quanto ao número do CPF e endereço do servidor público³⁶.

³⁴ *Justiça Para Ouriços*, p. 19. Tal questão também é abordada por Lenio Luiz Streck, inicialmente ao criticar a indevida utilização da “ponderação”, destacando que a decisão judicial não deve fundar-se em mera “escolha” de qual princípio prepondera, sob pena de ofensa ao Estado Democrático de Direito. Daí sua crítica à colisão entre princípios e regras, eis que assim como os princípios não funcionam hermenêuticamente isolados, as regras também não. Por trás de cada regra há um princípio que possibilita as condições de materialização das indicações normativas em cada caso – nunca de forma abstrata -, assim como o princípio só adquire toda sua potencialidade deontológica com a regra, igualmente no caso (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p. 177). Com efeito, a integridade de Dworkin assume papel relevante para resolução de casos, exigindo-se a reconstrução do direito e a integridade, compreendida como uma comunidade de princípios: “Não esqueçamos que para Dworkin a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas.” (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p.312).

³⁵ Segundo Ag. Reg. Na Suspensão de Segurança 3.902-SP, STF, Rel. Ministro Ayres Britto, j. 09.06.2011.

³⁶ SL 630, Rel. Min. Presidente, Decisão Proferida pelo Min. Ayres Britto, j. 30.07.2012; SL 623-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 10.07.2013; MS 32020 MC/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15/05/2013; ACO 2143/RS, Rel. Min.

No âmbito da concepção sobre transparência administrativa e o direito de acesso à informação, em linhas gerais, observa-se que o STF manteve a integridade e coerência com relação a outras decisões por ocasião do julgamento do Caso do BNDES, com adequada justificação constitucional sobre o propósito das práticas jurídico-administrativas. Assim, é possível sustentar a correção da decisão proferida. Como aludido, os conceitos interpretativos não podem ser compreendidos de forma isolada ou abstrata, impondo-se contextualizá-los a partir do caso e dialogando com a tradição e o conjunto de indicações normativas, cujo sentido é construído a partir da circularidade hermenêutica das relações intersubjetivas.

Tais conceitos aparecem melhor quando colocados na complexa teia de articulações de sentido uns com os outros, sendo que a melhor concepção é aquela que coloca o acesso à informação administrativa nessa unidade de propósitos e princípios, em que o sentido de um sustenta o outro, assegurando a integridade³⁷ do Direito Administrativo e do próprio Direito Constitucional. É crível destacar que por força da unidade de princípios do artigo 37, “caput”, artigo 5º, incisos X e XXXIII, da Constituição Federal, artigos 5º, 6º, III, 8º, 21 e 25, da Lei nº 12.527/11, tratando-se de entidades da Administração Pública Indireta como o BNDES, realiza melhor o legítimo controle constitucional do TCU o fornecimento das informações e documentos solicitados. As relações entre transparência administrativa e sigilo de assuntos e documentos públicos devem orientar-se hermeneuticamente a partir das bases da constitucionalização do Direito Administrativo, com o pano de fundo do Estado Democrático de Direito, ou seja, incompatível com o governo dos *arcana imperii*, materializando o seguinte princípio fundamental, como alude Norberto Bobbio: “o caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção.”³⁸

CONCLUSÃO.

O Caso do BNDES configurou excelente pretexto para colocar mais uma vez no centro das discussões as dificuldades da democracia periférica do Brasil de tornar efetiva a Constituição como diretiva fundamental para os poderes públicos, em especial, considerando o objetivo desta investigação, para bancos públicos, que de fato usufruem de algumas

Gilmar Mendes, j. 16/05/2013; Ag. Reg. No RE 766-390-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.06.2014; MS 31490/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/06/2014.

³⁷ *Justiça para Ouriços*, p. 193.

³⁸ *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*, p. 86.

benesses da personalidade privada, mas cujo foco de atuação é a gestão de recursos públicos. A análise do precedente permitiu concluir a relevância de compreender os conceitos em jogo como transparência, acesso às informações e sigilo como conceitos interpretativos, ou seja, cujo sentido não se obtém de algum elemento externo ou de forma natural, mas por meio da interpretação. A melhor justificativa hermenêutica, capaz de sustentar a justificação do caso BNDES, exige vislumbrar a integridade e coerência como indicações relevantes, pois o conjunto de práticas sociais e jurídicas é melhor descrito quando compreendido na sua unidade interpretativa.

O vetusto discurso da discricionariedade administrativa no fornecimento de informações públicas é insustentável frente ao paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, eis que não há legitimidade na estruturação de zonas de imunidades, em especial, como no caso julgado pelo STF, relativamente ao âmbito do alcance do controle sobre contas públicas e operações financeiras de bancos que utilizam verbas públicas.

A transparência administrativa e o direito de acesso às informações da Administração Pública devem ser compreendidos com base na concepção que ultrapassa o modo de exercício dos poderes por Governos Autocráticos, ou seja, aqueles marcados pela ocultação e pelo segredo. A Constituição Federal, ao institucionalizar o bom governo no Estado Democrático de Direito, trabalha com a lógica oposta, podendo-se dizer que o poder invisível não foi recepcionado.

O julgamento do Caso BNDES, na linha de outros precedentes do STF, indica a conclusão final de que entidades da Administração Indireta, mesmo atuando no mercado bancário, não podem adotar a figura dos *arcana imperii*, dos segredos de Estado para não cumprir com determinações dos órgãos de controle, especialmente o TCU, cuja missão constitucional é aferir a legalidade e legitimidade das contas públicas. Aqui reside a grande unidade hermenêutica de compreensão da transparência administrativa, respeitar o propósito do exercício público de poderes, ou seja, sem cair na espetacularização, salvaguardar o legítimo controle das contas públicas do caso.

REFERÊNCIAS.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. 6ªed. São Paulo: Paz e Terra.

CADEMARTORI, Sérgio e 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*,

- DESCALZO, Antonio. *Buen Gobierno: ámbito de aplicación. Principios Generales y de Actuación, Infracciones Disciplinarias y Conflicto de Intereses*, In: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Estudio de la Ley 19/2013 de 9 de Diciembre. Madrid: Tecnos, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *Los Derechos en Serio*. 2ªed. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano e PÉREZ MONGUIÓ, José María. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Thomson Reuters/Aranzadi: Pamplona, 2014.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *La Teoría del Derecho en Tempos de Constitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GUICHOT, Emílio. *El Sentido, El Contexto y La Tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, In: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de Diciembre. Madrid: Tecnos, 2014.
- HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei 12.527/2011*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.
- HOMERCHER, Evandro T. *O Princípio da Transparência e o Direito Fundamental à Informação Administrativa*. Porto Alegre: Padre Reus, 2009.
- MACEDO JÚNIOR, Roberto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra: ALMEDINA, 2007.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- _____. *El Derecho a una buena Administración para los ciudadanos. Un modelo global de Administración*. INAP: Oleiros(La Coruña) – Spain, 2013.
- SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel Bandrés. *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*, In: *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ªed. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.