



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO



Camila Fernandes Santos Bernades

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO:
Uma análise sob a ótica do princípio da transparência

Uberlândia
2015

Camila Fernandes Santos Bernades

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO:
Uma análise sob a ótica do princípio da transparência**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU), para fins de obtenção do grau de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

B517d Bernades, Camila Fernandes Santos, 1982-
2015 O direito fundamental de acesso à informação : uma análise sob a
ótica do princípio da transparência / Camila Fernandes Santos Bernades.
- 2015.
174 f.

Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Brasil - Teses. 3.
Liberdade de informação - Brasil - Teses. 4. Administração pública -
Brasil - Teses. I. Melo, Luiz Carlos Figueira de, 1958-. II. Universidade
Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 340

Camila Fernandes Santos Bernades

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO:
Uma análise sob a ótica do princípio da transparência**

Aprovado em: _____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo – Orientador

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, José e Maria, os quais me ensinaram a trilhar o caminho da busca pelo conhecimento e a dedicação incansável para a realização dos sonhos.

Este é mais um grande sonho realizado!

Dedico também ao meu marido Gustavo, companheiro e amigo de todas as horas, sem o qual tudo isso não passaria de um sonho, e à minha irmã Amanda, sem dúvida, um exemplo na arte de educar e cuja dedicação à pesquisa me motiva sempre a ir um degrau além.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, o Senhor da minha vida, quem me dá o alicerce necessário para viver e realizar todas as coisas.

Especialmente ao Professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, meu grande amigo, cujo apoio ao caminhar foi imprescindível para a conclusão do trabalho. Seus ensinamentos e disponibilidade ficarão para sempre marcados em minha história.

Ao Coordenador e aos professores do Curso de Mestrado desta Faculdade, pelos esforços dispensados no escopo de aperfeiçoar o ensino e por sempre acreditarem no poder da educação.

Aos meus pais José e Maria, que amam a mim e minha irmã incondicionalmente e dedicaram suas vidas à felicidade de nossa família. Educação sempre foi o vetor a nortear nossa casa, e o carinho e a paixão pelos livros, a alegria adquirida com a leitura, a diversão vinda das palavras e o questionar constante, a busca pelo conhecimento restaram como herança em meu viver.

À minha irmã Amanda, por todo o carinho, confiança, palavras amigas, dicas e correções tão relevantes para a consecução da pesquisa. Exemplo de persistência, coragem e amor pela educação.

Ao meu querido marido Gustavo, por seu carinho e pelas intermináveis horas de estudo e dedicação, e por aceitar a enfrentar comigo esse intenso caminhar.

Aos meus amigos e familiares, que entenderam a minha ausência e me deram todo o apoio necessário.

Aos colegas de trabalho do Banco do Brasil Agência Empresarial Triângulo, que se empenharam em me auxiliar sempre que necessário, me permitindo assistir às aulas e me dedicar à pesquisa, demonstrando um extremo carinho e companheirismo.

Aos amigos Giovanna, Rosa e Mário, verdadeiros anjos que Deus colocou no meu caminho para me ajudar na pesquisa e na vida. Palavras não conseguem expressar o carinho e gratidão que tenho pela amizade e apoio de vocês, exemplos de inteligência, dedicação e desprendimento, sempre dispostos a ajudar, a enxugar as lágrimas, a dar gargalhadas e dividir livros, conhecimentos e sonhos!

RESUMO

O trabalho tem por escopo demonstrar que os preceitos do direito administrativo devem, assim como as demais normas do ordenamento jurídico, acompanhar as alterações da sociedade e, nesse ínterim, devem abandonar a postura antiquada de outrora, se adequando à exigência de uma administração pública transparente e democrática, na qual vigora a relação de confiança entre os cidadãos e os agentes públicos. A lei nº 12.527 promulgada em 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso à Informação Pública, consagra o princípio da transparência administrativa e exige o agir da administração pública conforme os ditames da democracia. No Estado Democrático de Direito não se tolera a concepção de uma administração pública cuja regra seja o sigilo. O acesso à informação é concebido como um direito fundamental democrático e, por seu turno, o princípio da transparência consagra a exigência de que haja não apenas a mera publicidade dos atos da administração pública, mas o efetivo acesso à informação. Assim, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem, além dos métodos argumentativo e empírico, o método de procedimento monográfico e como procedimento técnico será utilizada a pesquisa bibliográfica, mediante estudo de doutrinas que tratam do assunto. Primeiramente, será destacada a necessária relação entre democracia, Estado Democrático de Direito e a atuação da administração pública à luz do princípio da transparência. Em seguida, analisar-se-á o conteúdo e a estrutura do direito fundamental de acesso à informação pública e do princípio da transparência, vistos como instrumentos de combate à corrupção. Nesse sentido, a presente pesquisa intenta compreender o modo pelo qual a lei 12.527/2011 representa um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, compreender a inversão do paradigma do sigilo e demonstrar os caminhos percorridos até culminar na edição do documento legal, bem como verificar se o mesmo aprimorou a participação do cidadão na gestão dos interesses tutelados pela administração pública no Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Acesso à informação; Princípio da transparência; Lei 12.527/2011.

ABSTRACT

This research has as goal to demonstrate that the administrative law principles should to follow the changes in the society, as the other legal systems standards, to follow the changes in the society, and so, they should to exclude the old posture, fitting the requirement of a transparent and democratic public administration, forcing the trust between citizens and public agents. The law nº. 12.527, enacted on November 18th in 2011, and the Law on Access to Public Information, that enshrines the principle of the Administrative Transparency Act, and requires that the Public Administration act according to the dictates of democracy. A democratic State does not tolerate the concept of a Public Administration whose rule is confidentiality. The access to information is conceived as a democratic fundamental right, so, the transparency principle establishes the requirement that there be not only advertising of acts of public administration, but effective access to information. Thus, will be used the deductive method, the method of monographic procedure and as a technical procedure will be used the bibliography research, by study of doctrines dealing with the subject. First, the relation between democracy will be highlighted the relation between democracy, Democratic State, and the role of Pubic Administration under the principle of transparency. Then will be analyzed the contents and the structure of the right of access to public information and the principle of transparency, as instruments to end corruption. In this sense, this research tries to understand the way in which the law nº. 12.527/2011 is a breakthrough for the Brazilian legal system, to understand the reversal of the paradigm of the secrecy and demonstrate the paths until the issue of the legal document, and to verify if it enhanced the citizen's participation in the management of the interests protected by the Public Administration in a Democratic State.

Keywords: Access to information; Principle of Transparency; Law nº. 12.527/2011.

“Se for preciso curar a corrupção do gênero humano, é preciso fazê-lo sobretudo por meio de uma atenta e prudente educação da juventude, assim como quem quer restaurar um jardim precisa, necessariamente, plantar novos arbustos e dedicar-lhes muitos cuidados para que cresçam viçosos”

(FATTORI, Marta. **Didática Magna: Comenius**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 29)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONFIANÇA COMO VETOR DE ATUAÇÃO	16
2.1	Reflexões críticas sobre a democracia	16
2.2	Noções acerca do Estado Democrático de Direito	25
2.3	O princípio da participação popular no Estado Democrático de Direito e a necessidade de reconfiguração dos aparelhos do Estado	32
<i>2.3.1</i>	<i>Concepção democrática dos agentes públicos e dos cidadãos: a questão da confiança</i>	<i>36</i>
<i>2.3.2</i>	<i>Transparência e controle da administração pública como requisitos da democracia</i>	<i>43</i>
3	O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS DE MITIGAÇÃO DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	51
3.1	Acesso à informação pública: um direito fundamental	51
3.2	Acesso à informação e o princípio da transparência administrativa como desdobramentos da participação popular: do constitucionalismo garantista ao constitucionalismo emancipatório	62
<i>3.2.1</i>	<i>Concepções acerca do direito fundamental de acesso à informação</i>	<i>69</i>
<i>3.2.2</i>	<i>Conteúdo e estrutura do princípio da transparência administrativa</i>	<i>81</i>
3.3	Informação pública como combate à corrupção e os desafios para o futuro	88

4	ACESSO À INFORMAÇÃO E INTERESSE PÚBLICO: A LEI 12.527/2011 E DESDOBRAMENTOS ACERCA DO SIGILO, TRANSPARÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE	98
4.1	Acesso à informação no direito brasileiro	98
4.1.1	<i>O novo paradigma do sigilo na esfera administrativa após a promulgação da lei 12.527/2011</i>	103
4.2	O princípio da supremacia do interesse público e o direito fundamental de acesso à informação	111
4.3	O dever de transparência relativizando o direito à intimidade dos funcionários públicos	122
4.4	A lei 12.527/2011 e democracia: cidadãos brasileiros decidindo juntos com a administração pública	137
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
	REFERÊNCIAS	147
	ANEXO 1 – Relatório 2013	158
	ANEXO 2 – Relatório 2014	166

1 INTRODUÇÃO

O direito é, em sua essência, um instrumento de pacificação social e deve estar em consonância com as relações existentes na sociedade, sendo que as normas contidas em determinado ordenamento jurídico vigente devem refletir os anseios dos cidadãos e ser capaz de solucionar os mais diversos pleitos que porventura venham a existir. Para cumprir essa finalidade, o arcabouço jurídico precisa manter-se atualizado e acompanhar a evolução dos mais diversos campos da sociedade que pretende comandar.

Na esfera da administração pública não poderia ser diferente, haja vista que é imprescindível que as normas do direito administrativo cumpram a sua inevitável função de acompanhar a relação existente entre os administrados e o Estado. O fato é que essa relação vem sofrendo alterações ao longo da história, e está cada vez mais abrindo mão de uma visão arcaica e totalitarista, para dar lugar a uma gestão participativa e transparente.

A promulgação da lei nº 12.527, em 18 de novembro de 2011, a qual ficou conhecida com a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI), vem para cumprir esse desiderato, a fim de elevar, na trilha dos ditames da Constituição Federal de 1988, a transparência a um nível maior de importância e alinhar o agir da administração pública ao paradigma democrático. Em um Estado Democrático de Direito não se tolera a concepção de uma administração pública cuja regra seja o sigilo e cujas decisões sejam tomadas em salas fechadas.

Assim, o escopo da presente pesquisa é demonstrar que o acesso à informação deve ser concebido como um verdadeiro direito fundamental democrático e, por seu turno, o princípio da transparência consagra a exigência de que haja não apenas a mera publicidade dos atos da administração pública, mas uma efetiva possibilidade de consulta e compreensão dos mesmos.

Nesse intento, será demonstrada a relevância da transparência nos atos praticados pelo poder público em um Estado regido pelo princípio democrático, a fim de garantir a fiscalização e controle das ações administrativas, o que se alcança não somente com a publicidade, mas através de efetivos instrumentos de transparência, como os trazidos pela nova lei.

Assim, far-se-á análise do espírito da lei 12.527/2011, perfazendo uma correlação com seus antecedentes históricos e normativos sob o prisma da

democracia e do princípio da transparência. Pretende-se, assim, apreender o conteúdo jurídico do princípio da participação popular e do direito fundamental de acesso à informação, ressaltando a relevância da matéria e a repercussão das discussões existentes acerca da promulgação da lei supracitada.

Relevante se faz, nesse contexto, demonstrar como a transparência é primordial para a garantia dos direitos tutelados pelo poder público em um Estado Democrático de Direito, apresentando uma análise sistêmica da função administrativa, a partir do estudo acerca do direito fundamental de acesso à informação, devidamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988 em diversos trechos e recentemente regulamentado por uma legislação específica.

Desta forma, a administração pública passa a oferecer, em virtude da nova lei, a efetiva possibilidade de acesso à informação aos cidadãos, e a consequente fiscalização dos atos realizados pelos agentes públicos. A função administrativa, justamente por sua natureza, não pode ser considerada incólume de controle, uma vez que seu escopo primordial é satisfazer os interesses da coletividade. É inconcebível a existência, em um Estado Democrático de Direito, de uma administração sem transparência.

Importante destacar a relevância do princípio da participação popular para o regular e contínuo controle da função pública pelos cidadãos, uma vez que os princípios são de enorme utilidade para a aplicação do direito, pois auxiliam no exercício da interpretação dos preceitos que regem a sociedade, além de propiciarem o preenchimento de algumas lacunas existentes nas leis do ordenamento jurídico. Os princípios são, pois, o fundamento básico de todo um sistema, a base de validade das demais regras.

Desta forma, o princípio da participação popular é um dos pilares da democracia, um verdadeiro valor democrático, haja vista que permite que a população tenha voz nos procedimentos adotados pela administração pública, o que somente se faz possível com a devida aplicação do princípio da transparência administrativa. Por sua vez, o direito fundamental de acesso à informação configura-se em um importante instrumento garantidor da participação do povo na gestão da coisa pública.

O agente público é apenas o gestor dos interesses do povo, este, de fato, o verdadeiro titular dos direitos e garantias individuais, tendo como obrigação a administração fornecer ferramentas hábeis para a participação do povo no

desenvolvimento da função administrativa, concedendo aos administrados a oportunidade de controlar os atos por ela praticados. Nesse sentido, o princípio da transparência dos atos dos agentes públicos também se mostra extremamente relevante para que as normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro tendentes a proporcionar a participação do cidadão sejam efetivas. Assim, não basta que se garanta a publicidade, há de se exigir a transparência.

É justificável a análise do tema da presente proposta não só pela importância da matéria, mas principalmente para proporcionar aos cidadãos o conhecimento dos instrumentos existentes que possibilitam a participação popular nos atos administrativos, a fim de legitimar o exercício da função pública e garantir a efetiva tutela dos direitos e garantias dos administrados e, por conseguinte, a cidadania.

Nesse contexto, utiliza-se enquanto questões de investigação:

- 1) *De que forma a transparência e o direito fundamental de acesso à informação se relacionam com a democracia?*
- 2) *O princípio da transparência garante uma administração pública mais eficiente, responsiva e livre de corrupção?*
- 3) *De que forma o princípio da transparência pode relativizar o direito à intimidade?*
- 4) *A promulgação de uma lei garantidora do direito de acesso à informação representa um efetivo instrumento de participação popular e controle do cidadão dos atos administrativos?*

Para cumprir o mister proposto neste trabalho, elege-se como procedimento metodológico o método dedutivo de abordagem, que parte de premissas universais válidas e verdadeiras para uma inferência particular, consequentemente válida e verdadeira, além dos métodos argumentativo e empírico, por se trabalhar com princípios norteadores da matéria e análise de dados para a verificação da aplicação do assunto no dia-a-dia da sociedade, e método de procedimento monográfico, mediante a análise textual, temática e interpretativa do conteúdo da legislação em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, bem como das teorias correlacionadas ao assunto. No que tange ao procedimento técnico, será utilizada a pesquisa teórica, mediante estudo de obras que tratam do assunto, com a compilação e revisão de material bibliográfico acerca dos temas propostos, com

ênfase na relação entre a transparência no Estado Democrático de Direito, o direito fundamental de acesso à informação e a lei 12.527/2011.

Com a consecução da pesquisa objetiva-se:

- 1) Contribuir com novas propostas que tragam embasamentos ao princípio da transparência como elemento primordial para a garantia dos direitos tutelados pelo Poder Público;
- 2) Demonstrar que dentre os objetivos do Estado Democrático de Direito está o efetivo controle dos atos da administração pública pelos cidadãos, os quais detêm o direito de acesso à informação da atividade estatal, um direito fundamental garantido constitucionalmente;
- 3) Enriquecer a reflexão acerca da transparência, destacando a maneira pela qual o direito fundamental de acesso à informação foi aprimorado com o advento da lei 12.527/2011; e
- 4) Em especial, trazer contribuições, ainda que modestas, acerca da relevância de se exercer o direito de participação popular como garantia do exercício da cidadania, buscando compreender se e de que modo o direito fundamental do acesso à informação e o dever de transparência da atividade dos agentes públicos configuram-se como instrumento eficaz para a efetiva democratização do agir administrativo, permitindo que o povo, legítimo detentor do poder, participe ativamente da maneira como são tutelados seus interesses pela administração pública.

Assim, a fim de atender aos objetivos propostos, percorre-se o caminhar da seguinte maneira: o primeiro capítulo tem o intuito de demonstrar a inexorável relação entre a concepção do Estado Democrático de Direito e a moderna tendência da atuação da administração pública à luz do princípio da transparência, fazendo-se necessário, primeiramente, a análise do ideário democrático, para vislumbrar o nexo existente entre a democracia e a nova cultura que permeia o agir dos administradores, bem como o estudo acerca da participação popular e da inevitável reformulação dos aparelhos estatais, tendente a atender as exigências da concepção democrática dos agentes públicos, vistos como detentores da confiança dos administrados, os verdadeiros titulares do poder.

Uma vez averiguada a relação existente entre a democracia e a nova configuração da administração pública, o segundo capítulo dedica-se à investigação do acesso à informação como um direito fundamental e do princípio da transparência

administrativa como condicionante inerente à atuação da administração pública inserida no viés da gestão democrática. Analisar-se-á o conteúdo e a estrutura do direito de acesso à informação pública e do princípio da transparência, no contexto da moderna concepção de sociedade da informação, propagados como instrumentos de combate à corrupção, apurando alguns desafios para o futuro.

Suplantadas as questões iniciais, adentra-se, no terceiro capítulo à análise do acesso à informação no ordenamento jurídico brasileiro, perfazendo o caminho percorrido até a promulgação da lei 12.527 em 18 de novembro de 2011, inquirindo algumas das novidades trazidas pelo documento legal, especialmente no que tange à questão do novo paradigma do sigilo na esfera administrativa. Intenta-se compreender a conformação e convivência harmônica entre o princípio da supremacia do interesse público e o direito fundamental de acesso à informação, bem como assimilar a ponderação entre a transparência administrativa e o direito à intimidade dos agentes públicos. Como resolver o instigante paradoxo que nasce entre o dever de transparência dos atos da administração pública e o sigilo de algumas informações pessoais dos administradores?

É imperioso verificar, finalmente, ainda que de maneira en passant dado o escasso lapso temporal da promulgação da Lei de Acesso à Informação até os dias atuais, a maneira como a mesma foi recepcionada pela população brasileira, buscando subsídios para investigar se a democracia do nosso país, de fato, está mais fortalecida após o novo instrumento legal.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONFIANÇA COMO VETOR DE ATUAÇÃO

Com o escopo de analisar a conexão existente entre o Estado Democrático de Direito e a forma de atuação da administração pública à luz dos princípios da transparência e da participação popular, faz-se necessário o estudo do ideário democrático, vislumbrando o nexó existente entre a democracia e a nova cultura que permeia o agir dos administradores, bem como demonstrar que se faz necessária a modernização dos aparelhos do Estado para atender as exigências da concepção democrática dos agentes públicos, os detentores da confiança do povo, verdadeiro dono do poder.

2.1 Reflexões críticas sobre a democracia

Para a devida apreensão do direito fundamental de acesso à informação, primordial o desenvolvimento de uma reflexão crítica acerca da democracia e seus desdobramentos aplicáveis no âmbito da administração pública.

A palavra democracia deriva do grego, sendo que “*demos*” = povo e “*kratós*” = força, poder. Daí dizer-se que democracia é

uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, com tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia¹.

Assim, conforme transmitido inicialmente pelo pensamento político grego, democracia é o governo do povo pelo povo, definida como o governo de muitos, governo da maioria. O fato é que a palavra democracia, embora seja um termo bastante utilizado, poucas vezes é racionalizado e internalizado pelos cidadãos.

Com propriedade, Paulo Ferreira da Cunha afirma que a democracia é hoje tópico recorrente e de certa forma gasto, até de maneira perigosa, tendente a levar o assunto a uma inadequada banalização. Afirma o autor que “democracia é expressão que, de assim corrompida, parece apenas salvar-se e apreciar-se quando

¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 7.

adjetivada”². E, apesar de ser tema bastante desenvolvido na doutrina, é obviamente relevante, haja vista que é inócuo analisar os preceitos do Estado Democrático de Direito, entre eles a exigência de prestação de contas da administração pública, destoando da democracia.

Válido perceber, contudo, que nem sempre se concebeu a democracia como melhor forma de governo. Na Grécia antiga, por exemplo, Aristóteles afirmava que se dá o nome de democracia à sociedade política que corresponde à corrupção da *politeia*, e que

não é sem razão que se censura tal governo e, de preferência, o chamam democracia ao invés de República; pois onde as leis não têm força não pode haver República, já que este regime não é senão uma maneira de ser do Estado em que as leis regulam todas as coisas em geral e os magistrados decidem sobre os casos particulares. Se, no entanto, pretendemos que a democracia seja uma das formas de governo, então não se deverá nem mesmo dar este nome a esse caos em que tudo é governado pelos decretos do dia, não sendo então nem universal nem perpétua nenhuma medida³.

Entretanto, com o passar dos tempos, essa concepção foi se alterando e o próprio conceito de democracia foi ganhando diferentes nuances, sendo que “o que hoje conhecemos relativamente à democracia é fruto de um quase milagre”⁴. Isso porque a partir do século XX esse conceito foi exaustivamente trabalhado pelos estudiosos, ao passo que hodiernamente muito dificilmente algum intelectual se posicione contrário à democracia.

Como bem afirma Norberto Bobbio, “da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, embora se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo”⁵. Assim, mesmo que com algumas alterações na forma de efetivação, a democracia ainda mantém as mesmas prerrogativas de outrora.

Nesse ínterim, a respeito da democracia aplicada de diferentes maneiras, mas ainda resguardando seu princípio fundamental, qual seja o governo do povo

² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova teoria do Estado. Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 122.

³ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova teoria do Estado. Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 124.

⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova teoria do Estado. Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 124.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 31.

pelo povo, o doutrinador Ricardo Arnaldo Malheiros esclarece que a *Landsgemeinde*⁶, fenômeno que acontece na Suíça, é uma lembrança da democracia direta, pois “os cidadãos ativos dessas comunidades montanhesas, ou melhor, os que têm direito a voto, reúnem-se, ao ar livre, numa praça circular, denominada *Ring*, para eleger ou confirmar suas autoridades”⁷. Curioso notar que se trata de uma das regiões mais industrializadas da Suíça, e foi onde, “em 1864, que a *Landsgemeinde* votou a primeira lei de proteção ao trabalho em todo o continente europeu”⁸.

Adverte ainda o autor que apesar de ser caracterizada por inúmeras formalidades, fato que pode levar à equívoca conclusão de que trata-se de um “festival político”, pois acaba atraindo um número considerável de turistas ao local,

na verdade, o fenômeno impressiona pelo ar de seriedade que dela emana. Em nossos dias, (...) quando o Estado é ameaçado pelo anonimato (mesmo numa república federal como a Suíça, com suas formas de democracia semidireta), já que ele é visível ao cidadão somente através de formulários, balões e guichês, é muito importante que, uma vez por ano, ele se apresente vivo, na procissão das autoridades e na cerimônia do *Ring* e que o indivíduo, tornado soberano, possa expressar sua opinião e eleger seus líderes, levantando a mão entre os iguais⁹.

Porém, seja exercida de maneira direta ou indireta, o fato é que a democracia é um fenômeno extremamente dinâmico, ou seja, “para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”¹⁰. Interessante perceber, na linha de pensamento de Norberto Bobbio, que a democracia é cheia de promessas não cumpridas, característica mesmo da sua complexidade e dos

⁶ A *Landsgemeinde* acontece na Suíça, no Cantão Glarus e nos semicantões de Obwalden, Nidwalden, Appenzell-Rhodes Interiores, no fim de abril e no começo de maio, quando os realiza-se solenemente a votação dos representantes. Nesse ambiente, reúnem-se os cidadãos ativos, os membros da máquina administrativa, os representantes do Legislativo e os juizes, e discutem-se questões relevantes do Estado e até mesmo a possibilidade de revisão constitucional. Inclusive, Jean-Jacques Rousseau considerava a *Landsgemeinde* a forma perfeita do exercício da soberania popular. In: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Aulas de Teoria do Estado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 121.

⁷ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Aulas de Teoria do Estado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 121.

⁸ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Aulas de Teoria do Estado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 123.

⁹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Aulas de Teoria do Estado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 123 e 124.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 9.

obstáculos a serem vencidos, mas nem por isso pode-se afirmar uma crise ou fim do regime democrático. Norberto Bobbio assevera que não acredita em uma crise do regime democrático, haja vista que não se trata de uma “degeneração da democracia, mas sim de adaptação natural dos princípios abstratos à realidade ou de inevitável contaminação da teoria quando forçada a submeter-se às exigências da prática”¹¹.

No que concerne ao estudo da democracia, pode-se consignar que uma das mais lúcidas investigações sobre a essência desse instituto, na análise da realidade e não nas normas positivas, foi feita por Hans Kelsen, em sua famosa obra “A democracia”.

O teórico elaborou uma profunda análise do fenômeno democrático e perpassou pelos principais desdobramentos a fim de analisar a razão prática da democracia. A obra, escrita em 1929, é, na verdade, não uma obra do direito, mas um estudo da ciência política, elaborada por Kelsen na tentativa de justificar, no terreno dos fatos, a razão prática da democracia. Em uma ocasião extremamente decisiva para a Europa, Hans Kelsen atuava como redator da Constituição Austríaca e como membro vitalício do Tribunal Constitucional, inclusive, sua invenção, e estava envolvido na polêmica aberta contra os democratas pelos comunistas, fascistas conservadores, resultando, daí, o estudo acerca da democracia.

Segundo Kelsen, as revoluções burguesas de 1789 e 1848 fizeram com que o ideal democrático permeasse o pensamento político, “tanto que aqueles que empreendiam opor-se mais ou menos à atuação desse ideal faziam-no com uma reverência cortês ao princípio fundamentalmente reconhecido”¹². Ou seja, falar em democracia era a palavra de ordem, exaustivamente presente nos discursos dos séculos XIX e XX.

Na ideia de democracia, ainda conforme o autor, há de se compreender as seguintes questões:

a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, o protesto contra o tormento da heteronomia. É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 10.

¹² KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: “Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim? Assim, a ideia absolutamente negativa e com profundas raízes anti-heróicas de igualdade trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade¹³.

Nesse sentido, a democracia não pode evitar que os homens sejam mandados por seus semelhantes, mas esse conflito se resolve com a construção de uma misteriosa vontade coletiva, distinta da vontade das pessoas individuais, ou seja, é a personificação da pessoa do Estado. Daí, os administradores públicos aparecem apenas como órgãos do poder, não como detentores do poder. Dominação do homem pelo homem, mas não pelo homem de carne e osso, mas dos homens pelos homens, na figura do Estado. Democracia, então, significa identidade entre o sujeito e o objeto do poder, dos governantes de governados.

Desse raciocínio, resulta o papel fundamental do Parlamento, o qual é um órgão coletivo, de pessoas elegidas pelo povo, por sufrágio universal, democrático, que toma as decisões por maioria.

Ainda na esteira do pensamento de Hans Kelsen, é correto afirmar que dada a modernidade das relações e das sociedades atuais, é ingênuo imaginar que seria possível a forma primitiva de democracia direta, como um dia quis Rousseau. O Parlamento, então, toma as vezes de representante do povo, é o conteúdo real da ideia técnica de representação política. Diz Kelsen que a teoria democrática do contrato social é uma ficção ideológica, mas que representa bem, pois as pessoas abrem mão de sua liberdade natural para adquirirem a liberdade social.

Em sua obra, o supracitado jurista não analisa apenas a questão da elaboração das leis, mas também investiga o problema da execução das mesmas, questionando o modo de pensar a execução das leis no sistema democrático. Nesse contexto, insta notar que o célebre doutrinador estabelece uma importante diferenciação entre democracia na elaboração das leis e democracia na execução das leis, sendo que os termos “democracia” e “burocracia”, os quais parecem ser opostos, na verdade são complementares.

A burocracia significa que é preciso cumprir certas condições para manter a democracia, propugna-se, na verdade, a ideia de legalidade. Diz, então, Kelsen que o destino da democracia moderna depende, em grande medida, da

¹³ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

organização sistemática de todas as instituições de controle, pois a democracia sem controle não pode durar, daí a relação extremamente íntima entre o princípio da legalidade e a democracia.

Nesse sentido, cabe destacar o contraponto feito por Norberto Bobbio em sua obra “Liberalismo e democracia”, em que analisa, dentre outras questões, a liberdade dos antigos e a dos modernos, afirmando que erroneamente se vincula a ideia de democracia ao liberalismo. Ora, diz o jurista, “um Estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras”¹⁴.

Assim, devemos inquirir o conceito e atributos da democracia desvinculando-o da suposta ligação com o liberalismo, na esteira de pensamento de Benjamin Constant, em seu célebre discurso no Ateneu Real de Paris em 1818:

a antítese entre liberalismo e democracia foi enunciada e sutilmente defendida por Benjamin Constant (1767-1830) no célebre discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1818 do qual é possível fazer começar a história das difíceis e controvertidas relações entre as duas exigências fundamentais de que nasceram os Estados contemporâneos nos países econômica e socialmente mais desenvolvidos: a exigência, de um lado, de limitar o poder e, de outro, distribuí-lo. O objetivo dos antigos – escreve ele, era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições.¹⁵

Pois bem, nota-se, portanto, que a democracia é na verdade um fenômeno que foi evoluindo com o passar dos tempos e adquirindo novos atributos, não se vinculando, necessariamente, a este ou aquele modelo de Estado. Gustav Radbruch afirma que “para a democracia, é ponto de partida a renúncia definitiva que o indivíduo faz em favor da vontade do Estado, representada pela vontade da maioria, da sua liberdade pré-estatal, para receber em troca apenas a possibilidade de participar, ele, na formação dessa vontade”¹⁶.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 7.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 8.

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. revista e acrescida. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 147.

Com profundidade textual, o ilustre doutrinador Fábio Konder Comparato, ao fazer a análise da evolução histórica dos direitos humanos, perfaz um relevante estudo acerca do nascer do Estado de Direito, intimamente ligado à ideia de democracia:

Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a c. 963 a. C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior¹⁷.

Em sua análise, o autor esclarece que a democracia ateniense tem como fundamento o princípio da preeminência da lei da participação ativa do cidadão nas funções do governo, haja vista que os gregos tinham um respeito quase religioso às leis.

Na política ateniense, portanto, o poder dos governantes foi estritamente limitado pela lei. A respeito da obediência quase irrestrita dos gregos à lei, importante transcrever que

na prosopopéia das leis, que Platão apresenta no Críton⁷¹, Sócrates imagina que, diante de sua eventual tentativa de se subtrair pela fuga à condenação à morte, pronunciada pelo povo de Atenas em aplicação de suas leis, estas o considerem triplamente culpado: por se revoltar contra elas, que permitiram, pela organização da família, que ele viesse ao mundo: que presidiram, em seguida, à sua educação; e, finalmente, porque, tendo ele se comprometido a obedecê-las, vinha assim quebrar perfidamente a sua promessa.¹⁸.

É, então, na democracia ateniense que se vislumbra nitidamente a figura de um Estado governado pelo próprio povo, pois que, na vida política ateniense, por mais de dois séculos (de 501 a 338 A. C.), o poder dos governantes foi estritamente

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26 e 27.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27.

limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pelo jogo complexo de um conjunto de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo¹⁹.

Nessa ótica, Fábio Konder Comparato faz ainda a indicação de vários outros fatores históricos que levaram à atual situação de reconhecimento dos direitos e da estrutura de Estado que vivemos, tais como a ascensão da burguesia, o surgimento e fortalecimento do capitalismo, as revoluções francesa e americana e o reconhecimento dos direitos humanos nas Constituições. Mas, o que interessa à pesquisa nesse instante é o intróito que o autor elabora acerca da democracia e respeito às leis. Insta, então, perceber, como bem fez o notório autor, que a democracia está intimamente ligada à limitação do poder através do direito, das normas elaboradas para reger determinado Estado. Seja em seus primórdios, no Reino de Davi, seja no cerne da democracia moderna, qual seja a democracia ateniense, essa relação se faz imprescindível.

A fim de se aprofundar nas reflexões a respeito da democracia, apetecível também explorar o texto “Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria” de Jorge Reis Novais, onde o autor faz uma brilhante análise sobre a democracia, e estuda a afirmação de Dworkin segundo a qual os direitos fundamentais seriam um verdadeiro trunfo contra a maioria, como em jogo de cartas.

Nesse contexto, funcionaria da seguinte forma: um cidadão, com seu direito fundamental, se dirige ao Poder Judiciário, órgão sem representação política, e age contra a maioria, ou seja, questiona os atos produzidos pelo Poder Executivo, órgão que possui o viés de representação política, pois tem os cargos ocupados mediante o voto. Afirma ele que somente em um ambiente com cultura e defesa dos direitos fundamentais é que há a verdadeira democracia, sendo que o primeiro passo para se resolver o problema é reconhecer o conflito.

Ora, seria demagogia imaginar que a solução é evitar o conflito. O autor em comento concorda, com base inclusive na concepção de Kant sobre dignidade da pessoa humana, segundo a qual cada um tem seu valor, cada indivíduo da sociedade tem o direito de ter seu direito protegido, que a decisão da maioria não pode simplesmente impedir a defesa dos direitos da minoria. Ou seja, os direitos fundamentais são verdadeiros trunfos contra a maioria. Isso não significa, contudo,

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27.

que a minoria está sempre certa, muito menos que a maioria está sempre certa, pelo simples fato de ser maioria. É preciso que haja uma ponderação, e isso é obedecer e levar a Constituição a sério!²⁰

Seguindo esse raciocínio, pode-se asseverar que numa verdadeira democracia, é imprescindível que exista uma Constituição rígida, pois

mesmo que a prevalência do princípio do Estado de Direito sobre o princípio democrático não se manifeste tão ostensivamente, há sempre uma compreensão ou privação da margem de livre decisão do legislador democrático, da maioria, que resulta, por definição, da existência de uma Constituição rígida que lhe coloca limites intransponíveis²¹.

Com efeito, deve-se reconhecer a força normativa da Constituição, a fim de levar seus preceitos a sério e “por maioritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”²².

Na esteira desse pensamento é que se recorre aos conceitos de Estado Constitucional e bloco de constitucionalidade, em que os preceitos trazidos pela Constituição irradiam por todo o ordenamento jurídico. E, uma vez que o direito administrativo também está inserido nessa ordem, também deve obediência às normas constitucionais, estando também a administração pública limitada pela lei, com o escopo de se evitar os desmandos e desvios de poder.

Mas, há que se afirmar que não é somente pelo viés constitucional que a democracia se relaciona com a administração pública, uma vez que o agir do Estado deve se pautar pela transparência para ter garantida sua legitimidade. Como bem afirma Juliano Heinen: “a atuação administrativa, quando oxigenada pela transparência, formata um modelo prestacional efetivo na satisfação das necessidades coletivas”²³, de modo que é plausível corroborar com a ideia de que a transparência está intimamente ligada com a democracia, pois

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17 a 67.

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 22.

²² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 36.

²³ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14.

pode-se compreender, portanto, que, sem democracia, a informação pública torna-se uma mera aparência. Finge-se que se sabe ou sabe-se aquilo que não é verdadeiro. O acesso à informação é um resultado da nossa forma democrática e republicana de governo, garantida pela CF/1988.²⁴

Daí, dizer-se que a democracia tem por condição a transparência, e a ela se liga de maneira intrínseca, uma vez que o poder está nas mãos do povo, o qual tem o legítimo controle do Estado, e cuja vontade se distingue das vontades individuais dos cidadãos. “Não se pode imaginar mais uma administração sem transparência, característica esta que traduz a essência do princípio democrático”²⁵, pois é a vontade coletiva, personificada na concepção do Estado, cujas condutas são dirigidas e conduzidas pelos administradores públicos, que têm o dever de prestar contas aos seus administrados, e isso não exige apenas publicidade, mas pressupõe transparência.

2.2 Noções acerca do Estado Democrático de Direito

A partir das premissas acerca da democracia, avança-se para a concepção da ideia de Estado Democrático de Direito e seus desdobramentos na perspectiva da administração pública, haja vista que, como bem exposto no Título I, artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constituiu-se como um Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo.

Com o propósito de conceituar “Estado de Direito”, Luigi Ferrajoli afirma que esta expressão pode ser utilizada com dois significados diferentes, uma vez que “em sentido amplo (...) ela designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos”²⁶, ao passo que “em um segundo sentido (...) designa, ao contrário, aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente

²⁴ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14.

²⁵ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 9.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417.

sujeitos à lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício”²⁷.

Deste modo:

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. «Estado de não direito» será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito²⁸.

Assim, no direito pré-moderno o sistema jurídico era eminentemente doutrinário e jurisprudencial, sendo que as normas eram válidas não pela força normativa da autoridade de quem a impunha, mas sim pelo respeito de quem a propunha. Assim, “no interior do sistema jurídico de tipo doutrinário e jurisprudencial, uma norma existe e é válida por força não já da sua fonte formal, mas da sua intrínseca racionalidade ou justiça substancial”²⁹. Não havia, nesse sistema, um direito positivo propriamente dito, mas sim regras transmitidas pela sabedoria dos doutores.

Por sua vez, no momento em que o Estado de Direito nasce, traz consigo a ideia de que as normas jurídicas existem e são válidas se são elaboradas por autoridades competentes. Luigi Ferrajoli afirma que:

Em primeiro lugar, muda com o princípio de legalidade a própria noção de “validade” das normas, a qual se dissocia da noção de “justiça” ou de “verdade”. E muda, portanto, o critério de identificação do direito existente: uma norma existe e é válida não porque é intrinsecamente justa e ainda menos “verdadeira”, mas somente porque é proclamada em forma e lei por sujeitos habilitados por ela³⁰.

Altera-se, dessa forma, não somente as regras sobre a maneira de se dizer o direito, mas também sobre as matérias que serão tratadas, ou seja, “o que” o

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417.

²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>, p. 11.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 420.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 420.

direito pode, de fato, dizer ou não dizer. As condições de validade das normas não se identificam mais com os direitos naturais, mas sim com a positividade.

Nesse viés, Estado de Direito, então, é o tipo de organização em que os poderes públicos estão submetidos à lei, não somente no aspecto formal, mas também no aspecto material. E, à medida que a ideia de Estado se coaduna com os ditames democráticos, chegamos à concepção de Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, Norberto Bobbio, em seus estudos sobre democracia, afirma que “o correto funcionamento de um regime democrático apenas é possível no âmbito daquele modo de governar que, segundo uma tradição que parte dos antigos, costuma ser chamado de governo das leis”³¹. Ele expõe a concepção do governo das leis em contraponto ao governo dos homens, dizendo que “direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder”³², pois:

para que uma decisão tomada por indivíduos (um, pouco, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos³³.

Nesse sentido, as normas jurídicas existem e são válidas se são elaboradas pelas autoridades competentes e conforme as regras anteriormente existentes. Ora, a decisão da sociedade, tomada pelas pessoas competentes precisa ser respeitada, daí afirmar-se que as regras existentes vinculam. Como ensina Norberto Bobbio, Kant foi inspirado pelos estudos de Rousseau ao definir a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento³⁴.

É imperioso notar que no cenário do século XX há um ponto crucial a ser destacado, qual seja o fato de que quem determina se foi lesionado um interesse do Estado é o próprio Estado. Nesse contexto, surge a teoria do filósofo Habermas,

³¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 13.

³² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 13.

³³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 19.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 86.

pois, após um ambiente de enorme conflito (duas grandes guerras mundiais, nazismo) e de tormenta, verifica-se um momento de conciliação, em que grupos e movimentos sociais se apresentam, reivindicando direitos sociais. Cria-se a ONU e edita-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Emerge-se, então, a teoria de Habermas acerca do agir comunicativo, uma verdadeira evolução de sua teoria do discurso, a qual preconiza que o homem é um ser racional e dotado de liberdade, mas que só vai se configurar como cidadão quando se manifestar como um ser comunicativo, quando manifestar sua habilidade de comunicação, o que só é possível em um ambiente isento de dominação. Sem dúvida, afirma Habermas, o direito é o único instrumento hábil para garantir esse ambiente com procedimentos isentos de dominação³⁵.

Sem embargo, como bem afirmou Friedrich Müller,

a ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político³⁶.

É bom que fique claro, nesse momento, que quando se afirma que o Estado Democrático de Direito é a forma de organização em que o direito é o instrumento responsável por trilhar o caminhar da sociedade, e o percorrer desse caminho deve obedecer aos preceitos democráticos e ao homem como centro do direito, encara-se o ordenamento jurídico composto por normas do tipo regras e princípios, haja vista que a questão acerca da normatividade dos princípios já foi superada pela doutrina.

Desse modo, a visão do ordenamento jurídico como um verdadeiro sistema só pode ser devidamente concebida se todo o aparato desse conjunto de regras mantiver sua base apoiada nos princípios que os originaram e organizam. Com efeito, o direito não é apenas o conjunto sistematizado das regras vigentes,

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

³⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 57.

pois senão seria uma espécie de sistema fechado, não receptivo às alterações sociais.

Ora, o ordenamento jurídico deve ser composto de outros elementos para se manter atual e vigente, com a capacidade de solucionar os problemas sociais, sendo, para isso, indispensável a utilização dos princípios jurídicos, os quais inserem logicamente no sistema os valores que devem ser incorporados às regras.

Assim, a ideia de sistema remete a termos como organização, totalidade e unidade, como bem esclarece o doutrinador Claus-Wilhelm Canaris, segundo o qual o conceito geral de sistema traz duas premissas evidentes, quais sejam: ordem e unidade, e essas são exigências ético-jurídicas que radicam na própria ideia de direito³⁷.

A aplicação do sistema normativo composto de regras e de princípios se faz relevante uma vez que favorece a adaptabilidade do sistema jurídico às mudanças do mundo fático, o que permite também o controle dos acontecimentos sociais, pois não está apenas vinculado às regras previamente elaboradas, mas permite também que determinados valores sejam aplicados, o que se faz através dos princípios reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Destarte, ao contrário das regras, os princípios não determinam diretamente as conseqüências normativas, mas apenas representam um dever de otimização, possuindo uma dimensão de peso que nas situações fáticas serão balanceadas através do princípio da ponderação dos bens. Assim, regras são

normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual de fatos³⁸.

E, em contrapartida, os princípios são

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 12.

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, p. 70.

de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁹.

Pode-se afirmar, então, que os princípios exercem diversas funções no ordenamento jurídico, seja normativa, informativa ou interpretativa. Notável, portanto, a relevância dos princípios como conteúdo do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito o povo elege os seus representantes e estes são os responsáveis por elaborar as normas, sejam elas do tipo regras ou do tipo princípios, que regerão as relações existentes. Mas, questiona-se: quem é o povo?

O doutrinador Friedrich Müller se dedicou a responder a esse questionamento, afirmando que a democracia não deriva apenas etimologicamente de “povo”, mas está essencialmente ligada à ideia de que Estados democráticos são governos “do povo”, nos quais o próprio povo está governando. Em nosso país, isso fica claro ao notar-se que no preâmbulo da nossa Constituição afirma-se que o documento foi promulgado pelos representantes do povo brasileiro⁴⁰.

Pois bem, o povo seria então aquele que governa um Estado Democrático de Direito, seja diretamente ou através de representantes. Mas, seria então “povo” somente aqueles que elegem os governantes? E aqueles que não têm direito a voto?

Nessa perspectiva, relevante estabelecer o nexos existente entre democracia e direito, haja vista que

o povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo de atos de legitimação, quem em nenhum lugar pode ser interrompido de modo não democrático⁴¹.

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, p. 70.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 47.

⁴¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 60.

Por isso, desenvolveu-se ao longo da história a necessidade de se exigir que os gestores públicos ajam conforme a lei. É, assim, a concepção do governo por meio da lei, para que se tenha a devida proteção dos direitos individuais e difusos. As administrações modernas devem estar atentas ao cumprimento dos serviços públicos, respeitando sempre os direitos individuais dos cidadãos.

Assim, Eduardo García de Enterría⁴² reconhece que a organização administrativa é tanto mais democrática quanto maior se assegure o cumprimento da lei. Para ele, a administração, enquanto organização, não tem nenhum caráter representativo da sociedade, ela simplesmente a serve. Os administradores são apenas agentes escolhidos, temporariamente, para exercer as funções administrativas. Afirmo o jurista que não cabe aos agentes interpretar, ao seu bel prazer, as leis.

Nesse sentido, diz o referido doutrinador que a democracia não é um simples procedimento formal de designação dos representantes, já que é a ideia de governo dos homens pelos homens. Ora, o povo só se submete às leis que foram redigidas conforme decisão comum dos membros da sociedade. Sim, por óbvio, o processo de votação é extremamente importante, haja vista que é nas eleições, esse procedimento instrumental, que se expressa a confiança popular. Mas, o que não é correto é se entender as eleições como um “jogo de azar”, uma escolha “para quatro anos”, e nada mais poderá ser feito se a escolha não tiver sido boa. O povo deve escolher e depois controlar, acompanhar os atos de seus representantes. Com muita propriedade, Eduardo García de Enterría afirma ainda que é imprescindível restaurar a confiança do povo nas instituições, que se encontra degradada⁴³.

Assim, as normas elaboradas pelos representantes do povo ativo, e que devem ser observadas por toda a população, acabam por legitimar a relação democrática, sendo, portanto, o conceito de “povo” mais amplo do que a parcela dos cidadãos que comparecem às urnas. Segundo Müller, a democracia avançada deve ser vista com certo nível de exigências, e que as pessoas componentes do Estado Democrático de Direito, não devem ser tratadas como “subpessoas”, não podem ser vistas como súditos, mas como verdadeiros membros do “Soberano”, do “povo” que se legitima através de seus representantes e de suas normas, sendo isso não uma

⁴² ENTERRIA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2005, pp. 69 a 155.

⁴³ ENTERRIA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2005, pp. 69 a 155.

decorrência de um direito natural, mas sim do direito positivo, incorporado no texto constitucional de cada Estado⁴⁴.

Nota-se, portanto, a relevância de se conceber, devidamente, a ideia de Estado Democrático de Direito, de forma a compreender a relação existente entre democracia, povo e ordenamento jurídico.

2.3 O princípio da participação popular no Estado Democrático de Direito e a necessidade de reconfiguração dos aparelhos do estado

Partindo então da ideia de Estado Democrático de Direito, percorre-se a trilha da consequente e necessária reconfiguração dos aparelhos do Estado, haja vista que os atos da administração pública devem ser controlados pelos administrados, para que os direitos e garantias destes sejam devidamente assegurados e para que os preceitos do Estado Democrático de Direito sejam, efetivamente, colocados em prática.

Segundo Wallace Paiva Martins Júnior⁴⁵:

a participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e dado essencial distintivo entre o Estado de Direito Democrático e o Estado de Direito Social, pela diminuição da distância entre sociedade e Estado. Sua formulação repousa sobre uma verdadeira ideologia de participação do administrado nas funções administrativas para a legitimidade dos atos da Administração Pública. Uma Administração Pública eficaz, democrática e participada é exigência natural do Estado de Direito.

Nessa mesma esteira de pensamento, o doutrinador Gustavo Binenbojm⁴⁶ afirma que o direito administrativo brasileiro passa por uma crise de paradigma. Segundo ele, as transformações trazidas pelo Estado moderno durante o século XX, e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, destacaram o enorme descompasso entre as antigas regras procedimentais administrativas e as reais necessidades da sociedade contemporânea.

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 115.

⁴⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. (...) A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar (...) O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás⁴⁷.

Portanto, pode-se corroborar que os instrumentos antes utilizados pelo direito administrativo não atendem as expectativas da sociedade atual, na qual os cidadãos clamam pelo pleno exercício da cidadania e pela participação efetiva nos atos dos administradores públicos, o que sem dúvida requer o acesso à informação.

Dessa forma, a hodierna realidade jurídica brasileira busca se atualizar, modernizando o aparato administrativo, regulamentando o direito fundamental de participação social, e a relevância do acesso à informação. Na concepção de Fernando Rodrigues Martins:

nos países déspotas, característica nefasta, além da tirania, há inexistência de qualquer controle quanto aos dirigentes, os quais, ao contrário, o exercem sobre o povo através da censura, dos julgamentos parciais, das penas capitais etc. Pode-se dizer que um Estado sem controle navega contra a ideia de democracia, porquanto não há transparência para a aferição de sua atuação, vigorando a completa submissão de seus governados⁴⁸.

Sendo assim, não se deve negar que a proteção do patrimônio público, feita através do acesso efetivo à informação e da participação popular, faz parte da democracia, uma vez que “o controle da Administração nada mais é que a fiscalização exercida pelo Poder Público ou pelo cidadão quanto à atuação dos diversos órgãos da Administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de qualquer Poder”⁴⁹, sendo que a participação popular “consiste no processo de atuação na esfera pública de um Estado; traduz-se na intervenção do povo nas

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

⁴⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 313.

⁴⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 314.

instâncias do poder, seja por meio da ação conjunta nos processos decisórios, seja por intermédio do planejamento e da atividade fiscalizadora”⁵⁰.

Retoma-se, portanto, a ideia que vincula os desdobramentos do ideário democrático ao Estado Democrático de Direito, exigindo a concepção do ordenamento jurídico composto por regras e princípios.

Destarte, como em todos os ramos do direito, também na esfera administrativa os princípios devem ser teorizados e aplicados. Mormente pelo fim social que é almejado pelo direito administrativo e, por suas características peculiares, esse ramo exige regras próprias e princípios peculiares.

Assim, os princípios do direito administrativo facilitam a identificação do regime jurídico que deve ser aplicado nesse campo, e, de maneira mais específica, estabelecem as diretrizes que devem ser obedecidas pelo administrador público durante as suas atividades, instituindo direitos e deveres tanto aos administradores quanto aos administrados.

Nesse sentido, o princípio da participação popular é primordial para a garantia dos direitos tutelados pelo Poder Público, haja vista que segundo a doutrinadora Fabiana de Menezes Soares “o conteúdo do conceito de democracia se assenta hodiernamente na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, no exercício do poder de forma indireta e direta, e no princípio participativo”⁵¹.

Por isso, é adequado vislumbrar que nessa nova estrutura do direito administrativo o cidadão não é um mero expectador, mas um verdadeiro agente fiscalizador do Poder Público.

Como bem afirma Bruno Miragem, deve-se “compreender este processo de transformação da administração pública não como mera reestruturação dos órgãos e carreiras do Estado, mas sim como fomento a uma nova visão sobre as relações entre Estado e Sociedade”⁵².

Dentro desse contexto da necessária transformação da administração pública, cabe ainda mencionar a reforma administrativa ocorrida em nosso país,

⁵⁰ JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal**. Dissertação de mestrado em Direito Constitucional. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2007, p. 48.

⁵¹ SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação. Cidadania, Direito, Estado, Município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 67.

⁵² MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.48.

desde o texto constitucional de 1988, que inovou trazendo alguns preceitos acerca do agir do Estado e seus princípios balizadores, mas de maneira mais específica as alterações impostas no período entre 1995 e 1998, culminando na emenda constitucional 19/98, que de fato implementou uma verdadeira reforma na seara administrativa. É certo que a crise da administração pública no Brasil começou a ser identificada como tal no início dos anos 90, quando os primeiros trabalhos de diagnóstico deram ênfase à desorganização vigente na área de pessoal e à deterioração da capacidade técnica de formulação de políticas e de controle nos ministérios e órgãos centrais do governo.

A reforma de 1998 se fez necessária, haja vista que, dentre outros problemas, as despesas com a folha de pagamentos de funcionários ativos e inativos do governo federal apresentava valores extremamente elevados.

Por certo, ainda que se tenha obtido certo êxito com a reforma da década de 90, o fato é que as práticas administrativas devem ser constantemente revistas e atualizadas, ainda mais nos tempos atuais, em que a globalização e os avanços da tecnologia permitem um modificar contínuo no mundo social.

Surge daí a preocupação com os desafios de como processar e conduzir a participação pública nos processos democráticos na atual era digital, haja vista que

como consequência desse crescimento na participação pública, é também em países desenvolvidos tecnologicamente que desde a década de 1990 vem ocorrendo sensível crescimento da demanda por novas ferramentas tecnológicas capazes de abranger maior audiência e possibilitar melhores ambientes para o debate político, nos quais tais contribuições possam ser menos limitadas e mais aprofundadas⁵³.

O fato é que “nessa nova esfera pública – onde surgem os conceitos de *e-democracia*, *e-participação*, (...) – pode-se concluir que um poderoso canal de diálogo se abre para a criação e a ocupação desse novo território de interação entre pessoas, organização e governos”⁵⁴.

A utilização das novas tecnologias tem sido vista, de um modo mais geral, como uma condição da reforma da Administração Pública. A

⁵³ GUZZI, Drica. **Web e Participação: a democracia no século XXI**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010, p. 74.

⁵⁴ GUZZI, Drica. **Web e Participação: a democracia no século XXI**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010, p. 147.

“administração eletrônica” surge configurada como instrumento, tanto de maior eficiência do serviço público (incluindo da simplificação de procedimentos e estruturas), como de maior capacidade de resposta deste às necessidades dos cidadãos. Um dos aspectos interessantes a reter é a ênfase colocada no cidadão como centro da “administração eletrônica” e nas oportunidades de alargar a participação⁵⁵.

Nesse desiderato, resta asseverar que está surgindo um novo modelo de democracia, inserido agora na chamada sociedade da informação, no qual as tomadas de decisão são feitas de forma conjunta entre governo e cidadão, e o direito fundamental de acesso à informação se apresenta como um efetivo instrumento para a participação popular nos atos da administração pública.

O ordenamento jurídico brasileiro já está criando mecanismos para garantir que o dever de transparência seja efetivado e o arcabouço administrativo do país está se modernizando a fim de acompanhar os anseios sociais democráticos, mas ainda há muito que fazer para que se enxergue com clareza os motivos e finalidades dos gestores públicos em suas atuações.

2.3.1 Conceção democrática dos agentes públicos e dos cidadãos: a questão da confiança

O pressuposto da democracia é a exigência de que todos os atos da administração pública devam ser públicos, sendo plausível afirmar que o dever de transparência é visto, nesse contexto, como uma garantia dos cidadãos frente aos movimentos e decisões do Estado, caracterizando uma verdadeira ferramenta que garante a continuidade da relação de confiança existente entre os administradores e os administrados.

Dessa relação de confiança, nascem, portanto, direitos e deveres tanto dos cidadãos quanto dos agentes públicos, sendo, pois, “a confiança um verdadeiro axioma constitucional que permite a paz e segurança no tráfego jurídico”⁵⁶, e considerando-se que na concepção moderna do direito administrativo “a boa-fé do administrado-cidadão exerce papel central. A boa-fé que se mostra relevante nesse

⁵⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 185.

⁵⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

cenário é, porém, a boa-fé subjetiva, ou seja, a crença do indivíduo na atuação legal, legítima, isonômica e moral da administração pública”⁵⁷.

Nesse sentido, o doutrinador Eduardo García de Enterría assevera que o cidadão se depara com o poder primeiramente como poder administrativo, ele o acompanha desde o berço até a sepultura. Mas, não se trata de focar o problema da justiça administrativa como um simples sistema de regulações processuais formais, mas também de se ter um conjunto de regras substanciais⁵⁸.

Assim, deve-se enxergar o direito administrativo não somente como um conjunto de regras formais que regulamentam nosso existir desde o nascer até o fim da vida, mas primordialmente, como um ramo cuja função é normatizar e estudar a relação de fidúcia que necessariamente deve existir entre os cidadãos e os gestores públicos.

O professor Almiro do Couto e Silva analisa a afirmação do princípio da segurança jurídica sob a vertente da proteção à confiança, reconhecendo este como um princípio constitucional do direito brasileiro e de notória relevância para o direito administrativo. Na verdade, é bom que se faça uma distinção do próprio termo confiança, uma vez que “por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências à boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas”⁵⁹.

Nesse sentido, a boa-fé está intimamente ligada à ideia de “lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente”⁶⁰, sendo inicialmente trabalhada no âmbito do direito privado, exercendo mais tardiamente influência no direito público. Por sua vez, a segurança jurídica extrai o seu conteúdo dessa relação de boa-fé, da palavra empenhada pelas partes, pois, por esse

⁵⁷ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 33.

⁵⁸ ENTERRIA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo**. Madrid: 1974, p. 11.

⁵⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005, p. 1.

⁶⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005, p. 2.

vínculo entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado⁶¹.

Nesse pensamento, a segurança jurídica é dividida em duas órbitas, uma objetiva e outra subjetiva, sendo que a objetiva é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, ou seja, é a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ao passo que a órbita subjetiva, por sua vez, diz respeito à proteção da confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de atuação⁶².

Assim, a confiança seria uma espécie de dimensão do princípio da segurança jurídica, pois além de garantir que se estabeleçam determinados limites à retroatividade de alguns atos do Estado, os cidadãos precisam estabelecer essa relação de confiança, gozando os atos do poder público de presunção de legitimidade. A esse respeito, o professor Almiro do Couto e Silva faz uma interessante análise da questão do “funcionário de fato”, asseverando que os atos por eles praticados devem ser considerados válidos, em razão da aparência de legitimidade conferida a eles. O fato, afirma o professor, é que “o direito protege não a aparência da legitimidade daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da aparência de legitimidade que têm os atos do Poder Público”.⁶³ Desse modo,

os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e evitar que as pessoas sejam

⁶¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005, p. 2.

⁶² COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005, p. 4.

⁶³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005, p. 5.

surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado⁶⁴.

É prudente, contudo, afirmar que o princípio da segurança jurídica, enxergado sob o espectro da proteção da confiança é na verdade um balizador, com a função de evitar que mudanças inesperadas coloquem em dúvida a relação de fidúcia existente entre os administrados e administradores públicos, e não um mitigador da evolução das normas jurídicas.

Como visto, o direito possui como função precípua regular as relações sociais e acompanhar as alterações experienciadas pela sociedade, não podendo ser considerado imutável, senão correria o risco de ter em seu rol normas apenas de papel, não aplicadas na prática. Mudanças são bem vindas, são até necessárias, mas não se pode admitir que o Estado, como justificativa da necessidade de mudança, adote novas providências ao seu bel prazer, fragilizando a relação de confiança estabelecida com seus administrados.

Para poder viver e reforçar-se, uma democracia necessita da máxima extensão da relação de confiança recíproca entre os cidadãos, e portanto da eliminação, tão completa quanto possível, da estratégia da simulação e do engano (o que quer dizer também a redução, tão grande quanto possível, do espaço do segredo)⁶⁵.

Destarte, “o princípio da proteção à confiança situa-se em uma relação de tensão entre a estabilidade e a flexibilidade”⁶⁶, sendo que “a proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão”⁶⁷. Ora, o cidadão espera que o administrador público aja sempre conforme os ditames legais e em conformidade com a ética e a moral. Nessa ótica, vislumbra-se que a confiança possui tanto um viés ligado à segurança jurídica, quanto uma relação com a ética, como bem assevera Karl Larenz:

⁶⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005, p. 6.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2011. pp 98-99.

⁶⁶ MAURER, HARTMUT. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 67.

⁶⁷ MAURER, HARTMUT. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 68.

el principio de la confianza tiene un elemento componente de Ética jurídica y outro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Uno y outro no se pueden separar. En los casos últimamente debatidos prepondera la idea de la seguridad del tráfico jurídico. El componente de Ética jurídica resume solo en la medida en que la creación de la apariencia jurídica tiene que ser imputable a aquel e cuya desventaja se produce la protección del que confio. En cambio, el componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se há creído en ella⁶⁸.

Cumpra ressaltar que as questões da confiança e da boa-fé se relacionam, inclusive, com a análise acerca da discricionariedade dos atos administrativos, pois mesmo quando a lei permite alguma liberdade de escolha à autoridade pública, sua decisão deve ser pautada nos ditames da ética e da boa-fé, lembrando que uma vez que “o cidadão detém o direito a uma decisão que respeite os limites de discricionariedade e vinculação decorrentes do ordenamento jurídico (...) a boa-fé configura um fator limitativo das escolhas administrativas”⁶⁹. Na verdade,

as discricionariedades administrativas constituem margens de escolha da autoridade pública que se referem ora ao exercício de competência, ora ao conteúdo ou à forma do ato da administração (ato administrativo, ato material, ato normativo). Essas margens de escolha do administrador sempre convivem com escolhas predeterminadas pelo próprio legislador, razão pela qual se sustenta que discricionariedade e vinculação variam de acordo com cada caso, daí não constituírem características do poder que se excluem integralmente. Ademais, cumpre frisar que as margens de escolha do administrador não se confundem com as margens de análise e escolha do intérprete. A interpretação é atividade de extração da norma contida no texto. Através dela se obtém norma jurídica e esta, em um segundo momento, concede ou não margens de escolha à autoridade pública⁷⁰.

⁶⁸ LARENZ, KARL. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1985, p. 96.

⁶⁹ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 20.

⁷⁰ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 6.

De fato, “a discricionariedade administrativa, em um período histórico marcado pelo primado dos princípios e pela constitucionalização do direito administrativo e dos direitos fundamentais, será naturalmente mitigada em muitas ocasiões e, outras vezes, será ampliada”⁷¹, podendo-se afirmar que “discricionariedade não designa um tipo de ato nem um tipo de poder, mas sim uma característica inerente aos poderes conferidos ao Estado e que, a depender do caso, existe em maior ou menor grau”⁷² e

em virtude dos princípios de direito administrativo, dos interesses públicos primários e dos direitos fundamentais — temas fortemente constitucionalizados no Brasil atual —, a discricionariedade da administração pública muitas vezes será reduzida a zero. Isso significa que, a despeito de se garantir uma margem de escolha na lei, a situação concreta e seu contexto reduzirão a escolha a uma única decisão juridicamente aceitável⁷³.

Cabe ponderar que o princípio da confiança vem sendo desenvolvido recentemente, mais especificamente após a segunda guerra mundial e trata-se de um trabalho elaborado pela doutrina e jurisprudência “para limitação da retratação de atos administrativos beneficentes antijurídicos”⁷⁴.

Embora o direito brasileiro não traga expressamente o princípio da confiança, pode-se perfeitamente afirmar que ele decorre implicitamente do nosso ordenamento jurídico, como um desdobramento do princípio da segurança jurídica, haja vista que, como bem exposto por J. J. Gomes Canotilho:

o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam

⁷¹ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 30.

⁷² MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 49.

⁷³ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 51.

⁷⁴ MAURER, HARTMUT. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 67.

estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos⁷⁵.

O autor Eduardo García de Enterría retoma a concepção de Locke sobre a confiança, dizendo que a relação entre governantes e governados se baseia justamente na idéia de fidúcia, confiança para a consecução de alguns fins. A relação de confiança existe onde haja agentes e administrados, onde se entregue bens a serem administrados por outros, ou seja, a confiança é necessária para reduzir as complexidades da vida. Os governantes são simples gestores, subordinados à vontade geral formalizada, e essa é a relação de confiança do povo com os administradores⁷⁶.

Niklas Luhmann também defende a ideia de que a confiança é um fator fundamental na vida em sociedade, pois “reduz a complexidade social na medida em que supera a informação disponível e generaliza as expectativas de comportamento, ao substituir a insuficiente informação por uma segurança internamente garantida”⁷⁷.

Ora, “a confiança do administrado nas funções estatais advém justamente da comunicação e do comportamento reiterados estabelecidos pela administração, que geram expectativas e propiciam a vida em sociedade”⁷⁸, decorrendo daí, portanto, a relevante conexão existente entre confiança e informação.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 87.

⁷⁶ ENTERRIA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2005, pp. 69 a 155.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **La confianza**. Santiago de Chile: Instituto de Sociologia, 2005, p. 25.

⁷⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

2.3.2 Transparência e controle da administração pública como requisitos da democracia

Conforme analisado até o momento, a obrigatoriedade de transparência dos atos da administração pública e a consequente possibilidade de controle desses atos, seja pela própria sociedade, seja pelos outros poderes, são requisitos indissociáveis da democracia, haja vista que os cidadãos possuem o direito fundamental de participação na coisa pública.

Destarte, ressalte-se que o direito de controle dos cidadãos nasceu com um viés voltado apenas para o controle da legalidade dos atos da administração, pois “os controles tendem a garantir a regularidade formal e substancial, a adequação aos fins específicos e ao interesse público em geral, a coordenação e harmonia na ação desenvolvida pelos vários órgãos e sujeitos públicos”⁷⁹.

Dessa forma, no intuito de se analisar o novo paradigma vivenciado pelo direito administrativo brasileiro, insta perpassar pela discussão acerca da obrigatoriedade de transparência da administração pública, vislumbrando seus critérios e apresentando os embasamentos teóricos e legais para seu cumprimento. Ora, analisar a questão da transparência dos atos praticados pelos gestores públicos sem evocar os pontos básicos acerca do controle que deve permear o âmbito da administração pública no contexto democrático, estabelecendo-se um nexo entre esses institutos, seria algo inimaginável ou ao menos injustificável.

Por isso, é prudente analisar o dever de transparência e do controle dos atos das autoridades públicas sob o prisma democrático, pois apenas é viável falar-se em representação se os verdadeiros detentores do poder, os quais entregaram aos representantes a possibilidade de decisão, baseados na confiança de que o melhor será feito, tiverem ferramentas de verificação aptos a garantir que os atos serão verificáveis. Não há que se falar em confiança se não há o dever de prestar contas.

Relevante evidenciar a relação existente entre a transparência administrativa e a participação popular, pois “a participação é decorrente da transparência, que, por seu turno, deriva da democracia. Por ela, o administrado conhece a intenção administrativa e suas razões, participa da gestão pública,

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 15.

influencia no respectivo processo”⁸⁰. Assim, na esteira de pensamento de Wallace Martins Junior, o princípio da participação seria uma verdadeira ampliação da cidadania.

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro traz regras para garantir a transparência e participação popular na gestão dos atos da administração pública.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37 e o caput do art. 2º da lei 9.784/99 preconizam que a administração pública, direta e indireta obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

Consagrou-se, assim, a concepção de que “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para o benefício da coletividade”⁸¹ e, por isso, os gestores devem agir em conformidade com os princípios elencados tanto no texto constitucional, quanto na legislação infraconstitucional. Não remanescem dúvidas de que os administradores públicos não são os donos da coisa pública, mas sim meros gestores temporários, verdadeiros administradores de bens alheios, e esta prerrogativa somente se faz efetiva se o Estado visar sempre em suas atividades o cumprimento das regras previstas no ordenamento.

Não se permite, nesse íterim, que arbitrariedades sejam omitidas, e não mais se justificam algumas das prerrogativas da administração pública.

Assente-se aqui o argumento apresentado por José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual “os atos da administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados”⁸², pois de que outra forma os integrantes da população poderão verificar se os atos da administração pública estão sendo cometidos conforme a lei, se os agentes públicos estão agindo de maneira diligente e eficaz como bem regulamenta o direito brasileiro, se não tiver acesso às informações, se tudo não estiver sendo feito de forma transparente?

Com efeito, o dever de transparência da administração pública é um dos pilares da democracia, ao lado da exigência da publicidade e do princípio da

⁸⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004, p. 21.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004, p. 17.

participação popular, pois permite à população ter conhecimento dos procedimentos adotados funcionários públicos e o direito fundamental de acesso à informação configura-se em um importante instrumento garantidor da participação do povo na gestão da coisa pública. A coisa pública já traz em seu cerne a ideia de público, pois

o princípio da publicidade administrativa caracteriza-se também como direito fundamental do cidadão, indissociável do princípio democrático, possuindo um substrato positivo – o dever estatal de promover amplo e livre acesso à informação como condição necessária ao conhecimento, à participação e ao controle da Administração – e outro negativo – salvo no que afete à segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, as ações administrativas não podem desenvolver-se em segredo⁸³.

Nesse sentido, adverte a doutrinadora Cármen Lúcia Antunes Rocha, segundo a qual

a publicidade da Administração é que confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambiguidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança⁸⁴.

Ora, como visto, a relação existente entre os cidadãos e o Estado é de profunda confiança e acredita-se que os gestores públicos agirão conforme os preceitos constitucionais e que essa relação de fidúcia e segurança jurídica não será violada.

Assentadas tais premissas, cumpre transcrever aqui a passagem de Carl Schmitt, trazida por Bobbio em sua obra “O futuro da democracia”:

A representação apenas pode ocorrer na esfera da publicidade. Não existe nenhuma representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas. Um parlamento tem um caráter representativo apenas enquanto se acredita que sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, acordos e decisões secretas de qualquer comitê podem ser muito significativos e importantes, mas não podem jamais ter um caráter representativo⁸⁵.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 887.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 888.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 87.

Daí cumpre ressaltar a importante conexão existente entre dever de transparência, publicidade, controle da administração pública e democracia. Os representados só terão o sentimento de confiança e segurança e se sentirão devidamente representados, conforme os preceitos da democracia, caso os atos dos gestores da coisa pública sejam realizados de acordo com os ditames da publicidade, e em obediência ao dever de transparência. Sem “publicidade transparente não há informação verdadeira, sem informação não há cidadania plena”⁸⁶.

Também nessa linha de raciocínio, o doutrinador Wallace Paiva Martins Júnior entende que “o princípio da transparência administrativa é composto pelos subprincípios da publicidade, da motivação e da participação popular na gestão administrativa”⁸⁷. E, fazendo uma relação entre o dever de transparência e a concepção de Estado democrático de direito, assevera que:

Em escala decrescente, o princípio da transparência é inerência do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à míngua de clara e precisa denominação normativo-constitucional, resulta como valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, uma vez que todos apontam para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição e certidão, e o direito à informação, tidos como mecanismos essenciais no controle jurisdicional da transparência⁸⁸.

Nesse sentido, tem-se que a transparência da administração se revela extremamente imprescindível para que as normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro tendentes a proporcionar a participação do cidadão nos atos públicos sejam efetivas.

No que tange ao controle dos atos administrativos, muitos estudos indicam no sentido de que “todo aquele que atua em nome de outro deve prestar contas de sua atuação: não há ação coletiva sem controle”⁸⁹. Assim, também a administração pública, que age em nome dos cidadãos, deve prestar contas de seus

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 889.

⁸⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁸⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 13.

atos. Essa previsão, inclusive, está presente no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, onde é possível ler no artigo 15: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”⁹⁰.

Válido aludir que o direito de controle da população frente aos atos dos gestores públicos tem relação, em seu âmago, com as prerrogativas da administração pública, e para que esta não cometa ações de abuso de poder, deve se sujeitar ao direito, fornecendo as informações necessárias a respeito de suas motivações e finalidades para o verdadeiro detentor do poder, o cidadão, consiga acompanhar e ratificar esses atos.

Contudo, é claro que o direito de controle não se resguarda apenas a conferir a legalidade dos atos administrativos, haja vista que com o passar dos tempos, esse tipo de conferência se mostrou insuficiente. Assim, com o surgimento de novas preocupações, têm-se, então, o controle de mérito, o controle de eficiência e o controle de gestão.

É possível notar, nesse sentido, que a doutrina tem se preocupado com o tema do controle da administração pública e denotado a relevância de se combater a corrupção através das ferramentas de controle da população. Não apenas o controle de legalidade, pois não basta que os gestores ajam conforme as leis, mas é imprescindível que sua atuação seja eficiente, que atinja os melhores resultados com o mínimo de esforço possível.

Conforme analisado, a ideia de controle ganha maior relevo após a Revolução Francesa, quando os ideais democráticos tomam conta dos trabalhos dos teóricos. Instigante perceber que o contexto histórico muito se relaciona com a tônica política de um determinado Estado, e com as relações de poder. Na Alemanha, por exemplo, a questão do controle ganhou força após os horrores da segunda guerra, pois “os alemães descobriram a importância do controle para as diversas emanções do Estado. A drástica experiência nazi-facista demonstrou, a toda evidência, que apenas confiar nos bons propósitos dos dirigentes e entregar a eles a sorte de uma nação pode custar caro”.⁹¹

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 13.

⁹¹ KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática** – Tribunal de contas no controle da LRF. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 144.

Nesse contexto, é que afirma Márcio Ferreira Kelles que não é por menos que “vale a máxima do brocardo alemão: confiar é bom, mas controlar é melhor ainda”⁹².

Pois bem, resta evidente, portanto, a necessidade de controle dos atos da administração pública, mas quem seria então responsável por este controle? Quem deve fiscalizar as atividades das autoridades públicas?

A doutrina faz uma divisão metodológica acerca do tema, e enumera vários tipos possíveis de controle. Encontram-se diversas divisões a esse respeito, sendo algumas de origem clássica e outras modernas. Aqui, adota-se a divisão apresentada pela doutrinadora Odete Medauar, a qual consigna a tipologia de controle de acordo com o critério do agente controlador, ou seja, a pessoa ou o órgão que exerce a atividade de controlar.

Dessa forma, têm-se o controle interno, o controle externo realizado por instituições políticas, instituições técnicas e jurídicas, e o controle social⁹³.

A modalidade interna de controle é aquela realizada pela própria administração, uma vez que “os controles internos se exercem mediante atos que têm a natureza jurídica de declaração de vontade da administração pública, com caráter de atos concretos”⁹⁴.

Outra espécie de controle é aquela em que se tem a figura de um órgão político averiguando as ações dos agentes públicos, denominada controle parlamentar. Vislumbra-se modernamente que as funções do órgão legislativo não se resumem na competência para elaborar as leis, mas também tem a função de fiscalização e controle dentre as suas atribuições. A função de controle sobre o Poder Executivo, então, aparece como inerente ao Parlamento⁹⁵.

Além desses, traz-se ainda à baila a possibilidade de controle por instituições técnicas e jurídicas, seria a fiscalização feita pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário. No que tange ao controle pelo Tribunal de Contas, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 70 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e operacional da administração pública, quanto à

⁹² KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática** – Tribunal de contas no controle da LRF. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 145.

⁹³ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, pp 42 e 43.

⁹⁴ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 49.

⁹⁵ Odete Medauar traz a afirmação de José Afonso da Silva. In: MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 49.

legalidade, legitimidade e economicidade será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Por sua vez, o controle judicial dos atos administrativos traz bastante controvérsia na doutrina, pois seria ou não caso de diminuição da independência entre os Poderes?

Defensor ferrenho do controle judicial dos atos da administração pública, Eduardo García de Enterría assevera que o juiz, em sua função fiscalizatória, deve controlar a legalidade dos atos da administração, tutelando os direitos e interesses dos administrados.

Afirma o referido jurista que nada mais contrário à própria ideia de democracia que pretender que os eleitos pelo povo estejam dispensados do controle, inclusive judicial. Ora, o direito parte de uma realidade social que pretende regular; as leis são escritas para serem cumpridas, e o Judiciário tem o dever de fazer cumprir as leis, inclusive aos governantes. Retomando Locke, o autor afirma que eleger governantes não é alienar de uma vez por todas as decisões, mas confiar que esses governantes cumprirão as leis, e por isso a administração deve se robustecer de mecanismos que impeçam a proliferação dos interesses particulares dos partidos políticos, e evitar o panorama da corrupção. Esse é um valor essencial da neutralidade política da administração. As possibilidades de um controle judicial dos poderes discricionários frente aos princípios gerais de direito são muito extensas, haja vista que estes são derivados de decisões políticas fundamentais, e a Administração não pode, em nome de suas faculdades discricionárias, violar esses princípios.⁹⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, também Celso Antônio Bandeira de Mello é enfático ao afirmar que:

em todo e qualquer caso de discricionariedade, por mais genéricas, vagas ou imprecisas que sejam as expressões legais qualificadoras dos motivos (pressupostos fáticos abstratamente previstos na lei) ou dos fins, o Judiciário poderá e deverá sindicá-lo, averiguando se a significação nuclear do conceito sintonizado na palavra foi, ou não, respeitada. Isto é, caber-lhe-á sempre aferir-se os requisitos legais foram atendidos, o que desde logo é possível no concernente à

⁹⁶ ENTERRIA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2005, p. 69 a 155.

significação mínima, central, que toda e qualquer palavra, que todo e qualquer conceito, possui⁹⁷.

Modernamente, como visto, trabalha-se bastante o tema acerca do controle social dos gestores públicos, justamente pela vinculação com o ideário democrático, pois é plausível afirmar que a democracia exige que todos os atos da administração pública sejam públicos e o dever de transparência é visto como uma garantia dos cidadãos frente aos movimentos e decisões do Estado, uma verdadeira ferramenta que garante a continuidade da relação de confiança existente entre os administradores e os administrados. E, isso só possível quando se dá ao próprio povo a possibilidade de controlar as atividades administrativas, em respeito ao condigno direito do povo de conhecer, controlar e opinar na gestão da coisa pública.

De fato, independentemente da forma, das pessoas ou órgãos responsáveis pelo controle, o direito de controle deve ser resguardado para o próprio bem da democracia. Com efeito, vislumbra-se nas palavras de Odete Medauar a consonância atual acerca do tema:

Embora tenha ocorrido, no Brasil, melhoria nos controles, ainda é insuficiente. Torna-se mister prosseguir no aprimoramento dos controles, institucionalizados ou não, para que a Administração e seus agentes atendam, de modo efetivo, os verdadeiros interesses e direitos da população, no caminho da moralidade, da legalidade, da eficiência e do correto uso dos recursos públicos⁹⁸.

Desse modo, para que essa situação se altere e os preceitos relacionados ao controle da administração pública sejam devidamente cumpridos, o povo deve se sentir verdadeiro titular do poder, e isso não somente nos períodos das eleições. O cidadão deve compreender que são os seus interesses que devem ser protegidos pelos governantes fiduciários que ele escolheu para lhe representar.

⁹⁷ FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública: Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 127.

⁹⁸ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 17.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS DE MITIGAÇÃO DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Apreendidas as premissas acerca da democracia, intimamente ligadas ao direito fundamental de acesso à informação e ao dever de transparência do Estado, dedica-se nesse instante à investigação mais aprofundada do acesso à informação como um direito fundamental, bem como do princípio da transparência administrativa como condicionante inerente à atuação da administração pública inserida no viés da gestão democrática. Analisar-se-á, nesse prisma, esses dois assuntos propagados como instrumentos de combate à corrupção, apurando alguns desafios para os dias vindouros.

3.1 Acesso à informação pública: um direito fundamental

O direito de acesso à informação pública é um corolário do princípio democrático, que desnuda o agir do agente público, representante da vontade do povo, o verdadeiro titular do poder. Nesse sentido, qual seria então o parâmetro para se afirmar que determinado direito é ou não fundamental? Como e por que destacar alguns direitos como sendo fundamentais? Seria o acesso à informação pública um direito fundamental? Para trilhar um caminho a fim de responder a esses questionamentos, relevante evidenciar o seguinte:

Como é possível isolar e descobrir um consenso sobre uma questão tão obscura quanto a existência de um direito fundamental? O povo pode valorizar um direito e ainda assim não acreditar que ele seja fundamental. O povo pode ser da opinião de que direitos dos pais são fundamentais e ainda assim não saber se entre tais direitos figura o de enviar o filho para uma escola particular. Pode haver grande ambiguidade na consciência política; ela pode gostar de um ideal tradicional mas ao mesmo tempo relutar em agir com base nele. Numa tal situação, não poderíamos dizer que o juiz terá liberdade para seguir tanto o ideal tradicional quanto a prática vigente, dependendo das reações de sua própria consciência? E, em muitos casos, não seria verdade que o povo em geral sequer pensou sobre o assunto?⁹⁹

⁹⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 85.

Para a devida compreensão acerca da teoria dos direitos fundamentais, é necessário que se faça uma análise conceitual e histórica, demonstrando a evolução desses direitos através dos tempos. Nesse sentido, verifica-se a ligação existente entre esses direitos e a dignidade da pessoa humana, que foi ganhando caráter de universalidade a partir da Declaração Francesa em 1789.

A partir da Revolução Francesa o Estado se institucionaliza, sendo que as principais características do Estado de Direito são a submissão ao império da lei, a divisão dos poderes e a garantia dos direitos individuais¹⁰⁰. Assim, a Revolução Francesa de 1789 marcou o nascimento dos direitos fundamentais no mundo moderno, ao levantar a bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens e suas garantias individuais, tendo como pano de fundo a ingerência abusiva e lesiva do Estado Soberano, no desempenho de suas atribuições, na vida privada de seus súditos¹⁰¹.

O fato é que a concepção e história dos direitos fundamentais estão intimamente ligadas ao próprio Estado e ao reconhecimento, por parte dele, de determinadas premissas em seu texto constitucional. Como bem atesta Ingo Wolfgang Sarlet, é uma construção, portanto, que possui íntima relação com o surgimento do moderno Estado Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”¹⁰². Dessa maneira,

os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade (...) Praticamente não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições¹⁰³.

Não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 100.

¹⁰¹ POLARINI, Giovana Meire. A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 21.

desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a afirmação, no terreno ideológico, das ideias de liberdade e dignidade da pessoa humana¹⁰⁴.

Mas, a questão não é simples, haja vista que há diversos fatores e desdobramentos a serem analisados, principalmente no tocante à efetividade dos direitos fundamentais. Como bem assevera Robert Alexy:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais¹⁰⁵.

Assim, com base nos estudos de Alexy, pode-se inferir que um dos pilares de sustentação da teoria acerca dos direitos fundamentais consiste na correta e necessária distinção entre regras e princípios.

Como visto, para cumprir sua função de regulador das relações sociais, o sistema jurídico deve manter-se constantemente atualizado e de acordo com alterações ocorridas no seio social. Como isso seria possível se o ordenamento fosse construído apenas em sólidas regras? É fundamental, como já balizado, que o aparato jurídico seja mesclado de regras e princípios, pois, principalmente no que concerne à efetividade dos direitos fundamentais, tema central das modernas discussões doutrinárias, é preciso que o jurista recorra a outras normas além das regras prescritas, uma vez que

não há como tratar da efetividade do mínimo existencial com desprezo pelo conteúdo das normas que fundamentam esse direito, eis que a fundamentalidade advém, não somente do fato de estarem as respectivas normas dispostas no texto constitucional, mas sobretudo em razão de sua substância ou conteúdo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 109.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2006, p. 85.

¹⁰⁶ COSTA, Ruth Barros Pettersen da. **A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988**. Editora da PUC de Goiás. Goiânia, 2011, p. 79.

Nesta esteira de pensamento, temos por consequência que “o mínimo existencial é extraível das normas constitucionais de direitos sociais e do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo caráter é notadamente principiológico”¹⁰⁷.

Pois bem, tem-se que a compreensão e interpretação dos direitos fundamentais se vinculam ao Estado e à maneira como ele reconhece determinados bens como essenciais à vida em sociedade, e sua aplicação se relaciona à ideia do ordenamento jurídico composto de regras e princípios. E, no que concerne ao conceito de direitos fundamentais, imprescindível que se faça a distinção entre estes e direitos humanos, pois

assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos (...) Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (...) Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹⁰⁸.

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet opta, dentre as várias perspectivas possíveis para análise dos direitos fundamentais, pela dimensão concreta desses direitos, ou seja, pela forma como eles se encontram na órbita do direito constitucional positivo, portanto, perspectiva estatal. Desta forma, é plausível considerar que os direitos fundamentais estão correlacionados à positivação interna de um Estado, enquanto os direitos humanos se referem aos direitos dos homens em geral, equiparados aos direitos naturais, ou seja, independem da positivação de determinado país.

¹⁰⁷ COSTA, Ruth Barros Pettersen da. **A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988**. Editora da PUC de Goiás. Goiânia, 2011, p. 79.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 29.

Acertadamente, Robert Alexy assevera que

direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal¹⁰⁹.

O doutrinador Luigi Ferrajoli, por sua vez, propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais, afirmando que direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar, entendendo-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma (lembrando que direitos fundamentais devem estar previstos na legislação), e *status* a condição de um sujeito, prevista a si mesmo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício delas¹¹⁰.

Segundo a definição proposta por Ferrajoli, são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todas as pessoas, cidadãos e pessoas capazes de trabalhar, sendo, portanto, três os elementos que distinguem os direitos fundamentais, quais sejam: a forma universal, as regras gerais e abstratas denominadas de normas téticas e o seu caráter de indisponibilidade e inalienabilidade¹¹¹.

Denota-se, então, que Ferrajoli faz uma identificação entre a positivação dos direitos fundamentais com a história de evolução desses direitos, ou seja, como

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 77.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009, p. 19.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009, p. 292.

resultado das lutas revolucionárias dos mais fracos em oposição à opressão dos mais fortes. Nesse sentido, esse processo de reconhecimento dos direitos fundamentais está intimamente ligado com o processo de limitação e regulação dos poderes públicos, políticos e judiciais.

Ora, o que antes eram simples liberdades, expostas em forma de arbitrariedade dos poderes públicos ou privados, agora é convertido em direitos fundamentais, com leis protegendo os mais fracos contra poderes “absolutos”, mesmo que embora esses direitos ainda careçam de efetividade.

Pode-se asseverar, assim, que o jurista italiano defende a ideia de um novo conteúdo dos direitos fundamentais, concernentes às garantias institucionais, e estuda a norma jurídica sob o prisma da teoria do garantismo jurídico, a qual está fundada no respeito à dignidade da pessoa e nos direitos fundamentais, sendo evidente que a manutenção e eficácia do Estado Democrático de Direito, passa pela legitimação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, os quais devem estar abarcados pela Constituição. Para esse doutrinador, garantismo é o conjunto de técnicas idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos¹¹².

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que o garantismo seria um modelo baseado numa liberdade regrada, um contraponto entre liberdade selvagem e o autoritarismo do Estado. Têm-se, portanto, reconhecidos limites ao arbítrio do Estado, pois que os direitos fundamentais estabelecidos por uma Constituição rígida impõem à democracia política certos limites¹¹³.

Não obstante a compreensão formal de direitos fundamentais de Ferrajoli ser bastante arrazoada e reformular o fundamento democrático do Direito, ocorre que a mesma deixa em aberto o fundamento material. Para o jurista italiano, uma definição meramente formal se justifica e

são evidentes as vantagens de uma formulação como a proposta, porque prescindindo das circunstâncias de fato, ou seja, de estarem ou não reconhecidas por normas internas, a definição formal é válida para qualquer ordenamento, democrático ou totalitário. E esta

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009, p. 342.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009, p. 342.

formulação serve de parâmetro/critério para se aquilatar o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico¹¹⁴.

Noutra vertente, Enrique Dussel constrói o sistema de direitos fundamentais com base no fundamento da vida humana, resgatando a condição primeira de se estar nesse mundo, “cuida-se de processo de se dar conta da realidade a partir de suas próprias pulsões (básicas, muitas vezes). Dar vazão àquilo que pulsa nos indivíduos, a vida, o fundamento: o critério material de validade universal”¹¹⁵.

Por seu turno, o doutrinador Pérez Luño traz uma definição sobre direitos fundamentais do homem, qual seja:

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional¹¹⁶.

Com propriedade, Friedrich Müller afirma que “só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual, também os direitos fundamentais políticos”¹¹⁷. Assim, diz ele que

direitos fundamentais não são “valores”, privilégios, “exceções” do poder de Estado ou “lacunas” nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental (...). Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, dos cidadãos, a uma participação ativa. No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, “o povo” permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, “povo de um país”, de uma democracia capaz

¹¹⁴ COELHO, Edihermes Marques (org.). **Direitos fundamentais: Reflexões críticas: teoria e efetividade. Uberlândia: IPEDI, 2005**, p. 17.

¹¹⁵ COELHO, Edihermes Marques (org.). **Direitos fundamentais: Reflexões críticas: teoria e efetividade. Uberlândia: IPEDI, 2005**, p. 38.

¹¹⁶ CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. **Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilha: Universidad de Sevilha, 1979, p. 43.

¹¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63.

de justificação – e torna-se ao mesmo tempo “povo” enquanto instância de atribuição global¹¹⁸.

Com efeito, a despeito de qual fundamento teórico a ser adotado, nota-se que ao longo da história da humanidade uma gama de direitos foi sendo reconhecida nos ordenamentos jurídicos de cada Estado, e “há que se ter em mente que, à medida que a sociedade muda, para melhor ou pior, mudam as suas expectativas em relação ao Estado assim como as relações entre eles”¹¹⁹.

Dessa forma, os direitos fundamentais estão em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento e para a devida compreensão de seus atributos relevante se faz uma visão panorâmica sobre as gerações / dimensões desses direitos. Por certo, a doutrina não tem um consenso acerca do termo a ser utilizado para denominar a evolução histórica dos direitos fundamentais, sendo que alguns utilizam “gerações”, enquanto outros demonstram predileção por “dimensões”, mas tal dissenso não trará nenhuma dificuldade à compreensão do assunto.

Assim, os direitos ditos de primeira geração ou dimensão correspondem àqueles vinculados às liberdades civis e políticas, instaurando o reconhecimento da participação da sociedade na vida política da nação, são “aqueles que impõem, em geral ao Estado, mas também aos particulares, um não - fazer, uma ordem que em geral pode ser traduzida como um respeito à esfera individual dos indivíduos”¹²⁰.

Os direitos de primeira geração reclamam, então, uma atividade negativa por parte do Estado, havendo uma forte influência da Declaração Francesa de 1789. São direitos de cunho individualista e com notória influência jusnaturalista, reconhecendo direitos como à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Segundo os ensinamentos de Sarlet, é na primeira dimensão que se tem o reconhecimento do status constitucional material e formal dos direitos fundamentais, e que a posituação desses direitos é produto da dialética constante

¹¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 63.

¹¹⁹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 180.

¹²⁰ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177.

existente entre os desenvolvimentos das técnicas do direito positivo e as ideias de liberdade e dignidade humana¹²¹.

Por sua vez, os direitos de segunda geração se relacionam ao surgimento do Estado Social e correspondem aos aspectos econômicos, sociais e culturais da sociedade. Importante destacar a considerável mudança que ocorre no tocante à tutela pretendida, uma vez que se passa da abstenção ou respeito à exigência de uma atitude positiva ou uma prestação por parte do Estado¹²².

Os direitos da segunda dimensão, conforme Sarlet, são resultado do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos vividos pela sociedade no século XIX, ao passo que a mera consagração formal dos direitos não bastava para garantir seu efetivo gozo, era preciso dar ao Estado um papel verdadeiramente ativo¹²³.

Os direitos de terceira geração, por sua vez, são destinados à defesa dos interesses difusos, aqueles pertencentes a uma coletividade e não somente a um indivíduo isolado. Correspondem ao direito ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente. São direitos atribuídos, portanto, à fraternidade e à solidariedade.

Para Sarlet, esses “direitos trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção dos grupos humanos (família, povo, nação)¹²⁴. Por derradeiro, os direitos da terceira geração / dimensão exigem, em face de seu propósito universal, esforços e responsabilidades em escala mundial para a sua devida efetivação.

Nos dias atuais, com a crescente globalização e com o domínio da política neoliberal, os direitos fundamentais vêm sofrendo algumas modificações. Surgem, portanto, como querem alguns, os chamados direitos de quarta geração ou dimensão, tais como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 47.

¹²² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 179.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 47.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 48.

Doutrinadores como Paulo Bonavides defendem essa tese, mas para outra parte de pensadores, como Ingo Wolfgang Sarlet, é questionável a necessidade de se defender a existência de uma quarta (ou para alguns, até quinta) geração ou dimensão. Sarlet defende que primeiro se faz imprescindível garantir a efetividade dos direitos das primeira, segunda e terceira dimensões, o que, segundo ele, ainda está longe de lograr êxito¹²⁵.

De acordo com Paulo Bonavides os direitos fundamentais da quarta geração seriam aqueles vinculados à ideia de democracia vista com um verdadeiro direito e não apenas como forma de governo, para ele:

são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual¹²⁶.

O que fica claro, portanto, é que os direitos fundamentais são, dessa forma, “oriundos da própria natureza do homem como ser humano e se encontram normatizados e positivados nos textos constitucionais modernos, razão pela qual inadmissível sua supressão e/ou desrespeito”¹²⁷.

Seguindo a terminologia do Título II da Constituição Federal, bem como a definição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, destaca-se, portanto, que

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 51.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 571.

¹²⁷ POLARINI, Giovana Meire. A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual¹²⁸.

No mesmo sentido, Vidal Serrano esclarece que se consideram fundamentais os direitos cuja natureza determina sua inserção na estrutura fundamental do Estado e da Constituição¹²⁹.

Assim, tem-se que o direito de acesso à informação pública configura-se em um direito fundamental individual e coletivo, resguardado no texto constitucional e essencial para a instrumentalização da democracia. Como bem o fez Vera Maria de Oliveria Nusdeo Lopes, pode-se afirmar que o direito de acesso à informação enquadra-se como sendo um direito de terceira geração, uma vez que vai além de suas dimensões tradicionais de primeira e segunda geração, pois que

não se está mais diante de um direito puramente individual, ligado à liberdade de expressão e opinião, ou tampouco num direito relacionado apenas ao aspecto republicano do Estado de Direito, onde se exige publicidade das ações governamentais, como forma de garantir o exercício dos direitos políticos do cidadão¹³⁰.

Por óbvio, se se preferir adotar a terminologia que reconhece a quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais, assim como o fez o doutrinador Paulo Bonavides, o direito de informação estaria enquadrado nessa nova esfera.

Disso destaca-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes dos entes federativos deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que no inciso II do §3º do mesmo artigo reconhece-se o direito de acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.

No Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XIV do artigo 5º assegura-se o acesso à informação e resguarda-se o sigilo da fonte

¹²⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

¹²⁹ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

¹³⁰ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 190.

quando for necessário ao exercício profissional. Mais especificadamente, no inciso XXXIII do artigo 5º da Carta Magna está previsto o direito fundamental de acesso à informação, abrangendo não somente as informações de interesse particular do cidadão, mas também as de interesse coletivo ou geral, as quais deverão ser prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade. O texto constitucional, contudo, impõe algumas ressalvas, haja vista que não se trata de um direito absoluto, resguardando, dessa forma, o sigilo das informações quando o mesmo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Por sua vez, o § 2º do artigo 216 da Constituição Federal preconiza que cabe à administração pública, na forma da lei, fazer a gestão dos documentos do Governo, bem como tomar as providências necessárias para possibilitar sua consulta pelos cidadãos. Nesse sentido, foi promulgada em 18 de novembro de 2011 a lei 12.527, a qual regula o acesso a informações previsto no texto constitucional.

Nesse viés, dada a relevância atual de se garantir instrumentos que permitam o controle dos atos da administração pública pelos administrados, em obediência aos mandamentos constitucionais, o direito de acesso à informação deve ser reconhecido como um direito fundamental, o qual impõe a cultura da transparência às práticas administrativas.

3.2 Acesso à informação e o princípio da transparência administrativa como desdobramentos da participação popular: do constitucionalismo garantista ao constitucionalismo emancipatório

Uma vez vencido o delinear do direito de acesso à informação como um direito fundamental, devidamente inserido no texto constitucional brasileiro, imperioso raciocinar a interpretação desse direito, bem como do princípio da transparência administrativa como desdobramentos da exigência da participação popular na nova percepção das práticas da administração pública do nosso país.

É evidente que o Estado brasileiro está enfrentando um processo de atualização de suas instituições, sendo que o texto constitucional que trata da participação popular deve ser analisado levando em consideração os avanços da sociedade e as condicionantes axiológicas inerentes à práxis administrativa.

Desse modo, faz-se pertinente mencionar a construção doutrinária do jurista Clèmerson Merlin Clève, que transita da ideia de constitucionalismo garantista para o constitucionalismo emancipatório, uma vez que a “Lei de Acesso à Informação pode ser considerada mais um pilar na construção desse espaço de consenso, dando vazão a um constitucionalismo emancipatório”¹³¹.

Pode-se, nesse íterim, afirmar que “há no direito constitucional brasileiro contemporâneo, perfeitamente delineadas, duas correntes doutrinárias: (i) uma primeira denominada dogmática da razão do Estado e (ii) outra que pode ser chamada de dogmática constitucional emancipatória”¹³².

Nesse sentido,

a dogmática da razão do Estado estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para transformar a nova ordem constitucional¹³³.

Por seu turno,

a dogmática constitucional emancipatória possui o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir da hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da condição que acomete a formação social brasileira¹³⁴.

Depreende-se, assim, que o intuito da dogmática constitucional emancipatória é focar na pessoa humana, e não no Estado, sendo que, embora demonstre respeito à normatividade da Constituição, reconhece o compromisso do direito com tornar realidade os ditames dos direitos fundamentais. Exige-se do

¹³¹ HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 13.

¹³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15.

¹³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 16.

¹³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 16.

Estado tanto uma conduta negativa, de abster-se, quanto uma atitude positiva, de agir. E, o que está previsto na Constituição Federal deve obrigar¹³⁵.

Assim, tratar da questão da renovação das práticas administrativas brasileiras sob o olhar da transparência e com foco no direito fundamental de acesso à informação supõe, sem dúvida, levar em conta a passagem da compreensão do Estado meramente garantista para o Estado regulador.

O acesso à informação dá aos cidadãos controle democrático sobre o trabalho das autoridades, facilitando a descoberta de diferentes formas de irregularidades, atos ilegais e corrupção. Ao mesmo tempo, confere aos cidadãos os recursos políticos suficientes para lhes permitir participar de maneira plena, como cidadãos iguais (com igual acesso aos dados e informes públicos), da tomada de decisões coletivas às quais estão obrigados¹³⁶.

Por óbvio, não se coaduna mais com as demandas sociais a visão de uma administração pública sem postura republicana e democrática. Como bem elucida o doutrinador Clèmerson Merlin Clève “a metáfora do elefante das pernas finas é o retrato caricatural dessa Administração de corpo robusto, forte aparato físico, mas despida de sustentação suficiente para manter de modo consistente a caminhada”¹³⁷. Ora, é perceptível que “as instituições brasileiras experimentam um processo de revolução silenciosa que guarda aspectos de avanço, renovação e continuidade”¹³⁸, sendo imprescindível que

o processo de concretização constitucional, portanto, reconhecida a complexidade da sociedade e a necessária convivência de uma pluralidade de interesses na tradução e composição do sentido da Constituição, deve se informar pelos parâmetros normativos do texto, inscrevendo as exigências de abertura, participação e igualdade na sua práxis cotidiana¹³⁹.

¹³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

¹³⁶ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014. p.4.

¹³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 1.

¹³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 1.

¹³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 2.

Significa então, nesse cenário, afirmar que a compreensão e interpretação do texto constitucional devem ser feitas em observância à exigência de participação do povo nas instituições públicas, e reconhecendo o cidadão como sujeito e autor das mudanças.

É nesse contexto de requalificação da legitimidade institucional que as premissas democráticas incorporadas na Constituição se arranjam com os direitos fundamentais e permitem uma construção normativa que alça a transparência à uma condição de possibilidade do Estado plural, republicano e aberto às exigências de controle racional das decisões¹⁴⁰.

Como visto, é extremamente relevante o papel dos princípios como conteúdo do Estado Democrático de Direito, uma vez que na estrutura dos direitos fundamentais chega-se ao conteúdo essencial, ao núcleo, externado na ideia de dignidade da pessoa humana. Dessa forma, as condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito brasileiro devem ser concebidas a partir da qualificação da participação do cidadão e da concepção emancipada do destinatário das promessas da Constituição Federal de 1988¹⁴¹.

Vincula-se, dessa maneira, a vida democrática do Estado e o direito fundamental à boa administração pública à dignidade da pessoa humana, cerne da Constituição Federal de 1988, pois a “vida democrática, tal e como a compreendemos, parte da concepção do homem como pessoa, como ser racional livre que a partir de sua própria condição analisa e julga os assuntos públicos”¹⁴².

As aspirações da democracia tendentes à imposição da participação efetiva e operante do povo na coisa pública superam o modelo da representação política e justificam-se pela dignidade da pessoa humana. Esse novo estágio – de passagem do Estado Democrático de Direito – aperfeiçoa-se com a aproximação da sociedade ao Estado e vice-versa pela adoção de mecanismos de participação

¹⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 2.

¹⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 3.

¹⁴² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

popular no processo decisório direto, de característica pluralista, e valoriza a noção de cidadania¹⁴³.

Não há que se falar em democracia sem se garantir o direito fundamental de acesso à informação, pois sem ele não há obediência completa à transparência administrativa, e configura-se o desrespeito ao reconhecimento do homem como ser livre e capaz de analisar e participar da vida pública, das coisas do Estado. Insta perceber que

a relação entre os ideais republicano e democrático encontra, portanto, sustentação na perspectiva constitucional – tanto teórica quanto prática – para se desenvolver. A junção de dois paradigmas, quais sejam, (i) a *atuação pública em rede* – contexto de reconfiguração do papel do Estado, com ação democrática, dialógica e controlada (*accountability*) e (ii) a *transparência da ação política* – implicando amplo acesso à informação, traduz e representa as exigências republicana e democrática instituídas na CF/88 (art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II e art. 216, 2º da Constituição Federal), pressupostos do constitucionalismo emancipatório¹⁴⁴.

Nesse raciocínio, veja-se que coaduna-se a esse argumento o pensamento de Norberto Bobbio, o qual fala não somente da necessidade da transparência na democracia, mas também da essencialidade da participação popular, haja vista que o que ele chama de definição mínima de democracia “entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”¹⁴⁵.

Desse modo, Bobbio eleva a relevância da participação popular, defendendo a ideia de que “um dos remédios contra a tirania das maiorias encontra-se exatamente na promoção da participação eleitoral”¹⁴⁶. Útil notar que o referido jurista não demonstra preocupação apenas com a participação popular, mas também com a participação eleitoral, haja vista que um sistema chamado democrático, mas que limita o poder de voto aos cidadãos acima de determinada

¹⁴³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

¹⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 3.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 12.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 32.

idade, não pode se dizer dotado de uma democracia ideal. Participação de todos é de todos, sem exceção. O douto doutrinador traz à baila em seu trabalho sobre democracia uma análise da obra de John Stuart Mill “Considerações sobre o governo representativo”, cujo trecho abaixo é interessante de ser transcrito:

A participação eleitoral tem um grande valor educativo; é através da discussão política que o operário, cujo trabalho é repetitivo e concentrado no horizonte limitado da fábrica, consegue compreender a conexão existente entre eventos distantes e o seu interesse pessoal e estabelecer relações com os cidadãos diversos daqueles com os quais mantém relações cotidianas, tornando-se assim membro consciente de uma comunidade¹⁴⁷.

Pois bem, enaltece-se, dessa maneira, a relevância da transparência e da participação popular para a democracia, sendo necessário, no caso do nosso país, vencer a “trágica herança brasileira no domínio da gestão pública, exercida sob as bases de uma institucionalidade herdeira do clientelismo e do patrimonialismo, associada ao longo período de ditadura pelo qual passou o Estado brasileiro”¹⁴⁸. Eis aí o grande desafio de nossa nação: ascender a renovada estrutura da administração pública, vencendo o passivo histórico.

Nessa conjuntura, relevante assimilar a relação existente entre o regime político de um Estado e o sistema econômico, a fim de se compreender o papel estatal: provedor ou regulador? Segundo Habermas, “a difícil conciliação entre capitalismo e regime democrático representativo envolve a contradição entre a defesa do sistema econômico e a idoneidade do programa político e social do Estado (assegurar formas de vida digna)”¹⁴⁹.

Assim, prudente que se defenda o novo modelo de atuação do Estado, com a conseqüente “releitura do paradigma intervencionista estatal para, ajustando o projeto político-social às exigências da sociedade complexa e plural, deslocar a

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 32.

¹⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 3.

¹⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 4.

prática autoritária provedora e vigilante, para assumir renovada dinâmica regulatória, negocial e compartilhada”¹⁵⁰.

É, portanto, o que se entende por democracia participativa, em que o cidadão tem conhecimento e consciência daquilo que se passa na administração pública, que discute os problemas públicos e estabelece uma íntima relação com o poder, sendo que para isso faz-se imprescindível a informação, pois que “entre o direito à informação e os direitos de participação democrática, estabelece-se uma verdadeira relação simbiótica. Apenas cidadãos providos de informações podem participar de debates públicos e encaminhar suas próprias posições”¹⁵¹.

Diante dessa necessidade, é plausível afirmar que é a vigilância democrática que permite a devida postura do Estado, pois que “o Estado regulador não é, portanto, só polícia, nem apenas provedor, mas antes, conciliador de interesses diversos, numa relação de maior interlocução com a sociedade”¹⁵². E, além disso, o Estado regulador também não é o responsável por tudo, haja vista que se exige do cidadão uma postura extremamente participativa, com intenso dever de responsabilidade social.

É, portanto, o que se chama da partilha da gestão, onde a fundamentação da legitimidade dos procedimentos regulatórios encontra-se na possibilidade de controle racional das decisões e com respeito às premissas da *accountability*¹⁵³.

A *accountability* deve ser compreendida, portanto, como um *conceito relacional* que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos na ação política e no controle de seus resultados e, de outro lado, estímulos orientados à transformação da postura passiva do cidadão em ativa¹⁵⁴.

¹⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 4.

¹⁵¹ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p.2.

¹⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 5.

¹⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 6.

¹⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 6.

Daí se notar a relevância de se aplicar o direito fundamental de acesso à informação sob o prisma do princípio da transparência administrativa, a fim de reconhecê-los como desdobramentos da participação popular, indispensável para a nova forma de atuação da administração pública brasileira, inserida em um Estado Democrático de Direito cujas normas constitucionais tendem a um cidadão emancipado, responsável e participativo, sendo que

a guerra do *constitucionalismo emancipatório* envolve a luta por um modelo de gestão pública que estimule a experiência democrática do autogoverno na associação política dos cidadãos emancipados, livres e iguais, reclamando um aparelho administrativo transparente, legitimado, cooperativo, impessoal, probo, republicano e eficiente (...) não custa lembrar que o sonho precede a realidade.

Ora, o que acontece é que o direito de acesso à informação, encarado como um verdadeiro direito fundamental, analisado sob a ótica do princípio da transparência tende a fortalecer a participação popular na gestão pública, com o devido reconhecimento do homem como ser racional e capaz de atuar como ator principal e não apenas como um mero coadjuvante nas coisas do Estado, elevando-se, como bem quis a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana ao âmago da atuação da administração pública.

3.2.1 Concepções acerca do direito fundamental de acesso à informação

A fim de analisar de maneira mais detalhada o direito fundamental de acesso à informação, indispensável se faz a contextualização do mesmo, com a devida delimitação dentro da órbita do direito à informação.

A informação se apresenta como um componente de fundamental importância em todos os campos da vida em sociedade, seja no aspecto pessoal, seja no âmbito do agir estatal e “no seu sentido mais elementar, a informação constitui parte de toda a experiência humana. Todos os organismos são sistemas de informação. A informação é a base da vida”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 17.

Sem dúvida, as relações sociais se baseiam na informação, sendo que em torno dela se organizam os diversos campos da vida social. No que tange ao conceito de informação, Maria Eduarda Gonçalves assevera que

implica, em rigor, um estado de consciência sobre factos ou dados, o que quer dizer que pressupõe um esforço (de carácter intelectual, antes de mais) que permita passar da informação imanente (dos factos ou dos dados brutos) à sua percepção e entendimento, o que implica, normalmente, a sua recolha, tratamento e organização. O conceito de saber transcende esse plano: consiste na capacidade de extrapolar para além dos factos e de retirar a partir deles conclusões originais¹⁵⁶.

O direito à informação, tanto no viés do direito de ser informado quanto no direito de ter acesso à informação “constitui por certo, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento”¹⁵⁷, ou seja, a informação, além de ser um dos pilares do regime democrático, também se faz fundamental para o desenvolvimento da capacidade crítica do ser humano. A informação é uma das formas que o homem se relaciona com o meio em que vive, sendo que

mesmo os sistemas jurídico-económicos liberais, favoráveis ao livre funcionamento das leis do mercado, reconhecem que o Estado devem intervir na criação de condições (...) que facultem, designadamente, um acesso geral e equitativo aos meios de comunicação e às fontes da informação necessários à realização dos direitos das pessoas nas esferas política, socio-cultural, económica ou pessoal¹⁵⁸.

O doutrinador Luis Roberto Barroso esclarece que

a doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos, e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se

¹⁵⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 17.

¹⁵⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 437.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 25.

a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano¹⁵⁹.

Com efeito, o direito à informação compreende “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”¹⁶⁰. Abrange, outrossim, não somente o recebimento de dados, mas também, e primordialmente, o direito de explicações, ao qual se liga intimamente.

Nesse mesmo sentido, expõe Airton Seclaender, baseando-se em Bobbio e Habermas (...), que a crescente complexidade do Estado e sua expansão tecnocrática tornaram insuficientes para a formação de opinião de grande parte da população da simples exposição do fato, já que ela carece do arsenal técnico e analítico necessário para compreender plenamente a conduta das autoridades. Por isso, o direito à informação implica, hoje, o direito à explicação para não perder sua razão de ser¹⁶¹.

Por outro norte, também se deve consignar que a informação é um poderoso mecanismo de controle do poder, haja vista que “as instituições potencialmente dominadoras valeram-se (valem-se) da informação enquanto fonte de poder, enquanto instrumento de diferenciação social ou reduto de acesso há poucos”¹⁶².

Para cidadãos e organizações cidadãs, vivemos uma era de oportunidades e imensos desafios. Enquanto um setor, a sociedade civil deve assegurar-se de que não pode ficar para trás. Informação é vital para cidadãos, comunidades e organizações da cidadania se eles querem ter participação plena no processo democrático. Informação não é só uma necessidade para pessoas – ela é parte essencial da boa governança estatal e corporativa. Empresas fracas e governos ruins dependem do segredo para sobreviver. Os

¹⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação *apud* GOZZO, Débora (coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 218.

¹⁶¹ SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – Base do paradigma moderno do direito de informação. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-147 *apud* LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito a informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 197.

¹⁶² MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014, p. 1.

segredos permitem o aumento da ineficiência, desperdício e corrupção¹⁶³.

Destarte, o direito de informação pode ser dividido, conforme o contexto histórico, em quatro fases distintas, a saber: a primeira, que coincide com o Estado Absolutista e possui como característica a censura de todos os escritos e um governo de segredo; a segunda fase, que surge com o advento do Estado de Direito, marcada pelo reconhecimento dos direitos humanos de primeira geração, como o direito à liberdade de expressão e opinião e liberdade de imprensa e o princípio da transparência e publicidade dos negócios públicos. Mais adiante, a terceira fase, na qual o poder dos meios de comunicação começa a sofrer certa intervenção do Estado. Por fim, a quarta fase, momento em que se objetiva a regulamentação dos meios de comunicação coadunando com o ideário democrático, assegurando o desempenho da função pública conforme os ditames do Estado Democrático de Direito, dando ao povo o direito à informação indispensável para controlar e influir no modo de condução da sociedade¹⁶⁴.

No que concerne ao conceito de direito à informação, denota-se que trata-se de um

sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado, mas com expressão coletiva¹⁶⁵.

De fato, o direito de acesso se vincula a uma das faces do direito à informação, o qual se divide em: 1) direito de informar; 2) direito de se informar e 3)

¹⁶³ ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil**. Dissertação de mestrado para a Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Prof. Orientador Marco Antonio Carvalho Teixeira. São Paulo, 2012, p. 29.

¹⁶⁴ SECLAENDER, Ailton C. Leite. O direito de ser informado – Base do paradigma moderno do direito de informação. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-147 *apud* LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito a informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181.

¹⁶⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.

direito de ser informado, e como entendem José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimento, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isso é, no direito de não ser impedido de se informar; é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado¹⁶⁶.

Dessa forma, o direito de informar se refere à liberdade que as pessoas têm para veicular qualquer tipo de informação, e “está na essência do regime democrático, vez que decorre diretamente do princípio constitucional da liberdade de expressão e de informação em todas as suas formas”¹⁶⁷.

Vidal Serrano atesta que “o direito de informar, na Constituição brasileira, de regra, assume uma feição de permissão, é permitido a todo indivíduo veicular as informações que julgar pertinentes, desde que possua os meios necessários para tanto”¹⁶⁸. Ou seja, nota-se que o direito de informar está mais ligado à proibição da censura e na garantia da liberdade jornalística.

Assim, em algumas circunstâncias a informação deverá ser encarada não como uma faculdade de quem a detém, mas como um verdadeiro dever, haja vista que quando há o dever jurídico de informar, como acontece no direito do consumidor ou mesmo na relação do povo com os administradores, existe o dever de conceder as informações, excetuando-se somente aquelas classificadas como sigilosas pela legislação¹⁶⁹.

Por seu turno, o direito de se informar se relaciona à possibilidade de colher informações, sendo que os indivíduos estão autorizados a acessar informações e pesquisar dados sem a interferência injustificada do poder público. Preceitua-se, então, o direito de obter as informações desejadas.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 225.

¹⁶⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 152.

¹⁶⁸ SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 32.

¹⁶⁹ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

Por último, o direito de ser informado “consiste na possibilidade de qualquer cidadão receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”¹⁷⁰.

Percebe-se, no entanto, que embora seja extremamente relevante e intimamente ligado à democracia, e sendo reconhecido com um direito fundamental, “o direito à informação não é ilimitado, vez que seus limites são o direito à vida, à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, considerados como os direitos da personalidade”¹⁷¹.

Ressalta-se, portanto, que nem sempre o direito de acesso foi considerado um direito autônomo, nem mesmo o próprio direito à informação, haja vista que “historicamente, o direito à informação era um consectário do direito à expressão e opinião, e também um passo necessário para a garantia da participação política dos indivíduos”.¹⁷²

O direito fundamental de acesso à informação foi sendo reconhecido e positivado nos ordenamentos jurídicos mundiais à medida que o assunto foi tomando relevância e repercutindo nas discussões a respeito, sendo que a primeira vez que o assunto foi mencionado explicitamente em um texto legal foi “nas leis de imprensa da Baviera e de Hesse, em 1949, as quais, entretanto, limitavam-se a reconhecer à imprensa o direito de exigir das autoridades as informações emanadas do Estado”¹⁷³.

Logo depois, a Constituição da República Federal da Alemanha de 1949, a Lei Fundamental de Bonn, fez a previsão, em seu artigo 5º, 1, do direito de ser informado, afirmando que todos têm direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral.

¹⁷⁰ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

¹⁷¹ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

¹⁷² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito a informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181.

¹⁷³ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito a informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 184.

Deve-se destacar que pela primeira vez o direito de acesso à informação foi enunciado separadamente, saindo da esfera dos profissionais e empresas jornalísticas, para ser reconhecido como um direito de todos os homens, visto como um direito essencial. Divide-se, sobremaneira, o direito de expressar a opinião e o direito de se informar, tendo, por isso, a Constituição alemã avançado significativamente no escopo de se reconhecer o direito à informação como um direito autônomo¹⁷⁴.

O fato é que “tem-se registrado uma adesão crescente de diversos ordenamentos a este direito”¹⁷⁵. E, como bem elucida o doutrinador José Renato Gonçalves:

o incentivo ao livre acesso à informação pública prosseguido nas últimas décadas nos Estados Unidos poderá estar entre as causas do desenvolvimento das tecnologias de informação naquele país (...) e nem todos os ordenamentos jurídicos europeus acolheram até à data o direito geral de acesso à informação administrativa (Alemanha, Luxemburgo, Reino Unido)¹⁷⁶.

No artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem verifica-se que todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, o qual inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Em 30 de Maio de 2001 o Parlamento Europeu aprovou o Regulamento nº 1049, relativo ao acesso do público aos documentos relacionados àquele órgão. E, em 2002 o Conselho da Europa produziu uma recomendação em matéria de acesso aos documentos públicos, no mesmo sentido que havia sendo adotado por diversos países europeus e pela própria União Européia¹⁷⁷.

Diversos países sul-americanos têm promulgado leis de acesso à informação, sendo que no Peru foi aprovada, em 2003, a Lei nº 27.806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, no Chile, em 2008, a Ley 20.285

¹⁷⁴ SECLAENDER, Airtón. O direito de ser informado – Base do paradigma moderno do direito de informação. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-147 *apud* LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito a informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 184.

¹⁷⁵ GONÇALVES, José Renato. **Acesso à Informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 27.

¹⁷⁶ GONÇALVES, José Renato. **Acesso à Informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 28.

¹⁷⁷ GONÇALVES, José Renato. **Acesso à Informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 30.

sobre transparencia y acceso a la información pública. E, também em 2008 o Uruguai promulgou a Lei nº 18.381 acerca dos Derecho de Acceso a la Información Pública.

No que tange ao Brasil, a proteção ao direito à informação não tinha sido prevista expressamente no texto constitucional até a Carta Magna de 1988, a despeito do mesmo já ter sido mencionado em diversos documentos de direitos humanos.

Assim, no escopo de cumprir com o compromisso firmado mediante a adesão da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Brasil inseriu no texto constitucional o direito à informação em diversos trechos, como consignado. No que tange ao direito fundamental de acesso à informação no direito brasileiro, ver-se-á mais adiante a evolução do mesmo até culminar na promulgação da lei 12.527, específica sobre o tema.

Um fator de extrema relevância que também deve ser colocado em evidência são os meios tecnológicos cada vez mais evoluídos, uma vez que através da tecnologia da informação os cidadãos conseguem ter acesso aos assuntos públicos quase imediatamente, além de ter a oportunidade de inserir questionamentos acerca do agir estatal, gerando um verdadeiro *demos* atento, em que o povo é dotado de uma compreensão mais ampla e mais participativa¹⁷⁸.

Percebe-se, outrossim, que a evolução da tecnologia acaba por difundir de maneira ainda mais rápida as informações, e “a medida em que o avanço 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”¹⁷⁹.

Desse modo, como reconhece Stefano Rodotà, as novas tecnologias promovem uma verdadeira transformação da sociedade, fazendo emergir tanto utopias positivas quanto utopias negativas¹⁸⁰. Nesse sentido, tem-se que “a sociedade da informação é configurada, ora como uma oportunidade histórica de realização dos direitos de cidadania, designadamente das liberdades de informação

¹⁷⁸ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014. p.5.

¹⁷⁹ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 30.

e de expressão, ora como risco de agravamento das desigualdades sociais no acesso à informação”¹⁸¹.

Deve-se, contudo, entender esse ambiente da sociedade da informação não como uma possibilidade de rebaixamento da vida humana, mas sim como um espaço de promoção da pessoa, ou seja, “trata-se de concretizar prudentemente balanceamento axiológico entre a tecnologia (...) com as novas raízes fecundas e constitucionais da privacidade”¹⁸².

Assim, nesse contexto, ressalta-se a necessidade de se tratar o direito à informação com bastante acuidade, a fim de não invadir a vida íntima das pessoas, pois “nos tempos atuais em que o avanço tecnológico oferece toda sorte de mecanismos e de aparelhagem capaz de devassar a vida íntima (...) a ponto de ser cada vez mais difícil resguardar da intrusão pública os momentos mais relíquias da vida privada”¹⁸³.

Sobre tal paradoxo, tratar-se-á mais à frente a respeito, mas o que deve ficar claro, desde já, é que o direito fundamental de acesso à informação deve ser efetivado nos exatos limites legais, não podendo ser utilizado para desvendar detalhes da vida íntima das pessoas. Na era digital, claro que esse liame fica ainda mais tênue, uma vez que a tecnologia permite uma troca muito mais rápida das informações.

Prudente perceber, então, que recentemente vive-se na chamada sociedade da informação, e que “se o século 20 foi o século da produção de massa, como típico da sociedade pós-industrial, o século 21 há de ser o século do conhecimento”¹⁸⁴.

Esse conjunto de transformações no terreno do saber humano está ensejando uma espécie de sinergia da comunicação e da informação, criando uma realidade nova, que pode ser designada simplesmente de espaço do conhecimento. Tal processo reflete a

¹⁸¹ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 31.

¹⁸² MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014, p. 225.

¹⁸³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 532.

¹⁸⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 440.

insurgência do *homo culturalis*, em contraposição ao *homo economicus* dos séculos 19 e 20¹⁸⁵.

Sem dúvida, no contexto da sociedade da informação o trânsito dos dados deve ser visto de maneira diferenciada, sendo que se moderniza a concepção de informação. Contudo, “a novidade não está na informação em si, mas na sua codificação e transformação, por força do computador e das capacidades crescentes das redes de comunicação, numa mercadoria susceptível de ser transferida sem constrangimentos de tempo e espaço”¹⁸⁶. Importante perceber, então, que embora as alterações mais sensíveis na sociedade da informação sejam na esfera tecnológica e econômica, acabam por provocar mudanças na seara social e política¹⁸⁷, pois que

a expansão do uso das novas tecnologias e as consequências que lhe são inerentes coincidem com um contexto marcado pela perda de credibilidade dos sistemas políticos centralizados, tecnocráticos e muitas vezes secretistas. Estes tornam-se notoriamente incapazes de responderem às expectativas e ansiedades de uma sociedade mais atenta aos riscos de origem tecnológica – incluindo os riscos associados ao uso de novas tecnologias da informação e da comunicação (“ciber-crime, invasão da vida privada, etc.) – e que reclama um mais amplo acesso à informação e à participação nas decisões que a afetam¹⁸⁸.

O conceito de sociedade da informação pode ser descrito como sendo o ambiente em que “os dados, informação, conhecimento científico e tecnológico passam a constituir a força motriz da formação e desenvolvimento sociais, onde o sistema tecnológico computador/telecomunicações determina a natureza fundamental da sociedade”¹⁸⁹. Perelman diz que talvez a verdadeira novidade da economia da informação “reside na expansão do próprio conceito de “informação”, o qual abrange a imagem, a voz, os dados em formato digital, bem como na tendência para a comercialização da vida cultural, que dilui a distinção entre dados

¹⁸⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 440.

¹⁸⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28.

propriamente ditos e as diversas formas de expressão intelectual ou artística”¹⁹⁰. Dessa forma, o saber passa a ter mais valor que a própria produção, vive-se a substituição da economia do material para a economia do imaterial.

Nítida, portanto, a relação existente entre o direito de acesso à informação e a era digital, pois que na sociedade da informação esse câmbio de dados fica extremamente facilitado. De fato, “a expansão da informação e da comunicação de massa colocou em evidência situações públicas outrora veladas. A divulgação de escândalos, de corrupções, de composições políticas pontuais”¹⁹¹ fica ainda mais relevante.

Na sociedade da informação o *princípio da publicidade* dos atos administrativos alcançou proporções jamais pensadas, eis que a exposição dos bastidores burocráticos tornou-se mais concreta, daí a ampla tentativa do sistema político da contemporaneidade estabelecer limites às atividades informativas e midiáticas¹⁹².

Outra vertente do direito de acesso à informação que se deve evidenciar é a que diz respeito ao direito a verdade, haja vista que “a informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira, eis que a divulgação de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental”¹⁹³. Ora, o direito fundamental de acesso à informação, assim como todo direito fundamental, não pode ser usado a fim de encobrir atos ilícitos.

O aspecto relacionado com a verdade das informações deve ser visto no viés do valor social da verdade, o qual consiste em duas nuances, quais sejam: a primeira, que se relaciona com o caráter essencialmente ético da verdade, naquilo que os teóricos da moral como Kant e São Tomás de Aquino traduziam como o dever de falar a verdade e proibição de dizer o falso. Esse aspecto diz respeito à concepção da verdade como centro da dinâmica da vida social, no que se entende

¹⁹⁰ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29.

¹⁹¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014, p. 228.

¹⁹² MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014, p. 228.

¹⁹³ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

na virtude da verdade, a sinceridade e precisão são essenciais para fundamentar a dinâmica social¹⁹⁴, uma vez que há a

necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e, igualmente inaceitável) um sistema moral que não distinguisse a verdade da mentira, ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim, da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral¹⁹⁵.

A segunda nuance da verdade como valor social se refere ao caráter eminentemente político, perfazendo a conexão entre a verdade e a democracia, uma vez que o uso da mentira foi, ao longo da história, utilizado pelos regimes utilitários, demonstrando, de fato, a correlação entre a política e a verdade. Como exemplo, pode-se citar a guerra declarada pelos Estados Unidos da América contra o Iraque, quando George W. Bush afirmou ao povo americano que existiriam armas de destruição em massa sob o poder de Saddam Hussein, o que mais tarde tornou-se evidente se tratar de uma mentira¹⁹⁶.

Nessa vertente, o povo tem o condigno direito fundamental à verdade, com base no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal e no artigo 5º, XXXIII. Ora, é certo que “a documentação governamental constitui uma importante base material para a compreensão da historicidade do povo brasileiro e constitui também um elemento essencial para a efetividade do processo democrático e para a transparência na administração pública”¹⁹⁷. Sendo assim, “não há motivos para a Administração Pública agir em segredo, a não ser quando assim determinado pelo ordenamento jurídico”¹⁹⁸.

O direito à verdade, visto sob a ótica da filosofia política, possui suas bases na concepção da ética, sendo que a verdade intelectual é o pensamento que coincide com a realidade, enquanto a verdade ética, como bem delineou Sócrates,

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 115 e 116.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 116.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 118.

¹⁹⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos fundamentais: Reflexões e perspectivas**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 229.

¹⁹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 201.

busca a correlação da ação com um modelo de virtude, variando, portanto, no tempo e no espaço, de acordo com as condições sociais, sendo que no que diz respeito aos políticos, a verdade ética deve, necessariamente, ser observada na relação entre estes e o povo¹⁹⁹. Nesse sentido,

esse dever de informação por parte do Estado compreende a chamada “dimensão política da verdade”, porque o cidadão, em face do Texto Constitucional, tem pleno direito de saber quais medidas públicas foram tomadas em seu nome pelo sistema dito como representativo²⁰⁰.

A ideia do Estado Democrático de Direito não tolera, portanto, que a verdade seja mascarada do povo, haja vista que somente com informações verídicas, condizentes com a realidade, que o cidadão poderá refletir acerca da correspondência dos atos dos administradores públicos e sua vontade.

Resta, por conseguinte, evidente que a preocupação com a verdade é um componente essencial da democracia: para um Estado democrático é sempre errado mentir aos cidadãos. Esses, de resto, não terão condições de formar opiniões corretas ou executar seu direito à crítica se imersos em um sistema fundado na mentira e na supressão da verdade²⁰¹.

Assim, tem-se que “a verdade é uma condição necessária para a confiança que o cidadão deveria ter no Estado; confiança essa que deve fundar-se no princípio de que o Estado não deve enganar os cidadãos”²⁰², elucidando-se, portanto, uma interessante e fundamental relação entre a confiança do povo e o governo do país.

3.2.2 Conteúdo e estrutura do princípio da transparência administrativa

Sem dúvida, as digressões realizadas até esse momento tornam plausível afirmar que o direito fundamental de acesso à informação constitui uma

¹⁹⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos fundamentais: Reflexões e perspectivas**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 230.

²⁰⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 203.

²⁰¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 118.

²⁰² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 118.

diretriz importante para delinear o adequado agir do Estado, sendo que as informações devem ser disponibilizadas pela administração pública de maneira translúcida, daí a relevância de se analisar, nesse contexto, o direito de acesso à informação sob a ótica do princípio da transparência.

Transparente é algo que vai além da publicidade, e se digna a deixar claro aos olhos daqueles que pretendem ver algo. No contexto democrático, diz-se que transparente é a administração que mantém com os seus administrados uma relação de livre fluxo de informações, que contém instrumentos que propiciem tanto a transparência ativa quanto a transparência passiva. A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro fala com maestria acerca do que ela denomina de círculo virtuoso proporcionado pela transparência, no sentido de que

a participação popular e a motivação pressupõem o aumento dos níveis de publicidade e de acesso a informações públicas, a participação popular amplia a publicidade e proporciona motivação suficiente, e a motivação torna públicos os processos e decisões e permite a obtenção de melhores resultados na participação popular. É um círculo virtuoso²⁰³.

A esse respeito, o doutrinador Wallace Paiva também se refere a esse fenômeno como sendo um círculo virtuoso, pois “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 forma de atuação”²⁰⁴. Tamanha é a relevância da transparência para a democracia que Nancy Chang, ao comentar as restrições de acesso das pessoas aos atos do governo americano decorrentes do Patriotic Act, logo após o ocorrido em 11 de setembro nos EUA, afirma que essa posição contribui, sensivelmente, para o cerceamento da posição livre necessária para a democracia²⁰⁵.

Com propriedade, o doutrinador Wallace Paiva Martins Júnior afirma que

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. In prefácio de: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

²⁰⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

²⁰⁵ CHANG, Nancy. **Silencing Political Dissent** *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 349.

o princípio da transparência reúne funções materiais e instrumentais: aperfeiçoamento do caráter democrático do Estado (pela legitimidade do uso e do exercício do poder e da função pública), concretização da dignidade da pessoa humana, restauração da confiança na Administração Pública (pelas possibilidades de acesso e participação), parâmetro do controle da fidelidade do devido processo legal administrativo, garantia dos direitos dos administrados, recuso de obtenção de eficiência da ação administrativa mais próxima das demandas sociais e meio de maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas²⁰⁶.

Transparência, portanto, vai além de publicidade, sendo que a

publicidade remonta a discussões políticas e à tomada de decisões em público, como acontecia na ágora ateniense e no fórum romano. A transparência é um termo moderno que requer uma administração pública diáfana, garantindo o acesso do público à informação e permitindo um controle por parte do público. A transparência é legitimada pelo estado de direito, enquanto a publicidade tem sua fonte na democracia²⁰⁷.

Insta perceber, nessa esteira de pensamento, a necessária correlação existente entre o ideal democrático inserido na forma de governo do Estado Democrático de Direito e a realização dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana, bem como a relação de confiança que necessariamente deve existir entre os administrados e as autoridades públicas.

O doutrinador Jesús Gonzáles Pérez é enfático ao dizer que a transparência figura hoje em praticamente toda disposição sobre ética pública, pois eu aliada ao acesso à informação pública e às normas sobre bom governo deve ser o fundamento de toda ação pública. Somente quando a ação dos administradores públicos se remeter a escrutínio, quando os cidadãos puderem conhecer como se tomam as decisões públicas, como se administram os recursos públicos e os critérios que são utilizados, é que se pode falar em uma sociedade crítica, exigente e de fato, participativa²⁰⁸.

Desse modo, “a transparência representa um ritual de passagem de um modelo de administração autoritária e burocrática à administração de serviço e

²⁰⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

²⁰⁷ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014. p.4.

²⁰⁸ PÉREZ, Jesús Gonzáles. **Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas**. Segunda edición. Madri: Thomson, 2014, p. 175.

participativa, em que a informação sobre todos os aspectos da Administração Pública é o pressuposto fundamental da participação”²⁰⁹. Percebe-se, portanto, uma estreita conexão entre as alterações ocorridas no âmbito da sociedade com a concepção de transparência administrativa como forma de efetivar a participação popular, haja vista que

o estágio de acumulação do capitalismo internacional e as mudanças da sociedade industrial de massa acabaram por impulsionar não só uma crise de legitimação social e de representação política, mas sobretudo, uma crise da administração e aplicação da justiça. Assim toda e qualquer proposta de transformação do paradigma jurídico liberal-individualista no espaço periférico e dependente passa, hoje, obrigatoriamente, por políticas democráticas assentadas na ‘descentralização’, ‘participação popular’, ‘poder local’, ‘controle das bases’ e ‘sistemas de conselhos’... Sublinha-se que a construção de uma sociedade democrática alicerçada nas necessidades das identidades coletivas locais não só depende da participação integral da cidadania consciente e atuante, como ainda tem sua condição prévia nos marcos da descentralização político-administrativa... A implementação e o alargamento da sociedade democrática de descentralizadora só se completa com a efetiva participação e controle por parte dos movimentos e grupos comunitários²¹⁰.

Assim, denota-se que, se por um lado a transparência administrativa está vinculada à própria evolução da sociedade, lançando-se um olhar para trás enxerga-se o fundamento, a razão de ser da administração pública transparente: ela também está ligada ao futuro da democracia, ou seja, o olhar para frente também encontrará vínculos entre o ideário democrático e o princípio da transparência, pois como bem destacou Norberto Bobbio “pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder”²¹¹. Afirma ainda Bobbio que

há alguns anos, num livro muito conhecido e discutido, Habermas contou a história da transformação do estado moderno mostrando a gradual emergência daquela que ele chamou de “a esfera privada do público” ou, dito de outra forma, a relevância pública da esfera privada ou ainda da assim chamada opinião pública, que pretende

²⁰⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

²¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Direito e Democracia *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 462.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 10.

discutir e criticar os atos do poder público e exige para isto, e não pode deixar de exigir, a publicidade dos debates, tanto dos debates propriamente políticos quanto dos judiciários. entende-se que a maior ou menor relevância da opinião pública entendida como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do poder público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do estado, da "res publica", depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta exatamente como visibilidade, cognocibilidade, acessibilidade e portanto controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder. a publicidade assim entendida é uma categoria tipicamente iluminista na medida em que representa bem um dos aspectos da batalha de quem se considera chamado a derrotar o reino das trevas: onde quer que tenha ampliado o próprio domínio, a metáfora da luz e do clareamento (daaufklärung ou doenlightment) ajusta-se bem à representação do contraste entre poder visível e poder invisível²¹².

Cumprido ressaltar que o processo de globalização e o enorme avanço tecnológico acabam por facilitar o emprego do princípio da transparência, pois

de fato, com as tecnologias, a sociedade capitalista tornou-se muito mais dinâmica, complexa e, de algum modo, as ações humanas agora estão cercadas de instrumentos reais que possibilitam transparência e controle fiscal e social. Dessa maneira, a presença do Poder Público em quase todas as nossas ações diárias levou a um estreitamento da distância entre o cidadão e o Estado, em parte pela transparência, pelos mecanismos de controle e, em outra parte, pelas ações e reações dos sujeitos, ao reivindicarem como seus os direitos sociais²¹³.

Hodiernamente, portanto, espera-se da administração pública uma gestão democrática, cujos atos estejam condizentes com o princípio da transparência. Ademais, é válido perceber que embora esteja constitucionalmente garantido o direito de acesso, é bom que os agentes públicos internalizem a noção de transparência, a fim de vincular determinadas informações, relatórios e dados que possam interessar à população, haja vista que

apesar de a Constituição brasileira referir-se ao pedidos dos interessados, nada impede que, com base no dever geral de garantir a liberdade de informação (e o acesso a ela mostra-se inerente), o Estado ocupe-se de gerar a publicização de certas informações das

²¹² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 96.

²¹³ SILVA, Maria Abádia da. Notas sobre as noções de tempo e as implicações na educação escolar. In: NASCIMENTO, Claudemiro Godoy do (Org.). **Versos e reversos da educação: das políticas às pedagogias alternativas**. Goiânia: Editora da PUC de Goiás, 2010. Cap. I, p. 13.

quais é detentor ou das quais só ele dispõe (inclusive colhendo, reunindo e sistematizando dados), independentemente de solicitações individuais nesse sentido²¹⁴.

Cumpre também destacar que a transparência se configura em uma exigência plena frente ao Estado, não somente visto no viés do poder executivo. Prova disso é que o princípio da transparência vem sendo constantemente reforçado e desenvolvido nas diversas formas de atuar do Estado. Com esse propósito, aliás, foi inserida em 2004, no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional 45, a fim de alterar o inciso X do artigo 93 da Carta Magna, exigindo-se, no âmbito do Poder Judiciário, tomadas de decisões administrativas dos tribunais em sessão pública²¹⁵.

Los objetivos de la transparencia administrativa, tal como han sido históricamente explicitados en la doctrina sueca, persiguen tres funciones principales, en el campo de la eficacia, de la participación y de la legitimidad funcional de la Administración Pública. Potencia la eficacia, la racionalidad y la calidad de la prestación de los servicios públicos, permitiendo a los ciudadanos supervisar las autoridades públicas para prevenir o denunciar ilegales, arbitrarias, parciales, inoportunas, corruptoras. Incentiva la participación de los ciudadanos, contribuyendo con la formación de la opinión pública y dando los medios de debate sobre las opciones políticas y administrativas. Refuerza la legitimidad funcional, por la vía de la confianza en las autoridades, al viabilizar el control normal sobre sus declaraciones y actuaciones²¹⁶.

A transparência surge, assim, como um dever estatal e um direito subjetivo público no viés da moderna concepção de administração pública que deve fixar seus procedimentos e atos na moralidade e na ética, sendo que “a transparência é a resposta racional à crise de legitimidade no contexto de uma Administração Pública com elevado grau de penetração na vida cotidiana dos cidadãos”²¹⁷ e “devido à sua estrutura de princípio e, portanto, norma jurídica, a

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 349.

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 349.

²¹⁶ CONDESSO, Fernando dos Reis. **Derecho a la información: Crisis del sistema político y transparencia de los Poderes Públicos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 93/94.

²¹⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

transparência administrativa tem caráter vinculante, constituindo um dever da Administração e, concomitantemente, um direito subjetivo público do indivíduo²¹⁸.

No que se refere à estrutura do princípio da transparência, o doutrinador Wallace Paiva esclarece que

formula-se a existência de um princípio da transparência administrativa, materializado pelos subprincípios (instrumentos ou mecanismos) da publicidade, da motivação e da participação do administrado na gestão administrativa e na tomada de decisões administrativas por meio de vários institutos: audiências públicas, consultas públicas, plebiscitos administrativos, referendos administrativos, publicações, notificações, direitos de acesso, informação e certidão, motivação, etc...²¹⁹

Assim, a transparência administrativa se liga à ideia de Estado Democrático de Direito, sendo um dos alicerces da democracia, pressupondo a existência de mecanismos que permitam o livre acesso à informação e a consequente participação do cidadão na gestão pública. Configura-se, portanto, a publicidade, a motivação e a participação popular como subprincípios da transparência administrativa²²⁰.

Desse modo, pode-se afirmar que a “transparência consiste não só na informação ao povo do que a Administração Pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo e tomada de decisão”²²¹, pois como visto, a transparência vai além da publicidade e exige que

todos os movimentos do Estado como regra, devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio de instrumentos legalmente previstos; transparentes porque devem permitir enxergar com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle.

²¹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

²¹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

²²⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

²²¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

*Sem publicidade transparente não há informação verdadeira, sem informação não há cidadania plena*²²².

Nítida, portanto, a conexão entre o princípio da transparência administrativa e o direito fundamental de acesso à informação, uma vez que é plausível afirmar que o acesso à informação pública possibilita a materialização da transparência.

3.3 Informação pública como instrumento de combate à corrupção e os desafios para o futuro

Conforme visto, o direito à informação se vincula intimamente com a capacidade do cidadão de assimilar e criticar aquilo que acontece ao seu redor, incluindo aí os atos da administração pública. Desse modo, corrobora-se com a afirmação de que “la democracia solo puede subsistir como organización política en la medida em que esté integrada por personas cultas y capaces de formar sus opiniones”²²³.

De fato, “a corrupção floresce na ignorância e na incerteza e é menos prevalente quando há vasta disponibilidade de informações sobre o quê o agente está fazendo e não está fazendo”²²⁴.

A corrupção, como tema sociológico, político e filosófico, exige reflexões dos mais diversos matizes e influências, perpassando especialmente pelo cariz histórico, oportunidade em que, até nos documentos da mais remota antiguidade, são percebidas notícias atenienses a sua prática. Nesse prumo, a corrupção não se refere apenas às questões de Estado, mas também de religião, de *lex mercatoria*, de servidão e escravidão, etc. Portanto, o tema da corrupção é um tema, sobretudo, humano²²⁵.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 889.

²²³ HABA, ENRIQUE P. Tratado Básico de Derechos Humanos *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 437.

²²⁴ ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil**. Dissertação de mestrado para a Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Prof. Orientador Marco Antonio Carvalho Teixeira. São Paulo, 2012, p. 31.

²²⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 225.

Infelizmente, nosso país é mundialmente conhecido pelos flagrantes casos de corrupção, que acabam por fragilizar nossa democracia, ocasionando uma diminuição na relação de confiança existente entre os cidadãos e os administradores públicos. O povo se sente traído por aqueles que deveriam agir da melhor maneira possível a fim de cumprir os propostos pelos quais foram eleitos.

A pressão dos organismos internacionais com os quais o Brasil já havia se comprometido, bem como a ânsia da população por ter conhecimento e confiança na gestão pública tomaram tamanha proporção que levaram recentemente o governo brasileiro a sancionar a lei 12.846/2013, que está sendo apelidada de lei anticorrupção, cujo texto dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

A referida lei foi sancionada no dia primeiro de agosto de 2013 e teve origem na Câmara com o Projeto de Lei 6.826/10 e, na verdade, veio como resposta às diversas reivindicações do povo diante dos vários casos de fraudes e corrupção noticiados em nosso país, sendo que se espera que com a aprovação dessas normas mais severas o combate à corrupção seja, efetivamente, disseminado.

Por óbvio, a aplicação do princípio da transparência, com efetivos instrumentos de acesso à informação à população proporcionam certo temor por parte dos agentes públicos, os quais tenderão a atuar de maneira a cumprir os desígnios da legislação, visto que

quanto maior o grau de transparência administrativa maior também será o respeito devotado pelos agentes públicos aos princípios jurídico administrativos (moralidade, legalidade, imparcialidade, etc.). A visibilidade proporcionada é fator psicológico de temor ao desvio de poder, ao comprometimento irresponsável dos recursos públicos, etc. Em grande parte, os vícios da Administração Pública devem-se à sigilosidade, cuja redução, além de efetividade do controle, principia com a maior visibilidade²²⁶.

Nesse sentido, as ferramentas anticorrupção acabam por facilitar o controle do cidadão e do próprio controle do Estado sob seus atos, sendo um mecanismo tendente a superar a assimetria de poder e de informação. O povo se torna capaz de visualizar os atos dos administradores e a mesma também terá mais subsídios para efetuar o controle interno.

²²⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

O mecanismo, então, exige a operacionalização da razão prática supondo a transparência da Administração Pública e a vontade na inserção e envolvimento da sociedade. O crescimento da participação cidadã pode desencadear consequências diversas. O envolvimento maior da comunidade de interessados educa a práxis administrativa no sentido de abertura de seus procedimentos, podendo, também, encorajar a ação participativa em situações nas quais ela não seja habitual, redefinindo os termos da responsabilidade do Poder Público. Cumpre, todavia, reconhecer que nem sempre o aumento da participação se reflete numa qualidade maior da ação política. Os desafios, então, são imensos²²⁷.

Na célebre obra “A República” de Platão, há uma interessante referência que o douto jurista faz a respeito da transparência e a justiça, quando apresenta o Mito de Gíges, afirmando que “o ser humano, quando invisível, ou seja, no momento que age em segredo, tem a potencialidade de cometer injustiças e ilegalidades”²²⁸.

De acordo com o Mito de Gíges, haveria um pastor de ovelhas que, após uma grande tempestade viu a terra se abrir e revelar um cavalo de bronze, que guardava dentro de si um cadáver que carregava um anel. O pastor notou que, ao provar o anel, se tornava invisível. Gíges então coloca o anel para não ser visto e seduz a esposa do rei, mata-o e assume o poder. E, a partir desse relato, Platão questiona a questão da justiça relacionada à visibilidade. O que um homem seria capaz de fazer se estivesse invisível?²²⁹

Ora, exatamente por este motivo o “poder deve ser transparente para ser praticado de forma justa e temperada”²³⁰, de forma que é plausível afirmar que a transparência, a visibilidade dos atos, é condição que reforça a justiça. Se vigiados, os humanos tenderão a fazer a coisa certa, e se há instrumentos de vigilância, os outros poderão controlar os atos praticados, pois “é certo que o poder que traz consigo a custódia do conchavo e da penumbra de suas ações não pode se conformar em servir ao certo, ao justo e ao lícito”²³¹.

²²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013, p. 6.

²²⁸ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 19.

²²⁹ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 19.

²³⁰ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 19.

²³¹ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 18.

O doutrinador Wallace Paiva Martins Júnior também nesse sentido afirma que “a democracia é mais efetiva quando o uso do poder tem visibilidade”²³² e que “o regime democrático funda-se no princípio de que os atos dos governantes devem ser do conhecimento do povo. Também reage contra o poder invisível, ambiente propício para a corrupção e o desvio de poder, instrumentalizando a moralidade, a impessoalidade e a imparcialidade”²³³.

Quanto maior o grau de transparência administrativa, maior também será o respeito devotado pelos agentes públicos aos princípios jurídico-administrativos (moralidade, legalidade, imparcialidade, etc...). A visibilidade proporcionada é fator psicológico de temor aos desvios de poder, ao comprometimento irresponsável dos recursos públicos. Em grande parte, os vícios da Administração Pública devem-se à sigilosidade, cuja redução, além da efetividade do controle, principia com maior visibilidade²³⁴.

Célebre por vincular a ideia do direito à ideia de justiça, Gustav Radbruch afirma que o direito é um fato ou fenômeno cultural, sendo, portanto, referido a valores, afirmando que o conceito de direito deve ser “o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a ideia do direito. O direito pode ser injusto e contudo não deixa de ser direito, na medida em que o seu sentido vem a ser precisamente esse: o de realizar o justo”²³⁵. Nesse sentido,

não pode, portanto, haver uma justa visão de qualquer obra ou produto humano, se abstrairmos do fim para que serve e do seu valor. Uma consideração cega aos fins, ou cega aos valores, é pois aqui inadmissível, e assim também a respeito do direito ou de que qualquer fenômeno jurídico²³⁶.

O direito é ligado, assim, à ideia de justiça, reconhecidamente por se tratar de uma técnica para regulação das condutas humanas. Por óbvio, não se trata aqui de afirmar que a corrupção seja somente um fenômeno vinculado à justiça e à

²³² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

²³³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

²³⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

²³⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6^a ed. revista e acrescida. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 45.

²³⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6^a ed. revista e acrescida. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 44.

possível vulnerabilidade do ser humano a se corromper. Corrupção não tem somente como causa a falta de conduta moral das pessoas, sendo que se trata de um problema muito mais complexo, é “uma questão estrutural e um problema multifacetado que ultrapassa a questão da necessidade de cumprimento das leis e o respeito a códigos de ética”²³⁷.

Por derradeiro, justiça e transparência estão intimamente ligadas ao combate à corrupção, pois que, partindo-se da premissa de que a democracia exige a participação e o controle ativo do povo, titular do poder, é fundamental que haja ferramentas que tornem o agir do Estado transparente e acessível, a fim de coibir os atos de corrupção.

Essa circularidade participativa e informativa faz a coletividade passar de um estado de consciência política difusa a um estado de consciência mais nítido, uma comunidade de saber, criando uma ideia política comum e influenciando diretamente as deliberações públicas. É por essa forma que uma sociedade atinge o mais puro grau de consciência de si própria²³⁸.

E, além disso, levando-se em consideração que “os ideais jurídicos são ideais, não só para o direito em geral, mas ainda para o direito duma época determinada, dum determinado povo”²³⁹, sempre de acordo com as condicionantes históricas e sociológicas, relevante destacar que a sociedade brasileira, na esteira da sociedade mundial, vem cobrando de maneira mais sistemática a existência de regras jurídicas mais severas que tenham como finalidade a prevenção da corrupção, bem como a punição mais severa desses casos.

Jesús Gonzáles Pérez afirma que “estamos viviendo unos momentos en que las sociedades occidentales se ven zarandeadas por una interna y externa crisis de valores”²⁴⁰ e que “asistimos a una quiebra general de los valores morales. En la

²³⁷ NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 14.

²³⁸ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 2.

²³⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. revista e acrescida. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 49.

²⁴⁰ PÉREZ, Jesús Gonzáles. **Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas**. Segunda edición. Madri: Thomson, 2014, p. 42.

vida pública y en la privada. En el político y en el ciudadano. En el administrador y en el administrado”²⁴¹.

Fenômeno bastante complexo e cheio de delineamentos é a corrupção, que é “como um elefante, difícil de descrever, mas quando você encontra um sabe imediatamente reconhecê-lo. É o que ocorre com as pessoas quando confrontadas com um desvio de conduta”²⁴². Sem dúvida, a corrupção é uma palavra de difícil conceituação e trabalhada em diferentes áreas, as quais acentuam determinadas características, conforme o enfoque que é empregado. Contudo, pode-se asseverar que a corrupção traduz uma ideia de deterioração material ou moral, configurando a quebra ou ruptura com alguma norma existente²⁴³ e, no que tange mais especificadamente à administração pública, a corrupção é o “ato do funcionário público que foge das regras que o limitam para favorecer interesses particulares mediante uma recompensa”²⁴⁴.

A corrupção é uma constante na história brasileira. As notícias mais remotas estão em um singelo livro atribuído originalmente ao Padre Antônio Vieira (*Arte de furtar*). Surgiu no século XVI e dava notícia ao Rei de Portugal de como o patrimônio real era dilapidado no Brasil. Ao longo desses 500 anos sempre se registraram casos de fraudes ao erário²⁴⁵.

Na verdade, “a existência da corrupção confunde-se com a história da humanidade pois, no dizer de Hobbes, os homens são dotados de uma cobiça natural”²⁴⁶.

De fato, não é por se tratar de um fenômeno antigo e sempre presente que a corrupção deve ser encarada como um fator normal, cujo combate seja impossível. É essencial, nesse sentido, que se tenha consciência da existência e das causas da corrupção, encarando ser imprescindível a cooperação dessas três

²⁴¹ PÉREZ, Jesús Gonzáles. **Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas**. Segunda edición. Madri: Thomson, 2014, p. 43.

²⁴² RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum 2014, p. 314.

²⁴³ RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum 2014, p. 314.

²⁴⁴ RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum 2014, p. 316.

²⁴⁵ RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum 2014, p. 317.

²⁴⁶ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Corrupção: o combate através da prevenção**. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 16.

figuras: Estado, mercado e sociedade civil. Ao Estado, cabe o dever de manter as regras jurídicas tendentes a dizer o que se deve e que não se deve fazer, e quais as garantias e limites; ao mercado, incubem-se as medidas de garantia da competição com lealdade nos negócios e, por fim, a sociedade civil, a qual tem a condição do controle social, que deve ser utilizado por todos com o escopo de se coibir os atos de corrupção, vislumbrando um ambiente ético e democrático²⁴⁷.

Por certo, como bem afirma Jesús Gonzáles Pérez, estamos vivendo um momento de crise moral, sendo necessária uma renovação pessoal e social do ser humano, “una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia”²⁴⁸ e essa renovação deve ser replicada nos administrados, uma vez que “la administración puede contribuir a la urgente tarea de renovación humana con su ejemplo y asumiendo el ejercicio de funciones cuya finalidad es precisamente la moralidad. Ética en la Administración y Ética como fin de la Administración”²⁴⁹.

Assim, o direito fundamental de acesso à informação se vincula diretamente à transparência, configurando um caminho para a contenção da corrupção. Para combater a corrupção, fazem-se imprescindíveis mudanças estruturais, tais como “o estabelecimento de políticas de *accountability*²⁵⁰; o fortalecimento de um competitivo setor privado; melhorias no gerenciamento do setor público e, sobretudo, pelo aumento do controle governamental através da participação da sociedade civil”²⁵¹.

Nesse sentido, o jurista Eduardo García de Enterría afirma que os casos de corrupção geram um desinteresse sistemático do povo pela vida política, uma apatia, uma abstenção perigosa, o que leva a uma grave ruptura da confiança nos governantes e ameaça à própria democracia. Assim, a falta de confiança na classe

²⁴⁷ RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum 2014, p. 327.

²⁴⁸ PÉREZ, Jesús Gonzáles. **Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas**. Segunda edición. Madri: Thomson, 2014, p. 119.

²⁴⁹ PÉREZ, Jesús Gonzáles. **Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas**. Segunda edición. Madri: Thomson, 2014, p. 122.

²⁵⁰ A expressão *accountability* corresponde à responsabilidade de alguém ou de algum órgão de prestar contas, e não possui tradução exata para o português. NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 16.

²⁵¹ NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 16.

política é a expressão de que o povo se sente “representado” por um poder estranho, que não sente os seus desejos, e o sentimento de que os políticos atuam em benefício próprio. Essa é, sem dúvida, uma grave deficiência da democracia²⁵².

Mesmo que não caiba ao jurista nem aos estudiosos fazer projeções para o futuro, como bem afirmou Max Weber: “A cátedra não existe nem para os demagogos nem para os profetas”²⁵³, ainda assim avança-se o olhar para frente, vislumbrando os desafios que o direito fundamental de acesso à informação terá que vencer para atingir os fins propostos em seu bojo.

Luigi Ferrajoli afirma que é impossível prever o futuro dos direitos fundamentais, que tudo dependerá do papel regulador que a política irá querer conceder ao direito, e sua capacidade de adequar-se ao paradigma constitucional e garantista desses direitos. Sem dúvida, é um enorme desafio. A globalização da economia e a ausência de regras têm provocado um crescimento exponencial das desigualdades e aumento das riquezas das sociedades democráticas opulentas, enquanto o resto do mundo sofre com a pobreza e exploração. Isso é causado, sem dúvida alguma, pela ideologia liberalista²⁵⁴.

A globalização provoca, nesse sentido, a crise do direito, em duplo sentido, objetivo e institucional, ou seja, subjetivo e cultural. Certamente, diz Ferrajoli, estamos assistindo à crise do constitucionalismo e, conseqüentemente, da legalidade e proteção dos direitos humanos, tanto no interior dos ordenamentos jurídicos, como também em nível internacional. Devemos, contudo, ser positivos, otimistas, mesmo que para isso estejamos à mercê de nossas ricas, porém frágeis democracias²⁵⁵.

A princípio, pode-se perfeitamente afirmar que o grande desafio da concretização plena do direito fundamental de acesso à informação se identifica com um dos desafios da democracia nos tempos atuais. Como destacou Norberto Bobbio, a democracia tem alguns pontos a serem aprimorados ou até mesmo

²⁵² ENTERRIA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2005, pp. 69 a 155.

²⁵³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 17.

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009, p. 374.

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009, p. 377.

implantados, é o que ele chama de “promessas não cumpridas”. Assim, diz Bobbio que uma promessa não cumprida da democracia é a educação para a cidadania, a qual só pode ser atingida com o exercício da prática democrática.

Para o bom democrata, o reino da virtude (que para Montesquieu constituía o princípio da democracia contraposto ao medo, princípio do despotismo) é a própria democracia, que, entendendo a virtude como amor pela coisa pública, dela não pode privar-se e ao mesmo tempo a promove, a alimenta e reforça²⁵⁶.

Ora, não se aprende democracia somente nos livros, é preciso vivenciá-la, experienciá-la. É preciso incutir nos cidadãos a vontade de exercer o direito fundamental da informação, já inserido no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda pouco utilizado. A cultura da informação precisa permear o dia-a-dia das pessoas, verdadeiras detentoras do poder.

Pela eventual falta de engajamento do público e sua vigilância constante, que a vitória do poder visível sobre o poder invisível jamais se completa plenamente: o poder invisível resiste aos avanços do poder visível, inventa modos sempre novos de se esconder e de ver sem ser visto. Numa democracia, quanto mais visível uma instituição, mais poder detém²⁵⁷.

Por óbvio, cidadania e democracia se aprendem e são aperfeiçoadas com a prática, visto que “os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade”²⁵⁸. Ora, afirma Friedrich Müller, “não ficamos sabendo quem é o povo se apenas fizermos comparecê-lo às urnas a cada quatro ou cinco anos”²⁵⁹, sendo indispensável, portanto, a efetiva participação na gestão da coisa pública.

Como bem asseverou Fernando Rodrigues Martins, em referência à afirmação de Francisco Bilac Moreira Pinto, inspirado em J. J. William Fulbright:

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 32.

²⁵⁷ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014. p.6.

²⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 127.

²⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 124.

escândalos no governo não constituem fenômeno novo. O que parece ser novidade, a respeito desses escândalos, é a insensibilidade ou a apatia com que aqueles que exercem posições de responsabilidade se conformam com as práticas, que os fatos comprovam. É sumamente lamentável ter a corrupção no nosso meio, mas o mais grave é perdoá-la ou aceitá-la como inevitável²⁶⁰.

A falta de interesse, o que Norberto Bobbio apelida de “apatia política” precisa acabar, pois é triste perceber que “nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca de metade dos que têm direito ao voto”²⁶¹. Sem dúvida, a educação é um dos caminhos para a efetivação do direito fundamental de acesso à informação, e não só a educação formal, mas também a educação política, a educação para a cidadania. Precisa-se, urgentemente, mudar o paradigma da falta de interesse pela coisa pública, e enxergar a informação, translúcida, sem véus, como uma verdadeira ferramenta de cidadania.

Nesse propósito, a informação se exprime como um mecanismo de preparação e educação da população, a qual se tornará mais consciente dos gastos públicos e propensa a se tornar mais participativa da gestão pública. Desta maneira, a democracia será o verdadeiro balizador da transparência administrativa e o direito fundamental de acesso à informação atuará em seu caráter de inibição da corrupção.

²⁶⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

²⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992, p. 32.

4 ACESSO À INFORMAÇÃO E INTERESSE PÚBLICO: A LEI 12.527/2011 E DESDOBRAMENTOS ACERCA DO SIGILO, TRANSPARÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Nesse ensejo, chegando-se à parte final da pesquisa, passa-se a averiguar o direito fundamental de acesso à informação inserido na órbita do direito brasileiro, de modo a destacar alguns pontos inovadores da lei 12.527/2011, especialmente no que se refere à inversão da regra do sigilo das informações públicas.

Far-se-á, com esse escopo, a releitura do princípio da supremacia do interesse público, de forma a demonstrar sua perfeita aplicação ao novo viés da informação pública. No intuito de se responder aos questionamentos acerca do conflito entre o direito fundamental de acesso à informação e os direitos da personalidade dos agentes públicos, propõe-se a análise do direito à intimidade sob a ótica da transparência.

Por fim, intenta-se analisar alguns casos de aplicação da lei e a maneira como o povo brasileiro tem utilizado esse novo documento legal como instrumento de efetivação da transparência administrativa.

4.1 Acesso à informação no direito brasileiro

Como visto, o direito fundamental de acesso à informação nem sempre foi reconhecido pelos diversos ordenamentos jurídicos, e sua previsão aconteceu em momentos distintos em cada país, conforme a história e evolução de cada Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro, nossa Constituição Federal de 1988 preconiza, em vários trechos, a responsabilidade da administração pública da gestão da documentação governamental e na tomada de providências que tenham como escopo franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Conforme exposto, o direito à informação se divide em três vertentes, sendo que todas foram amparadas pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o direito de informar está previsto no artigo 220, o direito de se informar no artigo 5º, XIV e, por fim, o direito de ser informado encontra respaldo no artigo 5º, XXXIII.

Além da nossa Carta Magna, outros textos legais relevantes podem ser citados, como o decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, no qual o Congresso

Nacional regulamentou o texto da Convenção Interamericana contra a corrupção, adotada em Caracas em 29 de março de 1996. Além dele, também o decreto nº 4.553 de 27 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado no âmbito da administração pública Federal.

O decreto nº 4.073 de 3 de janeiro de 2002 regulamenta a lei nº 8.159 de 1991, a lei nº 9.507 de 1997 regulamenta o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data* e a lei nº 11.111 de 2005 também são documentos importantes acerca do tema.

Por sua vez, o decreto nº 5.301/2004 regulamentou a medida provisória nº 228/2004, disciplinando a ressalva feita na parte final do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009 estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Cabe citar ainda a lei nº 9.051/1995, que dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos, bem como as leis nº 8.112/1990, 8.429/1992 e 8.730/1993. Um relevante balizador para o acesso à informação foi a lei nº 9.784/1998, a qual trata da aplicação do princípio da publicidade do agir da administração pública brasileira. Também foi relevante o decreto nº 7.037/2009, que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos, declarando que o pleno exercício da cidadania passa, necessariamente, pelo direito de acesso à informação²⁶².

E, de maneira mais específica, no que tange à promulgação da lei 12.527/2011, é imperioso destacar que “foram necessários mais de 22 anos após a entrada em vigor da Constituição Cidadã para que uma lei que garantisse o acesso à informação fosse editada e começasse a tentar fazer valer o que a Carta Magna já havia determinado”²⁶³. O Brasil foi o 89º país a regulamentar com uma legislação específica o direito fundamental de acesso à informação, sendo que a principal

²⁶² HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 47.

²⁶³ ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a lei de acesso à informação. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina. (Coord.). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25.

premissa traçada pela nova lei é que o sigilo passa a ser exceção, e o direito de acesso é a regra.

A Lei de Acesso à informação 12.527/2011 é regulamentada pelo decreto 7.724 de dezesseis de maio de 2012 e revogou a lei nº 11.111 de 05 de maio de 2005, sendo que o caminho até o culminar na promulgação da lei foi percorrido da seguinte maneira: o Poder Executivo enviou à Câmara, em 2009, o projeto de lei 5.228/2009, o qual intentava regulamentar o direito fundamental de acesso a informações públicas. Logo em seguida, a Câmara criou uma comissão Especial para analisar o projeto enviado apresentado pelo Executivo. Assim, outros projetos de lei que versavam sobre o mesmo tema foram reunidos à proposta do Executivo, o PL 219/2003, PL 1.019/2007 e PL 1.924/2007.

Ao término dos trabalhos, a Comissão Especial da Câmara, através de seu Presidente, apresentou um novo texto em substituição da proposta inicial do Executivo, o qual foi aprovado no plenário da Câmara em 24 de fevereiro de 2010, dando gênese então ao PLC 41/2010.

O novo projeto foi aprovado em regime de urgência pela Câmara dos Deputados em abril de 2010, momento em que seguiu para o Senado.

Já em 2011, as Comissões do Senado Federal – Constituição e Justiça, Direitos Humanos e Participação Legislativa e Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática – analisaram e aprovaram o projeto, fazendo algumas alterações na redação.

O texto foi então para a Comissão de Relações Exteriores em Abril de 2011, sendo que o seu Presidente, o senador Fernando Collor, apresentou várias alterações ao texto do projeto, as quais, se adotadas, provocariam a volta do projeto à Câmara dos Deputados. Destaque-se que dentre as mudanças, a mais significativa sugeria que o sigilo de documentos oficiais fosse mantido por tempo indeterminado.

O PLC 41/2010 ficou parado na Comissão de Relações Exteriores até que foi determinado o cumprimento do Regimento Interno e a votação do projeto em turno único, em obediência ao regime de urgência no qual ele tramitava.

E, em 25 de outubro de 2011 o projeto de lei foi aprovado pelo Senado, sem alterações no texto aprovado na Câmara, sendo que em 18 de novembro de 2011 foi promulgada a Lei 12.527, regulamentando o acesso a informações previsto

no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição e em outros dispositivos, promovendo o desenvolvimento do controle social da administração pública.

A nova lei representa uma verdadeira mudança de paradigma, no sentido que traz inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo o principal deles, como visto, a inversão da regra do sigilo. Isto porque a partir da entrada em vigor da nova lei, ou seja, 16 de maio de 2012, todas as informações nascem públicas, e somente terão caráter de sigilo em determinadas hipóteses legais.

Tal diploma legislativo, ao nosso sentir, causou uma autêntica revolução no limiar da Administração Pública, especialmente no que se refere à relação entre os Poderes Públicos e os administrados, porque trouxe uma nova roupagem neste liame jurídico. Ela tratou de balancear os interesses privados e públicos, e é justamente porque esta regra causou uma modificação por deveras intensa nas relações jurídico-administrativas, instaurando o paradigma da transparência de uma forma radical²⁶⁴.

Desse modo, o artigo 3º da lei em comento consagra os princípios norteadores do intérprete da lei, declarando que:

Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o *direito fundamental de acesso à informação* e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - *observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção*;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública²⁶⁵.

Quanto à titularidade, pode-se afirmar que o direito fundamental de acesso à informação é de todos, haja vista que o texto constitucional permite, com fulcro no inciso XXXIII do artigo 5º, que todos tenham direito a receber informações dos órgãos públicos. Não podem olvidar dúvidas no que tange à titularidade do direito de acesso, pois apesar das restrições contidas no caput do artigo 5º, onde se

²⁶⁴ HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 58.

²⁶⁵ CONGRESSO NACIONAL. Lei 12.527/2011. Artigo 3º, grifo nosso.

lê que é garantido, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, os direitos e deveres individuais e coletivos, o inciso ora mencionado faz a menção à expressão “todos”. Exige-se, portanto, a interpretação ampliativa do intérprete, o qual não está autorizado a reduzir o espectro subjetivo do direito fundamental²⁶⁶.

a Lei de Acesso poderá ser um marco para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Para tanto, é necessário que o cidadão brasileiro syndique a conduta de nossos governantes e a condução da política nacional. Aprender a pedir informações relevantes e analisá-las criticamente é um dos preceitos de uma sociedade democrática, mas esse mandamento republicano, infelizmente, ainda não vigora plenamente no Brasil²⁶⁷.

Comprovadamente, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro tende para reconhecer e regulamentar o direito fundamental de acesso à informação, notadamente com a lei 12.527/2011, específica sobre o tema, alinhando à exigência presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e reconhecendo a estreita relação entre a informação pública e a democracia, pois

o preço da ignorância é o da própria subsistência do regime democrático. Democracia e informação são, assim, no plano das realidades virtuais da organização democrática, conceitos complementares entre si, pois é exatamente no sistema do pluralismo de opinião onde avulta a importância da informação como fator de formação da consciência coletiva, na qual assenta a fonte primacial do poder na comunidade política. Pode-se afirmar, nessa ordem de ideias, que o grau de qualidade da democratização do acesso e da distribuição da informação condiciona e caracteriza o nível de aperfeiçoamento da democracia praticada em cada país²⁶⁸.

Dessa maneira, avança-se para a concretização de uma das principais exigências da democracia, qual seja o governo do povo pelo povo, com a efetiva existência de um espaço público, no qual as informações são translúcidas e colaboram para a gestão dos cidadãos, haja vista que “não existe nenhuma democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 349.

²⁶⁷ ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a lei de acesso à informação. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina. (Coord.). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 33.

²⁶⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 438.

população”²⁶⁹. Nosso país, finalmente, passa a um estágio mais avançado, no qual a *res pública* é melhor concebida e o acesso à informação é encarado, devidamente, com um verdadeiro instrumento democrático, uma coisa do povo.

4.1.1 O novo paradigma do sigilo na esfera administrativa após a promulgação da lei 12.527/2011

Pode-se afirmar que a “cultura do segredo” e a “noção do secreto” já haviam sofrido uma sensível alteração desde a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, sendo que em diversos trechos a carta magna estabelece que o agir do Estado Democrático de Direito brasileiro deve ser pautado pela transparência. Dessa forma, a lei 12.527/2011 não inova acerca da concepção do sigilo das informações públicas²⁷⁰, já que a própria Constituição preconiza o direito fundamental de acesso à informação.

Contudo, a administração pública passa a oferecer, com fulcro na Lei de Acesso à Informação, a efetiva possibilidade de acesso à informação aos cidadãos, e a consequente fiscalização dos atos realizados pelos agentes públicos, promovendo uma reafirmação e potencialização do acesso à informação, promovendo uma nova forma de se conceber o sigilo no âmbito da informação pública. Inspirado por Paulo Bonavides, o professor Fernando Rodrigues Martins afirma que

a apreensão normativo-axiológica da informação na versão constitucional “pós-moderna” tem fundamento na democracia. Opondo-se aos regimes tirânicos, os modelos constitucionais contemporâneos estabelecem *também* a partir da informação ponto de *igualdade* dentro do Estado de Direito no sentido de evitar tratamento sem discriminações e distribuir iguais oportunidades. De ver-se que na *verticalidade relacional* entre o Estado e o cidadão a reserva da informação (a não ser na exceção de notório interesse de segurança geral) teria por consequência diferenciação estéril e segmentária da população, bem como a imposição de segredos e sigilos não salutares ao desenvolvimento do Estado, da

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 132.

²⁷⁰ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 41.

administração e gestão públicas transparentes, da sociedade e das pessoas²⁷¹.

A função administrativa, justamente por sua natureza, não pode ser considerada incólume de controle, uma vez que seu escopo primordial é satisfazer os interesses da coletividade. Pode-se perfeitamente asseverar que a nova lei representa uma verdadeira mudança de paradigma, no sentido que traz inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo o principal deles a inversão da regra do sigilo, porque a partir da entrada em vigor da nova lei, ou seja, 16 de maio de 2012, todas as informações nascem públicas, e somente terão caráter de sigilo em determinadas hipóteses legais.

Com uma riqueza de detalhes, o legislador infraconstitucional, a uma só medida, potencializou a transparência e o padrão axiológico democrático a um nível intenso jamais visto no nosso país, ao mesmo tempo em que deu cabo de ofertar uma riqueza de detalhes e de ferramentas jurídicas ao acesso à informação²⁷².

Sem dúvida, essa inversão do paradigma do sigilo vem para alinhar o agir do Estado brasileiro e de seus aparelhos ao novo delineamento da própria da administração pública, concebida sob o viés democrático. Assim, “para trás ficaram, felizmente, considerações e exposições baseadas na ideia da autoridade ou do poder como esquemas unitários”²⁷³, e avança-se para a construção de uma gestão partilhada da coisa pública. Nesse contexto, tem-se que

na sociedade industrial liberal, afirmou-se o conceito de intimidade da vida privada (*“privacy”*). A “vida privada” consistia numa esfera do segredo, de não dito ou revelado imune a ingerências exteriores, tendo em vista prevenir a má reputação e a discriminação do indivíduo. Na era da informação, quando múltiplos dados sobre as pessoas são registrado em computadores e circulados pelos sistemas de comunicação (...) também a proteção da reserva da intimidade da vida privada passa a ser exceção, havendo quem fale mesmo do “fim da vida privada”²⁷⁴.

²⁷¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014, p. 232.

²⁷² HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 85.

²⁷³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 133.

²⁷⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 43.

Destarte, a nova concepção do sigilo destaca a relevância do cidadão, encarado pelo espectro da dignidade da pessoa humana, e não mais pela ótica das prerrogativas do Estado, uma vez que “o lugar que antigamente ocupou o conceito de prerrogativa e de privilégio agora é ocupado, por direito próprio, pela pessoa, pelo ser humano, que assume um papel central em todas as ciências sociais”²⁷⁵.

A pessoa, o cidadão, o administrado, o particular, segundo a terminologia jurídico-administrativa, deixou de ser um sujeito inerte, desarmado e indefeso frente a um poder que tentava controlá-lo, que lhe prescrevia o que era bom ou mal para ele, ao qual estava submetido e que despertava, em razão de seus exorbitantes privilégios e prerrogativas, uma espécie de amedrontamento e temor que acabou por colocá-lo de joelhos ante a todo-poderosa maquinaria de dominação em que se constituiu tantas vezes o Estado²⁷⁶.

Dessa forma, o artigo 3º da lei 12.527/2011 declara que os procedimentos nela previstos têm como escopo assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e segundo as diretrizes da observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, da divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e desenvolvimento do controle social da administração pública.

Nesse sentido, consagra-se a publicidade como a regra, em obediência ao direito fundamental de acesso à informação, e o cidadão é encarado como agente principal da gestão pública. Com efeito, “o interesse geral, que é o interesse de toda a sociedade, de todos os integrantes da sociedade, já não é assumido completamente pelo poder público, já não pode ser objeto de definição unilateral”²⁷⁷.

²⁷⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 133.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 133.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 134.

Assim, o cidadão passa a ser firmado como o ator principal da gestão pública, sendo que “agora a administração não dispõe de uma posição de supremacia por definição que lhe permite operar em um mundo de exorbitância”²⁷⁸.

A inversão do paradigma do sigilo, então, acata essa nova maneira de se contemplar a figura do Estado, encarado sob a ótica da transparência e coloca o cidadão no centro de seu agir, performando o direito fundamental à boa administração pública, sendo que “tratar sobre o direito fundamental da pessoa a uma boa administração significa expor a questão desde a perspectiva do cidadão: o direito administrativo considerado a partir da posição central do cidadão”²⁷⁹.

Claro que embora não sendo mais a regra, o sigilo ainda deve existir, haja vista que como bem declarou Elpidio Donizetti, nada no direito é absoluto²⁸⁰. Assim, “os princípios da publicidade e da transparência compartilham dessa natureza relativa (as restrições constitucionais e legais os relativizam) comportando exceções válidas dentro da administração pública”²⁸¹.

É verdade que há exceções ao princípio da liberdade de acesso à informação, sempre que a confidencialidade desta seja justificada e legalmente protegida. Mas estas exceções são necessariamente tipificadas e devem ser interpretadas restritivamente: só a proteção da vida privado, do segredo de Estado, do segredo de justiça (...) ou outras formas de segredo protegidas por lei podem fundamentar restrições ou limitações ao exercício do direito dos cidadãos de terem acesso à documentação ou informação administrativas²⁸².

Nesse sentido, o próprio inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal restringe a publicidade de algumas informações, quando as mesmas tiverem relação com a segurança da sociedade e do Estado, ou quando dizem respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Portanto, adverte a lei que o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade e vida privada das

²⁷⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136.

²⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136.

²⁸⁰ DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 361.

²⁸¹ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 9.

²⁸² GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 115.

pessoas, e que determinadas informações pessoais terão seu acesso restrito, conforme regulamento a ser elaborado, mas que o sigilo não pode ser invocado com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades bem como ações voltadas para a recuperação de fatos relevantes para a sociedade²⁸³. Ou seja, a lei deixa brechas para que se exercite a ponderação dos interesses envolvidos, avaliando-se, no caso concreto, se as informações serão ou não divulgadas, como será visto mais adiante.

As restrições à publicidade se apresentam como necessárias numa sociedade democrática, sendo orientadas por direitos sociopolíticos supraindividuais como segurança nacional, da sociedade ou do Estado (no âmbito público) ou direitos personalíssimos como honra, intimidade ou vida privada (no âmbito privado)²⁸⁴.

Vigora modernamente, portanto, como regra, a publicidade dos atos praticados pela administração pública, e o sigilo deverá ser utilizado nas situações em que, por medida de segurança ou em respeito à intimidade, o livre acesso das informações deva ser mitigado, ou seja, excepcionalmente.

Nota-se, contudo, certa dificuldade por parte dos órgãos responsáveis, em classificar as informações, sendo necessários maiores esclarecimentos para que o direito fundamental de acesso à informação não fique mitigado por falta de clareza textual da lei.

Para tal fim, foi publicada a portaria 25, de 15 de maio de 2012, pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, autarquia vinculada à casa civil da Presidência da República, que regulamentou o artigo 24 da Lei de Acesso à Informação, levando em consideração que é dever dos órgãos e entidades do Poder Público assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação. O texto legal, dessa forma, elenca quais seriam os dados e documentos com acesso restrito, primando para que o direito fundamental de acesso à informação seja executado em conformidade com os princípios básicos da administração.

É, sem dúvida, um direcionamento, mas ainda faltam maiores detalhes acerca do que seria sigiloso e do que seria público. O fato é que “a experiência tem

²⁸³ Artigo 31 da lei 12.527/2011.

²⁸⁴ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 15.

demonstrado que o maior problema na prática é a diferenciação entre o princípio geral do livre acesso e suas exceções. A Noruega, por exemplo, tem em preparação uma nova lei de liberdade de informação precisamente porque suas exceções foram definidas de forma demasiado vaga”²⁸⁵.

Entre o público e o privado surgem tensões a exigir um trabalho de sopesamento de valores ou de bens jurídicos que aparecem, quase sempre, em aparente conflito. Esse conflito cria incerteza quanto à licitude de divulgar informações que estão no limiar do público/privado, mas acima de tudo, serve para realçar o caráter relativo da publicidade²⁸⁶.

A referida inversão do paradigma do sigilo se aplica não somente à informação, mas também todos os procedimentos e fundamentos que deram origem ao ato da administração pública. É o efeito da extensão conglobante da publicidade, que “decorre diretamente da probidade que deve nortear as autoridades e os agentes públicos num meio democrático e funciona também como uma garantia de probidade em todos os atos estatais”²⁸⁷.

Conforme visto, a democracia exige que o Estado tenha como valor fundamental a verdade, não estando autorizado a mentir para o seu povo, com o firme propósito de manter viva a chama da confiança dos seus cidadãos em seus representantes. Contudo, a despeito do valor social da verdade, é pertinente reconhecer que “mesmo os sistemas democráticos devem calcular a relação custo-benefício das necessidades da política; é, portanto, inevitável que a verdade sofra limitações”²⁸⁸.

Por óbvio, essas limitações que a verdade poderá sofrer devem existir em função do próprio bem do Estado e do povo, justificando as hipóteses de sigilo, mas nunca de mentiras, haja vista que

em um sistema verdadeiramente democrático o princípio da verdade pode sofrer limitações, mas a decisão correspondente não pode ser arbitrária, devendo, ainda, ser sempre sujeita a controle e não

²⁸⁵ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 10.

²⁸⁶ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 10.

²⁸⁷ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 10.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 119.

podendo fundar-se na mentira ou em manipulações da opinião pública (...) há casos em que as necessidades da política devem justificar o segredo, mas a mentira não pode jamais ser justificada²⁸⁹.

Na esteira de pensamento de Jesús Gonzales Perez, o doutrinador João Gaspar Rodrigues afirma que a publicidade possui duas vertentes, quais sejam: o dever de informar e o dever de calar, sendo que o dever de calar pode ser exteriorizado tanto sob a forma de dever de segredo quanto de dever de sigilo, os quais devem ser aplicados com extrema cautela, pois que “tende-se num meio massivo a encarar com desconfiança o segredo e o sigilo, mesmo quando são legítimos, e essa desconfiança pode se voltar contra a própria democracia”²⁹⁰.

Portanto, sigilo não se confunde com segredo, porque “o dever de segredo trata de assuntos específicos e concretos aos quais se confere o caráter de reservados e o dever de sigilo expressa um dever pessoal de discrição no *manuseio* dos dados, de forma a impedir danos aos cidadãos e ao poder público”²⁹¹. Enquanto o segredo se refere à matéria, à substância, o sigilo está relacionado à maneira como esses dados são protegidos.

Desse modo, a Lei de Acesso à informação instaura no direito brasileiro um novo regime, abolindo o grau confidencial das informações, reconhecendo, contudo, três graus de sigilo: reservado, secreto e ultrassecreto, como bem atesta o artigo 24, §1º da lei 12.527/2011. De maneira mais específica, o decreto nº 7.724/2012 determina que

São passíveis de classificação as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

- I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
- II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País;
- III - prejudicar ou pôr em risco informações fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
- IV - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- V - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

²⁸⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 119.

²⁹⁰ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 11.

²⁹¹ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 10.

VI - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VII - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional, observado o disposto no inciso II do caput do art. 6º;

VIII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

IX - comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionadas com prevenção ou repressão de infrações.²⁹²

O artigo 27 da Lei de Acesso à Informação tratou de determinar as pessoas responsáveis por atribuir a classificação de sigilo das informações e o artigo 31 esclarece acerca da proteção das informações pessoais, sendo que:

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

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

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

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

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal²⁹³.

²⁹² Artigo 25 do decreto nº 7.724/2012.

²⁹³ Artigo 31 da lei 12.527/2011.

Destarte, as informações que não estejam elencadas em lei como sendo objeto de sigilo, devem ser disponibilizadas ao público, o que sem dúvida alguma requer a adaptação e revisão de normas, tecnologias e procedimentos relacionados à segurança da informação por parte dos administradores. O Estado precisa adequar-se à nova realidade, e criar novas ferramentas, aperfeiçoar seu aparato e conclamar a participação do povo em sua gestão.

4.2 O princípio da supremacia do interesse público e o direito fundamental de acesso à informação

Com o escopo de aprofundar na análise do novo paradigma vivenciado pelo direito administrativo brasileiro, principalmente depois da promulgação da lei 12.527/2011, insta perpassar pela discussão que foi reavivada na doutrina acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, vislumbrando seus dogmas e apresentando os diferentes pontos de vista apresentados pelos juristas, e verificando sua aplicação no que tange ao direito fundamental de acesso à informação.

O fato é que tanto nos argumentos favoráveis à aplicação desse princípio quanto nos pilares em que se baseiam as críticas, é possível perceber pontos relevantes para a solução de instigantes paradoxos que nascem entre o dever de transparência dos atos da administração pública e o sigilo de algumas informações, especialmente àqueles cuja finalidade é proteger os dados pessoais dos funcionários públicos.

Nessa linha de raciocínio, traz-se à baila a ideia apresentada pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos principais defensores do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Para ele:

trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possa sentir-se garantidos e resguardados²⁹⁴.

²⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 60.

O interesse público é geralmente conceituado pela doutrina como o conjunto das vontades de cada indivíduo compreendido como parte de um todo, e não pela simples aglomeração dos desejos individuais, sendo que toda vez que houver conflito entre uma vontade particular e a vontade geral, essa última deve ser priorizada, haja vista que o escopo do direito administrativo é a proteção do bem comum.

Consagrou-se, assim, a concepção de que “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para o benefício da coletividade”²⁹⁵ e, por isso, seria inegável a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Na esteira de pensamento de Celso Antônio, também José dos Santos Carvalho Filho vislumbra o primado do interesse público. O autor assevera que

saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público (...) o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade.²⁹⁶

Esta regra é elaborada porque os administradores seriam verdadeiros gestores de bens alheios, e esta prerrogativa somente se faz efetiva se o Estado visar sempre em suas atividades o interesse público, esteja este de acordo ou não com as vontades individuais. Mas, o fato é que o reconhecimento de tal princípio não pode servir de disfarce para que arbitrariedades sejam omitidas, e ele não pode existir com o mero escopo de justificar algumas prerrogativas do Estado.

Assim, para evitar tais distorções e promover uma crítica ao princípio da supremacia do interesse público, alguns doutrinadores reacenderam o debate acerca do assunto e publicaram diversos trabalhos sobre o tema.

Com efeito, na doutrina brasileira, foram os trabalhos de Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Daniel Sarmento que questionaram mais duramente a

²⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004, p. 21.

²⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004, p. 21.

noção de interesse público, vislumbrando um caráter autoritário na base histórica de tal princípio²⁹⁷. Para esses teóricos, a supremacia deve ser analisada com muita acuidade, questionando a existência de um verdadeiro princípio, aplicado independentemente das circunstâncias apresentadas. Eles defendem, com isso, a tese de que é imprescindível romper com o velho paradigma da supremacia do interesse público, adotando-se ao dever de proporcionalidade para resolver os casos de conflitos por ventura existentes.

“Contra a pátria não há direitos”²⁹⁸. É assim, com os dizeres da placa pendurada no saguão de delegacia paulista no auge da ditadura militar brasileira que o autor Gustavo Binimbojm começa sua análise da dicotomia existente entre interesse público e interesse privado. O citado jurista faz uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e tece argumentos com o escopo de romper com o dogma da famigerada supremacia do interesse público, herança de um tempo em que as prerrogativas da administração pública eram justificadas como necessárias para que o Estado pudesse agir em prol do bem comum.

Não remanescem dúvidas, segundo ele, de que a concepção do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular possui íntima ligação com o modo como se dá a relação entre os indivíduos e a sociedade, a qual tem sofrido profundas transformações ao longo da história.

Ora, é fato que o pensamento político enraizado nas sociedades passadas tem como característica a promoção da prevalência dos interesses gerais da coletividade sobre os interesses privados. Nesse diapasão, Daniel Sarmiento afirma que

do ponto de vista da teoria moral, a prevalência *a priori* dos interesses coletivos sobre os interesses individuais poderia ser justificada a partir de duas perspectivas distintas, que, no entanto, exibem alguns traços comuns: o organicismo e utilitarismo. Em sentido diametralmente oposto, a supremacia incondicionada dos interesses privados dos membros de uma comunidade política sobre

²⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

²⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

aqueles da coletividade, considerada em seu conjunto, estaria fundada no individualismo, de cariz marcadamente liberal²⁹⁹.

O fato é que as bases teóricas do organicismo e do utilitarismo são incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro, chegando alguns a afirmar, assim como o fez Marçal Justen Filho, que “a desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo”³⁰⁰ e que a “a ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito”³⁰¹.

O pensamento organicista funda-se na ideia de que o indivíduo é parte do todo social e o que o bem a ser perseguido é o bem comum, como quiseram Aristóteles e Hegel, os interesses do grupo tem supremacia sobre os interesses de suas partes. Tanto no organicismo antigo de Aristóteles como no moderno de Hegel, os indivíduos têm no Estado o seu mais elevado ser, sendo que essa tese foi a matriz teórica dos sistemas políticos totalitários do século XX, como nazi-fascismo e comunismo. Já o utilitarismo acredita que a melhor solução para cada problema sociopolítico seria aquela que promovesse, na maior escala, os interesses dos membros da sociedade política, individualmente considerados. Ou seja, o interesse público seria uma fórmula que maximizasse racionalmente o bem-estar, o prazer, a felicidade ou o ganho econômico do maior número de pessoas.³⁰²

Assim, Gustavo Binzenbojm relembra o imperativo categórico Kantiano, o qual considera cada pessoa como um fim em si mesma, destacando que “a noção de dignidade humana não se compadece com a instrumentalização das individualidades em proveito de um suposto “organismo superior”. Como instrumento da proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado é que deve ser sempre o instrumento da emancipação moral e material dos indivíduos”³⁰³.

Com efeito, percebe-se, então, que as teorias organicistas e utilitaristas, utilizadas para justificar a existência do princípio da supremacia do interesse público

²⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

³⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

³⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

³⁰² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 82, 83 e 84.

³⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

sobre o particular, são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, pois a lógica do sistema de direitos fundamentais não é a da maximização dos interesses do maior número de pessoas possível, mas a promoção dos valores morais sobre os quais se sustentam noções como a dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, é plausível afirmar que a atual Constituição brasileira não abrigou nenhuma dessas teorias, não se podendo admitir, portanto, “qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência dos interesses coletivos e individuais”³⁰⁴. Ou seja, não há de se falar em uma relação de prevalência independentemente das circunstâncias, haja vista que o Estado Democrático de Direito é um Estado onde deve vigorar a ponderação, sendo que se deverá reconhecer como interesse público o resultado final dessa análise pormenorizada, diligente, e conforme a proporcionalidade.

Não é razoável haver, em um ambiente onde vige a ideia de democracia, simples constatações da existência de um princípio da supremacia do interesse público, a despeito de qualquer circunstância fática e jurídica, como a sua suposta função de ser um dos pilares do regime jurídico administrativo, abrindo brechas para omitir arbitrariedades e ilegalidades.

A crítica que Gustavo Binzenbojm faz aos argumentos apresentados pela doutrina defensora do princípio ora analisado é que neles estão inseridas características de outros princípios, quais sejam: impessoalidade e moralidade. Esse é, segundo ele, o

equivoco comum na doutrina pátria: aponta-se como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa (...) Mas, a questão da dicotomia público/particular só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses na busca da solução constitucional e legalmente otimizada³⁰⁵.

Outrossim, a busca pela desconstrução do princípio da supremacia do interesse público também foi objeto de análise de Humberto Ávila, que escreveu um

³⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86.

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 90.

relevante trabalho acerca do assunto, com o escopo de repensar tal princípio e demonstrar o vazio conceitual existente no mesmo. Ávila afirma que tal “princípio não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja do ponto de vista normativo, nem tampouco pode ser compreendido como um postulado normativo”³⁰⁶.

Assim, reconhecer o referido princípio da preferência do interesse público independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir a possibilidade de ponderações, o que não encontra respaldo normativo por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, justamente porque tanto o interesse privado quanto o interesse público estão instituídos no texto constitucional de nosso país, e que não podem ser separadamente descritos, dissociados. Ambos estão protegidos e inseridos nos objetivos do Estado.

Desse modo, Humberto Ávila descaracteriza o princípio da supremacia do interesse público como norma-princípio, dada a sua incompatibilidade com os postulados normativos, ou seja, as condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico, da proporcionalidade e da concordância prática. Isso porque “não há como conciliar no ordenamento jurídico um princípio que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público”³⁰⁷.

Cabe ainda mencionar a posição defendida pelo jurista Luís Roberto Barroso, que representa uma visão intermediária da discussão, ao afirmar que não se deve desconsiderar totalmente a utilidade da ideia de supremacia do interesse público, mas que é imprescindível fazer uma “ampla revisão dos pressupostos teóricos, o que resulta numa versão fraca do princípio”³⁰⁸.

O autor assinala a bipartição em interesse público primário, qual seja a razão de ser do Estado, atendimento aos fins que ele deve promover, tais como justiça, segurança e bem-estar social, e secundário, ou seja, o interesse da pessoa jurídica de direito público. Para ele, o interesse público secundário jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular, ao passo que o

³⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95.

³⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Brasil. ISSN 1981-1888, p. 4.

³⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

interesse primário desfruta de supremacia em um sistema constitucional e democrático, porque não é passível de ponderação, ele é o parâmetro da ponderação³⁰⁹.

Dessa forma, pode-se afirmar que Luís Roberto Barroso promove uma verdadeira desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Com isso, Barroso não nega a importância de um “conceito de interesse público”, mas tão somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Ora, diz ele, “isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”. E, como interesse público é um “conceito vago”, o poder público sempre desfrutou de ampla margem de liberdade na sua concretização. Um princípio que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada³¹⁰.

Destarte, foi nessa esteira de pensamento que a União apresentou impugnação à decisão do Juiz Federal da 22ª Vara Federal do Distrito Federal, que concedeu liminar no sentido de proibir a publicação dos vencimentos dos servidores públicos. A União alega que a decisão impugnada “acaba por impedir a concretização de importante política pública com sede constitucional, que objetiva dar efetiva publicidade aos gastos públicos no Portal da Transparência, alcançando, assim, o interesse público primário”³¹¹.

Dessa forma, a divulgação das informações públicas seria assimilada como um interesse público primário, uma vez que diretamente ligadas à razão de ser do Estado, e “a divulgação dos vencimentos dos servidores públicos não viola a intimidade (...) porquanto os vencimentos pagos pelo Poder Judiciário constituem informação de caráter estatal, decorrente da natureza pública do cargo”³¹², devendo, outrossim, serem objeto de divulgação, tornando pleno o direito fundamental de acesso à informação. Tratar-se-á de forma mais aprofundada do assunto mais à frente, por se tratar de um tema que instiga uma análise pormenorizada.

³⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

³¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 102.

³¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar na **Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400**. Plenário, Relatoria Min. Ayres Britto. D.O.U. 03/08/2012.

³¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar na **Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400**. Plenário, Relatoria Min. Ayres Britto. D.O.U. 03/08/2012.

Assente-se, por fim, o argumento apresentado por Gustavo Binzenbojm na elaboração de sua crítica, segundo o qual a expansão do constitucionalismo e a consequente constitucionalização do direito administrativo inviabilizam a subsistência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado Democrático de Direito e princípio reitor da atividade administrativa³¹³.

O fato é que o constitucionalismo moderno supera os regimes absolutistas, justamente pela necessidade de contenção do poder do Estado, haja vista que a característica da inovação das constituições atuais consiste nos ideais humanistas, que posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais, ou seja, a ideia de dignidade da pessoa humana inserida em um Estado Democrático de Direito. Mas, é claro que também devem ser reconhecidos direitos coletivos, voltados a atender demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos, face à condição de vida em sociedade.

Nesse ínterim, pode-se perfeitamente advogar que a expressão “interesse público” é bem genérica, abarcando tanto interesses privados quanto interesses coletivos. Assim, percebe-se que o autor não nega a existência de um conceito de interesse público, mas afirma que esse conceito comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre direitos difusos da coletividade e interesses individuais e particulares.³¹⁴

Pertinente então, nessa linha de raciocínio, dizer que a administração pública deve se valer da técnica da ponderação, guiando-se pelo princípio da proporcionalidade para superar o dogma de preferência, de forma que esse raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos dos funcionários públicos. Isso se justifica no fato de que o agente público não é livre para tomar uma ou outra decisão, mas deve, em todos os casos, alcançar a melhor solução possível, de forma a defender o melhor interesse público. Assim, o postulado da proporcionalidade é o instrumento da ponderação, na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo

³¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

³¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 104 e 105.

que em diversas ocasiões o STF já aplicou a técnica da ponderação instrumentalizada através do postulado da proporcionalidade³¹⁵.

Mas, como acontece em todo embate doutrinário, muitos trabalhos surgiram após as críticas apresentadas ao princípio da supremacia do interesse público, com até certo furor, pode-se atestar. Com esse escopo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro publicaram uma obra que reúne diversos textos sobre o tema, perpassando sobre discussões acerca da existência (ou não) da crise de certos institutos do direito administrativo e, é claro, sobre a pretensa crítica feita ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular³¹⁶.

Assim, afirmam que os autores que promovem as críticas ao princípio aspiram demonstrar que suas ideias são originais, mas que na verdade, traduzem apenas reprodução de argumentos já superados. Com efeito, asseveram que “a alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reproduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificadamente da supremacia do interesse público, sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada”³¹⁷.

Mencionam ainda que o indivíduo moderno está propenso a defender teses voltadas à defesa da liberdade, da consensualidade negocial, mas que não é plausível acatar a tentativa de quebra da supremacia do interesse público, pois a propositura desses novos paradigmas se traduz em uma “manobra voltada à fuga do regime jurídico próprio de Direito Público, que confere à Administração determinadas prerrogativas (e impõe-lhe sujeições) imprescindíveis à consecução dos interesses sociais”³¹⁸.

Nessa esteira de pensamento, defendem ainda que é necessário compreender as especificidades históricas que deram origem a tais institutos e prerrogativas para que equívocos não sejam cometidos.

³¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 106 e 107.

³¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

³¹⁷ GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

³¹⁸ GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

É óbvio que como todo instituto, também a regra da supremacia do interesse público deve ser modernizada, para se moldar às necessidades da sociedade moderna, sendo que o “Direito Administrativo contemporâneo reclama, realmente, uma releitura de seus institutos à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito”³¹⁹, mas isso não significa que devem ser esquecidos e ultrapassados todos os avanços conseguidos até os dias atuais, o que significaria “fechar os olhos a todos os importantes reflexos suscitados no âmbito da proteção dos direitos humanos”³²⁰.

Wallace Paiva assevera que “o caráter público da gestão administrativa leva em consideração, além da supremacia do público sobre o privado, a visibilidade e as perspectivas informativas e participativas, na medida em que o destinatário final é o público, razão pela qual a atividade não pode ser secreta ou reservada ao círculo do poder”³²¹.

Ora, o direito fundamental de acesso à informação se liga intimamente à ideia do “direito ao saber”, o que leva a algumas conclusões, a saber: a) o acesso à informação é um direito de todos, sendo desnecessário exigir motivos para o fornecimento dos dados; b) o acesso à informação é a regra geral e o segredo é a exceção; c) o direito à informação se aplica a todos os entes públicos; d) a solicitação da informação deve ser facilitada; e) os servidores e funcionários públicos têm a obrigação de ajudar os solicitantes; f) as negativas devem ser justificadas³²².

O interesse público tem prioridade sobre o segredo, até porque há sempre fortes razões para pensar que a informação sobre ameaças ao meio ambiente, à saúde ou aos direitos humanos, assim como a informação sobre a corrupção, deve ser difundida, dado o alto interesse público que essa informação contém³²³.

³¹⁹ GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 61.

³²⁰ GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 61.

³²¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

³²² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

³²³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

Sendo assim, é plausível afirmar que se antes o sigilo das informações era justificado pela preponderância do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a publicidade era consequentemente relativizada, nos tempos atuais essa situação não encontra mais respaldo. Reconhece-se a relevância de se adjetivar determinadas situações como sendo sigilosas, mas não mais pela justificativa de que a coisa pública, pelo “interesse público” deve se manter sigilosa para o “bem” da nação.

Nas eras da informática e do ciberespaço, pode-se dizer que o acesso à informação granjeou foros de necessidade fundamental, sendo imperativo que ele seja assegurado, de uma forma mais geral. Na medida em que a informação passa a constituir um bem ou recurso de interesse público e central para o bem-estar e as capacidades do indivíduo³²⁴.

O acesso à informação é um verdadeiro instrumento a serviço do interesse público, sendo que

a publicidade ou o direito de acesso às informações administrativas não é um fim em si mesma, mas um meio, um instrumento que existe para viabilizar ou garantir a realização de outros valores sociais aptos a estimular o desenvolvimento (material ou espiritual) individual e coletivo da comunidade; é condição *sine qua non* para o exercício de outros direitos fundamentais³²⁵.

O interesse público é a informação, a transparência. Não cabe mais a afirmação de que “contra a pátria não há direitos”, pois a pátria é a representação da vontade geral, oriunda do povo, verdadeiro detentor do poder, que precisa e deseja saber, de maneira transparente, o que acontece no “palácio”.

³²⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 46.

³²⁵ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 13.

4.3 O dever de transparência relativizando o direito à intimidade dos funcionários públicos

Conforme já esposado anteriormente, a transparência é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, sendo um de seus desdobramentos o reconhecimento do direito autônomo de acesso à informação pública. Contudo, como já asseverado, o direito fundamental de acesso à informação possui certas limitações, haja vista que não é absoluto, assim como todo direito fundamental, devendo ser aplicado na medida das situações fáticas e jurídicas postas.

Assim, conforme analisado, a nova lei de acesso à informação preconiza a publicidade dos dados como regra geral e o sigilo em caráter de exceção, gerando (ou pelo menos parecendo gerar) um impasse entre o dever de informar e a proteção das informações pessoais dos agentes públicos.

Seria então correto afirmar que pelo fato de seus salários serem pagos pelos cofres públicos os funcionários da administração pública devem ter seus nomes, cargos e salários divulgados? Ou seria sensato afirmar que em razão de respeito ao direito de intimidade dos agentes a informação deveria ser parametrizada, de forma que a população teria acesso aos dados, mas não invadiria a vida privada dos funcionários públicos? De que modo garantir que o direito de acesso à informação seja efetivado sem cometer abusos contra o direito à intimidade dos agentes?

Com isso, há de se refletir acerca do conflito existente (ou pelo menos aparente) que nasce entre o direito fundamental de acesso à informação e os direitos da personalidade, dentre os quais se destaca o direito à intimidade dos servidores públicos, uma vez que

o direito fundamental à informação assegura a contribuição de todos os cidadãos para exercício da democracia. Contudo, tanto o direito à informação como os direitos da personalidade são direitos que encontram limites na própria Constituição brasileira, surgindo, assim, a necessidade de estudo sobre esses limites diante dos conflitos que eles podem gerar³²⁶.

³²⁶ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

Retomando a ideia de que o direito de acesso à informação pública é um direito fundamental, e por isso, intimamente ligado à concepção de um ordenamento jurídico composto de regras e princípios, insta consignar o seguinte, na esteira do pensamento elaborado por Alexy:

A formulação de direitos fundamentais como princípios corresponde a de que as normas de direitos fundamentais são princípios. As normas de direitos fundamentais são mandamentos a serem otimizados, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são outros direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação, disso resultando o grau de realização dos direitos fundamentais. Os princípios, e assim, os direitos fundamentais, são ponderados, pois esta é sua forma de aplicação. É daí que resulta a relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio de uma norma de direito fundamental e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo³²⁷.

Chega-se, portanto, à seguinte questão: como solucionar o conflito existente entre direitos fundamentais? Existiria, nesse sentido, uma verdadeira ordem de hierarquia entre os direitos fundamentais ou esses casos de conflito devem ser solucionados com o uso da ponderação? Ou ainda, a máxima razoabilidade seria capaz de solucionar essas questões?

O doutrinador Juan Cianiardo debruça-se sobre o tema e afirma que logo que se planta um caso de conflito entre direitos fundamentais ou entre direitos e bens públicos, os juízes são chamados a resolvê-lo e, para tanto, recorrem a duas soluções possíveis: a hierarquia ou a ponderação. Essas duas possibilidades têm em comum determinar quais direitos ou bens devem prevalecer, sendo que além dessas, também a máxima da razoabilidade pode ser chamada para resolver o conflito³²⁸.

Alguns doutrinadores, como é o caso do argentino M. A. Ekmekdjian, postulam a existência de uma ordem hierárquica entre os direitos fundamentais, de modo que para determinar a hierarquia dos direitos esses teóricos asseveram que é necessário estabelecer a importância relativa de cada valor. Para Ekmekdjian, os efeitos e implicações da ordem hierárquica dos direitos são férteis na hermenêutica

³²⁷ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 40.

³²⁸ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Navarra/Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

jurídica: a restringibilidade dos direitos do início da escala é mínima e vai aumentando à medida que se desce por ela. Dessa forma, uma lei não poderia restringir um direito de classificação superior mais do que os de classificação inferior e o índice de garantias de um direito determinado seria o limite mínimo da margem de garantia que tem todo direito de classificação superior ao primeiro³²⁹.

Por seu turno, Juan Cianiardo critica essa possível hierarquização de direitos fundamentais proposta por Ermekdjian, afirmando que para solucionar os conflitos de direitos fundamentais pode-se propor também a ponderação, ou seja, um balanço, que significa sopesar os direitos em jogo. Na ponderação a fórmula aplicada é outra, haja vista que se parte de um conflito de direitos entre si ou entre direitos e bens, partindo do pressuposto de que todos os direitos e bens são iguais e equivalentes entre si, restando daí a necessidade da ponderação. Não se trata de determinar qual bem é mais importante, pois salvo exceções, todos são iguais, especialmente quando o conflito se entabula entre os próprios direitos fundamentais, mas para decidir qual das normas resulta mais relevante ou justificativa para proteção que corresponde bem ou direito.

Acontece que Juan Cianiardo traz à baila alguns problemas acerca da ponderação, haja vista que, segundo ele, o processo de ponderação não parece uma atividade racionalmente controlável, pois nada diz sobre os critérios que permitem decidir por um ou outro direito em jogo. Afirma o autor que, se adotar a real existência do conflitivismo, significa admitir que os direitos fundamentais são faculdades ilimitadas, que dependendo das circunstâncias do caso, podem ser hierarquizados ou ponderados³³⁰.

Dessa maneira, a concepção indicada por Juan Cianiardo é que a máxima razoabilidade deve ser utilizada como critério para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais, sendo que os raciocínios exarados nas decisões acerca de conflitos entre esses direitos, seja entre os particulares, seja entre estes e o Estado, devem analisar cada direito fundamental em seu conteúdo próprio,

³²⁹ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Navarra/Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

³³⁰ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Navarra/Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

buscando, dessa forma, um caminho possível para superar as restrições e dúvidas do conflitivismo³³¹.

Robert Alexy, por sua vez, afirma que os conflitos por ventura existentes entre os direitos fundamentais devem ser resolvidos através da técnica da ponderação, sendo que os princípios são considerados verdadeiros mandamentos de otimização³³².

Assim, o conflito entre direitos fundamentais deve ser solucionado por meio da aplicação da ponderação, com a análise concreta das condições fáticas e jurídicas, sopesando os direitos e bens envolvidos, por meio do emprego dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como o da supremacia do interesse público, cujo viés vem sendo modernizado, como visto anteriormente.

De fato, a colisão porventura existente entre direito à informação e os direitos da personalidade, os quais não podem ser violados de forma arbitrária, deve ser solucionada por meio da ponderação sobre o princípio da proporcionalidade³³³, sendo que “nesses casos a ponderação dos conflitos depende largamente da situação concreta, não podendo ser solucionado exclusivamente mediante uma abstrata comparação de bens e valores jurídicos tutelados”³³⁴.

Pode-se afirmar que razoável é toda decisão que esteja dentro de certos limites, os quais são traçados anteriormente pelas próprias normas do sistema jurídico. Ou seja, esta noção de razoável não é um juízo de valor, sendo inconcebível a reforma de determinada decisão administrativa porque um juiz a entendeu não razoável, conforme seu próprio conceito pessoal, subjetivo.

Ora, o princípio da razoabilidade tem acentuada importância tanto para o direito como para a Administração Pública (Estado), pois permite, na análise do caso concreto, objetar a aplicação da lei positiva de forma inadmissível, abusada ou excessiva, que extrapola

³³¹ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Navarra/Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

³³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

³³³ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

³³⁴ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

os fins da justiça – independentemente da intenção do operador – e que, sobretudo, destoam da realidade social em mundivisão³³⁵.

O princípio da razoabilidade, portanto, exige que as decisões tomadas sejam pautadas por uma congruência lógica com o fato ocorrido, sendo que a falta dessa correlação torna o julgamento inválido, haja vista que não é razoável.

Para determinados autores, como Humberto Bergmann Ávila, a razoabilidade possui três acepções: é utilizada como diretriz para analisar a adequação da decisão ao caso concreto; também é usada como parâmetro para vincular as normas ao mundo com a qual elas se vinculam, além de ser a medida de equivalência entre duas grandezas³³⁶.

No campo jurídico, de maneira mais específica, este princípio está em constante conexão com o princípio da legalidade, uma vez que é a própria lei que estabelece os padrões normais, sob os quais uma decisão poderá ser considerada aceitável e conseqüentemente válida. Por esse motivo, não haverá violação do princípio da razoabilidade nos casos em que o julgamento for totalmente revestido de licitude, e a atividade administrativa acabou por atingir a sua finalidade.

Assim, percebe-se que o princípio ora analisado também estabelece relação com o princípio da finalidade, segundo o qual o administrador deverá sempre se ater ao escopo principal da administração pública, qual seja o interesse público. Além disso, o princípio da razoabilidade também guarda importante ligação com o princípio da proporcionalidade, que impede que a atuação do administrador seja exercida com excesso de poder, mas que ocorra dentro dos limites traçados e considerados aceitáveis.

Nesse sentido, a razoabilidade é um verdadeiro parâmetro da atividade, seja ela administrativa, legislativa ou judicial, uma vez que confere se esta está sendo devidamente executada conforme a justiça. É razoável a decisão que é racional, sensata, livre do arbitrário e imprudente, conforme a sociedade em que se inserem tais conceitos. Isso porque além de se exigir razoabilidade internamente, ou seja, entre os atos editados pela administração pública e dentro da própria lei, é ainda necessário que haja a razoabilidade externamente, estabelecendo relação

³³⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 209.

³³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, p. 102.

entre os motivos e fins da lei e da atividade administrativa com a sociedade que está sendo regida por esses instrumentos.

Assim, para que se atinja o fim desejado pelas normas é indispensável que os meios empregados sejam adequados e razoáveis, para que os preceitos possam se fazer exigíveis perante os administrados e os administradores. Proíbe-se, com isso, o excesso, para que a maneira com que são tomadas as decisões administrativas seja a menos onerosa possível aos administrados.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade prescreve que a atividade administrativa deve se pautar pela adequação, ou seja, o meio empregado deve ser condizente com o fim desejado, e ainda que as desvantagens por ventura produzidas sejam superadas pelas vantagens obtidas.

O princípio da proporcionalidade tem função relevantíssima no direito. E é justamente através da metodologia realizada no direito constitucional (“ponderação” entre eventuais princípios em conflito) que se colhe um molde dirigido às demais disciplinas³³⁷.

Como bem quis Karl Larenz, “a ideia de justa medida tem uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na importância dos deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível”³³⁸. Nesse sentido, “o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional”³³⁹.

Portanto, “a proporcionalidade propicia vislumbrar se os meios aplicados são adequados à realização do fim visado e se, de qualquer forma, não ultrapassam a medida do que é necessário atingir”³⁴⁰.

Nessa acepção, têm-se de um lado o direito fundamental de acesso à informação, e de outro, a questão acerca do direito à intimidade do funcionário público. A despeito da já afirmada necessidade de se ter transparência nos atos dos

³³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214.

³³⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

³³⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

³⁴⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

agentes públicos, seria então lícito promover uma verdadeira devassa na vida dos funcionários da administração pública com base no argumento de que seus salários são pagos pelos cofres públicos? É legítimo aplicar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e a supremacia do interesse público para se chegar a uma conclusão?

A questão ora proposta deve ser analisada no contexto da sociedade da informação, que, como visto, provoca uma verdadeira modernização da informação, sendo que

na era da informática, a formação dos direitos e da regulação é acompanhada por dois tipos de tensões:

- a tensão entre os direitos de natureza privada sobre a informação, *maxime* o direito de propriedade, e a liberdade de informação; e
- a tensão entre as proibições, outras restrições ou condições de acesso à informação (ou a determinadas categorias de informação) e a liberdade de informação³⁴¹.

Então, na era da informática os conflitos entre os direitos sofrem uma verdadeira reconfiguração³⁴². Com propriedade, a doutrinadora Maria Eduarda Gonçalves, respaldada pelos ensinamentos de Ulrich Beck, afirma que

a análise crítica do direito (da sociedade) da informação implica que este não seja entendido tão-só como um corpo de normas estático, hierárquico ou fechado. A acelerada mobilidade deste campo emergente, as incertezas que atravessam a sua formação, a influência de forças não institucionalizadas e a importância da auto-regulação, aliadas à reflexividade social, que tem acompanhado a expansão dos usos da informática e da internet, dão suporte empírico às teorias que valorizam o direito no seu contexto socio-económico-político e as dinâmicas que enformam o direito em ação, apelando a uma maior reflexividade do próprio direito³⁴³.

Os direitos da personalidade, dentre os quais está inserido o direito à intimidade, são aqueles que constituem o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo, sem os quais outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse

³⁴¹ GONÇALVEZ, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 12.

³⁴² GONÇALVEZ, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 12.

³⁴³ GONÇALVEZ, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 16.

para o indivíduo que, por sua vez, não existiria como pessoa³⁴⁴. São, na visão de Orlando Gomes, os “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”³⁴⁵.

No que tange à intimidade, pode-se corroborar a seguinte ideia:

a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis e pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange³⁴⁶.

Desse modo, a intimidade se vincula ao sentimento dos indivíduos, e se refere a assuntos que eles não desejam ver ao alcance do público. Com firme propósito, Hannah Arendt alude que “o direito à intimidade é o direito de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada”³⁴⁷. Por seu turno, Roque Stoffel afirma que:

os chamados direito à imagem à honra, à vida privada e à intimidade, inerentes à pessoa humana, constituem direitos da pessoa físico-moral e possuem duas vertentes. Numa delas, os direitos da pessoa físico-moral constituem-se de direitos de personalidade, subjetivos, de natureza essencialmente privada, no âmbito do direito civil (...) e na outra vertente, os direitos da pessoa físico-moral constituem liberdades públicas e possuem o caráter de direitos fundamentais em estrito sentido constitucional, com vertente pública e prevalente, com especial proteção pelo ordenamento jurídico³⁴⁸.

Gilberto Haddad Jabur atesta que:

a intimidade é direito personalíssimo que confere ao seu titular a possibilidade de viver de modo particular, próprio e inadmitir a ingerência ou intromissão alheia, representada pela curiosidade que

³⁴⁴ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.\\

³⁴⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 149.

³⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992, p. 79.

³⁴⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 530.

³⁴⁸ STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2000, p. 13.

busque adentrar o universo irrestrito e pouco compartilhável do indivíduo, limitado ao convívio de familiares e pessoas próximas³⁴⁹.

Cabe ainda mencionar os fundamentos apresentados na obra de Ricardo Luis Lorenzetti, na qual o jurista trabalha a teoria das esferas ou dos círculos concêntricos, inspirado pela formulação de Heirinch Hubemann, que afirma que na relação entre indivíduo e sociedade é possível estabelecer diferentes graus. Assim, “a esfera pressupõe o contato com outra, e uma questão inicial de delimitação entre ambas, pondo assim o acento no elemento central, que é a relação entre o indivíduo e a sociedade”³⁵⁰.

Nesse sentido, a esfera íntima seria aquela cuja proteção se faz de maneira máxima, cujo espaço é absolutamente intangível, trata-se da proteção da vida privada da pessoa, onde o indivíduo não influi os demais com seu comportamento. A esfera privada, por conseguinte, “está integrada por aquele âmbito que, sendo individual, repercute sobre os demais, tendo alguma influência. Desta forma, surge a necessidade de estabelecer um limite com as outras esferas individuais e o público (...) e a esfera social compreende aqueles atos que realiza o indivíduo situado na ação coletiva. A proteção do indivíduo é menor, porque atuando no âmbito do coletivo, têm prioridade os bens públicos”³⁵¹. Dessa maneira, pode-se asseverar que

a teoria das esferas buscou completar-se com os círculos concêntricos, intentando melhor explicação para o raio de ação oscilável na própria esfera do Privatsphäre (sentido genérico), face a sua manifesta elasticidade em relação a vida pública, gerando temerários conflitos quanto a sua linha divisória. Especialmente em relação as pessoas famosas, conhecidas como homens públicos e ainda em razão da hipertrofia coeva e avassalante do interesse público, cada vez mais prevalente, sobre a vivência doméstica individual, com os avanços tecnológicos³⁵².

Em complementação, cumpre ainda fazer referência à teoria do mosaico, elaborada por Fulgêncio Madrid Conesa, segundo o qual

³⁴⁹ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 261.

³⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 462.

³⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 463 e 465.

³⁵² SANTA MARIA, Jose Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, 1987. p. 51.

existen datos *a priori* irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano, al igual que ocurre con lãs pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significados³⁵³.

Dessa forma, pode-se deparar com situações em que determinadas informações são divulgadas sem que se tenha a intimidade da pessoa ultrajada, e separadamente consideradas não representam nenhum caráter íntimo, mas que, se reunidas com outros dados, também divulgados, poderão perfazer o perfil pessoal do indivíduo. Assim, se as informações publicadas parecem, pelo menos ao primeiro olhar, irrelevantes sob o prisma da proteção da intimidade das pessoas, uma vez conexas a outras informações, podem servir para comprometer a privacidade de alguém.

Assentadas tais premissas, cumpre asseverar que “os direitos da personalidade, positivados constitucionalmente sob o regime de direitos fundamentais, seguem a teoria geral das liberdades públicas, não só por formarem grupo de normas sujeitas a regime especial, mas particularmente, por dizerem respeito aos fatores que garantem a autodeterminação que o homem exerce sobre si mesmo (liberdades individuais psíquicas)”³⁵⁴.

Maria Helena Diniz, ao tratar da ofensa ao direito à intimidade advoga que:

a violação de domicílio alheio (...) ou de correspondência; uso de drogas ou de meios eletrônicos para obrigar alguém a revelar fatos de sua vida particular ou segredo profissional; emprego de binóculos para espiar o que ocorre no interior de uma casa; instalação de aparelhos (microfones, gravadores, fotocopiadores, filmadoras) para captar sub-repticiamente conversas ou imagens ou para copiar documentos, dentro de uma residência ou repartição; intrusão injustificada no reatamento ou isolamento de uma pessoa, observando-a, seguindo-a, chamando-a continuamente pelo telefone; violação a diário íntimo; desrespeito à dor pela perda de entes queridos; a situação indevassável de pudor; divulgação de enfermidades, de segredo profissional, da vida amorosa, etc.; em

³⁵³ MADRID CONESA, Fulgêncio. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Universidad de Valencia: Valencia, 1984, pp. 44 e 45.

³⁵⁴ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Editora do Direito, 1996, p. 59.

todos esses casos haverá dano, cujo ressarcimento não poderá ser colocado em dúvida³⁵⁵.

Desse modo, se a informação divulgada atinge, de certa forma, a honra ou imagem do indivíduo, violando o seu direito à intimidade deverá ser considerado abuso do direito de informar, extrapolando os limites do direito fundamental, devendo o responsável pela divulgação, sofrer as sanções civis e penais cabíveis³⁵⁶.

Então, se de um lado tem-se a obrigatoriedade de transparência, por outro se vislumbra o direito à intimidade do funcionário, o qual poderá sofrer consequências indesejáveis com a divulgação de certas informações, como o valor de sua remuneração. Seria viável expor a vida privada e a família dos agentes públicos de tal maneira? Ora, “se existe um setor das relações humanas e institucionais em que as esferas coletiva e privada acham-se em estado de recíproca influência ou, se se preferir, em permanente e inevitável confronto será esse o referente ao direito à intimidade”³⁵⁷.

O fato é que a vida social já expõe as pessoas às mais diversas relações, em que os direitos da personalidade estão em constante chocar com a transparência, sendo que a intimidade constitui-se um “do mais paradoxal dos direitos constitucionais, considerando que a individualidade é necessariamente exercida no meio social”³⁵⁸.

Hannah Arendt aduz que “a discussão do íntimo, transposta para o domínio público, normalmente se transforma na trivialidade do mexerico, banalizando o público”³⁵⁹. É imprescindível, portanto, que a divulgação de informações seja feita de maneira responsável e conforme os parâmetros estabelecidos, seja pela legislação, seja pela doutrina e jurisprudência, a fim de não se tornar uma ferramenta a serviço da especulação descomprometida.

Acontece que “não há possibilidade de solucionar as colisões sem limitar ou restringir os direitos fundamentais de um dos titulares envolvidos, cabendo ao

³⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. V. 1: Teoria Geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

³⁵⁶ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

³⁵⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 529.

³⁵⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 529.

³⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 529.

intérprete, ao analisar o caso concreto, encontrar o ponto de equilíbrio entre os princípios constitucionalmente protegidos”³⁶⁰.

É necessário verificar, pois,

no caso concreto, se o sacrifício dos direitos da personalidade se impõe diante de determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo³⁶¹.

Analisando o tema acerca do choque entre o direito à informação e o direito à intimidade o doutrinador Celso Lafer elabora seu pensamento inspirado pelos ensinamentos de Hannah Arendt, e expõe o que se segue:

Ocorre, no entanto, que o direito à intimidade estabelece um limite ao direito de informação ao impor o respeito ao segredo da vida privada. É por essa razão que, na dialética do conflito e da complementariedade da tutela desses direitos, é preciso ponderar o interesse público de se procurar, receber e difundir uma informação. Daí a importância de se arrematar esta reflexão sobre a contribuição arendtiana aos direitos humanos tomando como ponto de partida, para o exame da possível antinomia entre o direito à intimidade – que ela afirma como direito privado essencial – e o direito à informação – que é uma das condições para o adequado exercício do direito de associação, por ela considerado um direito público por excelência -, em sua análise sobre a distinção entre o público e o privado³⁶².

Como exemplo de aplicação prática do paradoxo ora analisado, pode-se destacar o caso de um ex-comandante da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul ocorrido em 1996, que questionava a publicação dos salários de “marajás” do Estado. No julgamento do processo nº 011-96-494.833, julgado na 5ª Vara da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul em 1996, o juiz entendeu que o direito do povo ter conhecimento da remuneração dos servidores públicos, face ao princípio

³⁶⁰ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

³⁶¹ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

³⁶² LAFER, CELSO. A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 530.

constitucional da publicidade, não permite, ou não se faz necessária a divulgação dos nomes dos servidores, justamente porque a intimidade e a vida privada deles devem ser respeitadas, condenando o Estado a pagar indenização aos postulantes³⁶³.

Contudo, através da ponderação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular nesse contexto, não se pode olvidar que o

direito à privacidade vacila perante o interesse da administração pública. Esta dedução é consequência do entendimento segundo o qual a administração pública atende à comunidade e na colisão entre o interesse comunitário e o interesse individual, este deve ser sacrificado³⁶⁴.

Relevante notar que em 1905 o Tribunal da Georgia já admitia que “se pode renunciar ao direito à intimidade como a qualquer outro direito em que se apóie o indivíduo (...) o exemplo mais claro de alguém que dispensa este direito é o caso de quem permite que o apresentem como candidato a uma função pública”³⁶⁵.

Vislumbrando os preceitos da lei 12.527/2011 quanto ao conflito existente entre o dever que a administração pública tem de informar a população sobre os assuntos pertinentes à coisa pública e a proteção das informações pessoais dos funcionários públicos, deve-se ater ao contexto em que a referida lei foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, pois, como visto, a Lei de Acesso à Informação configura um avanço para nosso país, e representa um relevante instrumento para aprimorar a participação do cidadão na gestão dos interesses tutelados pela administração pública.

Na visão do Superior Tribunal de Justiça, ainda não há uma fórmula pronta, e se valida a utilização da técnica da ponderação de princípios para solucionar os conflitos, haja vista que a análise deve ser vista caso a caso, processo a processo, sendo que:

em alguns casos vencerá o direito à informação; em outros, a proteção da personalidade. O que norteia a aplicação desses

³⁶³ STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2000, p. 31.

³⁶⁴ DOTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 210.

³⁶⁵ DOTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 89.

princípios e a escolha de um ou de outro direito é o interesse público da informação. Se uma notícia ou reportagem sobre determinada pessoa veicula um dado que, de fato, interesse à coletividade, a balança tende para a liberdade de imprensa³⁶⁶.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral, nos exatos termos da primeira parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição”³⁶⁷.

Interessante aludir então, agora de maneira mais detalhada, ao caso levado ao Supremo Tribunal Federal em 2012 em que a União postulou a suspensão dos efeitos da liminar deferida nos autos da Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400, na qual a Confederação dos servidores públicos do Brasil pretendeu impedir a divulgação, pela União, dos rendimentos dos servidores públicos federais de forma individualizada. Na decisão, o Pretório Excelso pronunciou-se no sentido de que a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral e suspendeu os efeitos das liminares.

A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. **O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e, o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República.** O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública³⁶⁸ (grifo nosso).

Consagra-se, outrossim, a prevalência do dever de transparência sobre o direito à intimidade dos servidores públicos, com firme propósito de atender aos preceitos da recente lei de acesso à informação e conceder coerência ao

³⁶⁶ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

³⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar na **Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400**. Plenário, Relatoria Min. Ayres Britto. D.O.U. 03/08/2012.

³⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar na **Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400**. Plenário, Relatoria Min. Ayres Britto. D.O.U. 03/08/2012.

ordenamento jurídico brasileiro e ao novo modelo do direito administrativo, uma vez que, no que tange aos servidores públicos,

sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. **Sem que a intimidade deles, a vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções** de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

Não cabe, no caso, falar de intimidade ou vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. **No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano**³⁶⁹ (grifo nosso).

Assim, corrobora-se com a posição de que

se o direito à informação, em suas três vertentes, isto é, o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado, for de relevante interesse social, os direitos da personalidade podem ser afastados em detrimento do interesse público-social dessa mesma liberdade de informação plenamente definida e delimitada (...) na colisão entre o direito à informação e os da personalidade, destacam-se como elementos de ponderação a veracidade do fato e a licitude do meio empregado na obtenção da informação³⁷⁰.

A fim de cumprir com os ditames legais, o próprio Supremo, quando da entrada da lei 12.527 decidiu “divulgar, de forma ativa e irrestrita, os subsídios dos ministros e a remuneração dos servidores do quadro de pessoal do Supremo Tribunal Federal”³⁷¹.

No mesmo sentido, afirma também Wallace Paiva, segundo o qual

³⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar na **Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400**. Plenário, Relatoria Min. Ayres Britto. D.O.U. 03/08/2012.

³⁷⁰ SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

³⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar na **Ação Ordinária nº 33326-48.2012.4.01.3400**. Plenário, Relatoria Min. Ayres Britto. D.O.U. 03/08/2012.

não há como o poder público negar informação sobre os subsídios ou vencimentos pagos a servidor público, tendo em vista que se trata de saída e gasto de dinheiro público, cuja gestão obriga a mais ampla publicidade (...) Como a transparência patrimonial dos agentes públicos é medida de prevenção e de repressão à improbidade administrativa, sua efetividade repugna o emprego do direito fundamental individual como escudo para práticas de atos ilícitos³⁷².

Contudo, é claro que o dever de informar não pode ser motivo para que se promova a invasão exacerbada da intimidade dos funcionários públicos, violando seus direitos de intimidade, sendo para isto adequada a aplicação relativizada do princípio da supremacia do interesse público, de acordo com a situação apresentada.

Ou seja, deve-se compreender a aplicação do direito de acesso à informação no contexto da atual sociedade da informação, envidando esforços no sentido de reconhecer “esse ambiente como *locus* de promoção da pessoa e não de aviltamento ou de rebaixamento de qualidade de vida. Trata-se de concretizar prudentemente balanceamento axiológico entre a tecnologia (...) com as novas raízes fecundas e constitucionais da privacidade”³⁷³.

É crível, portanto, que a nova lei estimulou uma mudança no âmbito dos assuntos relacionados à divulgação dos dados da administração pública, promovendo a disseminação de que o que se faz com o dinheiro público é assunto de interesse do povo, seja para a contratação de um serviço, seja para a aquisição de materiais ou pagamento de salários de seus funcionários.

4.4 A lei 12.527/2011 e democracia – cidadãos brasileiros decidindo junto com a administração pública

Após a análise de algumas alterações inseridas no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da lei 12.527/2011, mormente no que tange à inversão do paradigma do sigilo e da obrigatoriedade de fornecimento de informação fidedigna, correta e inteligível, passa-se a finalizar a presente pesquisa, sobretudo

³⁷² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 259.

³⁷³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014, p. 1.

destacando a íntima relação entre o direito fundamental de acesso à informação e a democracia.

A democracia faz do indivíduo um cidadão que reconhece deveres e exerce direitos. O civismo constitui então a virtude sociopolítica da ética. Requer solidariedade e responsabilidade. Se o civismo se esgarça, a democracia esgarça-se. A não-participação na vida da cidade, apesar do caráter democrático das instituições, leva à agonia da democracia. Há portanto, num caso assim, perecimento de democracia e civismo³⁷⁴.

Desse modo, no intuito de se verificar o modo como os cidadãos brasileiros estão lidando com o direito fundamental de acesso à informação, analisa-se, nesse momento, alguns dados fornecidos pelo e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão³⁷⁵.

Assim, o relatório do ano de 2013 (anexo 1) demonstra que houve, em média, 7.221,75 pedidos de informação por mês, sendo que no total foram 86.661 solicitações, das quais 86.245 foram respondidas, o que corresponde a 99,52%. No que se refere às características dos pedidos, é possível perceber que foram 51.638 solicitantes, sendo que um único solicitante efetuou 563 pedidos e 43.047 pessoas fizeram a mesma solicitação. Interessante notar que 12,12% dos registros se referem ao governo e política – administração pública, 11,97% dizem respeito a economia e finanças, 9,05% são sobre previdência social e apenas 2,15% a pessoa, família e sociedade. O tempo médio de resposta foi de 14,69 dias e em 61.794 requerimentos a informação foi devidamente disponibilizada, ou seja, o acesso foi concedido. A maioria expressiva das consultas foi feita por meio da internet, seja pelo sistema do órgão competente ou e-mail, e apenas 1,69% dos pedidos foram feitos pessoalmente e 0,66% através de correspondência física com custo.

Ainda com relação aos dados de 2013, verifica-se que 95,51% dos requerimentos foram feitos por pessoas físicas, cujo perfil está assim descrito: 55,50% são do sexo masculino, sendo 24,98% do Estado de São Paulo, 13,09% do Rio de Janeiro, 9,97% de Minas Gerais e 0,70% são de outros países. No que tange ao grau de escolaridade, 35,34% das solicitações foram feitas por pessoas com ensino superior, 24,88% com ensino médio e apenas 0,91% sem instrução formal.

³⁷⁴ MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 149.

³⁷⁵ Disponível em

<http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>.

Por sua vez, o relatório de 2014 (anexo 2) apresenta os seguintes números: 7.513,92 de pedidos médios de informação mensal, sendo que no total foram 90.167 solicitações, das quais 87.433 foram respondidas, o que corresponde a 96,97%. No que se refere às características dos pedidos, é possível perceber que foram 51.207 solicitantes, sendo que um único solicitante efetuou 1.130 pedidos e 42.239 pessoas fizeram a mesma solicitação. Nota-se que 11,25% dos registros se referem ao governo e política – administração pública, 9,42% dizem respeito a economia e finanças, 6,46% são sobre informação, gestão, preservação e acesso, 3,66% sobre a pessoa, família e sociedade e 2,50% sobre defesa nacional. O tempo médio de resposta foi de 12,58 dias e em 60.320 requerimentos o acesso foi concedido. Mais uma vez a maioria das consultas foi feita por meio da internet, seja pelo sistema do órgão competente ou e-mail, e apenas 1,47% dos pedidos foram feitos pessoalmente e 0,69% através de correspondência física com custo.

Em 2014 verifica-se que 94,66% dos requerimentos foram feitos por pessoas físicas, das quais 55,59% são do sexo masculino, sendo 24,97% do Estado de São Paulo, 12,72% do Rio de Janeiro, 9,36% de Minas Gerais e 0,47% são de outros países. Quanto à escolaridade, 37,92% das solicitações foram feitas por pessoas com ensino superior, 25,95% com ensino médio e somente 0,74% sem instrução formal.

De acordo com publicação recente da Controladoria Geral da União (CGU), no último ano, o site do Portal da Transparência recebeu 14,6 milhões de visitas, sendo que em 2004, ano de sua criação, a quantidade de acessos foi de 64,3 mil. Por mês, a média ficou em 1,2 milhão, maior número já registrado.

O Portal da Transparência do Governo Federal é mantido pela Controladoria Geral da União e tem o objetivo de aumentar a transparência da gestão pública, ao permitir que o cidadão acompanhe como o dinheiro público é utilizado e ajude a fiscalizar. Nos últimos dez anos, o referido portal tem tido crescimento expressivo no número de visitas, o que de fato demonstra um maior interesse do cidadão brasileiro pela coisa pública e ânsia por exercer seu direito fundamental de acesso à informação. De 2013 a 2014 esse número foi de 32%, sendo que os três estados que mais acessaram o site foram: Brasília, São Paulo e Rio de Janeiro. O. No balanço de 2014, as cinco seções mais visitadas foram:

servidores (55,14%), despesas diárias (11,54%), convênios (2,82%), Cadastro Nacional das Empresas Inidôneas e Suspensas (1,50%) e Copa 2014 (0,66%)³⁷⁶.

Por óbvio e com base nos diversos pontos consignados ao longo da pesquisa, percebe-se que a questão da *práxis* do direito fundamental de acesso à informação e do princípio da transparência administrativa vão muito além da simples publicação de dados por parte da administração pública, sendo que os números demonstram que a população está, ainda que de maneira tímida, se envolvendo cada vez mais com a gestão pública.

Acontece que a questão acerca do acesso à informação não é assim tão simples, pois, apesar de ser uma parte extremamente relevante, não basta que o povo busque as informações: é imprescindível, pois, que a informação seja clara e disponibilizada de forma a permitir uma gestão democrática.

Um exemplo dessa dificuldade é o problema recente enfrentado por diversas regiões do país, e de maneira mais alarmante pelo Estado de São Paulo, qual seja a estiagem e falta de água para o consumo da população, que tem chamado atenção de todos os especialistas, gestores públicos e da sociedade em geral. Por certo, a população se depara com a falta de água sem ter a real noção do problema. Na verdade, ainda pouco se sabe.

Com base em um estudo recentemente realizado para averiguar o nível de transparência ativa no acesso à informação sobre a crise da água, feito com base na avaliação dos sites oficiais das instituições e órgãos envolvidos com o problema do abastecimento de água, nota-se o seguinte: no site do Governo do Estado de São Paulo não há nenhuma informação acerca da crise de água, nem mesmo links para outros sites correlacionados ao assunto, o que sem dúvida dificulta o acesso à informação do usuário que desconhece a existência e funcionamento do sistema de informações públicas. Além disso, as informações disponíveis sobre o sistema Cantareira no site da Sabesp se resumem a dados técnicos sobre o volume de água remanescente no sistema, como índices pluviométricos e médias mensais, ou seja, mesmo que a atualização dos dados seja constante, não são informações de fácil

³⁷⁶ BRASIL, Controladoria Geral da União. **Portal da transparência registra número de visitas recorde em 2014**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/01/portal-da-transparencia-registra-numero-de-visitas-recorde-em-2014>>.

entendimento e compreensão, dada as características técnicas e operacionais dos dados fornecidos³⁷⁷.

Com base nos resultados da análise é possível constatar que as informações disponibilizadas, pelas instituições e órgãos de gestão e controle, não são totalmente transparentes no que diz respeito ao acesso e disponibilização das informações sobre a Crise da Água no Sistema Cantareira. Dos onze sítios pesquisados, quatro apresentaram nenhuma transparência no acesso às informações sobre o tema, dois apresentaram baixa transparência, e os outros cinco foram classificados com nível de transparência médio. Nenhum site pesquisado obteve índice de transparência alto de acordo com os critérios pesquisados³⁷⁸.

O estudo em questão procurou também validar o nível de efetividade da transparência passiva, sendo que para tanto, enviou vinte e três pedidos de informação, os quais tiveram ausência de resposta ou insuficiência de informações, sendo que

conclui-se que relutância das instituições envolvidas, em especial a Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos e da Sabesp em responder adequadamente aos pedidos de informação é extremamente problemática, uma vez que ao evitar divulgar as informações oficiais relativas à recente crise, alimenta o clima de incerteza geral e inviabiliza o real envolvimento da população em algo que é, antes de tudo, um bem comum de interesse público: a gestão água. As consequências dessa assimetria de informações é a fragilização do processo democrático e participativo na gestão dos recursos naturais³⁷⁹.

Assim, consigna-se que o acesso à informação, de fato, tem se tornado tema de diversas discussões e está permeando a seara do “público”, ultrapassando

³⁷⁷ MARTINS, Amanda. Sistema Cantareira e a crise de água em São Paulo: A falta de transparência no acesso à informação. **Artigo 19 Brasil**. Disponível em: < <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/12/Relat%C3%B3rio-Sistema-Cantareira-e-a-Crise-da-%C3%81gua-em-S%C3%A3o-Paulo-%E2%80%93-a-falta-de-transpar%C3%A2ncia-no-acesso-%C3%A0-informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

³⁷⁸ MARTINS, Amanda. Sistema Cantareira e a crise de água em São Paulo: A falta de transparência no acesso à informação. **Artigo 19 Brasil**. Disponível em: < <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/12/Relat%C3%B3rio-Sistema-Cantareira-e-a-Crise-da-%C3%81gua-em-S%C3%A3o-Paulo-%E2%80%93-a-falta-de-transpar%C3%A2ncia-no-acesso-%C3%A0-informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

³⁷⁹ MARTINS, Amanda. Sistema Cantareira e a crise de água em São Paulo: A falta de transparência no acesso à informação. **Artigo 19 Brasil**. Disponível em: < <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/12/Relat%C3%B3rio-Sistema-Cantareira-e-a-Crise-da-%C3%81gua-em-S%C3%A3o-Paulo-%E2%80%93-a-falta-de-transpar%C3%A2ncia-no-acesso-%C3%A0-informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

os limites da cátedra e garantindo (ou pelo menos tentando garantir) seu lugar na vida cotidiana da sociedade brasileira. Contudo, as ferramentas existentes ainda precisam ser aprimoradas e muitas barreiras devem ser vencidas. O desafio ainda existe e é grande, sendo que a batalha para a efetivação plena do direito fundamental de acesso à informação é tanto do povo quanto dos gestores públicos, cujas responsabilidades vão além da mera legalidade. Não basta, outrossim, publicar o que se decide, é exigível que se divulgue para permitir que se decida junto!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A luz do sol é o melhor desinfetante”

(Louis Brandeis – Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos)

Após o percorrer da pesquisa, pode-se, finalmente, destacar que o direito fundamental de acesso à informação se faz imprescindível para a democracia plena, mas que, embora protegido constitucionalmente, seu livre exercício depende de alguns fatores.

Assim, com o escopo de analisar os desdobramentos do direito fundamental de acesso à informação, visto sob a ótica do princípio da transparência, o presente estudo trilhou seu caminho.

Vislumbrou-se, nesse sentido, alguns pontos relevantes acerca do direito fundamental de acesso à informação, bem como do princípio da transparência administrativa, vistos como instrumentos ou mecanismos de controle dos agentes públicos pelo povo, e a conexão desses institutos com a democracia.

Um bom sistema democrático é aquele que se esforça para ter a confiança do povo nos seus representantes, e que mantém constantemente viva a ideia e estrutura da fidúcia, de modo que o povo se reconheça como titular do direito. Assim, não basta ter procedimentos, é preciso que esses instrumentos sejam de conhecimento do povo e que funcionem! O povo deve se reconhecer nos agentes públicos, como se estivesse de frente a um espelho, é imprescindível que o cidadão se identifique como detentor do poder e aja como tal.

Nesse íterim, destacou-se que um Estado que vai contra o dever de transparência da administração pública age contra os pilares da democracia, e para que o dinheiro público seja gasto com diligência e que o povo tenha acesso às informações necessárias, é preciso que se garanta o controle dos atos dos gestores públicos. Assim, confiança e controle estão intimamente relacionados e colaboram para que o viés democrático tenha seus preceitos cumpridos.

Destarte, é plausível afirmar que é preciso garantir o direito de controle no Estado Democrático de Direito, haja vista que se trata de dinheiro público, sendo o Estado apenas o gestor da coisa pública. Ora, para que a democracia se faça presente e seus fundamentos vigorem, o povo deve ter resguardado seu direito de

informação, para que efetivamente faça o controle das atividades da administração pública.

A situação atual da democracia, nesse sentido, impõe um reforço do modo de controle e acesso à informação, pois a democracia não se constrói com palavras ou dogmas, mas sim com atos, tendentes a coibir os casos de corrupção e reatar os laços de confiança entre a administração pública e o povo.

O que fica claro é que o direito de acesso à informação, encarado como um verdadeiro direito fundamental, analisado sob a ótica do princípio da transparência, tende a fortalecer a participação popular na gestão pública, com o devido reconhecimento do homem como ser racional e capaz de atuar como ator principal e não apenas como um mero coadjuvante nas coisas do Estado. O direito fundamental de acesso à informação deve ser analisado, portanto, sob o espectro do constitucionalismo emancipatório, elevando-se, como bem quis a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana ao âmago da atuação da administração pública.

No viés das premissas apresentadas, pode-se conjecturar que as informações públicas devem ser disponibilizadas como a regra, sendo o sigilo a exceção, justamente porque há uma estreita relação entre a coisa pública e o exercício da democracia.

Como visto, as prerrogativas processuais e materiais da administração pública em sua relação com os cidadãos constituíram, desde os primórdios da disciplina, sendo a matéria-prima básica da qual se nutriu e sobre a qual se erigiu o arcabouço teórico do direito administrativo, todas justificadas pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Mas, com a evolução da sociedade e perante a necessidade de modernização dos institutos do direito administrativo, os juristas se viram na obrigação de oferecer argumentos para minimizar essa concepção, vista por alguns como um verdadeiro axioma.

Demonstrou-se, portanto, que o interesse público deve ser avocado não para justificar o sigilo, mas sim para garantir o acesso à informação, a transparência do agir do Estado.

De forma notória, vislumbrou-se que o ordenamento jurídico é um sistema composto por normas, sejam elas regras ou princípios, estando em contínuo contato com as forças atuantes na sociedade, se adaptando a todo instante aos problemas jurídicos que vão surgindo, daí a relevância de se analisar determinado

assunto sob o espectro dos princípios que o permeiam. Assim, para direcionar o estudo acerca do conflito entre o dever de transparência da administração pública e o direito à intimidade dos agentes públicos partiu-se das premissas do princípio da transparência e da supremacia do interesse público sobre o particular e suas nuances, bem como do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para solucionar os conflitos existentes.

Nesse diapasão, estudou-se o princípio da transparência da administração pública e o direito à intimidade dos funcionários públicos e como essa relação foi se modificando ao longo do tempo. Primeiramente, se protegia com mais rigor o direito do agente público em detrimento à transparência dos atos do Estado, mas com as transformações ocorridas na sociedade perante os diversos casos de corrupção e ingerência ocorridos em nosso país, essa concepção foi alterada. Nesse ínterim, destacou-se que um Estado que vai contra o dever de transparência da administração pública age contra os pilares da democracia, e para que o dinheiro público seja gasto com diligência e para que o povo tenha acesso às informações necessárias, alguns direitos da personalidade dos agentes podem (e devem) ser minimizados.

Significativa, portanto, a demonstração de que no atual paradigma do direito administrativo, principalmente após a promulgação da lei 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, o dever de transparência da administração pública deve prevalecer e ser efetivamente colocada em prática pelos cidadãos, para que o direito fundamental de acesso à informação seja usado em prol do condigno direito do povo de conhecer e opinar na gestão da coisa pública.

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro está se adequando aos anseios sociais, criando instrumentos que permitam o controle e devido acompanhamento dos atos administrativos. A lei 12.527/2011, mesmo com suas fragilidades, busca aprimorar a participação popular na coisa pública, e se apresenta como um verdadeiro e grande desafio a ser enfrentado pela sociedade brasileira, povo e governo, a qual parece ainda não ter se dado conta das mudanças provocadas pela nova lei.

É crível, portanto, concluir, como bem afirma Hans Kelsen, que “a educação para a democracia torna-se uma das principais exigências da própria democracia”³⁸⁰.

Muito se fez, mas muito há de se fazer... o direito fundamental de acesso à informação precisa ser exercitado, aperfeiçoado na prática e internalizado pelos cidadãos brasileiros como sendo um verdadeiro instrumento que atua em propósito da transparência, além de se configurar como um desafio político, que exige governos mais responsivos e que promovam a gestão pública com base nos preceitos da transparência.

³⁸⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 97.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil**. Dissertação de mestrado para a Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Prof. Orientador Marco Antonio Carvalho Teixeira. São Paulo, 2012.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ARTIGO 19. **Análise do projeto de lei de acesso à informação pública**. Disponível em <http://www.artigo19.org/site/documentos/analise_do_projeto_de_lei_de_acesso_a_informacao_publica.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. 215, pp. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

_____. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Brasil. ISSN 1981-1888.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de Novo Modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Carmem Lúcia. As dimensões da informação pública: transparência, acesso e comunicação. **Revista Transinformação**: Campinas, set. / dez. 2010.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 5. ed. São Paulo: Editora paz e terra, 1992.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2011.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de lei 5228/2009**. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DB73C5D4BF0D1F2012FB8B852D8A4131.proposicoesWeb1?codteor=656530&filename=PL+5228/2009. Acesso em 20 de julho de 2014.

BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de lei 41/2010**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96674>. Acesso em 20 de julho de 2014.

BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. **Lei 12.527/2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 20 de julho de 2014.

BRASIL, Controladoria Geral da União – CGU. **Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/acesso-a-informacao>>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

BRASIL, Controladoria Geral da União. **Portal da transparência registra número de visitas recorde em 2014**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/01/portal-da-transparencia-registra-numero-de-visitas-recorde-em-2014>>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

BRAZ, Adalberto Casemiro Alves. **Corrupção: Combate pelo OMBUDSMAN parlamentar. Ouvidoria do povo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CABRERA ROBLES, Segundo Agustín. **Transparencia y acceso a la información pública, sujeto a la vigilancia de la defensoría del pueblo en el cumplimiento de la LOTAIP, en las instituciones públicas de Cuenca durante el 2012**. Disponível

em <<http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/4230>>. Acesso em 04 de janeiro de 2015.

CAFFERATA, Santiago Diaz. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. **Lecciones y ensayos**. nº 86, ps. 151 – 185. Buenos Aires: 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2014.

_____; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Português anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pág. 225.

CAMPOS, Eduardo Nunes. **O lugar do cidadão nos processos de integração: O déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos - Processo histórico, evolução no mundo, direitos fundamentais - constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. **Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilha: Universidad de Sevilha, 1979.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CIDE. **Métrica de la transparencia 2010**. Disponível em <http://www.metricadetransparencia.cide.edu/metrica.html>. Acesso em 20 de julho de 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista eletrônica de Direito Público da Editora Fórum**. Belo Horizonte: ano 15, nº 79, maio/jun 2013.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Navarra/Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

COELHO, Edihermes Marques (org.). **Direitos fundamentais: Reflexões críticas: teoria e efetividade**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Derecho a la información: Crisis del sistema político y transparência de los Poderes Públicos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. **A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988**. Editora da PUC de Goiás. Goiânia, 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Bahia: Número 2. Abril/maio/junho de 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova teoria do Estado. Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. V. 1: Teoria Geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRIA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1974.

_____. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Lições de teoria geral do direito**. Tradução de Claudia de Miranda Avena, Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: Os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

_____. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1ª ed, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

FATTORI, Marta. **Didática Magna: Comenius**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Orgs.). Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate com Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastitini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale e Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito Constitucional: Estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Aulas de Teoria do Estado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública: Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FREITAS, Daniela Bandeira de. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GIANNOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, José Renato. **Acesso à Informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002.

GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUZZI, Drica. **Web e Participação: a democracia no século XXI**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal**. Dissertação de mestrado em Direito Constitucional. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2007.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática – Tribunal de contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, KARL. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1985.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito**. Tradução de Bruno Miragem. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. **La confianza**. Santiago de Chile: Instituto de Sociologia, 2005.

MADRID CONESA, Fulgêncio. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Universidad de Valencia: Valencia, 1984.

MARCONDES, Valéria. **Internet, democracia e participação popular: discutindo experiências participativas**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Comunicação Social da PUCRS. Professor orientador: Dr. Antonio Hohlfeldt. Porto Alegre, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

_____. (Org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Sociedade da informação e promoção à pessoa: empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 96/2014, p. 225. Nov / 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Amanda. Sistema Cantareira e a crise de água em São Paulo: A falta de transparência no acesso à informação. **Artigo 19 Brasil**. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/12/Relat%C3%B3rio-Sistema-Cantareira-e-a-Crise-da-%C3%81gua-em-S%C3%A3o-Paulo-%E2%80%93-a-falta-de-transpar%C3%A2ncia-no-acesso-%C3%A0-informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

MAURER, HARTMUT. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Controle da Administração Pública**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MICHENER, Robert G. **The Surrender of Secrecy? Explaining the Strength of Transparency and Access to Information Laws (2009)**. APSA 2009 Toronto Meeting Paper. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1449170>. Acesso em 21 de julho de 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Editora do Direito, 1996.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Administração Pública Transparente e Responsabilidade do Político**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NASCIMENTO, Claudemiro Godoy do (Org.). **Versos e reversos da educação: das políticas às pedagogias alternativas**. Goiânia: Editora da PUC de Goiás, 2010.

NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo federal. Lei 9.784/1999 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos públicos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

PAESANI, Liliana Minardi (Coord.) **O Direito na sociedade da informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo. Reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012.

PEREZ, Jesús Gonzales. **Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas**. Segunda edición. Madri: Thomson, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª ed. Madri: Tecnos, 1995.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. revista e acrescida. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Marlon. **O nobre deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira**. Rio de Janeiro: Leya, 2014.

RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum 2014.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTA MARIA, Jose Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação. Cidadania, Direito, Estado, Município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos fundamentais: Reflexões e perspectivas**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **Corrupção & Improbidade: críticas e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA FILHO, Rodrigo de. **Gestão Pública & Democracia: A burocracia em questão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2000.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Coleção Filosofia e Direito. Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

VALIM, Rafael; PIMENTA, José Roberto. **Tratado sobre princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina. (Coord.). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. **Controle administrativo e parlamentar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

ANEXO 1 – RELATÓRIO DE 2013

DISPONÍVEL EM

[HTTP://WWW.ACESSOAINFORMACAO.GOV.BR/SISTEMA/RELATORIOS/ANUAL/RELATORIOANUALPEDIDOS.ASPX](http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/relatorios/anual/relatorioanualpedidos.aspx)**Relatório de Pedidos de Acesso à Informação e Solicitantes**

(*) Informações adicionais para o correto entendimento do relatório podem ser encontradas na última seção.

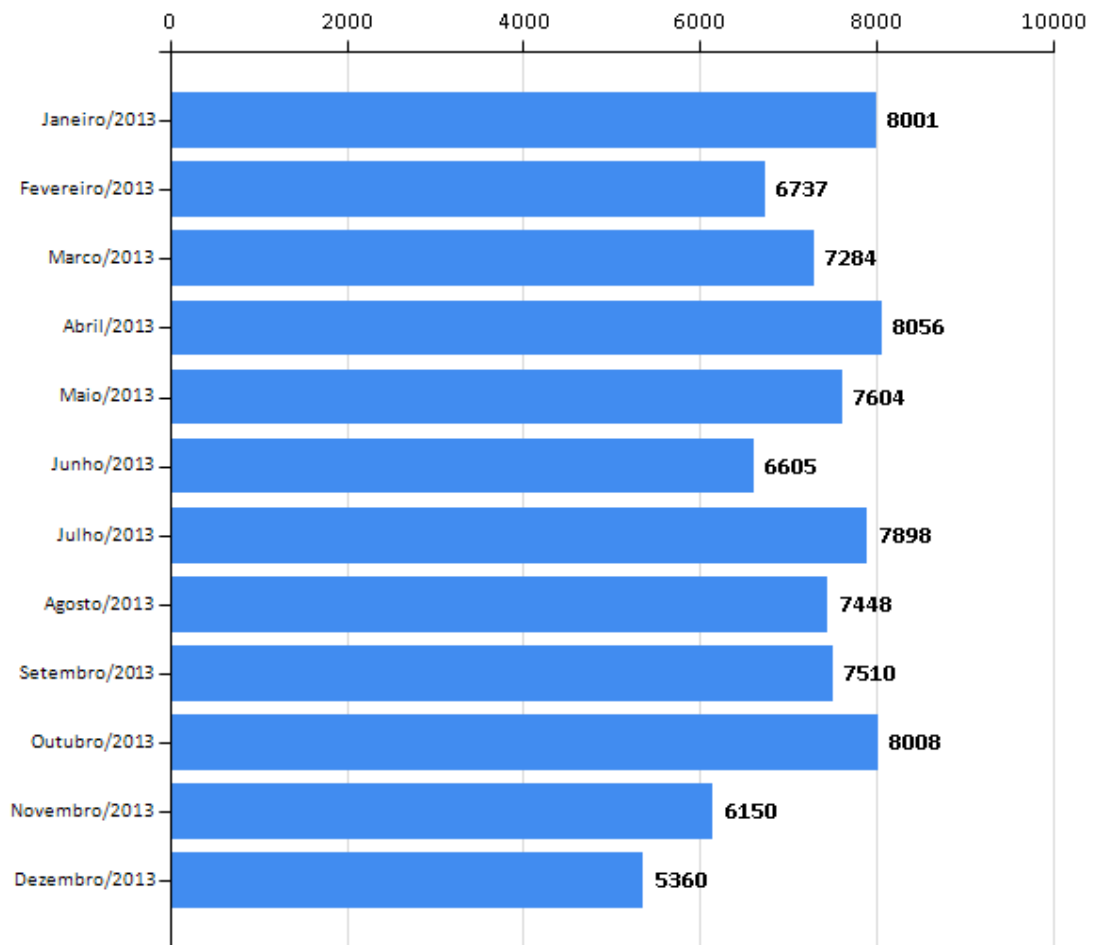
Órgão(s) de referência

Todos

Período de consulta:

1/2013 a 12/2013

1. Quantidade de pedidos de acesso à informação**Quantidade de Pedidos:** 86661**Média mensal de pedidos:** 7221,75

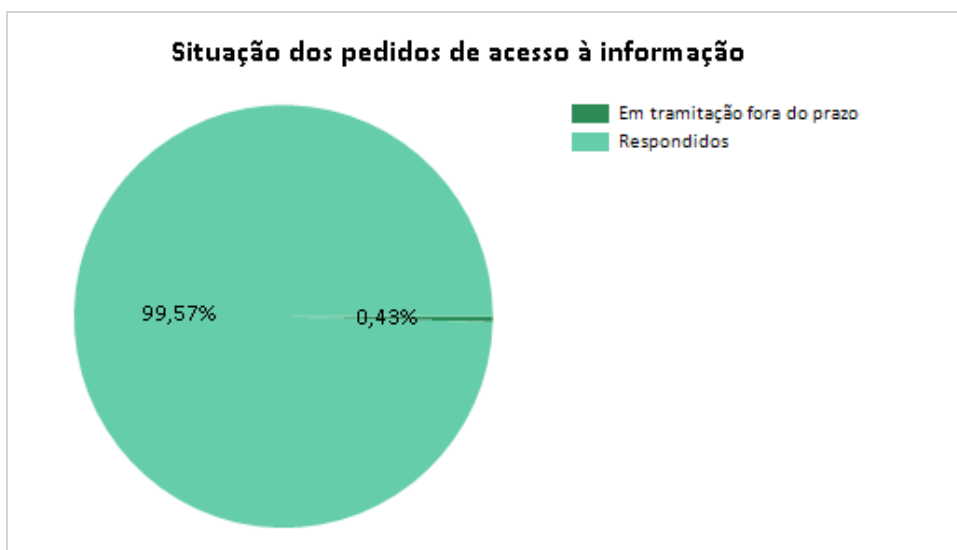
Quantidade de pedidos registrados por mês**Evolução mensal do número de pedidos de acesso à informação**

Mês	Número de pedidos	Evolução mensal
Janeiro/2013	8001	-
Fevereiro/2013	6737	-15.8%
Março/2013	7284	7.51%
Abril/2013	8056	9.58%
Maio/2013	7604	-5.61%
Junho/2013	6605	-13.14%
Julho/2013	7898	16.37%
Agosto/2013	7448	-5.7%
Setembro/2013	7510	0.83%

Outubro/2013	8008	6.22%
Novembro/2013	6150	-23.2%
Dezembro/2013	5360	-12.85%
TOTAL:	86661	
MÉDIA:	7221,75	

2. Situação e características dos pedidos de acesso à informação

Status do pedido	Quantidade
Respondidos	86289
Em tramitação fora do prazo	372



Características dos pedidos de acesso à informação			
Total de perguntas:	129591	Total de solicitantes:	51638
Perguntas por pedido:	1,51	Maior número de pedidos feitos por um solicitante:	563
		Solicitantes com um único pedido:	43047

Temas das solicitações (Top 10)		
Categoria e assunto	Quantidade	% de Pedidos
Governo e Política - Administração pública	10501	12,12%
Economia e Finanças - Finanças	10372	11,97%
Pessoa, família e sociedade - Previdência social	7841	9,05%
Ciência, Informação e Comunicação - Informação - Gestão, preservação e acesso	5038	5,81%
Educação - Educação superior	4321	4,99%
Economia e Finanças - Economia	2751	3,17%
Educação - Educação básica	2607	3,01%
Economia e Finanças - Administração financeira	2570	2,97%
Ciência, Informação e Comunicação - Comunicação	2433	2,81%
Pessoa, família e sociedade - Pessoa	1865	2,15%

3. Resposta aos pedidos de acesso à informação

Tempo médio de resposta: 14,96 dias

Prorrogações:

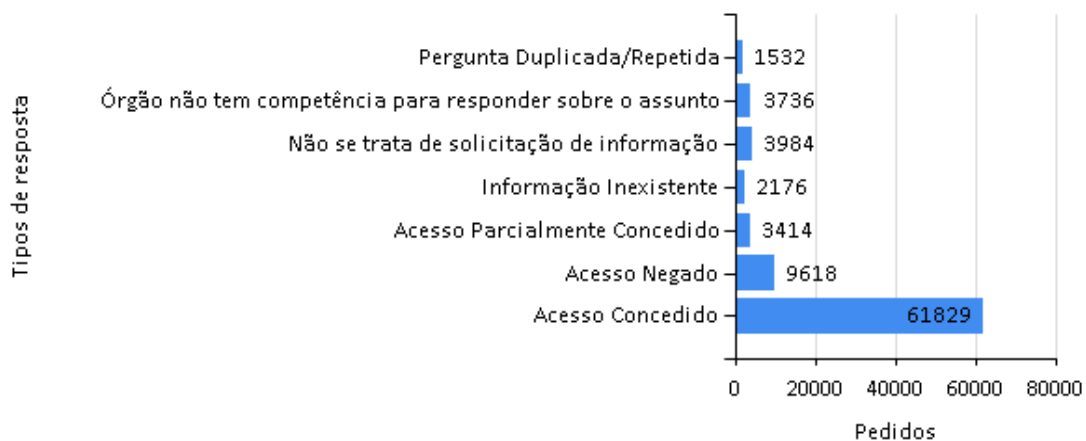
Quantidade

8765

% dos pedidos

10,11%

Pedidos por tipo de resposta



Motivos de negativa de respostas

Descrição	Quantidade	%	% de pedidos
Dados pessoais	3734	38,823%	4,31%
Informação sigilosa de acordo com legislação específica	1435	14,920%	1,66%
Pedido genérico	1250	12,996%	1,44%
Pedido incompreensível	903	9,389%	1,04%
Pedido exige tratamento adicional de dados	897	9,326%	1,04%
Processo decisório em curso	594	6,176%	0,69%
Pedido desproporcional ou desarrazoado	437	4,544%	0,50%
Informação sigilosa classificada conforme a Lei 12.527/2011	368	3,826%	0,42%
TOTAL:	9618	100,000%	11,10%

Meios de envio de resposta

Meio	Quantidade	% de pedidos
Pelo sistema (com avisos por email)	55682	64,25%
Correspondência eletrônica (e-mail)	28944	33,40%
Buscar/Consultar pessoalmente	1461	1,69%

Correspondência física (com custo)	574	0,66%
------------------------------------	-----	-------

4. Perfil dos solicitantes

Tipos de solicitante		
Pessoa Física	49317	95,51%
Pessoa Jurídica	2321	4,49%

Localização dos solicitantes			
Estado	# de solicitantes	% dos solicitantes	# de pedidos
AC	138	0,28%	194
AL	512	1,04%	914
AM	521	1,06%	816
AP	104	0,21%	147
BA	2214	4,49%	3122
CE	1223	2,48%	2044
DF	4240	8,60%	12834
ES	991	2,01%	1537
GO	1374	2,79%	2086
MA	617	1,25%	943
MG	4918	9,97%	7384
MS	585	1,19%	821
MT	677	1,37%	909
PA	984	2,00%	1501
PB	670	1,36%	1069
PE	1452	2,94%	2571
PI	384	0,78%	581
PR	2380	4,83%	4053
RJ	6455	13,09%	10402

RN	684	1,39%	1053
RO	334	0,68%	553
RR	106	0,21%	185
RS	2785	5,65%	4078
SC	1582	3,21%	2432
SE	359	0,73%	564
SP	12318	24,98%	18400
TO	325	0,66%	431
Outros países	343	0,70%	1094
Não Informado	2363	4,79%	3943

Perfil dos solicitantes pessoa física

Gênero	
M	55,50%
F	38,59%
Não Informado	5,91%

Escolaridade	
Ensino Superior	35,34%
Ensino Médio	24,88%
Pós-graduação	15,10%
Não Informado	12,03%
Mestrado/Doutorado	6,95%
Ensino Fundamental	4,79%
Sem instrução formal	0,91%

Profissão	
Outra	18,21%
Não Informado	16,51%
Empregado - setor privado	15,67%
Estudante	9,87%

Profis. Liberal/autônomo	7,24%
Professor	5,12%
Servidor público estadual	4,99%
Empresário/empreendedor	4,86%
Servidor público municipal	4,71%
Pesquisador	1,74%
Jornalista	1,39%
Membro de ONG nacional	0,39%
Representante de sindicato	0,15%
Membro de partido político	0,12%
Membro de ONG internacional	0,05%

Perfil dos solicitantes pessoa jurídica

Tipo de pessoa jurídica	
Empresa - PME	36,23%
Outro	18,61%
Empresa - grande porte	11,03%
Não Informado	7,88%
Org. Não Governamental	7,80%
Órgão público municipal	4,48%
Sindicato / Conselho profis.	3,71%
Escritório de advocacia	2,46%
Veículo de comunicação	2,46%
Instituição de ensino e/ou pesquisa	2,15%
Órgão público federal	1,34%
Empresa pública/estatal	1,12%
Órgão público estadual/DF	0,73%

ANEXO 2 – RELATÓRIO DE 2014

DISPONÍVEL EM

[HTTP://WWW.ACESSOAINFORMACAO.GOV.BR/SISTEMA/RELATORIOS/ANUAL/RELATORIOANUALPEDIDOS.ASPX](http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/relatorios/anual/relatorioanualpedidos.aspx)**Relatório de Pedidos de Acesso à Informação e Solicitantes**

(*) Informações adicionais para o correto entendimento do relatório podem ser encontradas na última seção.

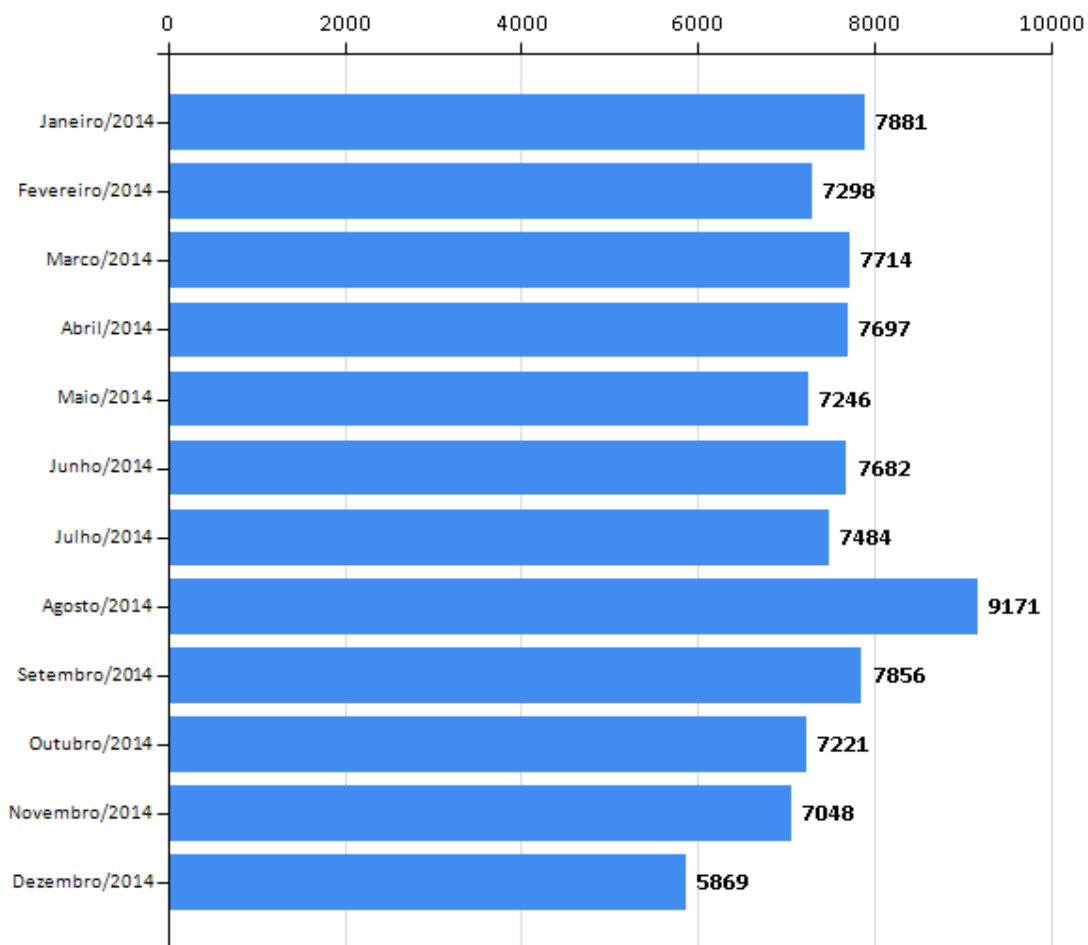
Órgão(s) de referência

Todos

Período de consulta:

1/2014 a 12/2014

1. Quantidade de pedidos de acesso à informação**Quantidade de Pedidos:** 90167**Média mensal de pedidos:** 7513,92

Quantidade de pedidos registrados por mês**Evolução mensal do número de pedidos de acesso à informação**

Mês	Número de pedidos	Evolução mensal
Janeiro/2014	7881	-
Fevereiro/2014	7298	-7.4%
Março/2014	7714	5.39%
Abril/2014	7697	-0.22%
Maio/2014	7246	-5.86%
Junho/2014	7682	5.68%
Julho/2014	7484	-2.58%
Agosto/2014	9171	18.39%
Setembro/2014	7856	-14.34%

Outubro/2014	7221	-8.08%
Novembro/2014	7048	-2.4%
Dezembro/2014	5869	-16.73%
TOTAL:	90167	
MÉDIA:	7513,92	

2. Situação e características dos pedidos de acesso à informação

Status do pedido	Quantidade
Respondidos	89227
Em tramitação fora do prazo	935
Em tramitação no prazo	5



Características dos pedidos de acesso à informação			
Total de perguntas:	123140	Total de solicitantes:	51207
Perguntas por pedido:	1,42	Maior número de pedidos feitos por um solicitante:	1130
		Solicitantes com um único pedido:	42239

Temas das solicitações (Top 10)		
Categoria e assunto	Quantidade	% de Pedidos
Governo e Política - Administração pública	10345	11,47%
Economia e Finanças - Finanças	8643	9,59%
Ciência, Informação e Comunicação - Informação - Gestão, preservação e acesso	5996	6,65%
Educação - Educação superior	5374	5,96%
Pessoa, família e sociedade - Previdência social	5259	5,83%
Pessoa, família e sociedade - Pessoa	3361	3,73%
Ciência, Informação e Comunicação - Comunicação	3216	3,57%
Economia e Finanças - Administração financeira	3174	3,52%
Educação - Educação básica	2532	2,81%
Defesa e Segurança - Defesa Nacional	2274	2,52%

3. Resposta aos pedidos de acesso à informação

Tempo médio de resposta: 12,98 dias

Prorrogações:

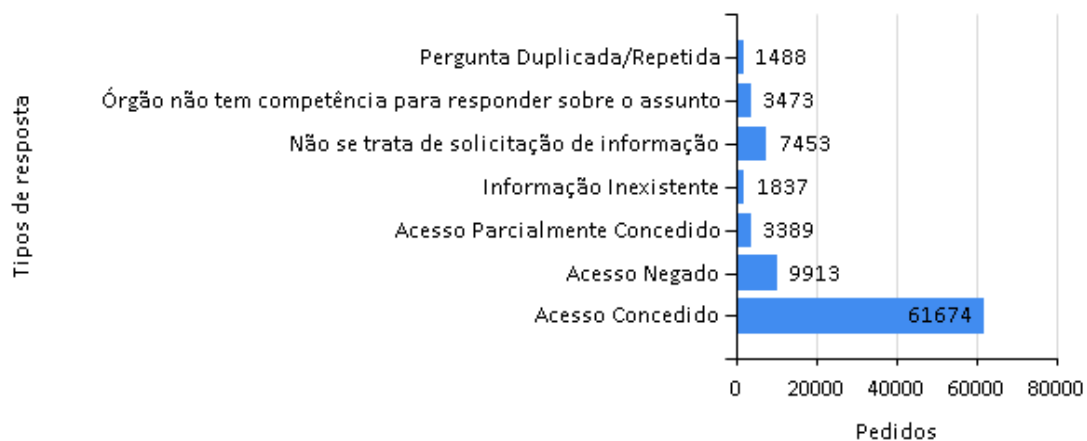
Quantidade

7794

% dos pedidos

8,64%

Pedidos por tipo de resposta



Motivos de negativa de respostas

Descrição	Quantidade	%	% de pedidos
Dados pessoais	3179	32,069%	3,53%
Pedido desproporcional ou desarrazoado	1401	14,133%	1,55%
Informação sigilosa de acordo com legislação específica	1185	11,954%	1,31%
Informação sigilosa classificada conforme a Lei 12.527/2011	1168	11,783%	1,30%
Pedido genérico	1030	10,390%	1,14%
Pedido incompreensível	826	8,332%	0,92%
Pedido exige tratamento adicional de dados	586	5,911%	0,65%
Processo decisório em curso	538	5,427%	0,60%
TOTAL:	9913	100,000%	10,99%

Meios de envio de resposta

Meio	Quantidade	% de pedidos
Pelo sistema (com avisos por email)	83306	92,39%
Correspondência eletrônica (e-mail)	4917	5,45%
Buscar/Consultar pessoalmente	1321	1,47%

Correspondência física (com custo)	623	0,69%
------------------------------------	-----	-------

4. Perfil dos solicitantes

Tipos de solicitante		
Pessoa Física	48471	94,66%
Pessoa Jurídica	2736	5,34%

Localização dos solicitantes			
Estado	# de solicitantes	% dos solicitantes	# de pedidos
AC	123	0,25%	174
AL	519	1,07%	859
AM	598	1,23%	1061
AP	99	0,20%	171
BA	2289	4,72%	3330
CE	1348	2,78%	2425
DF	3812	7,86%	11276
ES	938	1,94%	1308
GO	1427	2,94%	2379
MA	574	1,18%	855
MG	4537	9,36%	7352
MS	615	1,27%	956
MT	652	1,35%	1149
PA	1146	2,36%	1794
PB	709	1,46%	1097
PE	1471	3,03%	2283
PI	432	0,89%	612
PR	2443	5,04%	4976
RJ	6164	12,72%	10828

RN	659	1,36%	1150
RO	395	0,81%	1725
RR	95	0,20%	159
RS	2499	5,16%	3905
SC	1596	3,29%	2341
SE	411	0,85%	809
SP	12113	24,99%	19098
TO	278	0,57%	446
Outros países	229	0,47%	442
Não Informado	3036	6,26%	5207

Perfil dos solicitantes pessoa física

Gênero	
M	55,59%
F	39,71%
Não Informado	4,69%

Escolaridade	
Ensino Superior	37,92%
Ensino Médio	25,95%
Pós-graduação	16,30%
Mestrado/Doutorado	7,71%
Não Informado	6,63%
Ensino Fundamental	4,75%
Sem instrução formal	0,74%

Profissão	
Outra	19,03%
Empregado - setor privado	16,42%
Estudante	11,57%
Não Informado	11,07%
Servidor público federal	10,03%

Profis. Liberal/autônomo	7,20%
Empresário/empreendedor	5,42%
Professor	5,22%
Servidor público estadual	5,00%
Servidor público municipal	4,88%
Pesquisador	2,12%
Jornalista	1,47%
Membro de ONG nacional	0,33%
Representante de sindicato	0,12%
Membro de partido político	0,08%
Membro de ONG internacional	0,06%

Perfil dos solicitantes pessoa jurídica

Tipo de pessoa jurídica	
Empresa - PME	37,50%
Outro	22,19%
Empresa - grande porte	11,37%
Não Informado	7,60%
Org. Não Governamental	6,25%
Sindicato / Conselho profis.	3,69%
Órgão público municipal	3,44%
Instituição de ensino e/ou pesquisa	1,97%
Escritório de advocacia	1,75%
Empresa pública/estatal	1,24%
Órgão público federal	1,21%
Veículo de comunicação	1,10%
Órgão público estadual/DF	0,62%
Partido Político	0,07%

