

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Clayton Gomes de Medeiros¹

Marcelo Paulo Wacheleski²

RESUMO

O artigo analisa a origem e a aplicação da Lei n.º 12.527/2011 como instrumento de efetividade do princípio da transparência administrativa. O instrumento normativo visa dar ampla aplicação ao direito fundamental à informação e, por consequência, garantir a transparência e o controle da administração pública, superando o reducionismo da publicidade como medida suficiente para legitimar a ação administrativa. A democracia e o controle da administração pública dependem, sobretudo, do acesso à informação pela sociedade. Com essa finalidade, a Lei n.º 12.527/2011, pode constituir importante instrumento de construção de um espaço público democrático de participação e controle da administração pública pela sociedade. A partir desta contextualização, verifica-se que a norma ao permitir uma gestão transparente na administração pública consolida a legitimidade dos atos dos gestores públicos. Assim, o objetivo do trabalho é analisar a aplicação da Lei n.º 12.527/2011 e sua função enquanto instrumento de efetividade do princípio constitucional da transparência na administração pública.

Palavras-Chave: Transparência; Informação; Administração Pública.

RESUMEN

El artículo analiza el origen y la aplicación de la Lei n.º 12527/2011 como una herramienta para la eficacia del principio de transparencia administrativa. El instrumento normativo tiene como objetivo dar una amplia aplicación del derecho fundamental a la información y, por

¹ Professor universitário, advogado, mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil. Especialista em Direito Público e Direito Empresarial. Graduado em Direito pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Professor do curso de Direito da Universidade do Contestado-UnC/SC e das Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil/PR, integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST-UniBrasil e líder do Grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais, Cidadania e Inclusão Social da UnC-Mafra.

² Graduado em Direito pela Universidade do Contestado - Campus Mafra (2003), especialização em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005) e mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Atualmente é Assessoria do Instituto Sul Americano de Humanização Mediação Conciliação, Professor da Universidade do Contestado - Campus Mafra, Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado - Campus Mafra, Membro de corpo editorial do Iniciação (UNC) e Conselheiro Titular Subseção Mafra da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Jurisdição, Estado Nacional, Estado Constitucional, Estado interventivo, Judicialização das relações sociais e políticas.

tanto, garantizar brillaba y el control de la administración pública, superando el reduccionismo la publicidad suficiente para legitimar la medida de acción administrativa. La democracia y el control de la gestión pública dependen, sobre todo, el acceso a la información por parte de la sociedad. Con este fin, la Lei n.º 12527/2011, puede ser una herramienta importante para la construcción de un espacio público democrático de participación y control de la administración pública por la sociedad. A partir de este contexto, parece que la norma para permitir una gestión transparente en la administración pública se consolida la legitimidad de los actos de los funcionarios públicos. El objetivo del estudio es analizar la aplicación de la Lei n.º 12 527/2011 y su función como instrumento de la eficacia del principio constitucional de transparencia en la administración pública.

Palabras clave: Transparencia; Información; Administración Pública.

1. Considerações iniciais

O direito fundamental de acesso à informação previsto no art. 5.º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988, após diversas previsões isoladas na legislação, ganhou nova roupagem e ampla regulamentação no âmbito da Lei n.º 12.527/2011.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito fundamental de acesso à informação, visto atualmente como imprescindível para a identificação da legitimidade da ação estatal e concretização do Estado efetivamente democrático.

A organização da administração pública na Constituição Federal de 1988, abandonou sua posição historicamente verticalizada para estabelecer uma relação horizontal com o cidadão. A partir de seu texto são previstos diversos instrumentos de participação do cidadão no controle e na gestão do interesse público, como requisito da própria legitimidade das opções políticas.

O princípio da publicidade inserido no art. 37 da Constituição Federal de 1988, instrumentaliza o princípio da transparência, a par de outros importantes mecanismos de tutela do interesse público como a ação popular, habeas data e mandado de segurança. Contudo, o dever de transparência na administração pública suplanta a simples publicidade dos atos estatais, e exige, também, a instituição de canais de participação do cidadão na elaboração e decisão dos rumos da gestão pública.

O direito de acesso à informação se coloca em dois prismas distintos: enquanto direito subjetivo de acesso à informação individual e como exposição das opções políticas e

suas razões justificantes que permitem ao cidadão o controle da efetividade da administração pública e tutela dos direitos coletivos.

Nesse aspecto, a Lei n.º 12.527/2011, constitui importante veículo normativo que instrumentaliza o cidadão de meios de acesso à informação, seja no âmbito da proteção dos direitos individuais ou na tutela dos direitos coletivos transindividuais, inclusive a previsão de sanção à recusa ou demora no fornecimento da informação ou do local onde possa ser encontrada.

A aplicação dos dispositivos da Lei n.º 12.527/2011 representa importante caminho para eficácia do princípio da transparência, bem como os subprincípios que o sustentam como a publicidade, a finalidade e a motivação, além dos próprios mecanismos constitucionais de controle dos atos da administração.

Deste modo, o trabalho está estruturado para demonstrar as bases do direito fundamental à informação na Constituição Federal de 1988, e sua importância para construção legítima das decisões na gestão pública, seguindo para apresentar a origem da norma e sua importância como instrumento de aproximação da sociedade civil com a administração pública na construção e efetividade da transparência administrativa.

2. O direito fundamental à informação na Constituição Federal de 1988 e sua instrumentalização na Lei n.º 12.527/2011

Ao contrário das Constituições anteriores, originadas de um contexto pré-definido onde é possível identificar claramente as forças construtoras de seu texto, a Constituição de 1988 inova ao surgir do seio da Assembleia Constituinte. É possível identificar as Constituições de 1891, 1934 e 1946 como conclusões de um movimento político hegemônico, enquanto a Carta de 1988 foi elaborada sem contar com um anteprojeto e no contexto muito particular em que ela própria era parte do processo de transição do autoritarismo à democracia política, e não uma conclusão dele (VIANNA, 1999, p. 38). O texto constitucional de 1988 não se origina de uma ruptura com a ordem constitucional vigente, ainda que tenha advindo do maior período nacional de cerceamento das liberdades públicas.³

³ A observação é feita por Bonavides e Andrade (1991, p. 451), segundo os quais, a constatação de inexistência de ruptura é apenas aparente, “porquanto, se a Carta Magna não foi precedida de um ato de independência, como a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república

Resultado de seu próprio contexto histórico, a nova roupagem do constitucionalismo moderno presente na Constituição Federal de 1988, promove uma reaproximação do Direito com a ética⁴ e os valores⁵, o que havia sido negado pelo positivismo jurídico⁶ consubstanciado no Estado Moderno da separação dos poderes.

Esses valores compartilhados pela sociedade são inseridos explicita ou implicitamente no texto constitucional sendo identificados como princípios. Servem ao mesmo tempo para dar harmonia e unidade ao texto constitucional, bem como, para reduzir as tensões internas das normas. “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete” (BARROSO, 2003. p. 301).

O direito fundamental à informação é inserido no art. 5.º, XXXIII da Constituição Federal que garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas a garantia de sigilo daquelas que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

A norma constitucional fixa o acesso à informação como regra e o sigilo como exceção. Não poderia ser diferente, tendo em vista a necessária limitação (restrição) aos direitos fundamentais com vistas à harmonia do sistema.

A formulação de restrições ao direito fundamental e, como de resto, ao direito à informação pode ser vista a partir da chamada *teoria externa* a qual dissocia qualquer relação necessária entre direito e restrição, que somente é estabelecida pela necessidade de compatibilização direta entre os diversos direitos fundamentais. Ao passo que na *teoria interna*, para a qual não são conceituadas isoladamente as categorias direito e restrição, mas

oligárquica – a chamada Pátria Velha carcomida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 – como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um golpe de Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente revelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas; [...]”.

⁴ “*Ethica*; Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª a que considera como ciência do fim a que a conduta dos homens se deve dirigir e dos meios para atingir tal fim; e deduz tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2ª a que a considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar a mesma conduta.” (ABBAGNANO, 1970. p. 360)

⁵ “O uso filosófico do termo começa só quando o seu significado é generalizado para indicar qualquer objeto de preferência ou escolha; e isso aconteceu pela primeira vez com os Estóicos os quais introduziram o termo no domínio da ética e chamaram V. os objetos das escolhas morais.” (ABBAGNANO, 1970. p. 952)

⁶ “Assim Hans Kelsen chamou a sua doutrina formalista do direito e do Estado.” (ABBAGNANO, 1970, p. 746)

sim a de direito fundamental com determinado conteúdo. Nesse passo, a imprecisão quanto a extensão do direito não se confunde com a necessidade de imposição clara de limites (MENDES; BRANCO, 2013, p. 198). Em outras palavras, enquanto uma teoria afirma que não existem restrições definidas pelo texto constitucional, uma vez que essas são as próprias delimitações do direito previsto, outra identifica claramente a distinção entre direitos e restrições no texto normativo-constitucional.⁷

Importante desse desenho constitucional é que qualquer restrição ou limitação aos direitos fundamentais deve ter autorização expressa na própria Constituição Federal. A autorização pode atribuir ao legislador ordinário a competência para definir os limites do direito fundamental ou colocar em seu próprio texto a restrição pretendida. No caso do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, observa-se que o legislador constituinte definiu o amplo acesso ao direito à informação, expressando claramente a restrição do acesso àqueles que são imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade.

Deste modo, optou o legislador constituinte pela ampla garantia de acesso à informação pelo cidadão, sejam elas de interesse particular ou coletivo, ressalvadas tão somente aquelas que o legislador infraconstitucional estabelecer como imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade. O art. 3º da Lei n.º 12.527/2011, reafirma o direito à informação como direito fundamental e estabelece a necessidade de observância dos princípios da administração pública, fixando a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção, impondo a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, através, inclusive, da utilização de meios de comunicação tecnológicos e o fomento da cultura da transparência na administração pública.

Coube neste caso ao legislador infraconstitucional na redação da Lei n.º 12.527/2011 estabelecer a impossibilidade de negativa do acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, ou mesmo restrições as informações que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas (art. 21, parágrafo único).

⁷ “Una vez que se ha aclarado que se puede hablar de <<restricciones a los derechos fundamentales>>, y em qué sentido puede hacerse, debe preguntarse qué son las restricciones a los derechos fundamentales. Lo que puede restringirse son los bienes protegidos por los derechos fundamentales (las libertades/las situaciones/ las posiciones de derecho ordinario) y las posiciones *prima facie* conferidas por principios de derecho fundamental.” (ALEXY, 2008, p. 243)

Ao lado da garantia de amplo acesso, definiu a norma infraconstitucional a classificação das informações sigilosas através de sua natureza, seu grau de sigilosidade e o tempo de duração (art. 23).

Portanto, seguindo o que determina a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso XXXIII, a norma infraconstitucional estabelece o alcance e as restrições do direito de acesso à informação, respeitado o núcleo estabelecido na própria norma constitucional.

3. O Direito à Informação como pressuposto para o exercício da Democracia.

As condições materiais da democracia exigem o exercício do controle e fiscalização do poder pelo povo sem a necessidade de recorrer à violência. Nesse paradigma teórico, é pressuposto do regime democrático a existência de espaços públicos que permitam o acesso à informação como requisito necessário para o controle do cidadão sobre o governo político sem o exercício do conflito. Segundo Bobbio (2000, p. 63), o sistema democrático pressupõe um conjunto de regras procedimentais de garantia de participação na esfera pública.

A teorização da democracia pode ser vista sob o ponto de vista procedimental, quando entendida como conjunto de regras que estabelecem o acesso e o exercício do poder político dentro do Estado. Não se concebe a realização de um Estado democrático sem respeito às regras que garantam a expressão e o acesso do controle do poder político pela sociedade.

É consenso hodiernamente a ideia de democracia como fundamento do poder, ao lado de sua limitação pelo Direito e da força normativa da Constituição como parâmetro para controle das demais normas jurídicas (SALGADO, 2007, p. 26). A disposição normativo-constitucional estabelece, desde seu preâmbulo, a participação popular e o princípio democrático como legitimadores da atuação no Estado constitucional.

A constitucionalização da administração pública buscou, sobretudo, trazer a gestão pública para perto do cidadão. Deixou-se para trás a relação hierárquica entre o Estado e o administrado, para tratar de uma relação horizontalizada entre a administração pública e o cidadão. O ideal democrático se desenvolve na normatização da administração pública prevendo ampla participação do cidadão na gestão e controle dos atos administrativos, a exemplo do que ocorre com a propositura de ação popular, habeas data, mandado de segurança ou mesmo as mais recentes formulações de audiências públicas.

A administração pública busca sua legitimação não somente pela efetivação e respeito aos direitos fundamentais, mas também com a democratização da atuação administrativa. Busca-se a superação de um modelo liberal agressivo de supremacia do interesse público, onde, por vezes, a administração pública é colocada como um perigo para a sociedade para tê-la como parceira, com a inserção do cidadão nas decisões públicas através de importantes canais de participação (OLIVEIRA, 2010, p. 111/112).

A nova conformação do Estado instituída pela Constituição Federal de 1988, coloca a relação da administração pública com o cidadão em um novo patamar. A partir de então, a gestão fundada na relação verticalizada sede espaço para legitimação pelo acesso amplo à informação e participação no âmbito da gestão pública, fundando uma nova administração pública horizontal de respeito aos direitos fundamentais e transparência na gestão do interesse público instituindo a procedimentalização como garantia de gestão transparente.

A estruturação da administração pública na Constituição Federal de 1988, impõe uma gestão transparente como imperativo para identificação de ações estatais legítimas. Denota-se, portanto, que a transparência dos atos estatais é pressuposto inarredável para legitimação dos atos da administração pública.

Ademais, a legitimidade dos atos da administração pública não é reconhecida simplesmente na publicidade oficial das decisões de seus gestores. Exige, sobretudo, a procedimentalização do processo de decisão das políticas públicas e de Estado, inserindo instrumentos de participação, manifestação e efetiva influência do cidadão na tomada de decisões na gestão pública.

Não se coadunam mais com a ordem constitucional as manifestações unilaterais da vontade do Estado, as quais devem ser construídas a partir de um amplo debate com a sociedade civil na esfera pública democrática, permitindo a interferência direta do cidadão na decisão e no controle das ações administrativas.

É nesse aspecto que a Lei n.º 12.527/2011 representa importante instrumento de democratização e legitimação dos atos da administração pública, a partir da previsão de mecanismos de acesso à informação que possibilitam a participação e o controle da sociedade civil na tutela dos direitos individuais e coletivos.

4. A transparência e a publicidade no direito estrangeiro

O princípio da transparência administrativa que ganhou maior relevo na construção do Estado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, é de longa história firmado como um dos princípios gerais do Direito Administrativo e da própria gestão pública.

Historicamente, tem-se a Suécia como pioneira na aprovação de legislação sobre a matéria no ano de 1766. No direito norte-americano diversos diplomas garantem o acesso à informação como o *Federal Administrative Procedure Act* em 1946, bem como o *Freedom of Information Act* (1974) e o *Freedom of Information Reform Act* (1986) (MARTINS JUNIOR, 2013, p. 991).

No continente americano atribui-se a Colômbia, no ano de 1888, o pioneirismo na criação de um Código que permitiu o acesso a documentos do governo. Ao seu turno a legislação mexicana é firmada como referência na matéria em razão da celeridade do acesso à informação e a supervisão do processo por órgão independente.

No direito administrativo italiano, a lei de acesso à informação é de ampla abrangência permitindo ao cidadão o franqueamento dos documentos e decisões em todas as suas etapas, inclusive as preparatórias. No direito administrativo comunitário europeu a matéria está regulada nas Resoluções 31 e 81 do Conselho da Europa, e assegura a concessão mediante requerimento de qualquer cidadão, sendo dispensado, inclusive, as razões da solicitação (MARTINS JUNIOR, 2013, p. 992).

No âmbito das Organizações das Nações Unidas, o direito à informação foi reconhecido como fundamental e previsto na Resolução n. 59 de 1946. No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispõe em seu artigo 19, a liberdade de expressão e informação sem qualquer censura e independentemente de fronteiras. O mesmo vêm disposto na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, em seus artigos 10 e 13, que fixam a obrigatoriedade dos Estados membros em criar mecanismos de acesso à informação pelo cidadão.

Portanto, inserida na Constituição Federal de 1988 e, ainda objeto de diversas controvérsias na doutrina e jurisprudência, verifica-se que a transparência administrativa já é matéria de instrumentos internacionais de longa data.

5. Quadro geral da origem da Lei n.º 12.527/2011

A edição da Lei n.º 12.527/2011 revogou a Lei n.º 11.111/2005 que sofria diversas críticas, especialmente pela fixação de prazos indefinidos de sigilidade de informações com fundamento em razões de segurança da sociedade ou do Estado. A vigência da Lei de Acesso à Informação também promoveu a revogação de alguns dispositivos da Lei n.º 8.159/91 que trata da gestão documental de informações públicas e da Lei n.º 8.112/90 que regula o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais.

A edição da lei de acesso à informação vem consolidar os princípios democráticos e republicanos através da participação da sociedade no controle da administração pública. “Afim, a visibilidade da atuação estatal é ponto fundamental do Estado Democrático de Direito como medida propícia não só ao conhecimento público da gestão da coisa pública, mas também para o controle, a participação popular, a segurança jurídica e a legitimidade material dessa atuação, rendendo dividendos ainda para a ruptura com a tradição da sigilidade estatal” (MARTINS JUNIOR, 2013. p. 990).

A transparência na administração pública tem relação direta com o princípio republicano, que não admite a presença do segredo no Estado, e encontra seu fundamento constitucional no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quando firma o princípio da legalidade como estruturante da Administração Pública e do Direito Administrativo que a teoriza. Isso é assim porque o exercício das liberdades públicas e o controle da legalidade na administração pública somente é possível a partir de uma gestão transparente do Estado permitindo o acesso à informação verídica pela sociedade.

A regulamentação do acesso à informação da administração pública não é matéria inédita em nossa legislação. A Lei n.º 12.527/2011 foi editada com a finalidade de regulamentar o direito fundamental inserido no inciso XXXIII, do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, assim redigido:

Art. 5.º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Antes, contudo, a matéria já encontrava amparo na regulamentação das Leis n.º 11.111/2005 e 9.159/1991, que tratavam do acesso à informação na administração pública e a gestão dos arquivos públicos. Contudo, a par das críticas da deficiência de sua redação,

notadamente pela ausência de prazos, sanções e definições quanto ao material excluído do acesso público, a Lei n.º 12.527/2011 vem com a proposta de superação das aporias das legislações pretéritas.

Por outro lado, o § 2.º do art. 216 da Constituição Federal de 1988 impõe à administração pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. O dispositivo está regulamentado na Lei n.º 8.159/1991 que prevê como dever do Poder Público a gestão documental e proteção dos arquivos como instrumento de apoio à administração, à cultura e ao desenvolvimento científico como elementos de prova e informação (art. 1º). A definição legal de arquivos inclui documentos sob custódia do poder público, pessoa jurídica privada ou pessoa física independentemente da natureza dos documentos (art. 2º). Na delimitação do âmbito de proteção refere à gestão de documentos como o “[...] conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente. (art. 3.º)”

A redação da Lei n.º 9.159/91 já previa o direito de todos em receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Por sua vez, o art. 37, § 3º da Constituição Federal de 1988, disciplinou as formas de participação do usuário na administração pública direta ou indireta, impondo ao Poder Público a obrigação de criar meios de acesso às informações e a partir delas possibilitar maior controle da atividade administrativa através de canais de reclamações e representações. Dispõe a norma constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A Constituição Federal de 1988 destinou um capítulo próprio para a “Administração Pública”, estruturado no Título III “Da Organização do Estado”, configurando um regime jurídico administrativo constitucional com princípios próprios postos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, referindo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Verifica-se dos antecedentes históricos da origem da Lei n.º 12.527/2011, que sua vigência e efetividade tem claro compromisso com a instituição da transparência administrativa como cultura consolidada nas práticas da gestão pública, não somente como representação da publicidade dos atos oficiais, mas também com a criação de meios de participação do cidadão nas decisões da administração pública.

6. O Princípio da Transparência na Administração Pública: para além do reducionismo da publicidade

Comumente se tem confundido a necessidade de transparência na administração pública com a efetivação do princípio constitucional da publicidade (art. 37 da Constituição Federal de 1988). Não há, contudo, como deixar de recolocar os conceitos de modo a compreender a publicidade como importante instrumento de transparência, contudo, não sendo sua representação suficiente.

A transparência administrativa é importante vetor de controle e legitimação dos atos da administração pública que exige muito mais do que a publicidade, colocando-se como critério formal e material de legitimação do comportamento da administração pública, exigindo não somente a publicidade, mas a inserção da sociedade no processo de decisão e avaliação das políticas públicas.

A legitimação do processo decisório na administração pública exige mais do que o respeito ao princípio da legalidade e publicidade, impondo a relação direta da gestão

administrativa com os critérios éticos constitucionais de visibilidade da atuação ao exame da fiscalização do cidadão (MARTINS JUNIOR, 2010, p. 21).

Matins Junior (2010, p. 35), ao descrever a estrutura do princípio da transparência administrativa, qualifica como resultado dos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, esses como subprincípios que a concretizam e instrumentalizam os mecanismos de controle como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação.

A transparência administrativa garante a legitimação material da administração pública e resulta da própria participação do administrado na gestão do interesse público mediante o controle, a fiscalização e a possibilidade de influenciar no processo decisório das medidas que interferem diretamente no seu cotidiano (MARTINS JUNIOR, 2010, p. 51).

A publicidade enquanto instrumento de transparência executa duas funções complementares de permitir o acesso à informação ao mesmo tempo que inibe a prática de atos prejudiciais ao interesse público tendo em vista a possibilidade de serem revelados (JUSTEN FILHO, 2014, p. 209).

Concretizar a transparência a partir da publicidade exige da administração pública uma posição ativa de exposição das ações do Estado, bem como os motivos que fizeram parte do processo decisório; e também, uma posição passiva de resposta as solicitações do cidadão interessado na gestão pública.

Para Justen Filho (2014, p. 209), o acesso à informação poderá representar um interesse legítimo do requisitante ou o direito subjetivo de participação na gestão dos interesses difusos e coletivos. A colocação do direito de acesso à informação como direito subjetivo é próprio da caracterização dos direitos fundamentais.

O acesso à informação enquanto direito fundamental revela também uma dupla perspectiva, tanto como direitos subjetivos individuais, quanto enquanto elementos fundamentais da comunidade (SARLET, 2006, p. 165). Analisado na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, observamos que as normas indicadas ganham função autônoma que transcende a própria perspectiva subjetiva.

Nesta perspectiva, o direito de acesso à informação previsto no art. 5.º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei n.º 12.527/2011, revela importante direito fundamental no plano subjetivo e objetivo, enquanto direito individual de acesso à informação pessoal e também no importante espaço de participação nas decisões e formulações do direcionamento da gestão pública enquanto interesse coletivo.

Nesse caminho, é perceptível que o princípio da publicidade não é suficiente para justificar o comando normativo resultante da lei de acesso à informação, senão a efetivação do princípio da transparência, do qual a publicidade é instrumento e que se realiza na ampla participação da sociedade civil na administração pública como pressuposto da ação democrática legítima.

7. A aplicação da Lei n.º 12.527/2011 no âmbito da Controladoria Geral da União e a efetividade da Transparência Administrativa

O processo de constitucionalização apresentou distinções em relação ao sistema legislativo anterior, que segundo FIGUEROA (2005, p. 165/167), são principalmente de ordem material, estrutural e funcional além de um aspecto político. No aspecto material está presente a já debatida aproximação axiológica do direito com a moral. No aspecto estrutural se encontra a forma de argumentação que se sustenta, com a nova relevância concedida aos princípios que tem seu âmbito de aplicação expandido. No que se refere ao aspecto funcional, os princípios rompem com o método subsuntivo de aplicação da norma, e sobrelevam o caráter da ponderação nos novos textos constitucionais. Assim, se no aspecto material verificou-se a aproximação do direito com a moral, agora, nas características funcionais, o raciocínio jurídico se aproxima do raciocínio moral e o estudo do fenômeno jurídico tende a ser concebido como um estudo específico da argumentação prática em geral.

O que se denota é que a cidadania não se satisfaz somente com a atribuição formal de direitos, mas sua identificação na prática. Esse caminho, pode representar a presença de um grande paradoxo relativo ao “bom governo” e a “justiça”, conforme seja privilegiado mais a liberdade ou a igualdade (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 84).

Essa vinculação entre a liberdade e a igualdade, obtida pelo constitucionalismo e indispensável para o exercício da cidadania capaz de exercer o controle da administração pública, está diretamente relacionada ao acesso à informação pública através de canais de transparência acessíveis ao cidadão. O debate sobre acesso à informação como demonstrado não é recente na legislação estrangeira.

Também em nossa realidade, a regulamentação do acesso à informação da administração pública não é matéria inédita. A Lei n.º 12.527/2011 foi editada com a finalidade de regulamentar o direito fundamental inserido no inciso XXXIII, do art. 5.º da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, o art. 37, § 3º da Constituição Federal de 1988, disciplinou as formas de participação do usuário na administração pública direta ou indireta, impondo ao Poder Público criar meios de acesso às informações e a partir delas possibilitar maior controle da atividade administrativa através de canais de reclamações e representações.

O art. 3º da Lei n.º 12.527/2011 afirma que os procedimentos previstos em seu texto visam garantir o direito fundamental à informação estabelecendo a publicidade como regra e a divulgação da informação independentemente de solicitações. Indica também como instrumentos de comunicação com a sociedade os meios viabilizados pela tecnologia da informação com a pretensão de criar uma cultura de transparência na administração pública e desenvolver o controle social.

A análise do histórico do pedido registrado sob o NUP 50650.000992/2012-31, obtém-se uma primeira reflexão acerca do que pode ser considerado informação, e quais são os seus elementos essenciais. Desta forma, segundo o art. 4º, I da Lei 12.527/2011 considera-se informação “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”. Ao que indica o texto, a consubstanciação em documento ou qualquer meio físico não é, *a priori*, pressuposto necessário à determinação da existência de determinada informação, podendo esta ter como único repositório até mesmo a memória do servidor. O documento, unidade de registro da informação, serve, tão só, como prova de integridade de informação existente.

A primeira avaliação realizada pela CGU – Controladoria Geral da União sobre a aplicação da Lei n.º 12.527/2011, no exercício de 2012 apresentou dados expressivos da utilização da norma como instrumento de acesso à informação pública. Os primeiros dados levantados apontam para predominância de pedidos originados de pessoas físicas (33.854 solicitações, equivalente a 95%), a par das pessoas jurídicas (1715 solicitações, equivalente a 5%). Ao traçar o perfil dos solicitantes, com base nas informações prestadas, a CGU conclui que 61% deles tem curso Superior e 9% formação a nível de mestrado e doutorado⁸.

Num primeiro momento os dados revelam uma relação direta entre o número de pedidos e a formação universitária dos solicitantes. A conclusão possível é que os

⁸ 1º Relatório de Implementação da Lei de Acesso à Informação 2011-2012. Controladoria Geral da União. Disponível em www.cgu.gov.br. Acesso em 30/06/2014.

instrumentos previstos na Lei n.º 12.527/2011 podem ser capazes de criar uma cultura da transparência e controle social da administração pública, bem como que o controle institucional da administração pública apresentará efetivo reforço com a utilização da Lei n.º 12.527/2011 pela sociedade civil.

Para tanto, necessário que a sociedade civil conheça os instrumentos e instituições incumbidas constitucionalmente do controle da administração pública e mesmo sua legitimidade para obter informações que permitam o exercício dessa atuação. Somente essa atuação efetiva da sociedade poderá resultar em resultados positivos da Lei n.º 12.527/2011.

Por outro vértice, somente o texto da Lei n.º 12.527/2011 poderá resultar ineficiente sem a existência de um complexo eixo educacional capaz de criar uma sociedade consciente da necessidade de sua participação na administração pública. Isso retrata a constatação da CGU de que 70% das solicitações de informações foram originadas de pessoas com educação de nível superior, mestrado ou doutorado. Ou seja, a qualificação educacional está diretamente ligada ao exercício da cidadania.

Ao fim se verifica que o exercício do controle da administração pública está diretamente ligado as condições materiais para efetivação da democracia, uma vez que somente com acesso pleno ao capital educacional o sujeito terá condições de participar com efetividade na vida democrática exercendo o controle da administração pública e influenciando diretamente no destino da gestão do Estado.

8. Considerações Finais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direito fundamental o acesso à informação (art. 5.º, XXXIII). Após diversas previsões isoladas nas legislações infraconstitucionais, a norma constitucional ganha importante regulamentação no âmbito da Lei n.º 12.527/2011.

A partir de seu contexto, em evidente tentativa de efetividade do princípio da transparência administrativa e os subprincípios que a instrumentalizam como publicidade, motivação, participação popular e controle da administração pública, a sociedade civil passou a dispor de importante mecanismo legislativo para se integrar no processo decisório e fiscalização da administração pública.

O advento da Constituição Federal de 1988, e a estruturação da administração pública em seu texto, com regras e princípios próprios, sinalizou para uma nova ordem

democrática e horizontalizada na gestão administrativa, exigindo respeito aos direitos fundamentais e inclusão da sociedade civil na construção do patrimônio público como requisito de sua própria legitimidade.

Nesse contexto, a Lei de Acesso à Informação poderá consistir em importante ferramenta de efetividade do direito fundamental à informação, sobretudo criando a cultura da participação cidadã na gestão pública e controle dos atos administrativos do Estado.

Deste modo, a Lei n.º 12.527/2011 superando as aporias das legislações anteriores, e reforçando o direito fundamental à informação, poderá resultar em importante instrumento para democratização e legitimação da ação estatal mediante a inclusão do cidadão no processo decisório da gestão administrativa.

9. Referências

1º Relatório de Implementação da Lei de Acesso à Informação 2011-2012. Controladoria Geral da União. Disponível em www.cgu.gov.br Acesso em 30/06/2014

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. 2ed. Madri: Trotta, 2008. p. 243

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)** in BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7 ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoria del Derecho em tiempos de Constitucionalismo**. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **A Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei n.º 12.527/11)**. in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (et. al.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Cidadania** e Novos Direitos. In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Constitucionalização do Direito Administrativo.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico. Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.