

GUSTAVO TERRA ELIAS

Da publicidade à transparência: o percurso para reafirmação da democracia participativa.

From Advertising to transparency: the course to reaffirmation of participatory democracy

Belo Horizonte

2012

Resumo

No contexto do Estado liberal, marcado por um fosso que separava o Estado da sociedade, a publicidade dos atos estatais, de natureza acentuadamente formalista, não se concentrava em assegurar o efetivo conhecimento da lei e demais atos estatais pela sociedade. Bastava a presunção do conhecimento da lei, mesmo que fosse de forma fictícia. Não havia o interesse na circulação da informação como instrumento para se estabelecer diálogo entre o Estado e a sociedade, até porque a participação da sociedade no Estado ainda não era realidade.

Entretanto, à medida que pelo curso da história foi-se desenvolvendo relações de coordenação entre Estado e sociedade no desenvolvimento de funções públicas e a participação social passa a ter responsabilidades na esfera estatal, torna-se extremamente anacrônico o clássico padrão formalista de publicidade, em que a informação produzida pelo Estado circulava restritamente a diários oficiais, com a função principal de imprimir eficácia aos atos normativos do Estado.

Assim, a progressiva consolidação de regimes democráticos plurais e participativos demanda uma divulgação transparente das informações sobre as ações do Estado, em sintonia com as modernas tecnologias de informação e que represente efetivo acesso dos cidadãos aos dados públicos, de forma a propiciar-lhes condições de exercer plenamente a cidadania e o controle social da administração pública.

Palavras-chaves: Publicidade. Democracia participativa. Transparência. Cidadania. Controle social.

Abstract

In the context of the liberal state, marked by a moat that separated the state from society, the advertising of state acts of nature markedly formalist, was not focused on ensuring effective knowledge of the law and other state acts by society. It had only the presumption of knowledge of the law, even if was fiction. There was not interest in the flow of information as an instrument to establish dialogue between the state and society, because society participation in the State was not yet reality.

However, as the course of history has developed relations of coordination between State and society in the conduct of public functions and social participation take over responsibilities at the State level, it becomes extremely anachronistic formalist classic standard of advertising, where information produced by the state narrowly circulated the official newspaper, with the main function of print effectiveness to normative acts of the State

Thus, the progressive consolidation of plural and participatory democratic regimes demands a transparent disclosure of information about the actions of the state, in line with modern information technologies and that represents effective citizens' access to public data, so as to give them conditions to exercise full citizenship and social control of public administration.

Keywords: Advertising. Participatory democracy. Transparency. Citizenship. Social control.

1 Estado de Direito e publicidade

A publicidade é característica inata ao Direito moderno, sobretudo quando compreendido numa perspectiva positivista-formalista como ordem normativo-coercitiva de regulação da conduta humana, apoiado na lei de efeitos gerais e abstratos.

O Estado de direito, baluarte da confiança no poder da razão veiculada pela lei, se confundiu, em seu alvorecer, com o período de surgimento das codificações, que almejava a sistematização das fontes de direitos, bem como garantir a certeza sobre o direito vigente e a segurança de sua aplicação (SOARES, 2004, p.251). Por isso, o Direito foi – e ainda é – dependente de sua publicidade, compreendida como compromisso do Estado em dar conhecimento ao público do momento a partir do qual a lei começava a produzir efeitos e a interferir, com igualdade de tratamento, na esfera de liberdade dos cidadãos. É dizer: a publicidade afiançava ao mesmo tempo a igualdade formal dos homens perante a lei e a segurança jurídica, com a previsão e certeza do conteúdo normativo vigente.

A organização do Direito a partir da publicidade de suas normas e atos jurídicos representa o ponto de apoio sob o qual se sustenta o compromisso histórico do Estado de direito com afirmação das liberdades individuais e a segurança necessária ao desenvolvimento do capitalismo em formação por ocasião das revoluções burguesas que sacudiram o século XVIII, com destaque para a Revolução Americana, de 1776, e a Revolução Francesa, de 1789.

A propriedade e o contrato, signos maior da manifestação e circulação da riqueza, dependiam da aplicação previsível e igualitária do Direito para imprimir estabilidade e confiança sem as quais não se desenvolvem os negócios mercantis. É por isso, como assinala Grau (2008, p.103), que da publicidade do direito decorre a ficção de que todos o conhecem e são por ele vinculados.

De fato, o Decreto-lei nº 4.657/42, cuja ementa o apresenta como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na redação alterada pela Lei nº 12.376/10, define em seu art. 1º que salvo disposição contrária, a lei será vigente (produzirá efeitos) 45 dias depois de oficialmente publicada, com a certeza, extraída da ficção jurídica criada pelo art. 3º de referida lei, no sentido de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

A presunção absoluta do conhecimento por todos de todas as normas jurídicas é ponto de apoio sobre o qual se assenta a imperatividade do Direito, que se aplica indistintamente às pessoas (generalidade da norma), ainda que contra a vontade ou conhecimento daqueles contra quem suas normas venham a incidir no cotidiano da vida. Essa ficção jurídica bem serve aos propósitos ideológicos do positivismo jurídico de assegurar os valores liberais-burgueses de afirmação do individualismo tão caro à hegemonia do sistema econômico apoiada na teoria do livre mercado. A certeza de aplicação da lei – com ou sem justiça social, com ou sem respeito à dignidade humana – assegurava calculabilidade e segurança necessárias ao sucesso dos negócios, sem a indigesta intervenção do Estado na regulação da vida econômica.

Todavia, Grau (2008, p.104) denuncia nos dias de hoje o desmoronamento da crença inabalável na publicidade do Direito e afirma que

Quem, em sã consciência, pode efetivamente divisar alguma consistência na afirmação de que a ignorância da lei não escusa? A concepção lógica de um direito estruturado sobre a publicidade se desfaz. Os milhares de preceitos normativos produzidos, no dia-a-dia, pelo Legislativo e pelo Executivo, este empreendendo função normativa regulamentar, transformam mesmo aquele que desempenha ofício jurídico, e, por isso, teria o dever de conhecê-lo - e o que dizer do "homem da rua, homem comum", de Santi Romano? -, em um ignaro do direito. É fora de dúvida que essa concepção lógica está erodida. O direito moderno, fundado na publicidade, desestrutura-se.

Entendemos por trás desta ficção de publicidade uma postura presunçosa do Direito positivista produzido no paradigma do Estado liberal. Viviam-se os tempos da fé incontestável na capacidade da lei de prever e dar solução a todos os problemas, em um mundo considerado seguro e estável (pelo menos para a minoria burguesa e proprietária).

O império da lei, aplicada mecanicamente de forma lógico-silogística, ainda com brandos controles de constitucionalidade, traduzia a vontade soberana do Estado legislativo, a quem se confiava a capacidade, por intermédio da representação parlamentar, de sentir as agruras e desejos do corpo social, e cristalizá-la de forma duradoura na forma de leis (OTERO, 2011, p.153).

Descortina-se a ideia elitista segundo a qual era mesmo de se fazer a lei conhecida por todos – mesmo que a custo de ficção – e cumprida sem maiores controles judiciais, eis que produto da razão e vontade legítima da soberania popular.

Essa publicidade de conhecimento fictício pelos cidadãos bem se amoldava e ainda amolda a um cenário político dominado pela democracia representativa ou indireta, cuja ideia

central, na síntese de Bonavides (2010, p. 296) repousa em que “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo”.

O contexto histórico da modernidade, sob o qual emergiu as práticas da publicidade dos atos normativos, através de conhecimento fictício pelo povo, foi marcado inicialmente pela democracia representativa aristocrática, protagonizada somente por alguns segmentos da sociedade, que conseguiam atender as exigências legais para exercer o direito de sufrágio de votar e se eleger aos cargos públicos. Essa prática democrática era comprimida pelo sufrágio restrito, em que o poder de participação se confere unicamente àqueles que preenchem determinados requisitos de riqueza, instrução ou pertencimento a classe social ou raça.

Dessa forma, a lei enquanto expressão da vontade geral da nação é na verdade instrumento das concepções políticas e interesses econômicos de uma minoria social que se encaixava nas seguintes modalidades de sufrágio restrito, assim classificadas por Bonavides (2010, p. 249): sufrágio censitário (riqueza), sufrágio capacitário (instrução), sufrágio aristocrático (a classe social ou a raça).

No paradigma do Estado liberal, a participação social no Estado, ou pelo menos o diálogo com o cidadão, era inviabilizado pela separação entre Estado e sociedade, pois do Estado a sociedade liberal individualista buscava não intrusão, confiante que era na capacidade do mercado de promover a integração social pelo livre exercício dos direitos individuais. A participação ficava reduzida à escolha dos governantes, assim mesmo confinada a uma elite de proprietários, o que resultava numa democracia representativa-censitária.

Foi nesse contexto de alijamento da participação política da esmagadora maioria de pessoas, representadas por quem possuía baixa renda e precária instrução, acrescida pela exclusão das mulheres, cujos direitos políticos somente no século XX são conquistados, que se desenvolveu de forma reducionista a publicidade dos atos do Estado.

Na travessia do Estado liberal em direção ao Estado social ou Estado-Providência, marcado, em síntese, pela conquista de direitos sociais e forte intervenção estatal na economia, permanecem os mecanismos de publicação dos atos normativos e administrativos mediante presunção de conhecimento fictício pelo povo. Permanece o distanciamento e incompreensão do povo em relação à produção normativa que, ironicamente, é produzida em seu nome.

O Estado-Providência foi produto de processo histórico de alargamento da participação política. Mediante apelo social, classes sociais marginalizadas pelo modo de produção capitalista afirmado com a 1ª Revolução Industrial se congregaram em torno de

associações, sindicatos, partidos políticos e conquistaram direitos sociais e políticos que lhes abriram as portas para participarem da arena política democrática-representativa.

Por outro lado, a composição dialógica de interesses entre Estado e sociedade, estabelecida pela ponte da participação da cidadania também não vingou no paradigma do Estado social, sobre cujo palco se viu a atuação monopolística, sufocante mesmo, do Estado em relação às aspirações e demandas da sociedade, que não teve oportunidade de tomar parte na solução dos problemas que a afetava.

A visão solipsista do aparato burocrático criado com o Estado social, fruto da confiança depositada na capacidade da tecnocracia isoladamente dar solução aos desajustes socioeconômicos desvalorizou e esvaziou a contribuição que a sociedade, potencialmente, poderia dar para a solução de referidos desajustes.

O crescimento orgânico e a expansão operacional do Estado-Providência também impactaram as estruturas do Direito, que se fez desorganizado pela inflação normativa. O direito perdeu os atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade (CHEVALLIER, 2008, p. 121).

As regras jurídicas, de conteúdo cada vez mais técnico, se tornam pontuais e particularistas, sem generalidade, com aplicação circunscrita no tempo e no espaço. Essa é a realidade que vigora de forma progressiva na atualidade. Profusão de normas técnicas, que cuidam de temas específicos. Medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo substituem-se às leis, cuja produção é lenta diante da velocidade dos fatos sociais que demandam célere regulação.

A expressão das regras jurídicas passa a se valer de conceitos indeterminados, que delegam à administração a missão de interpretá-la e aplicá-la diante de casos concretos, servindo-se de maiores margens de discricionariedade. Cada vez mais é a administração pública, por meio de regulamentos e atos administrativos, quem define o sentido e o raio de incidência das normas jurídicas. De acordo com Otero (2011, p. 163):

A legalidade administrativa deixa de ser apenas aquilo que o legislador diz, segundo impunham os postulados teóricos do princípio da separação de poderes, podendo também ser aquilo que a Administração Pública ou os tribunais entendem que o legislador diz ou que a lei permite que eles digam ser o Direito vinculativo da Administração Pública.

No embalo dessas transformações o direito vai se tornando plural (CHEVALLIER, 2008, p. 144); a lei não é mais a única fonte do direito. Apresentam-se fórmulas contratuais e negociais de manifestação do Direito, em substituição dos comandos impositivos e unilaterais.

Mais que relações de autoridade, buscam-se relações dialógicas, fundadas no acordo de vontade e no consenso, que impõe uma cultura da negociação. Os instrumentos convencionais progressivamente substituem as técnicas unilaterais clássicas de imposição da lei, manifestando a passagem a uma governamentalidade cooperativa (CHEVALLIER, 2008, p. 161).

Na administração pública, o autoritarismo do ato dá lugar ao diálogo do procedimento e do contrato. A aplicação do Direito passa a demandar a participação de grupos interessados na regulação das matérias a serem objeto dos atos editados por meio dessas técnicas consensuais. Por isso mesmo, surgem novos procedimentos administrativos, que aproximam os cidadãos e entidades civis da administração pública e prezam pelo consenso na solução de conflitos: parcerias público-privadas para alavancar investimentos estatais; celebração de contratos e termos de parceria com entidades do terceiro setor para prestação de serviços públicos de caráter social; termos de ajustamento de conduta e gestão no controle da administração pública, em substituição de clássicas medidas sancionatórias; procedimentos de consulta e audiência pública sempre que oportuna a audição da sociedade em temas de maior relevância social; conselhos gestores de políticas públicas, com representantes da sociedade civil.

Em sociedades de cultura jurídica mais avançada já se fala em direito flexível (*soft law*), em que há abrandamento da vinculação e coercitividade da lei. O direito flexível não se organiza como ordem de coerção, apoiada exclusivamente em comandos ordenativos ou proibitivos. Ao invés de ordens e proibições, a lei indica diretrizes, objetivos que seriam desejáveis atingir. Não há mais a margem pré-determinada e estreita de conduta, mas uma zona cinzenta, imprecisa, de forma que o significado dos enunciados dependerá em larga medida da interpretação dos seus aplicadores (administradores públicos, colaboradores privados e juízes) (CHEVALLIER, 2008, p. 166-167).

Todo esse inventário de transformações do Direito demonstra que se esfacelou a racionalidade formalista do direito, sustentada pela mecânica aplicação lógico-subsumtiva de leis genéricas, abstratas e estáveis, impostas unilateralmente pelas autoridades estatais.

Assoma-se a isso tudo a primazia pós-moderna da compreensão e aplicação do Direito a partir dos princípios que o fundamentam, em resgate da materialização de decisões justas. Busca-se pelos parâmetros normativos avultados dos princípios – agora dotados de força jurídica – dar conteúdo às formas jurídicas expressas nas leis, com o objetivo de eticização do Direito (GRAU, 2008, p. 108)

Há evidente alargamento na base de intérpretes do direito, sendo que muitas das soluções normativas são encontradas com a intervenção de atores públicos e privados envolvidos nas questões a serem disciplinadas.

Diante desse cenário, o mecanismo de publicidade dos atos normativos do Estado, em virtude de seu *déficit* informacional, que já era reprovável no modelo liberal de Estado, marcado pelo império da lei e pela primazia da democracia representativa, agrava-se, sobretudo diante de um contexto evolutivo do Direito e também do regime democrático, em que há crescente participação de pessoas interessadas em compartilhar a produção das normas e demais atos normativos aos quais se sujeitarão. Acrescente-se que a proliferação de normas concretizadas pela administração pública exige a publicação dos motivos, conteúdos e finalidades dos atos administrativos praticados.

2 A publicidade no contexto do Estado democrático

A pressão da sociedade por se fazer ouvida pelos órgãos estatais ganha força quando o Estado social, a partir da década de 70 do século XX dá sinais de crise, provocada pelo seguinte conjunto de fatores: ineficiência do Estado em prover serviços públicos, excessivo crescimento da estrutura orgânica, que por isso, demandava exorbitante subtração de recursos da coletividade, agravada pelo aumento da corrupção, que contaminou as administrações públicas em todo o mundo¹.

O colapso do Estado-Providência pela crise financeira, associado à crise da representatividade política, mercê da ausência de reflexo nos parlamentos da vontade do corpo social (crise de legitimidade democrática), fermenta na sociedade a ideia de reivindicar cada vez mais o seu papel de protagonista na formulação e no controle dos próprios destinos.

A corrente de movimentos sociais organizados, o associativismo de diversos segmentos sociais, que representam interesses plurais, a modernidade tecnológica, traduzida na facilidade de comunicação e interação que reduziram as dimensões de tempo e espaço são fatores que fortaleceram a cidadania, que, doravante, passa a conquistar espaço para diálogo na esfera pública.

À medida que o exercício do poder público se legitima pela abertura à participação dialógica dos governados, sua obediência deixa de ser obtida coativamente para ser encontrada negocialmente, isto é, mediante o consenso alcançado com os cidadãos e grupos interessados naquele específico ato de manifestação do poder público.

¹ A propósito dos fatores da crise do Estado Providência, Cf BATISTA JUNIOR (2012, p. 43-44).

Transpondo a temática para o âmbito do Direito Administrativo assentou Medauar (2003, p. 229) que “a participação se apresenta como expressão e efeito da moderna ideia de relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação”.

Nesse ambiente de reinvenção do espaço público, em parceria com a sociedade, entra em cena a democracia participativa, premissa na construção do Estado Democrático de Direito.

No paradigma do Estado democrático brasileiro, a participação popular, nucleada na soberania popular e na cidadania (art.1º, I e II da CR/88), ultrapassa a clássica compreensão liberal de ser apenas exercício de direitos políticos de votar e ser votado em eleições periódicas para designação de representantes titulares de mandatos políticos no âmbito do Poder Executivo e Legislativo.

Na esteira do pensamento de Moreira Neto (1992, p. 37):

A mera concordância popular no preenchimento de cargos é condição necessária, porém não suficiente para realizar-se a democracia: ela só se plenificará com a decisão democrática e com o controle democrático. Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos seja também a expressão da vontade popular. Na verdade é mais importante que a decisão seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido.

A crise de racionalidade do direito – evidenciada pelas transformações no modo de sua aplicação – conforme acima abordamos – é explicada pela teoria da democracia deliberativa, de Habermas, segundo a qual o Direito perde a legitimidade intrínseca das normas às quais todos são obrigados a se submeter, dependendo, sua legitimidade, doravante do consenso de que é cercada. De acordo com CHEVALLIER (2008, p.164):

Esse consenso supõe que os destinatários sejam partes integrantes de sua elaboração: a concertação prévia, a participação na definição da regra torna-se garantia de sua legitimidade; o direito torna-se, desse modo, um direito negociado, que é fruto de uma deliberação coletiva.

À luz dessa compreensão democrática, a soberania popular ganha um novo colorido: não se limita a manifestar-se episodicamente por ocasião da formação das instituições representativas, mas demanda a presença efetiva do povo na formação da vontade do Estado (DIAS, 2003, p. 151).

A democracia deliberativa promove alargamento da prática democrática, que deixa de ser privilégio dos Parlamentos e Poder Executivo e passa a contar com a voz ativa dos cidadãos no processo de tomada de decisões.

Abrem-se canais de participação, que, sem serem núcleos de decisões vinculantes, exercem poder de influência sobre as decisões estatais. Os parlamentos veem a mobilização da sociedade civil em torno de grupos de pressão, fortalecida por uma opinião pública cada vez mais ciente da procedência dos argumentos postos em discussão, que mostra interesse em conhecer a fundo a temática a ser posta em deliberação.

Não se trata ainda de substituir as decisões do Estado por outras oriundas da sociedade civil organizada. Na linha da teoria de democracia deliberativa, o debate público não é sinônimo de decisão, mas intervenção no processo decisório, sinalizando quais os clamores sociais a serem preferencialmente atendidos pelo Estado. Na verdade, os canais de participação funcionam como sensores, que captam o eco dos problemas sociais e os transmitem a seguir para a esfera pública política (Estado) (REESE-SHÄFER, 2010).

A decisão estatal passa a ser tomada precedida por um processo virtuoso de discussão, em que argumentos são contrapostos, abrindo caminho em direção a soluções que firmem compromissos com os grupos cujos interesses conseguiram-se fazer contemplados pela decisão estatal. Dessa forma, expande-se o conjunto de variáveis positivas e negativas a serem ponderadas na decisão, e o consenso extraído, justificado racionalmente entre os diversos atores públicos e privados envolvidos, facilita a aceitação da decisão tomada e exprime melhores condições de acerto e eficácia para a decisão.

As facilidades da “Era da Comunicação” possibilitam intenso acesso à informação e desperta na sociedade reação democrática no sentido de ocupar cada vez mais espaço no Estado para participação popular.

Entretanto, a efetividade da participação depende ainda da criação de condições propícias. A aproximação dos cidadãos aos níveis das decisões a serem tomadas é necessária a fim de exercerem influência sobre aquelas que lhes afetem mais diretamente (CHEVALLIER, 2008, p. 231). Note-se que a aproximação dos cidadãos realiza o compromisso com a legitimidade democrática e eficiência administrativa, porque permite uma atuação administrativa em condições de sentir as necessidades dos administrados (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 201-202).

Contudo, a nada prestaria a aproximação do cidadão aos níveis das decisões estatais se a ele não for franqueado meios de estabelecer comunicação com outros setores da sociedade e do Estado. Sem a circulação da informação dos atos do Estado a democracia participativa se fragiliza, porque a ausência ou insuficiência da informação ou mesmo a dificuldade em acessá-la inviabiliza que o cidadão se apodere do conhecimento necessário

para exercer soberanamente e com eficácia o direito de participar da construção das decisões estatais que lhe afetará.

Os meios de divulgação da informação que vimos atrás, reduzidos à exposição dos atos estatais em diários oficiais de circulação restrita – já inadequados nas quadras do Estado de índole liberal, de democracia representativa – é absolutamente anacrônico no mundo contemporâneo da democracia de tendência participativa, que testemunha a efervescência do compartilhamento de responsabilidades entre administração e administrados na gestão pública.

Na era da tecnologia da informação, qualquer iniciativa de publicidade que não represente o efetivo conhecimento das leis e atos do Estado pelo cidadão, de fácil acessibilidade, autenticidade, atualidade e integralidade deve ser alvo de censura e prontamente reprimido.

Assim, não mais sustenta a publicidade oficial de padrão formalista, que em virtude da dificuldade ou mesmo impossibilidade fática, em outros tempos, de fazer com que os atos legislativos e administrativos do Estado chegassem às mãos de cada cidadão, justificava a presunção ou ficção de conhecimento dos atos estatais (SOARES, 2004, p.250).

A manutenção do modelo formalista-liberal de publicidade oficial do Estado reproduz o fosso que separa a sociedade do Estado, em óbice à participação popular, porque “mantém pessoas ignorantes acerca de seus direitos e deveres e pior: afastados da vida política, com pouquíssimas condições de ‘dialogar’ com o aparato estatal” (SOARES, 2004, p. 254).

Os atuais padrões de exigência da publicidade do Estado devem ser condizentes com os tempos de espetacular avanço tecnológico nas ferramentas de comunicação e informação em escala global, de forma a exigir do Estado o cumprimento de seu dever de divulgação proativa dos atos legislativos e dos atos administrativos.

Partindo da premissa de que a evolução do Direito em direção a práticas mais democráticas desenvolveu instrumentos que demandam participação e cooperação de cidadãos nos diversos procedimentos estatais, em evidente construção de uma democracia participativa, a deficiência de publicidade dos atos estatais fatalmente colocará em risco a democratização da produção normativa, tanto de leis como atos infralegais.

É necessário dar a conhecimento público, em tempo satisfatório, as iniciativas estatais de aproximação à cooperação dos cidadãos na produção de atos normativos; abrir ao conhecimento dos interessados as balizas dos conflitos e problemas a serem enfrentados em cooperação com os administrados; comunicá-los as informações necessárias para que possam

monitorar a legalidade e a eficiência dos atos produzidos – mesmo que nessa hipótese não tenha ocorrido a participação de interessados na produção primária do ato fiscalizado.

Se a tendência é a gestão associada ou compartilhada de serviços públicos, bem como a colaboração na formulação de políticas públicas e do orçamento, as informações depositadas em poder do Estado devem ser compartilhadas com o público interessado, em condições de inteligibilidade satisfatória, que permita aos cidadãos de fato desfrutarem do conhecimento necessário para avaliarem a correção e procedência das reivindicações, reclamações e sugestões que porventura apresentarem em espaços de cogestão de interesses públicos.

Registramos ainda que a publicidade deve cobrir todos os atos do Estado, não se limitando apenas em veicular o conteúdo de textos legislativos. A administração pública deve ser revestida por paredes de vidro. A norma jurídica perdeu seu *status* de racionalidade perfeita. Agora, com mais intensidade, tem-se deparado com a delegação ao Poder Executivo, mediante exercício de competência regulamentar, ou pelo emprego da técnica de conceitos indeterminados, da tarefa de definir o alcance da lei. A interpretação da lei, o significado de seu comando é também atribuição de seu aplicador.

Portanto, o Poder Executivo participa do processo de definir quais devem ser as condutas compreendidas como lícitas e quais não o são. Se a esfera de liberdade dos indivíduos é comprimida pelo Poder Executivo, avulta seu dever de promover amplamente, com clareza, a publicidade dos atos administrativos, especialmente daqueles de caráter genérico.

O sucesso das técnicas consensuais e cooperativas de atuação operacional da administração pública, e por isso mesmo a sua própria democratização, está associado ao dever do Estado em não poupar informações aos cidadãos sobre seus direitos, sobre a real situação em que se encontram as contas públicas, sobre o contexto político, jurídico, econômico, cultural e ambiental em que se estuda a criação de programa governamental, a execução de obra pública, a prestação de serviços públicos.

A capacitação para o exercício da cidadania ativa tem por um de seus pressupostos o acesso à informação, em intensidade e qualidade necessária para que os cidadãos e parceiros do poder público se habilitem a dialogar com a administração pública em condições de igualdade, capazes de avaliar a validade e procedência dos seus argumentos e pretensões, assim como examinar aqueles contrapostos pelo Estado.

Tudo o quanto dizemos acima se direciona na conclusão de que a compreensão da publicidade, no contexto do Estado democrático, deve expressar espaço público de mediação

entre sociedade civil e Estado, em que além das informações públicas ficarem disponíveis à consulta por interessados, as escolhas políticas e administrativas também possam ser colocadas em discussão e postas à crítica, em contato com um público esclarecido (CHEVALLIER, 2008, p.244).

3 Fundamentos jurídicos da publicidade e transparência

O Estado de direito que se intitule democrático pressupõe a publicidade de seus atos, decisões e ações, que devem se tornar conhecidos da cidadania. Democracia e publicidade são termos que se correlacionam no sentido de que um pressupõe o outro.

Bobbio (2000) já deixou consagrada a afirmação de que o Governo democrático é o governo do público em público, com a expressão público devendo ser compreendida em dois sentidos: no primeiro, público é algo contraposto a privado, pertencente a todos; no segundo, é entendido como antípoda de secreto.

Como se vê, a democracia é o governo do poder visível, devendo-se expor publicamente seus atos, justificativas, intenções, e decisões. Na democracia, há um espaço público de circulação da informação, livre de censuras e empecilhos ao conhecimento da informação e debate das ideias produzidas.

Nesse sentido, Bobbio (2000, p. 100) cita célebre afirmação de Kant que

“considera conceito transcendental do Direito Público o seguinte princípio: ‘todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é suscetível de se tornar pública são injustas’. Qual é o significado desse princípio? Em termos gerais pode-se responder que uma máxima não suscetível de se tornar pública é uma máxima que, caso fosse tornada pública, suscitaria tamanha reação no público que tornaria impossível a sua realização”.

Essa máxima de Kant bem ilustra a interação entre publicidade e democracia, porquanto somente em público consegue-se controlar a legitimidade do poder que se diz democrático, isto é, apurar se de fato o seu exercício tem compromisso com aspirações da sociedade. É a publicidade a condição – mas nem sempre a certeza, infelizmente – para que se dificulte a atuação governamental enclausurada em palácios e gabinetes, a portas fechadas, em que decisões e ações governamentais são costuradas em confabulações secretas, ficando sepultadas ao conhecimento público as verdadeiras intenções e razões das decisões tomadas.

Na democracia, especialmente naquela em que viceja a prática participativa, a publicidade não se opõe somente ao invisível, mas também ao silêncio. É da natureza do governo democrático o barulho e vibração que brota da liberdade de ideias, do debate

constante, da abertura à crítica que provem da opinião pública, cujas opiniões os governos já não mais podem desprezar.

Nessa perspectiva, a publicidade investe o povo em condições de influenciar a produção da informação a ser divulgada. O elemento democrático adere à produção da informação estatal, que deixa de ser passivamente conhecida, dificultando que o Governo, livremente, escolha qual a informação será apresentada ao público. As portas que a publicidade abre para a influência da sociedade sobre as decisões do Estado é percebida na seguinte passagem da lavra de Mileski (2010, p. 115- 149):

Sendo o Estado pós-moderno composto de uma democracia pluralista e participativa, significa a existência de muitos interesses a serem atendidos, com o cidadão querendo participar da escolha, implantação e fiscalização das políticas públicas. Para que possa haver essa participação é indispensável a publicidade de toda a ação administrativa, com total transparência, no sentido de que o cidadão possa influir diretamente nas decisões governamentais, assim como possa proceder no controle social da administração.

Portanto, a eficácia máxima da publicidade é aquela que se autoprotege, que em virtude da participação popular nos meandros da administração pública, a divulgação da administração pública espelhe fielmente os atos e fatos acontecidos, em face da presença vigilante do elemento democrático.

Não bastasse ser a publicidade fundamento do Estado democrático e republicano, a Constituição da República de 1988 lhe reserva no art. 37, *caput*, a condição de princípio a ser observado pela administração pública e diversos outros dispositivos constitucionais lhe imprime concretude, estabelecendo deveres ao Estado para divulgação de informação, bem como direitos ao cidadão de acesso à informação guardada pelo Estado.

Nesse sentido podemos extrair da Constituição que:

Art. 5º [...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

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

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

LXXII – conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Art. 37 [...]

§3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 216.[...]

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

O conjunto normativo constitucional acima transcrito permite depreender que o princípio da publicidade representa dever fundamental do Estado de promover amplo e livre acesso à informação por ele depositada. Desse modo, exerce função instrumental, no sentido de ser condicionante para a participação e o controle social e estatal da Administração Pública (MOTTA, 2010, p. 271-289).

A utilidade instrumental do princípio da publicidade é prodigiosa, conforme registra as palavras de Medauar (2003, p. 237):

“A publicidade ampla contribui para garantir direitos do administrado; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões; ‘abate o muro secreto da cidadela administrativa’, possibilitando o controle permanente sobre suas atividades; a visibilidade, a cognoscibilidade, a acessibilidade congregam-se e se ligam à controlabilidade dos atos dos detentores do poder.”

Como todo princípio jurídico, a publicidade é norma de textura aberta, que estabelece orientações gerais valorativas. Logo, depende de ulterior atividade de concretização, em diferentes níveis, de acordo com circunstâncias fáticas e jurídicas.

Examinando a publicidade pela ótica principiológica, Binbenojm (2006), apoiado em lição de Humberto Ávila, afirma que o princípio é um mandado de otimização, que aponta para um estado de coisas a ser alcançado, de forma que sua concretização deve-se voltar pra a adoção de medidas que progressivamente permita o melhor alcance possível de seus fins.

Diante do estágio atual de desenvolvimento tecnológico e jurídico, o cumprimento otimizado do princípio da publicidade se alcança pela divulgação impressa e eletrônica de informações, mediante linguagem compreensível, em atendimento às diretrizes e exigências recentemente estabelecida pela Lei nº12.527/11, batizada por Lei de Acesso à Informação.

Somente o cumprimento formal da publicidade, sempre associado à mera observância de formalidades para a eficácia dos atos da administração pública, é conduta doravante antijurídica, porquanto não propicia amplificado e acessível conhecimento desses atos.

Vejamos um exemplo. É ainda vigente – e, portanto, de cumprimento obrigatório – preceito do art. 61, §1º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a publicação resumida do

instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial, é condição indispensável para sua eficácia e será providenciada pela administração até o quinta dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura[...].

Essa formalidade cumpre de forma muito restrita o princípio da publicidade. Sabe-se que o conteúdo do extrato do contrato representa informações extremamente sintéticas. Além do mais, a divulgação da informação em diários oficiais está ao alcance de inexpressivo número de pessoas, pois a versão impressa destes diários oficiais circula apenas em grandes centros urbanos. Seu conteúdo é mais acessado pelos Poderes públicos do que pelos cidadãos, pois ainda que disponível em mídia eletrônica, seu conteúdo não é de fácil pesquisa para a média das pessoas, que em sua maioria, no Brasil, ainda não possuem imediato acesso à internet.

Não se defende a prescindibilidade da publicação oficial dos atos administrativos em diários oficiais de circulação impressa e eletrônica. Ela é importante e tem sua função: dar conhecimento ao público da prática do ato, marcando início da produção dos seus efeitos jurídicos perante terceiros². É a publicação oficial marco temporal a partir do qual o ato é eficaz e por isso mesmo inicia-se a contagem de prazos prescricionais para sua impugnação administrativa ou judicial. A propósito, a Lei nº 9.784/99 estabelece que é critério de atuação da administração pública federal em processos administrativos a divulgação oficial de atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei (art. 2º, parágrafo único, IV).

Todavia, o satisfatório cumprimento da publicidade seria, nesse exemplo, além do cumprimento do art. 61, §1º da Lei nº 8.666/93, a prestação de informações sobre o processo de realização desta despesa, abarcando o empenho, a licitação, o contrato e dados sobre seu pagamento, sempre em tempo real, disponibilizadas para consulta dos interessados em arquivo público e “portais eletrônicos de transparência”, consoante determinação do art. 7º da Lei nº 12.527/11³⁴. Sem essas providências, em face da Lei nº12.527/11, a administração

² De acordo com Hely Lopes Meirelles, publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.(MEIRELLES, 2006, p. 94).

³ Lei nº12.527/11:

Art. 7º - O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

⁴ Vale registrar que antes mesmo da vigência da Lei nº 12.527/11, a Lei Complementar nº101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LFR), especialmente depois dos acréscimos introduzidos pela Lei Complementar nº 131/09, já estabelecia a obrigatoriedade de divulgação dos atos relativos à execução orçamentária e financeira.

pública não cumpre seu dever de publicidade satisfatoriamente e, por conseguinte, não adota comportamento transparente.

Enfim, a transparência não é realizada por qualquer forma de divulgação da informação. Seu cumprimento depende de que a exteriorização da informação cumpra sua finalidade com o maior alcance possível. A informação deve ser acessível, de forma clara, ao maior número possível de interessados, levando-se em conta as atuais condições de tecnologia e de recursos humanos e financeiros disponíveis, com a observância da legislação vigente.

4 A relação entre publicidade e transparência

Referindo-se à transparência, a entendemos como qualidade, atributo da publicidade, que consiste em promover a divulgação da informação de forma otimizada, com boa-fé, autenticidade, clareza e intelegibilidade, atualidade e integralidade.⁵ A publicidade é pressuposto da transparência, está na sua raiz.

A transparência desdobra-se do princípio da publicidade, apresentado-se como seu subprincípio, implicitamente extraído da interpretação sistemática do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Pode-se afirmar que a transparência é a postura que se tem ao fazer do princípio da publicidade instrumento efetivo de realização de outros princípios: da motivação, do contraditório e ampla defesa, da moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, eficiência, além de ser instrumento que permite o controle da administração pública e a participação popular⁶.

Nesse sentido, referida Lei prevê em seu art. 48 que é instrumento de transparência na gestão fiscal a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

⁵ Assentou Fabrício Motta que “as ideias de publicidade e transparência parecem ser complementares. A partir da acepção comum das palavras, pode-se entender a publicidade como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Não obstante, a publicidade oficial atua como requisito para a eficácia dos atos, em geral, praticados pelo poder público. Transparência, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente a disponibilidade de conhecimento mas também a possibilidade de entendimento dos atos. Os atos administrativos devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, etc); transparentes porque devem permitir entender com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar o seu controle”.(MOTTA. op. cit. p. 277).

⁶ Fortini, Pereira e Camarão entendem a publicidade como instrumento por meio do qual é possível o cumprimento dos demais princípios da administração. (FORTINI, PEREIRA, CAMARÃO, 2011, p.80.

O princípio da transparência se identifica pela publicação facilmente acessível e compreensível por todos os interessados, mediante recurso aos diversos meios e processos atualmente disponíveis para circulação da informação. Por essa ótica, concordamos com Limberger (2007, p.55-71), quando aduz que “a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXVIII) e o princípio democrático”.

Nesse passo, a transparência alcança sua mais efetiva compostura normativa com a edição da Lei nº 12.527/11, que representa importante avanço democrático do país.

5 Diretrizes da transparência fixadas pela Lei nº 12.527/11.

Essa lei estatui a moderna concepção de transparência ao dispor em seu art. 5º que “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”.

As diretrizes jurídicas para promover a transparência estão alinhavadas na Lei nº12.527/11. Em seu art. 3º identificamos os seguintes balizamentos:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção: é premissa da transparência, como visto, a visibilidade do exercício dos poderes do Estado. Há aqui uma guinada fundamental no tratamento da informação pública, em que o Estado passa de proprietário a fiel depositário das informações titularizadas pelo povo. Nesse compasso, a cultura do segredo tem espaço diminuto. A recusa à publicação de dados e prestação de informações solicitadas somente procede quando o sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado ou à intimidade das pessoas. Em seus arts. 23 e 31, a Lei 12.527/11 descreve as hipóteses que se enquadram em segurança da sociedade, do Estado e intimidade pessoal. Portanto, a lei traça os parâmetros dentro dos quais se admite o sigilo da informação,

Refletindo sobre a temática, anotou Maria Sylvia Di Pietro que: “Na realidade, a ideia de transparência é mais ampla do que a de publicidade. A transparência também não é sinônimo de publicidade. Ela tem um sentido muito mais amplo, porque abrange os princípios da publicidade, da motivação, da participação, do devido processo legal; nela se insere o direito à informação, o direito à obtenção de certidão, o direito de acesso ao processo. A transparência garante a visibilidade das ações do governo. Permite a fiscalização do exercício do poder pelo cidadão, pois, para exercer o direito de petição, para denunciar irregularidades, para propor ação popular, ele precisa conhecer as decisões e as respectivas motivações. Permite o exercício do direito de defesa e do contraditório. Permite o controle pelos poderes instituídos: controle interno, pela própria Administração Pública, e controle externo, pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último com o auxílio do Tribunal de Contas. (DI PIETRO, p. 201-215).

reduzindo a margem de discricionabilidade para a recusa da liberação da informação pelo administrador.

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações: aqui é outro ponto fundamental da publicidade transparente, que consiste na postura pró-ativa e constante de divulgação de dados públicos em posse do Estado. O Estado tem o dever jurídico de ter a iniciativa na liberação das informações sob sua guarda e abrange, nos termos do art. 7º da Lei nº12.527/11: a) informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; b) informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; c) informação relativa à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; d) informações relativas ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Em complemento, extrai-se ainda do art. 8º da Lei nº 12.527/11 que é dever dos órgãos públicos, no âmbito de suas competências, a divulgação de informação sobre registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público, bem como o registro de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros.

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação: o recurso à tecnologia da informação incrementa a transparência pela facilitação do acesso à informação, tendo em vista que progressivamente cresce o universo de pessoas usuárias da internet. O Governo Federal tem desenvolvido políticas públicas de inclusão digital. Criou por meio do Decreto nº 7.175/10 o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) com o objetivo de massificar a oferta de acessos banda larga à internet até 2014, ano até o qual a meta é chegar a 40 milhões de domicílios conectados à rede mundial de computadores. A exploração da mídia eletrônica é prevista pelo §2º do art. 10 da Lei nº 10.257/11: “Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet”.

Outra diretriz fixada pela Lei nº12.527/11 é a facilidade do acesso à informação: a transparência é postura de quem não cria dificuldades, não se esconde, evitando o desestímulo e intimidações das pessoas na busca da informação. Assim, foi profícua a Lei nº 12.527/11, ao prever que:

Art. 9º - O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

- I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:
 - a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
 - b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
 - c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e
- II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

Além disso, em outra manifestação de apoio à cidadania, o art.10 da Lei nº12.527/11 prevê que qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos públicos, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter somente a identificação do requerente e a especificação da informação requerida, sem, todavia, conter exigências que inviabilizem a solicitação. Em reforço à simplicidade do acesso à informação, o §2º do art. 10 veda quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.

Dessa forma, fica afastada a necessidade de justificativa do requerimento de informação apresentado pelo cidadão ou o preenchimento de quaisquer outros dados para o conhecimento do pedido pela administração pública.

A facilitação do acesso aos dados públicos é coroada pela gratuidade do serviço de busca e fornecimento da informação, “salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados”, conforme contido no art. 12 de referida lei. A morosidade no atendimento à solicitação de informação é também combatida pela lei, que em seu art. 11 estabelece que “O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível”. Em não sendo possível justificadamente o acesso imediato, deverá sê-lo concedido em até 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 10 (dez), também mediante justificativa expressa.

Abre-se aqui digressão para ressaltar que o exercício do direito de acesso à informação não é absoluto e ilimitado. Se há proposições normativas que visam, acertadamente, facilitar o acesso à informação, em contraponto, condicionantes fixadas pelo art. 13 do Decreto nº 7.724/12, que regulamenta a Lei nº 12.527/12, fixam limites ao modo de se formular pedidos de acesso à informação.

Assim, os pedidos não podem: *i)* ser genéricos, devendo conter especificação, de forma clara e precisa, da informação requerida; *ii)* ser desproporcionais ou desarrazoados ou; *iii)* exigirem trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.

Os pedidos devem ser certos e determinados, apontarem de forma exata os dados aos quais se quer acesso, de forma a não gerar dúvidas e transtornos desnecessários aos órgãos públicos em torno da identificação do conteúdo da informação solicitada.

Contudo, ao referir-se a pedido desproporcional e desarrazoável, andou mal o decreto, pois não minudenciou os balizamentos de aplicação desses conceitos.

O subjetivismo agregado nesses conceitos abre uma perigosa margem para interpretações que possam arbitrariamente restringir o direito de acesso à informação. O Decreto nº 7.724/12, na contramão da lei, criou enorme poder ao agente público de determinar, sem balizamentos, o que é pedido desproporcional ou desarrazoável. Por isso, é de duvidosa constitucionalidade, pois foi além do permitido a decretos: não se ateu a detalhar a forma de aplicar a lei, e restringiu direitos garantidos em lei.⁷

De mais a mais, a mera possibilidade de se deparar com situações desarrazoáveis e desproporcionais nas relações entre cidadão e Poder Público justifica reflexões sobre o alcance possível que referido Decreto pode resevar aos pedidos adjetivados por desproporcionais e desarrazoáveis.

Desarrazoável, segundo o dicionário Aurélio, remete à noção de “[...] proceder sem razão, ou com falta de bom senso; disparatar” (FERREIRA, 2009, p. 628).

Por pedidos desarrazoados entendemos aqueles descabidos, que demandam extremo esforço para o resgate e produção da informação, que, não raro, sequer foi registrada ou arquivada e que, portanto, não pode ter sua apresentação exigida da administração pública. É o caso hipotético de alguém requerer informação sobre a frequência ao trabalho, durante o ano de 1984, de médicos lotados em determinado hospital municipal, que à época era desprovido de anotação em “folha ou cartão de ponto”. Vislumbramos também não ser razoável situação em que servidor público solicita informação sobre as razões do ato de mudança de sua lotação, que à época foi praticado sem motivação, por agente público que atualmente esteja falecido.

A seu turno, desproporção conduz à ideia de relação entre duas ações ou dois elementos que não guardam ente si congruência ou conformidade. Assim em relação a quê o pedido pode ser desproporcional? Parece que o mais lógico seja compreender que o Decreto quis referir-se à desproporção entre o número e objeto dos pedidos com a capacidade operacional da administração pública em atendê-los no prazo legal.

⁷ A propósito, cf. (MELLO, 2003, p.323) “[...] ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regras geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregadas pelo regulamento”.

Os pedidos desproporcionais são aqueles cuja solicitação é em número exagerado, ou que demandam consolidação de volumoso acervo de dados, acima da capacidade operacional da Administração Pública de produzir e transmitir as informações solicitadas, sem causar prejuízos à regular e tempestiva prestação de outras informações solicitadas por outros interessados. O acatamento integral de pedidos desproporcionais demandaria a absorção dos serviços de prestação de informações ao público, a ponto de deixar desatendidas solicitações de acesso aos dados públicos formuladas por outros interessados.

Como se vê, a desproporcionalidade e desarrazoabilidade dos pedidos de acesso à informação são valoradas de forma contingente e circunstancial, não havendo fórmula objetiva que permita delimitar previamente as situações que geram pedidos maculados por tais vícios. Por isso mesmo, ao invocá-los, a pretexto de retardar ou negar, total ou parcialmente, o acesso à informação, o agente público tem o ônus de motivar a recusa ou procrastinação do ato, demonstrando satisfatoriamente os fatores em virtude dos quais o pedido se faz desarrazoável ou desproporcional, consoante determina o art.11, §1º, II, da Lei nº 12.527/11.

Além das diretrizes acima identificadas, a publicidade transparente, de acordo com os comandos da Lei nº 12.527/11, ainda depende de que a informação divulgada retrate as seguintes características, conforme prescrito pelo art. 4º:

- disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados. Registre-se aqui a importância de se divulgar dados públicos pela internet em arquivos eletrônicos “abertos”, que permitem sua reutilização pelos interessados, para edição, tabelamento, etc;

- autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

- integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

- primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

As características da autenticidade, integridade e primariedade, interligadas entre si, estão associadas ao dever de boa-fé da administração pública na divulgação das suas informações, que deve zelar pela veracidade e inteireza das informações, mercê da confiança depositada pelos indivíduos nas informações prestada pelo Estado, que deve sempre proceder com lealdade e honestidade ao divulgar informações para os administrados.

Saliente-se, por fim, que a efetividade da prestação e divulgação da informação pública também é alvo de preocupação da legislação. Antes mesmo da Lei nº 12.527/11 vigorar, já existia previsão nos arts. 73-B e 73-C da LRF de que o não cumprimento da obrigação de disponibilizar a qualquer interessado, em meio eletrônico, informações referentes à execução da despesa a realização da receita (Art. 48 e 48-A da LRF) sujeita o ente a punição. A sanção cominada é a proibição de receber transferências voluntárias, enquanto perdurar o descumprimento do dever de assegurar ampla divulgação sobre a gestão orçamentária e financeira em meio eletrônico de fácil acesso.

A Lei nº 12.527/11 robustece a obrigatoriedade do dever de prestação da informação, que é direcionada, agora, ao agente público e militar. Assim, a recusa de acesso aos dados públicos deve ser precedida da devida fundamentação (art. 7º, §4º), sob pena de sujeição do responsável a medidas disciplinares. Além disso, “é direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia” (art. 14).

De acordo com o art. 32, são condutas ilícitas, dentre outras: *i*) recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou; *ii*) fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa bem como; *iii*) agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação. Essas condutas configuram ilícito administrativo e podem ser apenadas no mínimo com a suspensão do exercício do cargo, nos termos da Lei nº 8.112/90, sem prejuízo de incorrer em improbidade administrativa (art. 32, §§1º e 2º).

A possibilidade de interpor recurso endereçado a autoridades superiores, no prazo de 10 dias contados da intimação da decisão pelo indeferimento de acesso a informações ou às razões da negativa do acesso (art. 15) é outro remédio na busca pela efetivação da transparência, sem prejuízo, por certo, da impugnação judicial pela lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental à informação.

Por certo, a cultura da transparência no poder público se fortalece com a normatização da obrigação de divulgar os dados públicos. Todavia, a adoção efetiva de gestão transparente, em que pese a coercibilidade de punição imposta pela Lei nº 12.527/11 contra atitudes desviantes à transparência, não se realiza automática e plenamente somente com base em previsão normativa. Por isso mesmo, em bom tempo, a Lei nº 12.527/11 tem entre suas diretrizes (art. 3º, IV e V) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e o desenvolvimento do controle social da administração pública.

Portanto, existe relação simbiótica entre transparência e cidadania, no sentido de que a transparência fomenta a cidadania e, por conseguinte, o controle social, mas também no

sentido inverso, de que o controle social é parceiro importante dos órgãos de controle interno e externo no papel de zelar pela promoção e regularidade da transparência dos poderes públicos.

Vislumbramos que é decisivo para o fortalecimento da transparência a adoção de políticas públicas que viabilizem e incentivem o controle social⁸. Além das indispensáveis políticas de inclusão digital para massificação do acesso à internet, é medida positiva a criação de conselhos gestores da transparência, em âmbito nacional, estadual e municipal, com destacada participação da sociedade civil, para planejar e monitorar as práticas públicas de transparência. Para que não se tornem figuras estéreis, estes conselhos devem ser capacitados para exercer suas atribuições, e contar com aporte de recursos financeiros que lhes permita condições razoáveis de funcionamento.

6 Conclusão

Como é inerente à categoria normativa dos princípios, a publicidade, assim como sua dimensão da transparência, traduzem preceitos normativos abertos que, em virtude de sua abstração e alta carga deontológica, evoluem pelo corredor do tempo e ganham novos coloridos a partir da concretude que as regras supervenientes lhes imprimem.

Nesse sentido, vimos que a atual quadra histórica do constitucionalismo brasileiro, nucleada no princípio democrático e republicano, encobre a publicidade governamental por um manto normativo que lhe impõe o compromisso com a afirmação de valores democráticos em expansão, identificáveis, dentre outros fatores, pelo protagonismo da participação popular na produção e controle de decisões estatais, em parceria com as autoridades estatais.

Assim, a publicidade que se espera da administração pública pós-moderna é aquela que muito além de somente preocupar com a validação dos atos administrativos, cumpra sua função de revigorar a democracia, criando condições de aproximação entre a sociedade e as funções públicas desempenhadas pelo Estado.

O dever a ser cumprido – e a Lei de Acesso à Informação assim estabelece – é fazer da transparência efetivo instrumento de consolidação do Estado democrático e ponte para travessia em direção à democracia participativa e ao pleno exercício da cidadania.

⁸ A propósito, aduz Freitas (2009, p. 405) que “numa democracia sólida, o melhor controle é o capaz de incluir os demais [...] De fato, o controle participativo, não pode ser de fachada ou simples ornamentação de estruturas avessas à cidadania protagonista, eis que incompatível com discussões públicas concebidas, de antemão, para a esterilidade, vale dizer, simulacros de audiências da sociedade. Essencial, portanto, a conquista de autêntica verticalização inclusiva, isto é, de expansiva vinculação ético-jurídica entre a atuação do controle social e a daqueles que exercem os poderes-deveres de controle no seio do aparato estatal.

Bibliografia

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *O Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. O princípio da publicidade administrativa e a eficácia da divulgação dos atos do poder público pela internet. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 6, n. 13, abril/jun 2006.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*, 8 ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre de. (coord) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FORTINI, Cristiana, PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho e CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo. Comentários à lei 9.784/99*, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. In: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Nota Dez, n. 39, set/out 2006, p. 55-71.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILESKI, Hélio Saul. A transparência da Administração Pública pós-moderna e o novo regime de responsabilidade fiscal. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 0, set/2010, p. 115 a 149.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamento e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência nos 10 anos da Lei de responsabilidade Fiscal. *Revista Técnica dos tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n 0, set/2010, p. 271 a 289

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

REESE-SHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Tradução de Vilmar Scheneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação. Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.