

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO

1



TEORIA GERAL
E PRINCÍPIOS
DO DIREITO
ADMINISTRATIVO



MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
Coordenação

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR
Autores

VOLUME 1

TEORIA GERAL E PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite o nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [11 – 2014]

Profissional

Fechamento desta Edição [13.10.2014]



ISBN 978-85-203-5551-0

ISBN Coleção 978-85-203-5550-3

Capítulo 7

PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Transparência: publicidade, motivação e participação popular - 2. Publicidade - 3. Publicidade e iniciativa legislativa - 4. O dever de publicidade - 5. O direito à publicidade - 6. Publicidade e sigilo - 7. A Lei de Acesso a Informações Públicas - 8. A publicidade e os atos da Administração Pública - 9. Propaganda governamental - 10. Transparência remuneratória - 11. Motivação - 12. Exigibilidade e dispensa da motivação - 13. Requisitos da motivação - 14. Participação popular - 15. Institutos participativos - 16. Bibliografia.

“Com um aparente jogo de palavras pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público. (...) Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?). Mesmo quando o ideal de democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (mas também o pequeno estado territorial não é mais um estado-cidade), e foi substituído pelo ideal de democracia representativa - já perfeitamente delineado, exatamente em polêmica com a democracia dos antigos, numa carta de Madison a seus interlocutores - o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao público, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público”¹

1. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997. p. 83-87.

1. TRANSPARÊNCIA: PUBLICIDADE, MOTIVAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Segundo a doutrina estrangeira,² transparência administrativa é um dos princípios gerais de direito administrativo. A partir da pioneira experiência sueca, ela se espargiu ao direito francês, espanhol, português e italiano,³ vigendo também no direito norte-americano⁴ e mexicano.

No direito italiano, a noção de Administração Pública aberta (Lei 241/1990) fornece conteúdo amplo à transparência em todas as atividades administrativas que devem assegurar o conhecimento, pelos cidadãos, de toda determinação da Administração Pública, inclusive seus atos preparatórios. Outras leis surgiram posteriormente balanceando os direitos de acesso à informação e de privacidade, como a Lei 675/1996. À edição da lei italiana se seguiram a Lei 30/1992, da Espanha, em que transparência é um dos princípios gerais da Administração Pública nas suas relações com os cidadãos (arts. 3.º e 5.º), e o Dec.-Lei 442/1991, de Portugal, que assegura o princípio da administração aberta (art. 65). No direito francês, o maior grau de transparência da ação administrativa, respeitada a proteção dos documentos nominativos, foi dado por uma legislação iniciada na década de 70 do século XX.⁵

O direito administrativo comunitário europeu consagra o direito de acesso⁶ e a Comissão Europeia aprovou, em 1993, comunicação enunciando a sua concessão mediante prévio requerimento de qualquer cidadão, dispensando a indicação das razões da solicitação.⁷ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ampara no art. 11 os direitos de expressão e de informação, consistindo este na “liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras”. Além disso, seu art. 41 insere no direito a uma boa administração “o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencia-

2. QUADROS, Fausto. A nova dimensão do Direito Administrativo (O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária). Coimbra: Almedina, 1999. p. 20.
3. CERRILLO I MARTINEZ, Agustí. *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 21-28, 56; STIRN, Bernard. *Le sources constitutionnelles du droit administratif*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995. p. 67, 102; ZUCCHETTI, Alberto. Il sistema della tutela dei dati personali in *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999. p. 75-79, 111.
4. Contando com diplomas normativos como o *Federal Administrative Procedure Act* estabelecido em 1946 que se soma ao *Freedom of Information Act* (1974) e ao *Freedom of Information Reform Act* (1986).
5. Leis de 06 de janeiro de 1978, de 17 de julho de 1978, de 03 de janeiro de 1979, de 11 de julho de 1979 (modificada pela de 19 de janeiro de 1986), de 12 de julho de 1983, e de 29 de janeiro de 1993.
6. Resoluções 31 e 81 do Conselho da Europa; Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995; Tratado de Amsterdã, de 02 de outubro de 1997.
7. CERRILLO I MARTINEZ, Agustí. *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente*. Op. Cit. p. 77-78.

lidade e do segredo profissional e comercial”⁸ e o art. 42 assegura o direito de acesso a informação.⁹ Na mesma medida, o Tratado da União Europeia acolhe o princípio da abertura (art. 15) inclusivo do direito de acesso à informação (art. 15, 3).¹⁰

O direito norte-americano conta com a existência de normas que se iniciou logo após a II Guerra Mundial.¹¹ O México estabeleceu no liminar deste século legislação de acesso à informação pública em que um de seus principais pontos é a obrigação do Estado publicar e entregar as informações que possui, salvo em casos referentes à vida privada, segurança nacional e pública, política externa e segredos científicos, industriais ou bancários.¹²

8. “1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

– o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,

– o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

– a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. (...)”

9. “Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão”.

10. “1. A fim de promover a boa governação e assegurar a participação da sociedade civil, a actuação das instituições, órgãos e organismos da União pauta-se pelo maior respeito possível do princípio da abertura.

2. As sessões do Parlamento Europeu são públicas, assim como as reuniões do Conselho em que este delibere e vote sobre um projecto de acto legislativo.

3. Todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede estatutária num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o respectivo suporte, sob reserva dos princípios e condições a definir nos termos do presente número.

Os princípios gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, não de reger o exercício do direito de acesso aos documentos, serão definidos por meio de regulamentos adoptados pelo Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário.

Cada uma das instituições, órgãos ou organismos assegura a transparência dos seus trabalhos e estabelece, no respectivo regulamento interno, disposições específicas sobre o acesso aos seus documentos, em conformidade com os regulamentos a que se refere o segundo parágrafo.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, o Banco Central Europeu e o Banco Europeu de Investimento só ficam sujeitos ao presente número na medida em que exerçam funções administrativas.

O Parlamento Europeu e o Conselho asseguram a publicação dos documentos relativos aos processos legislativos nas condições previstas nos regulamentos a que se refere o segundo parágrafo”.

11. Contando com diplomas normativos como o *Federal Administrative Procedure Act* estabelecido em 1946 que se soma ao *Freedom of Information Act* (1974) e ao *Freedom of Information Reform Act* (1986).

12. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 383-384.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da Assembleia Geral das Nações Unidas consagra a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações (art. XIX).

No direito brasileiro, além dos arts. 5.º, XXXIII, e 37, *caput* e § 3.º, II, a Constituição vigente também se refere, direta ou indiretamente, à transparência administrativa em outros dispositivos como os arts. 5.º, XXXIV, *b*, LX, e LXXII, *a*, 30, III, 31, § 3.º, 37, §§ 1.º e 7.º, 39, § 6.º, 50, 58, III, 93, IX, 139, III, 165, § 3.º, 216, § 2.º, e 225, IV, *v.g.*

Transparência é um conceito abrangente que se concretiza pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, garantindo a visibilidade, o acesso, o conhecimento das atividades administrativas e instrumentalizando a vigilância social e o controle institucional sobre a Administração Pública através dos demais princípios.

Publicidade, motivação e participação são subprincípios que se articulam reciprocamente como um círculo virtuoso em direção ao princípio da transparência. Ele consiste não só na informação ao povo do que a Administração Pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão.

Não é fácil visualizar a relação de conteúdo entre transparência e publicidade, como outrora observado.¹³ Uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro vigente revela que a transparência estatal deriva de princípios fundamentais estruturantes, como o democrático e republicano, constituindo um de seus princípios gerais enquanto a publicidade se caracteriza como subprincípio (ou princípio especial) decorrente daquele. A transparência tem maiores graus de abstração, densidade, generalidade e indeterminação que a publicidade.¹⁴ Publicidade consiste *grosso modo* na divulgação oficial dos atos do poder público ao passo que a transparência é muito mais que isso, abarcando além dela os subprincípios da motivação e da participação popular. A convergência desses subprincípios conduz à existência do princípio da transparência na medida em que a abertura, a visibilidade, a diafaneidade e a proximidade da Administração Pública são erguidas não só pelo conhecimento de sua atuação senão por sua explicação e pela partilha no processo de tomada de decisão. Isso fornece um novo padrão de governança pela atribuição de legitimação material ao exercício do poder, um importante marco para a ruptura de um perfil autoritário, isolado, hermético, misterioso e opaco da Administração Pública.

A medida democrática de um sistema político-administrativo deve sopesar os diferentes graus de publicidade, motivação e participação da Administração Pública numa escala ascendente. Sem olvidar a existência de decretos secretos no passado, não adquire maiores níveis de certo o ordenamento que prioriza tão somente a publicidade olvidando a decisiva contribuição dos demais. Além disso, o maior ou menor grau de

13. *Idem*, p. 01-08, 19-26.

14. *Idem*. Princípio da publicidade. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233-258.

concretização dos princípios republicano e democrático pode ser avaliado em cada um dos três subprincípios, pois, não angaria posições satisfatórias à organização que, de um lado, mecanicamente divulga seus atos oficiais (alguns ou sua maioria), e de outro, nega direito de acesso a informações a seus cidadãos.

A publicidade ampla é o primeiro estágio de democratização da gestão pública, mas, não se esgota em si própria. Ela desempenha importante papel formal para a motivação e a participação. Entre elas se estabelece um círculo virtuoso porque “o conhecimento do fato (acesso, publicidade) e de suas razões (motivação) permite o controle, a sugestão, a defesa, a consulta, a deliberação (participação)”.¹⁵ Círculo virtuoso que tem efeitos sensíveis e bem aquilutados: a transparência é um dos deveres funcionais que alcançam a ética, articulada através de expedientes de sua instrumentalização, como a motivação, o acesso às informações, o contraditório e a participação popular.¹⁶ O direito brasileiro contemporâneo exhibe provas destas conclusões com as Leis do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999), de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

A transparência estatal, vista sob o ângulo da publicidade, é elementar aos próprios fundamentos do Direito Administrativo desde o seu nascedouro, e, em especial, com o princípio da legalidade porque, como aponta Fabrício Motta, a “consagração da liberdade por meio da submissão do Estado à lei seria incompatível com a opacidade do exercício de qualquer manifestação de poder estatal”, impondo, em consequência, a necessidade de visibilidade e de previsibilidade como vetores indissociáveis do interesse público e do regime democrático.¹⁷ Essa relação da publicidade com a legalidade, segundo articula Thiago Marrara, “ocorre na medida em que as informações fornecidas pelo Estado e obtidas pelos cidadãos mostram-se fundamentais para que estes: (1) exerçam seus direitos e liberdades e/ou (2) controlem a prática de atos ilegais e abusivos praticados pelo Estado”.¹⁸

É inegável o caráter instrumental da transparência em relação aos demais princípios jurídicos da administração pública e, notadamente, ao aperfeiçoamento do controle, como põe em acento Diogo de Figueiredo Moreira Neto,¹⁹ dada a contribuição vetorial que a transparência empresta à ética nas relações públicas a partir de seus

15. Idem. *Transparência Administrativa*. Cit., p. 22.

16. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Madrid: Civitas S.A., 1996. p. 27-30.

17. MOTTA, Fabrício. O princípio constitucional da publicidade administrativa. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 262-265.

18. NOHARA, Thiago Marrara. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 288.

19. “O princípio da transparência é instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, na medida em que permite a efetiva aplicação dos dois tipos de controles da Administração Pública: estatais, efetuados por si própria e pelos demais Poderes, e sociais, pelos cidadãos e pelas entidades da sociedade civil” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 25).

vários mecanismos (como o acesso a informações públicas), o que é destacado pela literatura estrangeira.²⁰

Há outro dado a se considerar. Os fins da transparência satisfazem os próprios desideratos da publicidade em maior proporção: atribuição de legitimidade, validade e eficácia à ação administrativa; instrumentalização da observância do bom funcionamento administrativo e dos direitos fundamentais dos administrados; dotação de maiores níveis de controle e fiscalização institucional e social pela vigilância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, proporcionalidade, economicidade, eficiência, imparcialidade, razoabilidade etc.; facilitação do acesso à informação e respeito ao devido processo legal; aproximação entre Administração Pública e administrados, proporcionando maiores níveis de eficiência com a adesão destes e a satisfação de suas necessidades mais concretas por aquela; reaquisição de confiança nas instituições e de garantia de segurança jurídica.

Norberto Bobbio define “o governo da democracia como o governo do público em público”.²¹ Salvo apertadas exceções, a tônica deve ser a visibilidade ampla, completa e integral da gestão administrativa. Sendo o destinatário final das atividades estatais o público, elas não podem ser secretas ou reservadas ao círculo do poder tanto porque a contemporânea noção de democracia ocidental amealhou variegados institutos transparentes, como audiências públicas, consultas públicas, plebiscitos administrativos, referendos administrativos, publicações, notificações, direitos de acesso, informação e certidão, motivação, processo administrativo, órgãos colegiados normativos, consultivos ou deliberativos com a participação de indivíduos, segmentos sociais ou associações representativas.

Por isso mesmo, no âmbito da representação política é incompatível o caráter secreto das deliberações parlamentares. Neste sentido, Norberto Bobbio assinala que “sessões secretas, acordos e decisões secretas de qualquer comitê podem ser muito significativos e importantes, mas não podem jamais ter um caráter representativo”, porque a representação significa “tornar visível e tornar presente um ser invisível mediante um ser publicamente presente”.²² A prerrogativa do sigilo do voto é um direito político fundamental do eleitor, não de seu representante cujo exercício do mandato deve ser guiado pela transparência, mormente quando o objeto da deliberação é a gestão do interesse público, como já decidido com os seguintes fundamentos:

“A cláusula tutelar inscrita no art. 14, *caput*, da Constituição tem por destinatário específico e exclusivo o eleitor comum, no exercício das prerrogativas inerentes ao *status*

20. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Op. Cit.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. vol. II, p. 86-87; RIBEIRO, Maria Teresa Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 191-193.

21. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia - uma defesa das regras do jogo. Op. Cit. p. 84.

22. Idem, p. 86.

activae civitatis. Essa norma de garantia não se aplica, contudo, ao membro do Poder Legislativo nos procedimentos de votação parlamentar, em cujo âmbito prevalece, como regra, o postulado da deliberação ostensiva ou aberta. As deliberações parlamentares regem-se, ordinariamente, pelo princípio da publicidade, que traduz dogma do regime constitucional democrático. A votação pública e ostensiva nas Casas Legislativas constitui um dos instrumentos mais significativos de controle do poder estatal pela Sociedade civil.”²³

2. PUBLICIDADE

A afirmação da publicidade como um dos princípios da Administração Pública promovida na cabeça do art. 37 da CF/1988 é predicado democrático do Estado de Direito. O princípio da publicidade articula, como expõe a literatura, uma atuação “transparente, sem ocultações de atos e muito menos sigilo em relação aos mesmos. Não se admite mais, nos dias de hoje, que a Administração Pública se utilize de normas e outros procedimentos que tenham o silêncio como a sua característica de atuação.”²⁴

Sua projeção no ambiente jurídico brasileiro, em compasso com as modernas democracias ocidentais, “aponta para a necessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia,”²⁵ dada a natureza pública da gestão administrativa e que se espraia à inspeção da conduta dos agentes públicos em seu exercício. Pois, como salientou o Min. Celso de Mello, “o novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado.”²⁶

Sua funcionalidade é elementar no Estado Democrático de Direito. Ela, como acenado, instrumentaliza a vigilância do cumprimento de outros princípios jurídico-administrativos inerentes à Administração Pública e confere maiores graus de legitimidade à gestão dos negócios públicos e de respeito aos direitos dos administrados (como o devido processo legal e a possibilidade de conhecimento da ação administrativa).

A publicidade constitui um dever da Administração Pública e, ao mesmo tempo, um direito subjetivo da comunidade.²⁷ É inexorável o reconhecimento da existência

23. STF, ADI-MC 1.057-BA, Tribunal Pleno, j. 20.04.1994, m.v., rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.04.2001, p. 65.

24. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Constitucional*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira e NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I.

25. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 969.

26. RTJ 139/712.

27. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Publicidade. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

de um direito subjetivo público ao conhecimento da atuação administrativa em todos os seus níveis. Trata-se de opção política fundamental de ruptura da tradição do sigilo e de construção de um conceito de Administração Pública aberta.

O princípio da publicidade administrativa consiste, no sentido positivo, na obrigação de divulgação oficial dos atos da Administração Pública e, no sentido negativo, na interdição de atos ou procedimentos secretos ou sigilosos salvo as exceções normativas ditadas pela proteção do interesse público ou de qualificados interesses particulares.

Como os fins dos atos e atividades da Administração Pública são públicos, natural que a sua forma de produção e de exteriorização seja pública, atendendo ao significado de transparência.²⁸

A publicidade pode ser ampla e restrita. A primeira hipótese se radica na expansão qualitativa e quantitativa da divulgação das atividades administrativas. Não basta apenas a divulgação da maioria dos assuntos administrativos (aspecto quantitativo) se a informação transmitida tem nenhuma ou alguma utilidade, eficácia ou relevância social e jurídica (aspecto qualitativo). Deste modo, a efetiva implantação da publicidade consiste tanto na garantia de acesso a maior número de informações de natureza pública quanto na transmissão de informação com qualidade suficiente para tornar concreta essa abertura. Na segunda hipótese, como a regra é a publicidade e o sigilo a exceção, a restrição à publicidade deve decorrer de expressas previsões normativas, ligadas à tutela de específico interesse público ou privado, cuja ostensividade possa comprometer, e que merece interpretação restritiva. Não é sigilo absoluto, senão de publicidade restrita porque há situações em que a limitação poderá ceder em função de algum outro interesse jurídico relevante, impondo variações nos níveis restritivos, abrindo exceções à exceção, a partir de vários critérios (tempo, pessoas, coisas, locais etc.).

A publicidade é medida de bom funcionamento administrativo e garantia de respeito aos direitos dos administrados, se antagonizando ao *arcana imperii* e ao exercício clandestino e arbitrário das atividades administrativas. Ademais, ela baliza o prazo para interposição de recursos, a mensuração da decadência e a prescrição, e o impedimento da alegação de ignorância sobre os atos da Administração Pública. É recorrente na jurisprudência a publicação do ato como marco inicial da prescrição,²⁹ inclusive para o manejo de ação popular “porque é a partir de sua publicidade que os fatos administrados podem ser controlados”.³⁰

A publicidade não se esgota nos meios legalmente previstos, pois, o cumprimento da obrigação legal não elimina a possibilidade de avançar para maior grau de diafa-

28. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. RT, 1990; CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 159.

29. STJ, REsp 898.496-DF, 6.^a T., j. 18.10.2007, v.u., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 14.04.2008.

30. STJ, REsp 4.996-SP, 2.^a T., j. 18.09.1995, v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 16.10.1995, p. 34.632; STJ, REsp 693.959-DF, 2.^a T., j. 17.11.2005, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 01.02.2006, p. 491).

nidade à ação administrativa, como, aliás, sugere a doutrina italiana comentando o direito de informação.³¹ É dever do administrador público ampliar as formas de publicidade, tanto que regras jurídicas multiplicam as formas de publicidade para um mesmo ato da Administração Pública, gerando o concurso de formas.

A publicidade demanda a observância formal da divulgação oficial dos atos da Administração Pública (art. 2.º, V, da Lei 9.784/1999). Divulgações não oficiais não têm valia jurídica para os fins da publicidade, sendo ineficazes para substituição da forma (ou formas) legalmente prevista. A pluralidade e a diversificação funcional das formas de publicidade impede a fungibilidade entre elas.³² Ainda que tenha a Administração Pública liberdade para escolher entre uma e outra forma de publicação, “não pode ora valer-se de um, ora de outro, dado que tal conduta dificultaria o conhecimento que desses atos e comportamentos devem ter os administrados”.³³ A premissa se estende para novas formas criadas pela Administração Pública. Ela pode adotá-las, mas não pode dispensar a forma legal ou substituí-la pelas inovações, notadamente quando haja perigo à certeza, à segurança (jurídica) e aos direitos dos administrados (art. 2.º, parágrafo único, VIII e IX, da Lei 9.784/1999) ou tenham escopos diversificados.

A publicidade pode ser classificada: (a) pelo âmbito subjetivo, em impessoal e difusa (publicação, propaganda governamental) e pessoal e individual (notificação, intimação, certidão); (b) pelo modo de realização, em *ex officio* (publicação, notificação) e mediante provocação do interessado (informação, certidão); (c) pelo conteúdo, em transmissão de informação geral (informação) e individual (certidão); (d) pela finalidade múltipla (requisito de validade ou fator de eficácia do ato, defesa de direitos, mero conhecimento de um ato, controle etc.); (e) pela natureza em dever (publicação e comunicação aos destinatários) ou direito (informações de interesse particular, coletivo ou geral, certidão e acesso dos usuários a registros administrativos e atos de governo).³⁴

3. PUBLICIDADE E INICIATIVA LEGISLATIVA

Tema que demanda reflexão é o que respeita à iniciativa legislativa das normas jurídicas sobre a publicidade na Administração Pública. Como já exposto outrora,³⁵ em linha de princípio, a disciplina legislativa da publicidade administrativa não se revela como matéria que mereça trato normativo por impulso exclusiva do Chefe do Poder

31. PASTORI, Giorgio. I diritti di informazione di cui alla Legge n. 816/1985 e la loro attuazione. In: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1988. vol. III, p. 594.

32. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 160-161.

33. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 08.

34. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. Cit. p. 63-72; CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Op. Cit. p. 159.

35. Idem. Princípio da publicidade. Cit. p. 233-258.

Executivo. A matéria situa-se na iniciativa legislativa comum ou concorrente que é a regra, enquanto é excepcional a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos. A exceção não se presume. Bem por isso se apregoa interpretação restritiva à iniciativa legislativa reservada³⁶ porque ao transferir a deflagração do processo legislativo a determinado sujeito (em tom de exclusividade) diminui as funções típicas dos parlamentares.³⁷

A matéria não está inserida no rol taxativo do art. 61, § 1.º, da CF/1988, e não deve ser compreendida na reserva de Administração (art. 84, II e VI, da CF/1988). A lei que disciplina a publicidade dos atos da Administração Pública não demanda iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo porque não trata de criação, estruturação e atribuições dos órgãos que lhe são vinculados,³⁸ o que não se confunde com a criação de entidade descentralizada ou órgão público destinado aos serviços de publicidade dos atos da Administração que exige lei, observada a reserva de iniciativa legislativa (arts. 37, XIX, 61, § 1.º, II, e, e 84, VI, a, da CF/1988).

Por outro lado, a competência se, em linha de princípio, pertence a cada ente federativo por se caracterizar como assunto de sua autonomia administrativa, não afasta a competência normativa concorrente em matéria de direito financeiro ao tratar de recursos públicos. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal alijou a inconstitucionalidade da Lei 9.755/1998 ao expressar que:

“(...) Trata-se de norma geral voltada à publicidade das contas públicas, inserindo-se na esfera de abrangência do direito financeiro, sobre o qual compete à União legislar concorrentemente, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal. 3. A norma não representa desrespeito ao princípio federativo, inspirando-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, no contexto do aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo,

36. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 581, 592-593.

37. STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 27.04.2001; STF, MS 22.690-CE, Tribunal Pleno, j. 17.04.1997, v.u., rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 07.12.200, p. 36.

38. “1. Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não incidência de vedação constitucional (CF, art. 61, § 1.º, II, e). (...)” (STF, ADI-MC 2.472-RS, Tribunal Pleno, j. 12.03.2002, v.u., rel. Min. Maurício Correa, *DJ* 03.05.2002, p. 13). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou a inconstitucionalidade de lei municipal “que inscreve explícita obrigação de obediência ao princípio da publicidade, e, por via de consequência, ao da moralidade, quando dos atos de nomeação, contratação e demissão de servidores públicos”, reputando que tal “em nada interfere na atuação administrativa do Poder Executivo, na esfera de sua competência” porque “não se trata, pois, de ampliação indevida e fora da previsão constitucional das funções fiscalizadoras da Câmara Municipal, mas do exercício de sua função precípua, a legislativa, em estrito ajuste aos princípios que devem reger a atuação administrativa municipal” (*RT* 661/68).

assim, o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF/1988). (...).³⁹

4. O DEVER DE PUBLICIDADE

A publicidade é dever da Administração Pública quando ela tem a obrigação de divulgação de seus atos. Há, basicamente, duas formas pelas quais ela cumpre esse dever: a publicação e a comunicação (intimação, notificação), que variam conforme o modo de ciência do ato.

A publicação consiste na divulgação oficial do ato através do jornal oficial ou meio de valor legal equivalente (divulgação em boletim oficial ou portal eletrônico; afixação em local visível e acessível a todos) para conhecimento geral porque tem como destinatários uma pluralidade indeterminada de sujeitos (publicidade impessoal); a comunicação (por meio da notificação ou da intimação) visa o alcance de sujeitos determinados, exigindo o efetivo conhecimento do ato pelo interessado (publicidade pessoal).

Atualmente, com o advento da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) o dever de publicidade se tonificou. Esse diploma legal tem como premissas gerais fundamentais, que são denominadas como diretrizes em seu art. 3.º: (a) a publicidade como regra e o sigilo como exceção, e (b) a divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitação. Ou seja, tudo aquilo que não é informação nominativa e pessoal ou sigilosa, a Administração Pública é obrigada a dar publicidade sem necessidade do exercício do direito de acesso.

A Lei 12.527/2011 conceitua informação como dado e documento como unidade de registro de informações (art. 4.º, I e II), definindo que informação sigilosa é aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para segurança da sociedade e do Estado (art. 4.º, III) e informação pessoal é a relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 4.º, IV). Desta maneira, informação pública é aquela não legalmente conceituada como sigilosa ou pessoal e que tem como objeto as atividades estatais discriminadas no art. 7.º. Este preceito contempla informações amplas sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades. Nele estão arroladas as relativas à sua política, organização e serviços; à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; 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. Esse rol indica as informações que têm

39. STF, ADI 2.198-PB, Tribunal Pleno, j. 11.04.2013, m.v., rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 19.08.2013.

natureza ontologicamente pública, e que se verificará quando o dado tiver relevância para o interesse coletivo ou geral.

O *caput* do art. 8.º da Lei 12.527/2011 reitera a concepção do dever de publicidade que modificou profundamente a tradição administrativa brasileira ao avançar para além da garantia do acesso à informação. A norma reforça essa novel concepção ao preceituar que “é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”. O § 1.º do art. 8.º fixa os requisitos mínimos do dever de publicidade, fornecendo ao nível infralegal a possibilidade de sua expansão. E como meio de seu adimplemento o § 2.º desse art. 8.º estabelece que “os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*)”. Aí se predica a pluralidade de mecanismos de publicidade, assinalando a obrigatoriedade de sítios oficiais que deverão conter os requisitos enumerados exemplificativamente no § 3.º do art. 8.º.

Ainda que dispensada a divulgação obrigatória para Municípios com diminuta população, deles se exige, no entanto, divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), consoante o disposto no § 4.º do art. 8.º. Antes da edição da Lei 12.527/2011 já havia no direito brasileiro a transparência da gestão fiscal que transitou por duas etapas. A primeira se conteve na redação primitiva da Lei de Responsabilidade Fiscal que conceituou como instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: (a) planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; (b) prestações de contas e o respectivo parecer prévio; (c) Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; (d) as versões simplificadas desses documentos (art. 48). Além disso, se previa no parágrafo único do art. 48 que “a transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”. A segunda etapa se inaugurou com o advento da LC 131/2009. O novo parágrafo único do art. 48 da LC 101/2000 contém novo rol de instrumentos de transparência: o “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos” passou a figurar como inc. I, e coabita com 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” (inc. II) e a “adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A” (inc. III). Para os fins do inc. II do art. 48, se obriga o poder público à disponibilização a qualquer pessoa do acesso a informações referentes à

despesa (todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado) e à receita (o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários), conforme reza o art. 48-A.

Por sua vez, cada órgão ou entidade da Administração deverá, para garantir o acesso a informações públicas, realizar audiências ou consultas públicas ou outros mecanismos de participação popular e de divulgação, e, também, como posto no art. 9.º, I, da Lei 12.527/2011, criar serviço de informações ao cidadão, cujas finalidades são o atendimento e a orientação do público quanto ao acesso a informações, a informação sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades, e o protocolo de documentos e requerimentos de acesso a informações. A divulgação nada mais é do que uma forma de publicação.

A diferença entre publicação e comunicação se radica, em linha de princípio, na generalidade ou na individualidade de seu objeto: medidas gerais são sujeitas à publicação ao passo que as individuais à comunicação, salvo nas hipóteses em que a lei autoriza para estas a substituição pela publicação (desconhecimento dos interessados, ignorância de sua localização, impossibilidade de sua prática, v.g.). Porém, deve-se sopesar a repercussão na esfera jurídica dos interessados e o âmbito de eficácia dos atos sujeitos à publicidade.

A Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) estabelece que atos individuais benéficos e restritivos de direitos sempre devem ser objeto de comunicação (art. 28). Por outro lado, é assente que (a) atos gerais e individuais dotados de efeitos internos ou restritos aos seus destinatários requerem comunicação direta para produção de seus efeitos, salvo disposição em contrário; (b) atos normativos e gerais com efeitos externos devem ser objeto de publicação; (c) atos individuais com efeitos externos exigem comunicação. E para além, há atos individuais de efeitos externos que também são objeto de publicação cumulativamente ou não à comunicação por força da atribuição de maior grau de transparência na gestão dos negócios públicos, visando ao controle e fiscalização.

Sem embargo, a publicação pode ser vicária à notificação como forma de publicidade dos atos individuais em razão do grande número de interessados (atos coletivos, como lista de admissão ao serviço de ensino, resultados de exames etc.),⁴⁰ da pluralidade indeterminada de pessoas, de seu objeto ser um procedimento seletivo⁴¹

40. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1992. t. I, p. 613-614.

41. MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Trivium, 1996. p. 319.

(ou seja, diante do considerado ato plúrimo),⁴² de alguns atos individuais com vários destinatários que são atos preparatórios de caráter geral para formação de atos de alcance particular. E se o ato geral ou individual de efeito interno repercute sobre a posição jurídica dos administrados, impõe-se a publicação (a comunicação pessoal é matéria de direito estrito,⁴³ resultando de lei), ainda que atos individuais adquiram eficácia com a comunicação sem obliterar o controle e a fiscalização pela publicação concorrente.

Cabe à lei a definição do modo de publicação: diário oficial; portais eletrônicos; imprensa privada; afixação em local próprio de acesso público. O cumprimento do dever de publicidade pelas formas da publicação e da comunicação aos destinatários gera a “presunção absoluta da ciência do destinatário”, dispensada, quanto à publicação, prova do efetivo conhecimento,⁴⁴ pois, a publicação oficial é exigência da exectoriedade do ato para produção de efeitos externos.⁴⁵ Quanto aos atos sujeitos à comunicação, seu aperfeiçoamento estabelece a presunção de ciência efetiva.

De qualquer sorte, afigura-se inidônea a publicidade com preterição da forma legal, em razão da insegurança jurídica relativa à existência e ao conteúdo do ato e à garantia de sua eficácia. Mercê do princípio do formalismo moderado, a forma legal deve sempre ser observada (arts. 2.º, VIII a X, 22 e 26, §§ 1.º, 3.º e 5.º, da Lei 9.784/1999); se a lei não fixar a forma, o administrador tem liberdade para criá-la e desde que seja eficiente aos seus fins.

A publicação pode ser integral ou resumida, conforme disponha a lei. O modo resumido é permitido desde que com suficiente grau de certeza e segurança, garantido o acesso à íntegra por outros meios. A publicação integral é exigência elementar de atos normativos. E a Lei 9.784/1999 delinea elementos obrigatórios da comunicação pessoal (art. 26, § 1.º), notadamente os que expressem certeza e segurança aos administrados, como a motivação. .

Prevalece a excepcionalidade da comunicação por edital. Ela se arraiga nos pressupostos de indeterminação, desconhecimento ou indefinição do domicílio de interessados (art. 26, § 4.º, da Lei 9.784/1999), se concretizando mediante publicação oficial.

Não é demais lembrar que a publicidade pessoal tem supedâneo no devido processo legal, exigente da efetividade dos direitos de ciência, audição e defesa. Bem por isso, é requisitada notificação e não a publicação da instauração de processo administrativo restritivo de direitos.⁴⁶

42. LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. milano: dott. a. giuffrè, 1997. p. 194.

43. araÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

44. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios constitucionais da administração pública* cit. p. 161-162.

45. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit. p. 564-565.

46. RT759/151.

A supressão, execução incompleta, insuficiente da comunicação ou realização pela via inadequada poderá implicar nulidade ou ineficácia do ato. Se a comunicação constituir formalidade essencial à defesa e ao devido processo legal como integrante de alguma etapa de formação do ato, tratar-se-á de nulidade enquanto se a comunicação funcionar apenas como fator de produtividade dos seus efeitos, sem comprometer a substância do ato comunicado, será caso de ineficácia.

Para além, há a perspectiva de sanções ao agente público: (a) a falta de publicação (omissão ou retardamento doloso) de leis e resoluções do Poder Legislativo ou atos do Poder Executivo constitui crime de responsabilidade contra a probidade na administração (art. 9.º, 1, da Lei 1.079/1950), e, na esfera municipal, o retardamento ou a abstenção de publicação de leis e atos sujeitos a essa formalidade (publicação) é infração político-administrativa (art. 4.º, IV, do Dec.-Lei 201/1967); (b) constitui infração administrativa, punida com multa imposta pelo Tribunal de Contas, “deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório da gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei” (art. 5.º, I, da Lei 10.028/2000); (c) caracteriza-se ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da administração pública por violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade e aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade (arts. 11, *caput*, e 4.º, da Lei 8.429/1992), a negativa de publicidade aos atos oficiais (art. 11, II e IV, da Lei 8.429/1992).

5. O DIREITO À PUBLICIDADE

Publicidade igualmente consiste no direito subjetivo público de acesso à informação pública previsto na Constituição de 1988 (arts. 5.º, XIV, XXXIII, LX e LXXII, a, e 37, § 3.º, II) e nas convenções internacionais (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, art. 19, Decreto Legislativo 226/1991 e Dec. 592/1992,⁴⁷ Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, Dec. 678/1992).⁴⁸ No direito administrativo

47. “Artigo 19. (...) 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no § 2.º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.”

48. “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

comunitário europeu sua concessão mediante prévio requerimento de qualquer cidadão dispensa a indicação das razões da solicitação.⁴⁹

No direito nacional, a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações Públicas) regula o acesso a informações previsto no inc. XXXIII do art. 5.º, no inc. II do § 3.º do art. 37 e no § 2.º do art. 216 da CF/1988.⁵⁰

Há, segundo Fabrício Motta, um direito fundamental à informação cujo conteúdo revela um substrato positivo consistente no “dever estatal de promover amplo e livre acesso à informação como condição necessária ao conhecimento, à participação e ao controle da Administração” e outro negativo, pois, “salvo no que afete a segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, as ações administrativas não podem desenvolver-se em segredo”⁵¹ – do qual decorre o direito de acesso à informação pública respeitando-se as exceções normativas.

A norma constante do *caput* do art. 37 orientou a produção normativa subalterna, das quais merecem destaque as Leis 9.051/1995 (Lei de Certidões), 9.265/1996 (Lei da Gratuidade dos Atos da Cidadania), 9.507/1997 (Lei do *Habeas Data*) e 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) e a LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e que, somadas à Lei 12.527/2011, convergem para um conceito de administração pública aberta ao traçarem expressivas regras sobre publicidade, acesso à informação, motivação e participação popular, restringindo o sigilo às hipóteses de imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado, à privacidade e à intimidade e ao interesse social. Convém chamar atenção ainda à redação dada ao inc. IX do art. 93 da CF/1988 pela EC 45/2004. O preceito que estabelece a publicidade e a motivação de todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, foi além, estipulando que a lei poderia limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

O acesso se concretiza em vários instrumentos como os direitos de informação, de certidão, e de acesso aos registros administrativos e atos de governo, *habeas data*, obtenção de cópia, consulta etc. As informações em poder da Administração Pública têm caráter público. Logo, o direito de acesso não se qualifica como publicidade facultativa, senão o reconhecimento de posição jurídica ativa em relação à Administração Pública, com a consequente exigibilidade e dever de prestação ao interessado.

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

49. CERRILLO I MARTINEZ, Agustí. La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente. Op. Cit. p. 77-78.

50. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº 12.527/11). In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; IRENE, Patrícia e NOHARA, Thiago Marrara (orgs.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 989-1014

51. MOTTA, Fabrício. O princípio constitucional da publicidade administrativa. Op. Cit. p. 271.

Pouco importa que a informação já tenha sido publicada. O cumprimento do dever não exonera a Administração de assegurar o acesso (ou indicar onde ela pode ser obtida), pois, concorre o direito de ter-se ciência da existência e do conteúdo dos atos da Administração, que não se restringe aos atos já publicados ou em etapa de aperfeiçoamento pela publicação; ele se estende ao processo produtivo dos atos da Administração, inclusive os preparatórios de efeitos internos, ressalvados os atos cuja publicidade seja restrita em termos limitados.⁵²

A Lei 12.527/2011 fornece no art. 3.º, I e II, as premissas gerais fundamentais da publicidade como regra e o sigilo como exceção, e da divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitação. São pilares da administração pública transparente que permeiam o dever de visibilidade de informações de interesse coletivo ou geral: (a) a relatividade do sigilo vinculada a valores essenciais expressamente consentidos; (b) o controle administrativo e judiciário da negativa de acesso a informações; (c) a garantia de acesso e tratamento de informações sigilosas em face da supremacia do interesse público, condicionada a cláusulas de preservação e de uso responsável.

Para os fins dessa lei, informação pública é dado ou documento não legalmente conceituados como sigilosos ou pessoais, tendo como objeto as atividades estatais discriminadas no art. 7.º, já que informação sigilosa é “aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado” (art. 4.º, III) e informação pessoal é a “relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (art. 4.º, IV).

O direito de acesso se refere a informações públicas de caráter coletivo ou geral. Em relação a outras espécies de informação, o acesso será restrito. A informação pública poderá ser restrita diante do interesse público à imprescindibilidade do sigilo como na hipótese do § 1.º do art. 7.º.⁵³ Sendo parcial a sigilosidade, o acesso poderá ser livre à parcela não gravada (art. 7.º, § 2.º).⁵⁴

A concessão do direito de acesso deve ser pública (art. 7.º, § 3.º),⁵⁵ sendo indispensável a motivação da negativa sob pena de responsabilidade disciplinar e civil (art. 7.º, § 4.º),⁵⁶ assegurando direito à obtenção de seu inteiro teor por certidão ou

52. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa* cit. p. 88-115.

53. “O acesso à informação previsto no *caput* não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

54. “Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.”

55. “O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.”

56. “A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1.º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.”

cópia (art. 14) sendo obrigatória a comunicação ao requerente da “possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação” (art. 11, § 4.º). O exercício do direito de acesso é franqueado a qualquer interessado (art. 10), bastando, no caso de informação de interesse público, a apresentação de requerimento por qualquer meio legítimo que contenham sua identificação e a especificação da informação requerida (art. 10). Para compreensão da noção de interessado se recorre à dimensão que foi dispensada à Lei do Processo Administrativo Federal, onde o termo é adotado para acesso ao processo administrativo de acordo com uma visão de administração transparente. O art. 46 da Lei 9.784/1999 merece interpretação ampla, não limitando o acesso apenas aos interessados no processo administrativo porque, por força do princípio da publicidade, a mera consulta para conhecimento, cópia ou certidão “independe da condição de ‘interessado’ em sentido estrito. Para isso, interessado é quem tem interesse, é qualquer pessoa”,⁵⁷ a exemplo do direito italiano que assegura o acesso ao público em geral.⁵⁸ Idêntica exegese se obriga, tanto que a Lei 12.527/2011 proclama a ilicitude de exigências relativas à identificação que inviabilizem a solicitação ou aos motivos determinantes da solicitação (art. 10, §§ 1.º e 3.º).

O acesso à informação disponível deverá ser prestado, mediante autorização ou concessão, de maneira imediata (art. 11), podendo o órgão ou entidade da Administração Pública oferecer meios para que o próprio requerente possa pesquisar a informação de que necessitar (art. 11, § 3.º). Se a informação estiver armazenada em formato digital será fornecida nesse formato, caso haja anuência do requerente (art. 11, § 5.º) e caso esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos (art. 11, § 6.º).

Diante da impossibilidade de acesso imediato, o poder público tem o prazo máximo de 20 (vinte) dias para comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão, indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido, ou comunicar que não possui a informação, indicando, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação (art. 11, § 1.º). Esse prazo poderá

57. FERRAZ, Sérgio Ferraz e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 142-143.

58. ALLEGRETTI, Umberto. Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa. In: *Scritti in onore de Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1988. vol. III, p. 10-11.

ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente (art. 11, § 2.º).

É gratuito o direito de acesso, 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 (art. 12). Todavia, a onerosidade pode ser dispensada se o requerente for isento (art. 12, parágrafo único).⁵⁹

Se a informação estiver contida em documento cuja manipulação possa prejudicar sua integridade, o acesso será feito por consulta a cópia, com certificação de que esta confere com o original (art. 13), e “na impossibilidade de obtenção de cópias, o interessado poderá solicitar que, a suas expensas e sob supervisão de servidor público, a reprodução seja feita por outro meio que não ponha em risco a conservação do documento original” (art. 13, parágrafo único).

Além da responsabilidade do agente público pela irregular negativa de acesso à informação pública, é nula a decisão que não tem a necessária motivação, podendo ser contrastada administrativa ou judicialmente.

O direito de recurso administrativo é exercitável em face de decisões de indeferimento de acesso a informações ou às razões de sua negativa, a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias a contar da ciência do interessado (art. 15). Esse recurso deve ser dirigido à autoridade hierarquicamente superior à que exarou a decisão impugnada, que deverá se manifestar no prazo de 05 (cinco) dias (art. 15, parágrafo único).

Aos procedimentos do pedido de acesso à informação e dos recursos administrativos aplica-se subsidiariamente a Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) naquilo que for compatível (art. 20).

A Lei 9.784/1999 enumera entre os princípios do processo administrativo a publicidade no art. 2.º, parágrafo único, V, e vários de seus dispositivos a mecanizam como os arts. 2.º, parágrafo único, X, 3.º, II, 26, 28, 31 a 34, 41, 44, 46, assegurando a participação processual mediante formas de publicidade, e, em especial, o direito de acesso ao processo. Tais preceitos são plenamente aplicáveis salvo expressa disposição em contrário da Lei 12.527/2011. Também são incidentes nessa mesma medida os preceitos relativos ao dever de decisão motivada – especialmente os arts. 48 e 50, I e V – e a ritualística atinente aos recursos (arts. 56 a 64-A), da qual merece destaque a gratuidade (art. 56, § 2.º). De qualquer maneira, a Lei de Acesso a Informações Públicas reiteradamente impõe o dever de motivação, o que é salutar para efetiva derrubada da tradicional cultura da opacidade.

A *latere* do direito de acesso há os de certidão, informação e de *habeas data*.

59. “Estará isento de ressarcir os custos previstos no *caput* todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, declarada nos termos da Lei 7.115, de 29 de agosto de 1983.”

O direito de certidão é assegurado, gratuitamente, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5.º, XXXIV, *b*, da CF/1988), com âmbito subjetivo mais restrito. A Lei 9.051/1995 disciplina o preceito constitucional, assinando o prazo improrrogável de sua expedição em 15 (quinze) dias, a contar do registro do pedido no órgão competente (art. 1.º), e exigindo a motivação do pedido pelo interessado (art. 2.º). Essa motivação requer os seguintes elementos como pressupostos do direito de certidão: (a) razoabilidade do pedido; (b) legítimo interesse; (c) indicação da finalidade.

A legitimidade do interesse manifesta-se pela existência de direito individual ou coletivo a ser defendido. A motivação das razões e da finalidade do requerimento de obtenção de certidão é medida para o exame da conformidade do exercício do direito aos objetivos de defesa de direitos e o esclarecimento de situações de interesse pessoal. A informação buscada é acerca de fatos existentes e ocorridos relacionados à situação própria ou de terceiro que tenha relevância na esfera jurídica do interessado, bem como direitos ou interesses coletivos ou difusos (art. 1.º, §§ 4.º e 5.º, da Lei 4.717/1965; art. 8.º da Lei 7.347/1985). A denegação de certidão é possível quando o conteúdo do ato certificável não tenha nenhuma ligação com o direito deduzido ou a deduzir-se judicial ou administrativamente,⁶⁰ assim como pela ilegitimidade do requerente. De qualquer maneira, é inadmissível a subordinação do deferimento à efetiva legitimidade ou procedência do direito material subjacente,⁶¹ senão ao conhecimento de uma situação que poderá ou não dar ignição à defesa de direitos.

O direito de informação vem consagrado no art. 5.º, XXXIII, da CF/1988. É direito de natureza difusa por envolver interesses particulares, coletivos e gerais, razão que exhibe sua primordial diferença em relação ao direito de certidão. Portanto, no direito de informação é desautorizada a exigência de interesse direto ou pessoal. Ele traduz o direito subjetivo público de se informar sobre todos os aspectos da gestão administrativa, e só é excepcionado nos casos de sigilo.

Seu exercício também é gratuito e decorre da Lei 9.265/1996 (art. 1.º, III). Ele tampouco requer o exercício de ulterior direito conexo ou decorrente, a titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido, e a indicação de sua finalidade. Exige apenas a determinação - a indicação da específica informação. Sua recusa deve ser motivada com lastro nas restrições à publicidade administrativa constantes da Constituição (art. 5.º, X, XXXIII e LX).

No patamar infraconstitucional, o direito de informação já estava previsto na Lei 9.784/1999, compreendendo as prerrogativas de ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, de vista dos autos, de obtenção de cópias dos documentos neles contidos e de conhecimento das decisões proferidas (arts. 3.º, II e 46, da Lei 9.784/1999).

60. MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1968. t. V, p. 613.

61. *Idem*, *ibidem*.

É paradoxal a recusa à parlamentar da solicitação direta de informações ao Chefe do Poder Executivo, condicionando o pedido à deliberação de comissão ou do plenário (v.g., art. 50, § 2.º, da CF/1988). Se o art. 5.º, XXXIII, da CF/1988, confere o direito a qualquer pessoa, *a fortiori* não se deve limitá-lo quando o exerce sujeito investido em mandato parlamentar, sob pena de paradoxal redução de seu *status* cívico.

Segundo o art. 38, o *habeas data* é o instrumento cabível para acesso à informação pessoal constante de registro ou banco de dados governamentais, estabelecendo-se interação entre a Lei 12.527/2011 e ao seu perfil constante da Lei 9.507/1997.⁶²

O *habeas data* é destinado ao acesso, complementação ou retificação de dados pessoais constantes de assentos, registros e bancos de dados públicos ou de caráter público, regulado pela Lei 9.507/1997. Um dos seus traços distintivos é o objeto: o *habeas data* incide sobre registros ou bancos de dados de informações pessoais, enquanto o direito de informação atinge qualquer documento, dado, registro, registrados ou não em entidade administrativa, abrangendo informações de caráter geral. Além disso, o *habeas data* é restrito às informações pessoais como projeção de proteção da intimidade e dirige-se também à retificação de dados, fundando-se na dignidade da pessoa humana, ao passo que o direito de informação sedimenta-se na cidadania e na transparência.

Os arts. 2.º a 3.º da Lei 9.507/1997 delineiam o processo administrativo de acesso a tais informações,). O contencioso administrativo prévio aí inscrito contraria a incondicionalidade de acesso ao controle judiciário da Administração Pública e discrepa do próprio perfil constitucional do *habeas data* (art. 5.º, XXXV e LXXII, da CF/1988) que menciona o caráter facultativo do exercício da garantia em processo administrativo ou judicial. Apesar dessa crítica, o Supremo Tribunal Federal condiciona o *habeas data* “a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo”,⁶³ sendo perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça que editou a Súmula 02: “Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5.º, LXXII, *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.

A Lei de Acesso a Informações Públicas não tangenciou a Lei do *Habeas Data*. Ao contrário, o art. 38 daquela enuncia que: “Aplica-se, no que couber, a Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, em relação à informação de pessoa, física ou jurídica, constante de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

A ilicitude da recusa ou omissão da expedição da certidão ou prestação de informação pode gerar a responsabilidade política, civil e criminal (art. 1.º, XV, do Dec.-Lei 201/1967; art. 11, IV, da Lei 8.429/1992; art. 116, V alíneas *a* e *b*, da Lei 8.112/1990), sendo suprável por mandado de segurança ou por iniciativa do *Parquet* a quem se

62. “Aplica-se, no que couber, a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, em relação à informação de pessoa, física ou jurídica, constante de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.”

63. RTJ 162/807.

reconheceu “legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas”⁶⁴

6. PUBLICIDADE E SIGILO

Apresentando argumentação idônea para a derrubada da praxe administrativa do sigilo, Norberto Bobbio frisa que “todas as operações dos governantes devem ser conhecidas pelo Povo Soberano, exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo”⁶⁵

Na Constituição de 1988 a publicidade é a regra, mas, há casos em que ela é restrita. Não se trata de sigilo, senão de restrição temporária à publicidade motivada pela imprescindibilidade da segurança do Estado ou da sociedade, pela exigência do interesse social e pela defesa da intimidade (arts. 5.º, X, XII, XXXIII, LX, e 37, da CF/1988), tutelando tanto o interesse público (eficiência, impessoalidade e moralidade da ação administrativa) quanto o particular (intimidade e privacidade).

Na noção de imprescindibilidade da segurança do Estado ou da sociedade e de exigência do interesse social costuma-se aninhar, no direito comparado, situações que podem servir como parâmetro para o direito brasileiro na falta de regras mais claras (segurança nacional, planos econômicos, investigações etc.). O sigilo só se impõe quando tem utilidade para evitar a ineficiência, pois, parece óbvio que a divulgação antecipada de um plano militar ou econômico teria nocivos efeitos. Com relação à privacidade, ela abrange a intimidade, envolvendo a proteção dos dados pessoais ou sensíveis. Seu caráter excepcional a circunscreve às hipóteses expressamente inscritas na Constituição Federal ou por ela autorizadas à intermediação legislativa, e demanda sempre decisão motivada da autoridade administrativa para o acesso ou negativa, controlável pelo Poder Judiciário. Os servidores públicos têm o dever funcional de discricionariedade sobre os assuntos sujeitos à publicidade restrita (art. 116, V, *a*, e VIII, da Lei 8.112/1990).

A restrição à publicidade não é absoluta, sendo flexibilizada diante da supremacia de interesse público específico (v.g., arts. 93, IX, 136, § 1.º, *b e c*, 139, III, da CF/1988). A restrição à publicidade não pode comprometer o interesse público à informação. Portanto, características da restrição à publicidade são a relatividade e a parcialidade. Por isso, balanceando valores fundamentais, são adotados mecanismos de conciliação como condições ou limites subjetivos, objetivos, formais e parciais de acesso restrito (duração, motivação, finalidade específica, acesso exclusivo de pessoas, órgãos e entidades, competência vinculada ao cumprimento de atribuição, sujeição à autorização,

64. RT 878/125.

65. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo cit. p. 84-86.

exclusão de atos, fases ou etapas, operações exequíveis etc.), somadas a cláusulas de reforço (responsabilidade do uso, extensão do dever de preservação da reserva, normas de proteção de acesso a informações restritas em relação aos interesses privados ou estranhos ao interesse público de certos agentes). Essa relatividade implica a restrição condicionada à necessidade, tornando impossíveis restrições delongadas. Fora do círculo de restrição, prevalece a publicidade ampla, extensiva e irrestrita.

Em consequência dessas bases, decorre, por exemplo, o intercâmbio de informações entre entidades e órgãos administrativos de diferentes competências, para alcance de interesse público específico diverso da prestação de informação ou dado pelo particular, mediante autorização legal, a possibilidade de instituição de *quarentenas* em razão do exercício de altos cargos, a transparência patrimonial dos agentes públicos, a inoponibilidade do sigilo em relação a operações públicas, principalmente em relação à aplicação de recursos do erário, a admissibilidade de conhecimento de dados reservados para defesa de direitos etc.⁶⁶

O traçado de excepcionalidade do sigilo foi reafirmado no art. 3.º da Lei 12.527/2011. Para tanto, a lei enuncia aquilo que não pode ser absolutamente considerado sigiloso como a informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21) e informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas (art. 21, parágrafo único). De outra parte, rende-se à restrição da publicidade às situações constitucionalmente previstas além de seus preceitos adicionando que “não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público” (art. 22).

O perfil da restrição à publicidade é balizado pela classificação da informação, ato administrativo que fixa seu caráter reservado segundo graus e prazos determinados. O art. 23 da Lei 12.527/2011 arrola informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e cuja divulgação ou acesso irrestrito possam(a) “pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional” (inc. I), (b) “prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais” (inc. II), (c) “pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população” (inc. III), (d) “oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País” (inc. IV), (e) “prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas” (inc. V), (f) “prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional” (inc. VI), (g) “pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e

66. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa* cit. p. 136-235.

seus familiares” (inc. VII), (h) “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações” (inc. VIII).

Essa relação apresenta ordinárias hipóteses de restrição à publicidade estatal, amparadas nos incs. XXXIII e LX do art. 5.º da CF/1988. Em comum, elas tendem à preservação do interesse público, e demonstram sua posição de supremacia, ligando-se à eficiência da ação estatal e a sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado. A classificação poderá lhes atribuir os graus de ultrassecreta, secreta ou reservada (art. 24), vigorando os prazos máximos de restrição de acesso a partir da data de sua produção (art. 24, § 1.º): (a) ultrassecreta [25 (vinte e cinco) anos (inc. I)]; (b) secreta [15 (quinze) anos (inc. II)]; (c) reservada [05 (cinco) anos (inc. III)]; mas, segundo o § 3.º do art. 24, alternativamente aos prazos previstos no § 1.º, o termo *ad quem* pode se ligar “a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação”. O prazo não poderá exceder o limite, embora possa ser fixado em período menor. A prorrogação foi limitada à hipótese do art. 35, § 1.º, III, e § 2.º, da Lei 12.527/2011, referente à informação ultrassecreta. Com o termo final, a informação passa automaticamente ao acesso público (art. 24, § 4.º).

Há parâmetros para a classificação que são orientados pela razoabilidade e pela proporcionalidade como o interesse público da informação e o uso do critério menos restritivo possível, sopesando a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade ou do Estado e o prazo máximo de restrição do acesso ou do evento que defina seu termo *ad quem* (art. 24, § 5.º, I e II).

Como a classificação acarreta a perda da ostensividade da informação, deve ser expressa e motivada. A ausência de decisão expressa (silêncio ou omissão) é denegação do sigilo. E desprovida de motivação profícua, é nula, mercê de convalidação por classificação ulterior sem efeito retroativo.

Não tem a Administração Pública liberdade na classificação. A decisão deve se ater ao rol do art. 23, não havendo discricionariedade para imposição do sigilo, nem mesmo na tarefa de reavaliação da classificação ou no julgamento de recursos administrativos sobre a negativa de acesso ou, ainda, no controle judiciário. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“Administrativo. Passaporte diplomático. Transparência na Administração Pública.

1. ‘Todos’ – está dito no art. 5.º, XXXIII, da CF/1988 – ‘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.’

Esse direito individual tem sua contrapartida no dever da Administração Pública de obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, *publicidade* e

eficiência (art. 37, *caput*), dela fazendo parte o cidadão mediante o acesso ‘*a registros administrativos e a informações sobre atos de governo*’ (art. 37, § 3.º, inc. II).

A ideia subjacente é a de que a *transparência* dos atos administrativos constitui o modo republicano de governo; sujeita a *res publica* à visibilidade de todos, o poder se autolimita ou é limitado pelo *controle social*, este uma das diretrizes que informaram a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (*editada posteriormente à impetração*), a saber:

‘Art. 3º - Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.’

A lei só regulamentou o que já decorria diretamente da norma constitucional, cuja eficácia é plena desde a data da promulgação da Constituição Federal.

2. O nome de quem recebe um passaporte diplomático emitido por *interesse público* não pode ficar escondido do *público*. O interesse público pertence à *esfera pública* e o que se faz em seu nome está sujeito ao *controle social*, não podendo o ato discricionário de emissão daquele documento ficar restrito ao domínio do *círculo do poder*. A noção de interesse público não pode ser linearmente confundida com ‘*razões de Estado*’, e, no caso concreto, é incompatível com o segredo da informação. (...)”⁶⁷

A restrição à publicidade é relativa, admitindo acesso parcial em relação a determinados atos ou pessoas quando necessário para garantia de direito, inclusive o de acesso à informação. Ponto essencial é a obrigação de preservação do sigilo.

A lei prevê tanto a desclassificação quanto a reclassificação. Ostensividade e mudança de grau as autorizam; principalmente aquela se não houver mais necessidade da reserva pela ocorrência de evento futuro que justificava seu decreto a título de condição resolutiva.

Outra espécie de informação reservada é a pessoal. As informações pessoais são aquelas referentes à pessoa determinada e seu tratamento deve respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais (art. 31 da Lei 12.527/2011). São informações nominais (ou nominativas), de “acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem” (art. 31, § 1.º, I). Há cláusula de responsabilidade do uso.

Elas poderão “ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem” (art. 31, § 1.º, II). Há dispensa de consentimento nos casos relacionados à tutela de direitos alheios ou à proteção do interesse público desde que elas forem necessárias: (a) à

67. STJ, MS 16.179-DF, 1.ª Seção, j. 09.04.2014, v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJe 25.04.2014.

prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; (b) à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; ao cumprimento de ordem judicial; (c) à defesa de direitos humanos; (d) à proteção do interesse público e geral preponderante. Também não há sigilo se houver “intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância” (art. 31, § 4.º).

7. A LEI DE ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS

A Lei 12.527/2011 regula o acesso a informações previsto no inc. XXXIII do art. 5.º, no inc. II do § 3.º do art. 37 e no § 2.º do art. 216 da CF/1988, revogando a Lei 11.111/2005 e dispositivos da Lei 8.159/1991.⁶⁸

Além de revogar a Lei 11.111/2005 (art. 46, I), a Lei de Acesso a Informações derogou expressamente os arts. 22 a 24 da Lei 8.159/1991 (art. 46, II) e naquilo que não a contrariar essa última lei continua em vigor. Os dispositivos revogados tratavam do direito de acesso pleno aos documentos públicos (art. 22), da delegação a decreto para fixação das categorias de sigilo na classificação dos documentos públicos (art. 23), e da inoponibilidade de sigilo ao Poder Judiciário (art. 24). Com essa revogação, perderam vigência os Decretos 4.553/2002 e 5.301/2004 que regulamentavam a Lei 8.159/1991 e a Lei 11.111/2005 respectivamente.

Como já discutido, a Lei 12.527/2011 funda-se nos seguintes baldrames dispostos nos incs. I e II de seu art. 3.º: (a) a publicidade como regra e o sigilo como exceção, e (b) a divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitação (incs. I e II).

“Informação sigilosa: é aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado” (art. 4.º, III) e informação pessoal é a “relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (art. 4.º, IV). Informação pública é, portanto, aquela não legalmente conceituada como sigilosa ou pessoal, tendo como objeto as atividades estatais discriminadas no art. 7.º.

Há também a definição de tratamento da informação. Ele é “o conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação” (art. 4.º, V). “O tratamento de informação

68. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei 12.527/11) cit. p. 989-1014.

sigilosa resultante de tratados, acordos ou atos internacionais atenderá às normas e recomendações constantes desses instrumentos” (art. 36). No mais, as operações de tratamento de informações sigilosas e pessoais serão definidas por normas infralegais, como referido no art. e 25 da lei em foco.

Nesse ponto, a Lei 12.527/2011 não alcançou o estágio que deveria, como a definição das coordenadas do compartilhamento de informações sigilosas e pessoais com entidades e órgãos habilitados ao controle de infrações na busca do interesse público – afetando, por exemplo, matérias cobertas pelo sigilo bancário, financeiro e fiscal, que são objeto de lei complementar no direito brasileiro vigente – adicionada a cláusula de uso regular (isto é, proibitiva de finalidade diversa a autorizada em lei) – conquanto indiretamente tratada através do art. 32, II a IV, da lei comentada.

A informação deve ter as características de autenticidade, integridade e primariedade (art. 4.º, VII a IX), sendo a disponibilidade a sua qualidade de conhecimento e uso (art. 4.º, VI). Constitui obrigação estatal a garantia do direito de acesso à informação mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (art. 5.º).

A novel legislação brasileira não foge do esquema adotado no direito alienígena que consagra, de um lado, o direito de acesso a informações públicas de caráter coletivo ou geral e, de outro, tutela restritivamente o sigilo em razão do interesse privado (privacidade e intimidade) ou do público (segurança da sociedade e do Estado). Isto é visível a partir do art. 6.º da Lei 12.527/2011 cujo inc. I enuncia como dever do poder público a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação, sem obliterar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal com eventual restrição de acesso, conforme reza o inc. III.

Destarte, consoante a espécie de informação, o acesso será ostensivo ou reservado. Em linha de princípio, a *riservatezza* é destinada a informações sigilosas ou pessoais. Em se tratando de informações de interesse coletivo ou geral, a divulgação e o acesso constituem deveres do poder público, independentemente de solicitação, como se infere do art. 8.º que se refere tanto às informações produzidas por entidades e órgãos públicos quanto as por ele custodiadas.

O art. 7.º abrange informações amplas sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades da Administração. O rol enumera informações públicas, relevantes ao interesse coletivo ou geral. Em se tratando de informação dessa natureza o acesso é amplo e irrestrito salvo diante do interesse público à imprescindibilidade do sigilo como na hipótese do § 1.º do art. 7.º.⁶⁹ Sendo parcial a sigilosidade, o acesso poderá ser

69. “O acesso à informação previsto no *caput* não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

livre à parcela por ela não afetada (art. 7.º, § 2.º),⁷⁰ o que demonstra o caráter relativo da restrição à publicidade.

A lei obriga, ainda, a própria publicidade da concessão do direito de acesso no art. 7.º, § 3.º,⁷¹ com motivação da negativa sob pena de responsabilidade disciplinar e civil (art. 7.º, § 4.º),⁷² inclusive no caso de extravio (art. 7.º, §§ 5.º e 6.º). No caso de decisão negativa de acesso total ou parcial (), o requerente tem direito à obtenção de seu inteiro teor por certidão ou cópia (art. 14).

A prestação da informação deverá conter elementos mínimos (art. 8.º, § 1.º, I a VI), sendo transmitida pelos meios capazes inclusive com a obrigatoriedade de sítios oficiais da rede mundial de computadores com acessibilidade ampla e fácil (art. 8.º, §§ 2.º e 3.º). Além disso, cada órgão ou entidade da Administração deverá para garantir o acesso a informações públicas, realizar audiências ou consultas públicas ou outros mecanismos de participação popular e de divulgação, e, também, como posto no art. 9.º, I, criar serviço de informações ao cidadão, cujas finalidades são o atendimento e a orientação do público quanto ao acesso a informações, a informação sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades, e o protocolo de documentos e requerimentos de acesso a informações.

A Lei 12.527/2011 descreve o procedimento do direito de acesso. Seu exercício é assegurado a qualquer interessado (art. 10). No caso de informação de interesse público, basta a apresentação de requerimento por qualquer meio legítimo (além da forma escrita protocolizada o § 2.º do art. 10 prevê como alternativa o encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na *internet*) em que constem sua identificação e a especificação da informação requerida (art. 10), não sendo lícitas exigências relativas à identificação que inviabilizem a solicitação (art. 10, § 1.º) ou aos motivos determinantes da solicitação (art. 10, § 3.º).

Timbrado está na lei a imediatividade na concessão ou autorização do acesso (art. 11). Se a informação estiver armazenada em formato digital será assim fornecida se houver anuência do requerente (art. 11, § 5.º); se estiver disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma nos quais poderá consultá-los, obtê-los ou reproduzi-los. Esse procedimento desincumbe o órgão ou entidade

70. "Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo."

71. "O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo."

72. "A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1.º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei."

pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos (art. 11, § 6.º).

Ocorrendo a impossibilidade de acesso imediato, o poder público tem o prazo (máximo) de 20 (vinte) dias para comunicação da data, local e modo para consulta, reprodução ou obtenção da certidão ou indicação das razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido. No mesmo prazo, também deverá comunicar que não possui a informação, indicando, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação (art. 11, § 1.º). Admite-se a prorrogação desse prazo por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente (art. 11, § 2.º).

No caso de decisão negativa de acesso total ou parcial, que deverá ser motivada (art. 7.º, § 4.º), o requerente tem direito à obtenção de seu inteiro teor por certidão ou cópia (art. 14). É obrigatória a comunicação ao requerente da possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação (art. 11, § 4.º).

Prevalece a gratuidade nos serviços 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 (art. 12). Há possibilidade de dispensa da onerosidade se o requerente for isento (art. 12, parágrafo único).⁷³

Se a informação estiver contida em documento cuja manipulação possa prejudicar sua integridade, o acesso será feito por consulta a cópia, com certificação de que esta confere com o original (art. 13), e “na impossibilidade de obtenção de cópias, o interessado poderá solicitar que, a suas expensas e sob supervisão de servidor público, a reprodução seja feita por outro meio que não ponha em risco a conservação do documento original” (art. 13, parágrafo único).

Do conjunto dessas disposições da Lei 12.527/2011 resulta, para além da responsabilidade do agente público, pela irregular negativa de acesso à informação pública a nulidade da decisão que não tem a necessária motivação, o que a torna passível de recurso administrativo, sem prejuízo do processo judicial cabível.

Sem óbice ao controle jurisdicional, a Lei 12.527/2011 confere o direito de recurso administrativo em face de decisões de indeferimento de acesso a informações ou às razões de sua negativa, no prazo de 10 (dez) dias a contar da ciência do interessado (art. 15). Ele deve ser dirigido à autoridade hierarquicamente superior à que exarou

73. “Estará isento de ressarcir os custos previstos no *caput* todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, declarada nos termos da Lei 7.115, de 29 de agosto de 1983.”

a decisão impugnada, detentora do prazo de 05 (cinco) dias para manifestação (art. 15, parágrafo único) em que poderá manter ou reconsiderar sua decisão.

No âmbito do Poder Executivo da União, a negativa de acesso à informação também viabiliza o manejo de recurso administrativo à Controladoria-Geral da União, que tem o prazo de decisão de 05 (cinco) dias se: (a) “o acesso à informação não classificada como sigilosa for negado”; (b) “a decisão de negativa de acesso à informação total ou parcialmente classificada como sigilosa não indicar a autoridade classificadora ou a hierarquicamente superior a quem possa ser dirigido pedido de acesso ou desclassificação”; (c) “os procedimentos de classificação de informação sigilosa estabelecidos nesta lei não tiverem sido observados”; “estiverem sendo descumpridos prazos ou outros procedimentos previstos nesta lei” (art. 16). Se procedente, a Controladoria-Geral da União determinará ao órgão ou entidade que adote as providências necessárias para dar cumprimento ao disposto na lei (art. 16, § 2.º). É condição de procedibilidade do recurso a prévia submissão do inconformismo à apreciação de pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior àquela que exarou a decisão impugnada, que deliberará no prazo de 05 (cinco) dias (art. 16, § 1.º). Se mantida a negativa de acesso caberá, ainda, recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações (art. 16, § 3.º).

Outro recurso administrativo previsto na Lei 12.527/2011 foi estabelecido em virtude do indeferimento de pedido de desclassificação de informação (art. 17). Havendo decisão contrária à desclassificação, emitida pelo órgão competente, o requerente pode recorrer ao Ministro de Estado a que esteja subordinado o órgão, sem prejuízo da competência da Comissão Mista de Reavaliação de Informações e do recurso à Controladoria-Geral da União. Sua interposição depende de prévio exame de pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior à autoridade que exarou a decisão impugnada e, no caso das Forças Armadas, ao respectivo Comando (art. 17, § 1.º). Mas, no caso de indeferimento de recurso que tenha como objeto a desclassificação de informação secreta ou ultrassecreta, caberá recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações (art. 17, § 2.º).

Segundo o art. 18 da Lei 12.527/2011, “os procedimentos de revisão de decisões denegatórias proferidas no recurso previsto no art. 15 e de revisão de classificação de documentos sigilosos serão objeto de regulamentação própria dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, em seus respectivos âmbitos, assegurado ao solicitante, em qualquer caso, o direito de ser informado sobre o andamento de seu pedido”. De qualquer modo, “os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público informarão ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, as decisões que, em grau de recurso, negarem acesso a informações de interesse público” (art. 19, § 2.º).

Aos procedimentos do pedido de acesso à informação e dos recursos administrativos prega o art. 20 da Lei 12.527/2011 a aplicação subsidiária da Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) naquilo que for compatível. Esta lei é fortemente arraigada na publicidade do processo administrativo. Preceitos como os arts. 2.º, parágrafo

único, Ve X, 3.º, II, 26, 28, 31 a 34, 41, 44, e 46, são incidentes na interação com a Lei de Acesso à Informação, ressalvada disposição em contrário desta Lei 12.527/2011. Além disso, a sinergia entre esses diplomas legais também se espalha ao dever de decisão motivada (arts. 48 e 50, I a VIII) e ao reexame (arts. 56 a 64-A).

Como a publicidade é a regra e o sigilo constitui a exceção, a Lei 12.527/2011 disciplina a restrição de acesso à informação. A título de disposições gerais, e sem prejuízo do traçado na própria Constituição Federal,⁷⁴ giza a lei: (a) a impossibilidade de denegação de “acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” (art. 21); (b) a ostensividade de “informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas” (art. 21, parágrafo único). Ela também “não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público” (art. 22).

A ordenação da restrição à publicidade se orienta pela inscrição de graus diferenciados de sigilo e seus respectivos prazos que denotam a classificação da informação. A sua existência demonstra, novamente, a relatividade da restrição à publicidade.

Os incs. I a VIII do art. 23 da Lei 12.527/2011 contém rol que especifica o quanto disposto nos incs. XXXIII e LX do art. 5.º da CF/1988. Nele estão arroladas como imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possa: “pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”.

Essas informações poderão ser classificadas “como ultrassecretas, secretas ou reservadas” (art. 24). “Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no *caput*, vigoram a partir da data de sua produção” (art. 24, § 1.º). As ultrassecretas por 25 (vinte e cinco) anos; as secretas, 15 (quinze) anos;

74. Lembre-se, por oportuno, que, a par das exceções comumente citadas (art. 5º, XXXIII, *in fine*, e LX), a Constituição de 1988 admite restrição à prestação de informações na vigência do estado de sítio (art. 139, III).

e as reservadas por 05 (cinco) anos. Consente o § 3.º do art. 24 que, alternativamente a esses prazos, o termo final de restrição de acesso poderá consistir na ocorrência de determinado evento (que justifique a desclassificação), desde que este ocorra antes do término do tempo máximo de classificação.

A classificação não pode ser arbitrária, oferecendo a lei parâmetros: o interesse público da informação e o uso do critério menos restritivo possível, considerando a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade ou do Estado e o prazo máximo de restrição do acesso ou do evento que defina seu termo final (art. 24, § 5.º, I e II). Portanto, a classificação deve mercê aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, dela se exigindo motivação suficiente. À minguia de decisão expressa (silêncio ou omissão) ou motivada, trata-se de sigilo irregularmente decretado. Embora seja possível em tese a classificação ulterior, ela só terá validade se presente alguma das situações arroladas no art. 23 no momento de sua decretação.

A decisão de classificação da informação só pode, ademais, se assentar sobre alguma das cláusulas constantes do art. 23 que, no ponto, especifica a imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado e o interesse social, referidos no art. 5.º, XXXIII e LX, da CF/1988. Mercê do emprego de alguns conceitos indeterminados na Lei 12.527/2011, a decisão não pode escapar aos termos do rol do art. 23, não havendo discricionariedade para imposição de restrição ao sigilo.

Orienta-se a classificação, bem como a desclassificação, pela supremacia do interesse público. Só em face da presença deste é que haverá lugar para a restrição à publicidade, sempre lembrando que ela é relativa, pois, além de sua limitação temporal nos prazos referidos no art. 24 da lei, será cabível *disclosure* parcial em relação a determinados atos ou pessoas, em sintonia com o preceito do art. 93, IX, *in fine*, da CF/1988, por exemplo. Nesse sentido, converge a idêntico resultado o teor da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. O entendimento subjacente a esse verbete enuncia que o investigado não tem direito de acesso a diligências em execução na respectiva investigação, pois, “o direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso”,⁷⁵ o que atende ao interesse da eficiência da investigação.

Com relação ao prazo de classificação (sigilosidade), ele não poderá ultrapassar o limite máximo previsto em lei, embora possa ser fixado em patamar inferior de

75. RTJ 202/272. Neste sentido, confira-se ainda: “Administração – publicidade. Norteia a administração pública a publicidade quanto a atos e processos. Inquérito – defesa – acesso. Uma vez juntadas aos autos do inquérito peças resultantes da diligência, descabe obstaculizar o acesso da defesa, pouco importando estarem os dados sob sigilo” (RTJ 210/689).

maneira expressa. A restrição à publicidade embora possa ser alternativamente estipulada temporalmente a evento futuro também demanda expressa referência desse marco e, de qualquer modo, deverá ocorrer antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

Como a lei prevê a reclassificação a decisão poderá tornar ostensiva a informação ou classificá-la de acordo com outro grau, observadas as regras de competência e da natureza, grau e prazo do sigilo.

Para efeito de desclassificação soa admissível a ostensividade ainda quando não transcorrido o prazo inicialmente adotado se não houver mais necessidade da reserva ou se, por exemplo, ocorrido o evento futuro que justificava seu decreto.

A possibilidade de prorrogação do sigilo foi limitada à hipótese do art. 35, § 1.º, III, e § 2.º, da Lei 12.527/2011, referente à informação ultrassecreta.

“Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação torna-se-á, automaticamente, de acesso público – ou seja, ostensiva” (art. 24, § 4.º).

As informações sigilosas, produzidas pelo Estado, estão sujeitas à proteção, sendo seu dever o controle do acesso e da divulgação (art. 25). Sendo classificada como sigilosa a informação o acesso, a divulgação e o seu tratamento são “restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei” (art. 25, § 1.º). A lei prevê a obrigação de preservação do sigilo (art. 25, § 2.º)⁷⁶ – extensível aos subordinados do agente público⁷⁷, cabendo à regulamento a disciplina de “procedimentos e medidas a serem adotados para o tratamento de informação sigilosa, de modo a protegê-la contra perda, alteração indevida, acesso, transmissão e divulgação não autorizados” (art. 25, § 3.º).

Os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação são tratados nos arts. 27 a 30. A classificação varia em função do grau de sigilo e da competência do agente público.

Para o grau ultrassecreto são competentes o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e as autoridades com as mesmas prerrogativas, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e os Chefes

76. “O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.”

77. “Art. 26. As autoridades públicas adotarão as providências necessárias para que o pessoal a elas subordinado hierarquicamente conheça as normas e observe as medidas e procedimentos de segurança para tratamento de informações sigilosas.

Parágrafo único. A pessoa física ou entidade privada que, em razão de qualquer vínculo com o poder público, executar atividades de tratamento de informações sigilosas adotarás as providências necessárias para que seus empregados, prepostos ou representantes observem as medidas e procedimentos de segurança das informações resultantes da aplicação desta Lei.”

de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no Exterior (art. 27, I). No grau secreto, essas mesmas autoridades e os dirigentes de autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 27, II). Por fim, no grau reservado, além das autoridades referidas nos incs. I e II, os agentes públicos que exerçam funções de direção, comando ou chefia em nível superior ou de hierarquia equivalente, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade, observado o disposto na lei (art. 27, III). É admitida a delegação da competência classificatória dos graus ultrassecreto e secreto (art. 27, § 1.º) e “a classificação de informação no grau de sigilo ultrassecreto pelas autoridades previstas nas alíneas “d” e “e” do inc. I deverá ser ratificada pelos respectivos Ministros de Estado, no prazo previsto em regulamento” (art. 27, § 2.º).

A lei estabelece o controle *ex officio* da classificação ordenando no art. 27, § 3.º, que a autoridade ou outro agente público que classificar informação como ultrassecreta deverá encaminhar a respectiva decisão à Comissão Mista de Reavaliação de Informações, no prazo previsto em regulamento.

A decisão classificatória, de qualquer grau, deverá conter elementos mínimos (art. 28), em especial, sua motivação,⁷⁸ sob pena de nulidade.

Ainda preocupada com o controle na classificação de informações, a Lei 12.527/2011 ordena a reavaliação da classificação pela própria autoridade ou seu superior hierárquico, mediante provocação ou de ofício, nos termos e prazos previstos em regulamento, para sua desclassificação ou redução do prazo de sigilo (art. 29). Nessa reavaliação cumpre o exame da permanência dos motivos fundantes do sigilo e da possibilidade de danos decorrentes do acesso ou da divulgação da informação (art. 29, § 2.º) e se houver “redução do prazo de sigilo da informação, o novo prazo de restrição manterá como termo inicial a data da sua produção” (art. 29, § 3.º).

Há no art. 35, § 1.º a instituição de órgão para o controle da classificação de informações. A Comissão Mista de Reavaliação de Informações é o órgão colegiado⁷⁹ competente, no âmbito do Poder Executivo da União, para decisões sobre o tratamento e a classificação de informações sigilosas, sendo-lhe atribuída ainda

78. “Art. 28. A classificação de informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada em decisão que conterá, no mínimo, os seguintes elementos:

I - assunto sobre o qual versa a informação;

II - fundamento da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 24;

III - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, conforme limites previstos no art. 24; e

IV - identificação da autoridade que a classificou.

Parágrafo único. A decisão referida no *caput* será mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada.”

79. “Regulamento disporá sobre a composição, organização e funcionamento da Comissão Mista de Reavaliação de Informações, observado o mandato de 2 (dois) anos para seus integrantes e demais disposições desta Lei” (art. 35, § 5.º).

(art. 35, § 1.º): a requisição de esclarecimento ou de conteúdo, parcial ou integral, da informação à autoridade que a classificar como ultrassecreta ou secreta (art. 35, § 1.º, I); a revisão da “classificação de informações ultrassecretas ou secretas, de ofício ou mediante provocação” (art. 35, § 1.º, II); e a prorrogação do “prazo de sigilo de informação classificada como ultrassecreta, sempre por prazo determinado, enquanto o seu acesso ou divulgação puder ocasionar ameaça externa à soberania nacional ou à integridade do território nacional ou grave risco às relações internacionais do País, observado o prazo previsto no § 1.º do art. 24” (art. 35, § 1.º, III). Nessa última hipótese (art. 35, § 1.º, III), a prorrogação do prazo é limitada a uma única renovação (art. 35, § 2.º).

Conforme o § 3.º do art. 35, a revisão de ofício da classificação de informações ultrassecretas e secretas, pela Comissão Mista de Reavaliação (art. 35, § 1.º, II), deverá ocorrer, no máximo, a cada 04 (quatro) anos, após a reavaliação promovida pelo próprio órgão ou entidade da Administração Pública prevista no art. 39, quando se tratar de documentos ultrassecretos ou secretos. A falta de deliberação do órgão colegiado sobre a revisão nesses prazos implicará a desclassificação automática das informações (art. 35, § 4.º).

Sem prejuízo da atribuição da Comissão Mista de Reavaliação,⁸⁰ o art. 39 expressa que “os órgãos e entidades públicas deverão proceder à reavaliação das informações classificadas como ultrassecretas e secretas no prazo máximo de 02 (dois) anos, contado do termo inicial de vigência desta Lei”, devendo a restrição de acesso a informações daí decorrente observar os prazos e as condições constantes da lei (art. 39, § 1.º). Enquanto não transcorrido o prazo de reavaliação previsto no *caput*, será mantida a classificação da informação nos termos da legislação precedente (art. 39, § 3.º), mas, se “as informações classificadas como secretas e ultrassecretas não [forem] reavaliadas no prazo previsto no *caput* serão consideradas, automaticamente, de acesso público” (art. 39, § 4.º).

Imprimindo transparência às operações de tratamento, o art. 30 da Lei 12.527/2011 determina a publicação, anual, pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade, “em sítio à disposição na internet e destinado à veiculação de dados e informações administrativas, nos termos de regulamento”, dos róis das informações que tenham sido desclassificadas nos últimos 12 (doze) meses e de documentos classificados em cada grau de sigilo, com identificação para referência futura, bem como de relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações genéricas sobre os solicitantes. Além disso, “deverão manter exemplar da publicação prevista no *caput* para consulta pública em suas sedes” (art. 30, § 1.º) e “extrato com a lista de infor-

80. O art. 39, § 2.º, declara que “no âmbito da administração pública federal, a reavaliação prevista no *caput* poderá ser revista, a qualquer tempo, pela Comissão Mista de Reavaliação de Informações, observados os termos desta Lei”.

mações classificadas, acompanhadas da data, do grau de sigilo e dos fundamentos da classificação” (art. 30, § 2.º).⁸¹

É elementar que decisões de preservação do sigilo por qualquer meio (reclassificação, classificação, denegação do acesso etc.) – e até mesmo as de desclassificação – podem, sem prejuízo do controle administrativo, inspirar o controle jurisdicional da Administração Pública e, nessa perspectiva, afigura-se viável o seu exercício mediante provocação do Ministério Público ou de associação (ação civil pública), de qualquer pessoa (mandado de segurança), partido político, associação ou sindicato (mandado de segurança coletivo) – sem embargo do direito de acesso ao interessado (*habeas data*) em se tratando de informação pessoal – à vista do caráter coletivo ou geral (público, portanto) da informação.

A Lei 12.527/2011 prescreve no art. 31 que “o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”. Informações pessoais são referentes à pessoa determinada, sobre a qual orbitam valores fundamentais (privacidade, imagem, honra, intimidade). Elas têm “acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem” (art. 31, § 1.º, I), mas, “poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem” (art. 31, § 1.º, II).

Esse consentimento é dispensado diante de situações previstas no § 3.º do art. 31, e que são relacionadas à tutela de direitos alheios ou à proteção do interesse público em razão da necessidade de acesso à informação pessoal nas seguintes situações: “(a) prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz,

81. Também deve ser feita referência ao disposto nos arts. 40 e 41 que convergem para a transparência: “Art. 40. No prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da vigência desta Lei, o dirigente máximo de cada órgão ou entidade da administração pública federal direta e indireta designará autoridade que lhe seja diretamente subordinada para, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, exercer as seguintes atribuições: I – assegurar o cumprimento das normas relativas ao acesso a informação, de forma eficiente e adequada aos objetivos desta Lei; II – monitorar a implementação do disposto nesta Lei e apresentar relatórios periódicos sobre o seu cumprimento; III – recomendar as medidas indispensáveis à implementação e ao aperfeiçoamento das normas e procedimentos necessários ao correto cumprimento do disposto nesta Lei; e IV – orientar as respectivas unidades no que se refere ao cumprimento do disposto nesta Lei e seus regulamentos. Art. 41. O Poder Executivo Federal designará órgão da administração pública federal responsável: I – pela promoção de campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização do direito fundamental de acesso à informação; II – pelo treinamento de agentes públicos no que se refere ao desenvolvimento de práticas relacionadas à transparência na administração pública; III – pelo monitoramento da aplicação da lei no âmbito da administração pública federal, concentrando e consolidando a publicação de informações estatísticas relacionadas no art. 30; IV – pelo encaminhamento ao Congresso Nacional de relatório anual com informações atinentes à implementação desta Lei.”

e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; (b) realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; (c) ao cumprimento de ordem judicial; (d) defesa de direitos humanos; (e) proteção do interesse público e geral preponderante”. Logicamente, não se opõe o consentimento quando houver previsão legal distinta.

Ademais, a sigilosidade é inoponível em face do “intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância” (art. 31, § 4.º).

O uso indevido de informações pessoais empenha responsabilidade pela cláusula de uso responsável constante do art. 31, § 2.º,⁸² competindo a norma regulamentar dispor sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal (art. 31, § 5.º).

A proteção dos dados pessoais é ponto fundamental na democracia, tendo amparo no Tratado da União Europeia (art. 16)⁸³ e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 8.º).⁸⁴ A Administração Pública em razão de suas múltiplas tarefas é geradora e depositária de informações. E embalada nessa perspectiva a Lei 12.527/2011 deveria ir além tratando da espécie de informações pessoais que são os dados sensíveis – assim denominados aqueles dados pessoais idôneos à revelação da origem racial, da opinião política, filosófica ou religiosa, da filiação partidária ou sindical, da orientação sexual etc. e que foram disciplinados, por exemplo, na Lei 695/1996 na Itália – cujo tratamento requer, além do consentimento do interessado, a autorização da autoridade administrativa independente.⁸⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Paulista 10.177/1998 proíbe o registro (inscrição ou conservação)

82. “Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido”.

83. “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes. As normas adoptadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no art. 39.º do Tratado da União Europeia.”

84. “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

85. ZUCCHETTI, Alberto. I rapporti tra le norme relative all'accesso e dalla tutela dei dati personali. In: *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999. p. 180-181.

de dados sensíveis pela Administração Pública (art. 81) e concede ao prejudicado o direito de exigir a eliminação caso violada a proibição (art. 83, I).⁸⁶

A Lei de Acesso à Informação contém série de dispositivos institutivos de responsabilização civil e administrativa. A responsabilidade é arquivada nas cláusulas de preservação do sigilo e do uso responsável de informações reservadas, que constituem regras obrigatórias no regime jurídico estatutário de pessoal da Administração Pública e nas suas relações com os administrados.

O art. 32 da Lei 12.527/2011 contém rol de condutas ilícitas que motivam a responsabilidade administrativo-disciplinar e civil por improbidade administrativa. O *caput* da norma menciona a responsabilidade “do agente público ou militar” com imprecisão, pois, os militares são espécie de agentes públicos; bastaria referência ao gênero “agente público”. As infrações são descritas nos incs. desse art. 32, e consistem: (a) na recusa ao fornecimento de informação solicitada, no retardamento deliberado de seu fornecimento ou no intencional fornecimento incorreto, incompleto ou impreciso; (b) no uso indevido de informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública ou na sua subtração, destruição, inutilização, desfiguração, alteração ou ocultação total ou parcial; (c) na atuação dolosa ou com má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; (d) na divulgação ou no acesso, ou permissão de divulgação ou de acesso, indevidos à informação sigilosa ou informação pessoal; (e) na imposição de sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; (f) na ocultação da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; (g) na destruição ou subtração, por qualquer meio, de documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

Observado o devido processo legal, essas condutas são consideradas para os militares “das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas em lei como crime ou contravenção penal” (art. 32, § 1.º, I) e infrações administrativas para os fins da Lei 8.112/1990 “apenas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos” (art. 32, § 1.º, II). Essas disposições só valem para o âmbito da União, tendo em vista a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A Lei

86. “Artigo 81. É proibida a inserção ou conservação em fichário ou registro de dados nominais relativos a opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, origem racial, orientação sexual e filiação sindical ou partidária.

Artigo 82. É vedada a utilização, sem autorização prévia do interessado, de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais foram prestados.

Artigo 83. Qualquer pessoa tem o direito de exigir, da Administração:

1 – a eliminação completa de registros de dados falsos a seu respeito, os quais tenham sido obtidos por meios ilícitos, ou se refiram às hipóteses vedadas pelo art. 81; (...).”

8.112/1990 continha preceito específico punitivo da revelação de segredo apropriado em razão do cargo (art. 132, IX), suficiente para demissão, e que se conecta ao dever de discricção (art. 116, VIII).

A Lei 12.527/2011 promoveu nos arts. 43 e 44 alterações na Lei 8.112/1990: o inc. VI do art. 116 da Lei 8.112/1990 que institui o dever de denúncia de irregularidades foi alterado para permitir o envio da representação a outra autoridade competente para apuração se houver suspeita de envolvimento da autoridade superior nas irregularidades, esclarecendo o art. 126-A a isenção de responsabilidade (civil, penal ou administrativa) do servidor público que cumprir o dever de denúncia de irregularidades.

A responsabilidade administrativa se estende, nos termos do art. 33, à pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto na lei, que estará sujeita às sanções de: (a) advertência; (b) multa; (c) rescisão do vínculo com o poder público; (d) suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 02 (dois) anos; e (e) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. As sanções de advertência, rescisão do vínculo com o poder público e de suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 02 (dois) anos podem ser aplicadas juntamente com a multa, assegurado o direito de defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias (art. 33, § 1.º).

A reabilitação, para os fins de cessação da penalidade de declaração de inidoneidade, depende do efetivo ressarcimento, pelo interessado, ao órgão ou entidade dos prejuízos resultantes após o decurso do prazo da sanção de suspensão temporária de direitos (art. 33, § 2.º).

A aplicação da sanção de declaração de inidoneidade “é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão ou entidade pública, facultada a defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista” (art. 33, § 3.º).

A violação ao art. 32 também caracteriza improbidade administrativa quer para os fins da Lei 8.429/1992 quer para a responsabilidade político-administrativa prevista na Lei 1.079/1950 (art. 32, § 2.º).⁸⁷

A Lei 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa) cataloga como atentado aos princípios da administração pública a revelação de fato ou circunstância cuja ciência foi obtida em razão das atribuições do cargo e que deva permanecer em segredo (art. 11, III), a negativa de publicidade de atos oficiais (art. 11, IV) e a revelação, ou

87. “Pelas condutas descritas no *caput*, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.”

permissão de sua ciência por terceiro, do teor de medida política ou econômica capaz de afetar preço de mercadoria, bem ou serviço, antes da respectiva divulgação oficial (art. 11, VII). Suas disposições se conectam as do art. 32 da Lei 12.527/2011, ampliando o rol exemplificativo de condutas caracterizadoras de improbidade administrativa.

A Lei 1.079/1950 conceitua como crime de responsabilidade o atentado contra a probidade na administração (art. 4.º, V), assim definindo a omissão ou retardamento dolosos da publicação de leis e resoluções do Poder Legislativo e de atos do Poder Executivo (art. 9.º, 1), sem prejuízo de configurar-se sua ocorrência pela revelação de “negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação” (art. 5.º, 4) e a violação patente de qualquer direito ou garantia individual (art. 7.º, 9).

A Lei 12.527/2011 ainda cunha no art. 34 responsabilidade civil por dano causado a terceiro em razão da divulgação não autorizada ou do uso indevido de informações sigilosas ou pessoais. Segundo a norma, “os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso”. Trata-se de responsabilidade civil objetiva do Estado, com garantia do direito de regresso, que se sujeita ao perfil do § 6.º do art. 37 da CF/1988, não tendo primado pela boa técnica normativa a referência à responsabilidade dos “órgãos”, pois, integrando as entidades, estas são as responsáveis. A disposição é aplicável a qualquer entidade da Administração Pública direta ou indireta em razão do quanto disposto no parâmetro constitucional. O parágrafo único estende o dever de indenizar “à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso a informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido”.

8. A PUBLICIDADE E OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A literatura jurídica atribui à publicidade o predicado de fator de eficácia dos atos da Administração,⁸⁸ embora também seja estimada como requisito de validade salvo expressa previsão legal a adornando como fator de eficácia.⁸⁹ Assim como motivação

88. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 88; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 30-31; FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 70; OLIVEIRA, Fernando Andrade de. A Administração Pública na Constituição de 1988 (2.ª parte). *Revista de Direito Administrativo*, n. 206. Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1996. p. 85; MORAIS, Marília Mendonça. Princípio da Publicidade. In: *Princípios informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, 1997. p. 260.

89. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 246; CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração*

e processo administrativo, publicidade é formalidade essencial do ato da Administração, podendo se situar na produção da declaração de vontade (como elemento ou requisito do ato em sua fase de formação) ou na atribuição de sua eficácia. No primeiro caso, é integrante extrínseco como exigência jurídica de sua validade, em momento prévio ou intermediário; no segundo, é fator de atribuição superveniente da eficácia do ato administrativo, também exigência jurídica, mas externa ao ato e estranha à sua formação, sendo pertinente à sua operacionalidade. Se a publicidade aparece como fator externo de produtividade de efeitos do ato (v.g., contrato administrativo, nomeação de servidor público), há situações em que ela é inerente ao processo ou ciclo de formação e manifestação da vontade como elemento do ato (v.g., publicidade do edital na licitação ou do concurso público). É necessário investigar a função que a publicidade desempenha em relação ao ato da Administração Pública.⁹⁰

Adquire maior grau epistemológico a análise da estrutura ou finalidade do ato e do escopo da publicidade. Esse critério se projeta para o estudo da dimensão das consequências da imperfeição ou da omissão da publicidade, proporcionando respostas que podem transitar pela nulidade ou pela ineficácia do ato. Em outras palavras: a falta ou o defeito da publicidade produzirá invalidação se ela devia integrar o processo de formação da vontade do ato, não assim quando destinada à sua exteriorização em momento posterior para atribuição de efeitos *erga omnes* ou em face do interessado. A inoperância (inexequibilidade, improdutividade) do comando dela emergente não contamina a substância e a validade do ato. Por isso, a definição da função reservada à publicidade se compete à lei, esta não poderá desconhecer essa funcionalidade que lhe imprime razoabilidade. Esse critério resolve as omissões normativas sobre o papel da publicidade. Em resumo, a publicidade é formalidade essencial, prévia ou posterior, seja como fator de eficácia, seja como elemento integrante do ciclo de produção (ou processo de formação) do ato administrativo para sua conformidade ao direito positivo.

Essa dupla funcionalidade, captada na jurisprudência, reflete-se na sanção jurídica pela omissão ou imperfeição da publicidade: a nulidade do ato a exige como requisito de validade do ato administrativo e sua essencialidade aos direitos dos administrados, como único meio de satisfação dessa finalidade (remanescendo a qualificação de mera irregularidade para a falta de essencialidade ou de nulidade relativa, sanável para a superação do defeito por meio hábil que não reduza os graus de segurança e certeza e o núcleo dos direitos dos administrados); a ineficácia a requer como fator essencial de produtividade dos efeitos,⁹¹ sendo suprida pela publicidade extemporânea, se admitida.

Pública. Op. Cit. p. 159-160.

90. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. Cit. p. 48-62.

91. Não se cogita aqui da questão da vindicação antecipada dos efeitos não publicado nos atos individuais benéficos.

9. PROPAGANDA GOVERNAMENTAL

A publicidade administrativa é gênero abrangendo (a) propaganda de utilidade pública, institucional e mercadológica, (b) publicidade legal, e (c) promoção institucional e mercadológica, inclusive patrocínios. A propaganda governamental é faculdade a ser exercida nas hipóteses e limitações constitucionais.⁹²

Segundo a Constituição Federal (art. 37, § 1.º), a propaganda governamental é uma forma de publicidade com objetos (atos, programas, obras, serviços e campanhas) e fins (informação, educação e orientação social) determinados e expressa vedação à personalização (promoção pessoal direta ou indireta, mediante nomes, símbolos ou imagens).

No âmbito da União, a Lei 6.454/1977 proíbe a atribuição de nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da Administração indireta, assim como a inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas indicadoras de obras ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública direta ou indireta.

Alheia aos propósitos de informação, educação e orientação social, a Administração Pública não é livre no consumo de recursos do erário com propagandas inúteis. Viola o mandamento constitucional da personalização (promoção pessoal do agente público), da publicidade ou propaganda governamental, mediante nomes, imagens, símbolos, preferências político-partidárias ou qualquer outro meio personalizante. E não obstante a clareza do § 1.º do art. 37 da CF/1988 como regra diretamente descendente dos princípios de moralidade e impessoalidade, não é raro seu descumprimento.

Na legislação eleitoral há outras regras que convergem para idênticos propósitos. O art. 73 da Lei 9.504/1997 proíbe tanto a publicidade oficial nos três meses precedentes ao pleito, salvo autorização e a permissão de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado ou o caso de grave e urgente necessidade pública (inc. VI), quanto à realização, no ano do pleito e antes dos três meses antecedentes, de despesas com publicidade oficial excedentes à média dos gastos nos últimos três anos anteriores às eleições ou do último imediatamente anterior (inc. VII). Sua violação caracteriza improbidade administrativa (art. 73, § 7.º).

A Administração Pública se utiliza de vários meios para a divulgação de seus atos oficiais. É bem difundido o *marketing* por parte dos governos que convolam diários ou boletins oficiais em verdadeiros “jornais oficiais” além de uma maciça propaganda nos meios de comunicação social. Sem prejuízo do controle de legalidade, deve-se combater a prodigalidade dos gastos respectivos e os desvios de sua finalidade. No lugar da adoção de símbolos próprios de cada gestão, deve-se dar preferência ao uso de símbolos oficiais e impessoais na propaganda governamental e na publicidade oficial.

92. CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Op. Cit. p. 163.

Além disso, é impositiva a revisão da legislação. Redobrada atenção exige a prospecção dos vínculos jurídicos estabelecidos com empresas contratadas para prestação dos serviços de propaganda governamental e publicidade legal que amiúde são as que organizaram a campanha de agentes políticos (e cuja paga correrá por conta de contratos administrativos milionários). A legislação deveria criar impedimento à contratação pública, evitando privilégios aos meios de comunicação apaniguados. Conquanto permitida a propaganda eleitoral quatro meses antes da eleição (art. 36 da Lei 9.504/1997), não se impede que os governantes antes dele esbanjem dinheiro público para divulgação das atividades de sua gestão com clara intenção eleitoral a pretexto de prestação de contas, orientação social etc.

10. TRANSPARÊNCIA REMUNERATÓRIA

Qual interpretação merece ao art. 39, § 6.º, da CF/1988, que determina a publicação anual dos valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos?⁹³ Chama-se transparência estipendial (ou regra da verdade remuneratória) a obrigação de publicação de anual dos valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos. A pergunta essencial é se deve haver publicação de relação nominal?

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a publicação exigida é de “cargo por cargo, emprego por emprego, não, porém, em lista nominal”.⁹⁴ Porém, já foi observado que, “em princípio, valores de obrigações pecuniárias devidas pelo poder público a particulares ou servidores ou a indicação dos credores, não se inserem no núcleo de confidencialidade administrativa, restrito aos incs. XXXIII e LX do art. 5.º da CF/1988. Tampouco parece sustentável a restrição de publicidade pela tutela da intimidade e da privacidade. (...) Ora, a transparência obriga-se porque o substrato da relação jurídica é guiado pela publicidade, já que públicos são os interesses, direitos, bens e recursos elementares, conexos ou subjacentes. E além da concretização da transparência pelo incremento do dever de publicidade, ela também se materializa pelo exercício do direito de acesso à informação. Não há ingerência estatal na esfera da intimidade ou da privacidade porque a informação divulgada foi produzida - e reflete um objeto criado - sob o pálio da publicidade (a saída do recurso público), situação diversa daquela em que se pretende o conhecimento da destinação do recurso público ingresso na esfera patrimonial individual. Nesta, o dinheiro público já se incorporou ao patrimônio do administrado e, aí sim, a acessibilidade encontra barreira na tutela da privacidade, exigente da observância de certos requisitos, limites ou fins para sua

93. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº 12.527/11). Cit. p. 994-995.

94. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 84-85.

violação (autorização judicial, uso restrito a certas pessoas ou determinada finalidade etc.). (...) Destarte, não há como o poder público negar informações sobre os subsídios ou vencimentos pagos a servidor público, tendo em vista que se trata de saída e gasto de dinheiro público, cuja gestão obriga a mais ampla publicidade”.⁹⁵

Preceitos legais existem obrigando a publicação de valores pagos pela Administração Pública com indicação nominativa nos contratos administrativos (arts. 5.º, 16 e 61, da Lei 8.666/1993), e no pagamento de despesas decorrentes de decisões judiciais para fins de observância da ordem cronológica prevista no art. 100 da CF/1988 (art. 10 da LC 101/2000). O Supremo Tribunal Federal decidiu favoravelmente à publicidade de recursos fornecidos a particulares por instrumentos de fomento público.⁹⁶

E respondendo à questão posta em relevo assentiu à publicação nominal da remuneração paga a agentes públicos, dispensando preferência ao princípio da publicidade em desfavor da privacidade à luz do princípio republicano, timbrando que “os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmo”.⁹⁷ Essa orientação foi prestigiada

95. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. Cit. p. 228-230, 258-259, ns. 30 e 33. RTJ 179/225.

96. “Suspensão de segurança. Acórdãos que impediam a divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração. Deferimento da medida de suspensão pelo presidente do STF. Agravo regimental. Conflito aparente de normas constitucionais. Direito à informação de atos estatais, neles embutida a folha de pagamento de órgãos e entidades públicas. Princípio da publicidade administrativa. Não reconhecimento de violação à privacidade, intimidade e segurança de servidor público. Agravos desprovidos. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1.ª parte do inc. XXXIII do art. 5.º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inc. XXXIII do art. 5.º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo ‘nessa qualidade’ (§ 6.º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicaneamente administrado. O ‘como’ se administra a coisa pública a preponderar sobre o ‘quem’ administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos” (STF, AgR-SS 3.902-SP, Tribunal Pleno, j. 09.06.2011, v.u., rel. Min. Ayres Britto, DJU 03.10.2011).

posteriormente.⁹⁸ Não há como negar informação sobre os subsídios ou vencimentos pagos a servidor público, tendo em vista que se trata de saída e gasto de dinheiro público, cuja gestão obriga a mais ampla publicidade.

A questão envolve a transparência da vida patrimonial dos agentes públicos. Como é sabido, é condição da posse e do exercício de agente público, a apresentação de declaração de bens e valores de seu patrimônio, bem como de outras pessoas a ele ligadas (cônjuge, companheiro, descendentes e os que vivam sob sua dependência econômica). A legislação (art. 13 da Lei 8.429/1992; Lei 8.730/1993) obriga a sua renovação anual, inclusive na cessação da investidura da função pública, sob pena de demissão a bem do serviço público nas hipóteses de recusa, apresentação serôdia e falsidade da declaração de bens. Trata-se de instrumento de inibição da corrupção. Além de sua publicação, certidão pode ser expedida para o exercício do controle (Lei 8.730/1993).

98. "2. Confiro interpretação amplíssima ao inc. XXXIII do art. 5.º da Carta Federal. Assim o faço porque se trata de um dos direitos mais importantes atribuídos à cidadania. Os princípios da transparência e da publicidade consubstanciam elementos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, já que permitem a fiscalização e, em último grau, o controle popular das atividades desempenhadas pelos agentes públicos. A propósito, afirma Wallace Paiva Martins Júnior: Seja qual for o grau de transparência administrativa em um ordenamento jurídico, esta é considerada um dos alicerces básicos do Estado Democrático de Direito e da moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública, diminuindo os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida para os nichos da ineficiência do arbítrio e da imunidade do poder (Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular, 2004, p. 17). Decorre do citado princípio o direito do público ao pleno acesso aos valores despendidos com as atividades estatais, incluído aquele transferido a título de remuneração aos respectivos servidores. Cumpre ressaltar que são os cidadãos que contribuem para a formação do patrimônio público, que a todos pertence, surgindo natural a prerrogativa de fiscalização. Dentro desse contexto, é dever do Poder Público facilitar o acesso a tal informação, inclusive atuando mediante a disponibilização, em sítio eletrônico, dos referidos dados, que deverão ser completos e inteligíveis ao homem médio. Ao lado da compreensão pessoal que ostento na matéria, destaco a existência de precedentes do Supremo que permitem afastar a relevância da pretensão formalizada neste mandado de segurança. Ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, rel. Min. Ayres Britto, o Plenário declarou a subsistência da Resolução 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, fazendo-o com base no princípio da moralidade – art. 37, cabeça, do Diploma Maior. Assentou que a Carta de 1988 pode ser aplicada pela Administração Pública sem intermediação da lei, cuja eficácia irradiante há de se projetar nos três Poderes da República. Quanto ao argumento alusivo aos incs. X e XII do art. 5.º da Carta Federal, valho-me das considerações tecidas pelo Min. Ayres Britto ao prolatar voto, como relator, no julgamento do Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902/SP: No tema, sintase que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmo; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo 'nessa qualidade' (§ 6.º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. Menciono, ao fim, a decisão do Supremo na sessão administrativa de 22 de maio de 2012, ocasião em que decidi, a uma só voz, implementar providência idêntica à adotada pelo Conselho Nacional de Justiça. (...)" (STF, MS 31.659-DF, j. 18.10.2012, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 09.11.2012).

Outras legislações são mais sofisticadas impondo além da declaração de bens e de atividades e interesses, no momento precedente à investidura, como o direito espanhol⁹⁹ e francês.¹⁰⁰ No Brasil, a Lei 8.112/1990 exige na posse de servidor público além de declaração de bens a de exercício de outro cargo, função ou emprego público (art. 13, § 5.º).

A declaração de atividades compreende todas aquelas desempenhadas pelo agente público na sua vida privada e tem por objetivo verificar a efetiva cessação se houver incompatibilidade com a função pública, constatar eventuais desvios de sua atuação como agente público em favor de pessoas com que teve relações na esfera particular e controlar o exercício compatível da função pública com a atividade privada (se admissível pela lei), tudo sob o exame de órgão especialmente criado.

11. MOTIVAÇÃO

Decorrência dos princípios de legalidade, transparência, controle e democracia, a motivação é marco de ruptura com o antigo modelo (autoritário, opaco e sigiloso) de Administração Pública, incompatível com o Estado Democrático de Direito – sedimentado na plena visibilidade dos motivos que orientaram a condução dos negócios públicos. Ela advém de uma concepção aberta, dialógica e instrumental: fazer públicos, mediante declaração formal, os motivos de fato e de direito em função dos quais se embasou o ato, proporcionando o conhecimento de suas razões pelos destinatários, segundo concluem Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández.¹⁰¹

O papel da motivação é denotado pelo cumprimento de um dever jurídico estreitamente vinculado à ideia de boa gestão, sendo enunciado no art. 2.º da Lei 9.784/1999 e conceituado no inc. VII de seu parágrafo único como a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.¹⁰² Ela consiste na operação de justificação ou fundamentação adequada, ponderada e suficiente do motivo e das razões que embasaram uma decisão administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio consiste no dever de justificativa dos atos da Administração Pública, com indicação dos fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e as situações, tidos existentes, e a providência tomada, quando esse esclarecimento for necessário para aferição da

99. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Op. Cit. p. 73.

100. ALT, Éric e LUC, Irène. *La lutte contre la corruption*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. p. 03-07, 21, 36.

101. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Op. Cit. vol. I, p. 526, 532-533.

102. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A motivação e a Lei do Processo Administrativo. In: IRENE, Patrícia; NOHARA, Thiago Marrara e MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 279-297.

consonância da conduta administrativa com a lei.¹⁰³ José Eduardo Martins Cardozo o conceitua como “o imperativo jurídico de que os atos administrativos devam conter, em regra, em sua formalização, a narrativa escrita dos fatos que ensejaram sua prática, identificando-se de modo claro e suficiente para o controle de sua validade a razão jurídica pela qual foram praticados”.¹⁰⁴

A motivação dos atos jurídicos da Administração Pública se entrosa ao combate do desvio de poder e à exigência da proporcionalidade pela proibição do excesso através das teorias dos motivos determinantes nos atos discricionários e do controle do motivo em seus graus máximos (adequação ou inadequação entre fato e objeto revelada pela proporcionalidade), médio (exatidão ou inexatidão da qualificação jurídica do fato) e mínimo (existência ou inexistência do fato). Ela é primordial ao exame da existência ou veracidade do motivo e de sua adequação e o objeto e a finalidade, *ex vi* do art. 2.º, *d, in fine*, da Lei 4.717/1965. Através dela “se verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins”.¹⁰⁵

Enquanto motivo é fato e pressuposto do ato da Administração Pública,¹⁰⁶ motivação é formalidade do ato consistente no dever de indicação dos pressupostos de direito e fato determinantes da decisão e do material envolvido no processo administrativo. Trata-se de operação de exposição do motivo que, atendendo a necessária ligação entre processo (meio) e ato (produto), deve ser reflexiva do material coligido naquele.

Como formalidade essencial, a ausência ou imperfeição (v.g., insuficiência por obscuridade e contradição) da motivação é considerada vício de forma (em sentido lato), insanável (art. 2.º, *b*, da Lei 4.717/1965 c/c arts. 2.º, parágrafo único, VII, VIII, e 50, da Lei 9.784/1999). Se a omissão ou falta é vício ligado ao caráter explícito da motivação, a insuficiência é mazela de cunho íntimo, relativo à inabilidade ou incongruência do discurso justificador.¹⁰⁷

12. EXIGIBILIDADE E DISPENSA DA MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação se edificou a partir da discussão acerca da obrigatoriedade da motivação nos atos emanados da competência vinculada ou discricionária.

103. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 112, n. 17.

104. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Op. Cit. p. 179.

105. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 151-152.

106. NOHARA, Thiago Marrara e IRENE, Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18-19, 43.

107. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. Cit. p. 284, n. 41.

Atualmente, o direito nacional impõe a motivação qualquer que seja a natureza do ato em razão de constituir “formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.¹⁰⁸ Para a Lei 9.784/1999 é irrelevante a natureza do ato (vinculada ou discricionária) porque a motivação constitui a regra (arts. 2.º, VII, e 50). Segundo Irene Patrícia Nohara, a lei “além de preconizar a motivação como princípio, a lei regula minuciosamente uma série de casos em que a motivação é obrigatória. Essas hipóteses revelam-se bastante amplas, abarcando não só os atos vinculados, como também os atos discricionários”.¹⁰⁹ Nos sistemas jurídicos espanhol, francês e português, ela é regra a partir de situações legalmente enumeradas.

Vários fatores concorreram para a regra da exigibilidade da motivação, como o controle, o direito de informação, a impressão de caráter democrático à Administração Pública, e a necessidade de contenção das prerrogativas administrativas com a adoção de restrições correlatas. Disso resultou (a) a inscrição do dever de decisão e a sua submissão a um prazo, (b) a obrigatoriedade de motivação explícita e suficiente a toda espécie de decisão seja favorável ou desfavorável ao administrado. O dever de motivar decorre de suas próprias finalidades e dos princípios jurídicos como legalidade, controle, transparência, de tal sorte que ela se impõe mesmo em face da omissão legal.

Todavia, a motivação pode ser dispensada. Razoável é requerer expressa previsão normativa da exceção. Podem ocorrer situações de desnecessidade, impossibilidade, impraticabilidade, inconveniência.¹¹⁰ Atos verbais ou gestuais, atos sem conteúdo decisório (despacho de mero expediente) ou com motivo presumido são significativos exemplos, assim como a atribuição de valor jurídico ao silêncio. Como exceções, devem ser interpretadas restritivamente.

A dispensa legítima de motivação não se confunde a aparência de dispensa de motivação. Tal é frequente na adoção em lei de conceitos indeterminados (como as fórmulas “motivo de interesse público”, “no interesse da Administração”, “a critério da Administração” etc.) e na liberdade de escolha pela multiplicidade de opções. Nestes casos, a motivação é imperiosa para viabilizar o controle, como decidido:

“2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração”.¹¹¹

108. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 82.

109. NOHARA, Thiago Marrara e IRENE, Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. Cit. p. 68-69.

110. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 87-89.

111. RTJ 195/64.

Ora, nestes casos, a motivação é impositiva e deve indicar, explícita e suficientemente, o conteúdo concreto da fórmula abstratamente empregada na norma e a conveniência e oportunidade do interesse público pela opção de uma entre várias alternativas legais no caso concreto, como em várias hipóteses arquitetadas pelo ordenamento jurídico (remoção e disponibilidade compulsória de magistrados e membros do Ministério Público; remoção de servidor público; alteração da ordem cronológica dos pagamentos decorrentes de contratos administrativos; aplicação de caducidade ou sanções contratuais na inexecução total ou parcial do contrato de concessão de serviço público; desapropriação por necessidade ou utilidade pública e do interesse social; opção entre dispensa de licitação e reapresentação de propostas desclassificadas na licitação).

A exigência de motivação incide até mesmo na dispensa de servidor celetista. Auscultando o escólio sublinhando que “em face do princípio da legalidade, o motivo, qualquer que seja, há de ser legal. Daí a necessidade de motivação para controle dessa legalidade”,¹¹² o Supremo Tribunal Federal assim resolveu a questão:

“Empresa brasileira de correios e telégrafos - ECT. Demissão imotivada de seus empregados. Impossibilidade. Necessidade de motivação da dispensa. RE parcialmente provido. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.”¹¹³

Idêntica premissa se estende à promoção de agente público por merecimento. A escolha não pode ser arbitrária e subjetiva, especialmente quando alguma norma fornece parâmetros objetivos de aferição do merecimento, compelindo a motivação da escolha e da recusa. Pois, e isso se liga também aos requisitos da motivação (explicitação e suficiência), não a satisfaz a repetição da linguagem da lei, reproduzindo

112. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Necessidade de motivação do ato de dispensa de servidor celetista. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 74-76.

113. STF, RE 589.998-PI, Tribunal Pleno, j. 20.03.2013, m.v., rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 12.09.2013. Em oportunidade posterior, foi novamente esclarecido que a impossibilidade de demissão imotivada de empregados públicos de empresas estatais e a consequente exigência de motivação não implica o direito à estabilidade (STF, ED-AgR-AI 651.512-RS, 1.ª T., j. 26.11.2013, v.u., rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 03.02.2014).

seus conceitos indeterminados – que pode constituir desvio de finalidade.¹¹⁴ Não é motivação¹¹⁵ senão logomaquia ou fraseologia,¹¹⁶ casos de falsa aparência de dispensa de motivação e obscura fundamentação.¹¹⁷ Essas fórmulas normativas abertas não significam exoneração da motivação (explícita e suficiente), mas, sua exigência para que a situação fática se amolde à hipótese normativa de acordo com a conveniência e oportunidade do interesse público, para que o ato seja cognoscível e controlável. Os tribunais repudiam a falta de motivação,¹¹⁸ esclarecendo que “não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato”.¹¹⁹ Chama-se a atenção a aresto do Superior Tribunal de Justiça que sintetiza com propriedade o assunto:

“(...) II – Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito (...)”¹²⁰

A adoção da teoria do silêncio eloquente – não obstante constitua paradoxo em face do dever de tempestiva decisão motivada – depende da solução dada em cada ordenamento jurídico. Como a motivação é a regra, reclama-se norma jurídica expressa atribuindo efeito jurídico ao silêncio administrativo. Destarte, à míngua de lei permissiva, o silêncio não produz qualquer efeito ou, no máximo, produz efeito desfavorável ao administrado.

13. REQUISITOS DA MOTIVAÇÃO

Sendo a motivação a operação de exposição dos pressupostos de direito e fato determinantes da decisão, seu conteúdo reclama a observância de alguns requisitos.

114. O desvio de finalidade foi reconhecido em razão do desvirtuamento da motivação do ato administrativo (reduzida à genérica menção ao interesse policial) informado pela competência discricionária. Julgado assentou que “constitui abuso de poder por parte da autoridade a remoção de servidor público sem justificativa das razões de ordem pública para a providência” e expondo que “a mera afirmação de discricionariedade do ato administrativo não basta para imunizá-lo de reapreciação judicial” (RT 664/63).

115. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 128.

116. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 278; GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1981. p. 121.

117. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. Cit. p. 259-260.

118. STJ, RMS 12.856-PB, 5.ª T., j. 08.06.2004, v.u., rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01.07.2004.

119. STJ, MS 9.944-DE, 1.ª Seção, j. 25.05.2005, v.u., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.06.2005.

120. STJ, RMS 19.210-RS, 5.ª T., j. 14.03.2005, v.u., rel. Min. Felix Fischer, DJ 10.04.2006, p. 235.

Entre os de ordem genérica, despontam a suficiência e a explicitação. E há também os específicos, resultantes de disposições normativas especiais, como na extinção de cargo e consequente exoneração de servidores estáveis para contenção de despesas com pessoal (art. 169, §§ 4.º a 7.º, da CF/1988; art. 2.º da Lei 9.801/1999) e na demissão de servidores estáveis por insuficiência de desempenho (art. 41, III, da CF/1988). Além disso, a motivação suficiente deve ser reflexiva da ponderação imparcial e racional de todos os interesses em jogo, das manifestações dos interessados e do resultado da instrução, como demanda a Lei do Processo Administrativo Federal (arts. 2.º, VII, 26, § 1.º, VI, 38, § 1.º, 47, 48, 50).

A explicitação é a evidenciação das particularidades relevantes da decisão, o material de ponderação e a própria ponderação, enquanto a suficiência se liga à clareza e à congruência do discurso. A motivação não é somente a exposição das razões de fato e de direito que justificam o ato, sob pena de superfluidade do § 1.º do art. 50 da Lei 9.784/1999. Esses requisitos são exigências de qualidade do discurso justificativo, enquanto as razões de fato e de direito são o conteúdo devido da motivação.¹²¹ A literatura alvitra que a fundamentação constitui a simples indicação da norma legal fundante da decisão.¹²² Logo, fundamentação é uma parte da motivação, mas, a ela não equivale. Clareza é a transmissão completa do conhecimento do processo lógico e jurídico condutor da decisão; congruência é a qualidade da decisão como conclusão lógica e necessária dos motivos invocados entre si e em face da própria decisão. Elas devem permear toda a motivação: nas premissas de fato e de direito, no embasamento do juízo valorativo, na exposição das finalidades perseguidas pela solução tomada, mediante uma ponderação reflexiva, correlacional, imparcial, objetiva e racional das situações constatadas, dos preceitos normativos aplicáveis, dos resultados e dos interesses em jogo captados na fase de instrução do respectivo processo administrativo.

Segundo Tomas-Ramón Fernández a motivação adequada é o segundo nível de diferença entre discricionariedade e arbitrariedade.¹²³ Por isso, sua suficiência deve oferecer adequados graus de certeza e segurança aos administrados, convergentes para a efetiva comunicação ao administrado sobre o significado do ato.¹²⁴

Motivação inábil não atende à suficiência,¹²⁵ o que não se confunde com concisão. Nos atos vinculados, por exemplo, é admissível motivação singela e concisa, sobretudo

121. DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 212-213.

122. FERRAZ, Sérgio Ferraz e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. Op. Cit. p. 59.

123. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 85-86.

124. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. Op. Cit. p. 125-128.

125. STJ, RMS 20.288-SP, 5.ª T., j. 19.06.2007, m.v., rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 05.11.2007, p. 286.

nos atos vinculados; ela é satisfeita pela menção ao fato existente e pela invocação da regra jurídica respectiva, sem que isso implique motivação implícita.

A motivação *aliunde* é permitida facultativa e subsidiariamente. Consiste na adesão ou concordância ao fundamento de pareceres, decisões, informações ou propostas, adotada no ato administrativo por referência expressa e considerada como seu integrante (art. 50, § 1.º, segunda parte). Ela é prestigiada pela jurisprudência.¹²⁶ A motivação explícita e suficiente é adimplido pela residência da justificativa decisória exteriorizada no ato anterior e a promoção de remissão expressa na decisão numa operação de contextualidade artificial.

Além desses requisitos, é exigível a publicidade da motivação. Ambas são engrenagens do círculo virtuoso direcionado à transparência porque “aquela proporciona o conhecimento desta”.¹²⁷ Sob a forma integral ou simplificada (nesta, com garantia de acesso à íntegra), a publicidade deve abarcar a motivação. Como explica a doutrina, “a mesma publicidade que deve ser dada ao ato administrativo motivado deve abranger a sua motivação. Não se pode, portanto, limitar a publicidade ao conteúdo do ato, ao seu elemento decisório” e, ainda que se trate de motivação *aliunde*, é indispensável “que o ato que a contém tenha sido também publicado e seja acessível pelo menos ao interessado, pois de outra forma frustram-se os objetivos que justificam a própria existência do instituto”.¹²⁸ A Lei 9.784/1999 impõe na intimação do interessado para ciência da decisão ou efetivação de diligências a motivação do ato (indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes), sob pena de nulidade (art. 26, VI).

14. PARTICIPAÇÃO POPULAR

A participação do povo na gestão pública está intimamente conectada à democratização administrativa. O atual estágio da democracia impõe a coabitação entre a representação e mecanismos diretos e participativos. É uma questão de relevo no grau de legitimidade material das decisões políticas pautada por uma sensível evolução que assegura à população a influência, o compartilhamento ou a substituição no processo de tomada de decisão referente à gestão dos negócios públicos, em atenção ao pluralismo e à cidadania.

126. STJ, MS 8.487-DE, 1.ª Seção, j. 14.09.2005, v.u., rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10.10.2005; STJ, MS 11.059-DE, 1.ª Seção, j. 24.10.2007, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 12.11.2007; STJ, MS 8.496-DE, 3.ª Seção, j. 10.11.2004, v.u., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 24.11.2004, p. 225, RSTJ 189/465; STJ, MS 11.523-DE, 3.ª Seção, j. 26.03.2008, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 05.05.2008, p. 01; STJ, MS 10.827-DE, 3.ª Seção, j. 14.12.2005, v.u., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2006, p. 195; STJ, REsp 821.465-DE, 1.ª T., j. 01.06.2006, v.u., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.06.2006; STJ, MS 9.944-DE, 1.ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.05.2005, v.u., DJ 13.06.2005.

127. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. Cit. p. 287, n. 42.

128. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. Op. Cit. p. 130-131.

Umberto Allegretti a predica como uma nova regra do exercício do poder.¹²⁹ Ela foi incorporada nas legislações progressistas, constituindo um direito político fundamental no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1966, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226/1991, que reconhece a todos os cidadãos, sem discriminações ou restrições infundadas, o direito de participar da condução dos assuntos políticos do Estado, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos (art. 25, *a*).

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e dado essencial distintivo entre ele e o Estado de Direito Social, pela diminuição da distância entre sociedade e Estado.¹³⁰

Tendência da moderna relação entre Estado e sociedade, baseada na recíproca coordenação, a participação é um dos mecanismos de alteração do modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais. Significa a ruptura com a dualidade entre a Administração e o administrado, mediante a atuação direta deste na atividade administrativa, objetivando maiores graus de coincidência possível entre a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas e de obtenção da adesão dos cidadãos.¹³¹

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a sociedade participativa é um fator sociopolítico do processo de reforma do Estado, cujos megaprincípios orientadores da renovação (eficiência e legitimidade) fizeram derivar princípios políticos (subsidiariedade e participação política), técnicos (autonomia e profissionalização) e jurídicos (transparência e consensualidade). O princípio da participação contribui, dentre outros, à eficiência, legalidade, legitimidade.¹³²

Segundo Roberto Dromi, deve ser reconhecida como princípio básico a participação real e efetiva dos grupos e dos cidadãos por diversos canais e métodos para acolher propostas e compromissos.¹³³

Enfim, a participação na Administração Pública significa o conjunto de institutos destinados à influência da população na gestão da coisa pública, desde a influência e a partilha até a substituição do poder público no processo de tomada de decisão referente à condução política dos negócios públicos, tendo como pressupostos a transparência e a superação do monopólio do interesse público pela Administração Pública, e como finalidades o controle e a fiscalização social, a racionalidade na tomada de decisões, a renovação do modelo de Administração Pública e a reformulação de suas relações com os administrados.

129. ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, 1996. p. 14.

130. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 138.

131. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 214-216.

132. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Cit. p. 11-28, 37-48.

133. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p. 72.

15. INSTITUTOS PARTICIPATIVOS

A taxonomia das formas participativas é variada. Para José Afonso da Silva há dois tipos: (a) participação direta dos cidadãos no processo político e decisório (iniciativa legislativa, plebiscito, referendo) e (b) participação orgânica (participação corporativa em órgãos colegiados, ou participação da comunidade de natureza comunitária, não corporativa).¹³⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera duas grandes modalidades de participação: direta e indireta. O direito de ser ouvido (direito de petição, direito de defesa e princípio do contraditório) e a enquete (consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral, normalmente, precede a elaboração de normas de caráter geral sobre assuntos de interesse público, em que a apresentação de sugestões pelos interessados pode ser útil para a tomada de decisões) são instrumentos de participação direta. Na indireta, a participação popular manifesta-se por órgãos de consulta ou de decisão, por via do *ombudsman* e do Poder Judiciário.¹³⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto adota a classificação de Gordillo, cujo critério é o grau de intensidade de participação dos cidadãos (desde a simples influência na decisão até a vinculação decisional), relacionando quatro espécies de participação administrativa: (a) informativa (publicidade dos atos estatais, orientação dirigida ao administrado, publicidade dos debates e das razões de decidir); (b) executiva (colaboração através das delegações dos serviços públicos e no fomento ou adesão do administrado à execução dos planejamentos governamentais); (c) consultiva (audiências públicas, coletas de opiniões, debates públicos, colegiados mistos, assessorias especiais); (d) decisória (atribuída por lei, comete parcela do poder decisório estatal gradativamente desde a provocação até a codecisão).¹³⁶

Marcos Augusto Perez classifica os institutos de participação popular na Administração Pública pelos seguintes critérios: (a) força vinculante: vinculante (conselhos deliberativos), não vinculante ou consultiva (consulta pública) e autônoma e vinculante (organizações sociais); (b) condição pessoal dos administrados: interna (excepcionais, exclusiva de servidores públicos), externa (admissão de particulares no processo decisório); (c) posição do administrado em face da Administração: orgânica (conselhos, comissões, comitês), funcional (consultas e audiências públicas, referendo) e cooperativa (organizações sociais); (d) natureza juspolítica da decisão: decisões concretas e normativas; (e) natureza da participação: direta (democracia direta) e indireta (democracia representativa); (f) tipo do procedimento adotado: mera ampliação do direito de informação do administrado (audiências públicas), consulta

134. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. Cit. p. 231-232.

135. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*. Cit. p. 134-138.

136. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 88-90.

direta à sociedade (referendo) e concerto ou negociação (conselhos deliberativos, organizações sociais).¹³⁷

Além da doutrina brasileira, os juristas ibéricos sistematizaram os institutos participativos. Luis Felipe Colaço Antunes apresenta cinco categorias: (a) participação procedimental (a Administração Pública toma livremente a decisão após a oitiva do interessado ou de associações representativas dos interesses em jogo, situação distinta das garantias procedimentais como a atuação do administrado na defesa de interesse individual e direto); (b) participação consultiva (embora tenha liberdade na tomada da decisão, ela é submetida à consulta de organizações representativas de interesses coletivos); (c) participação por negociação (a decisão é consequência de compromisso com as organizações interessadas); (d) participação orgânica (a intervenção ocorre através da integração em órgão administrativo decisório ou controlador); (e) participação por via das formas de democracia direta (o cidadão substitui a Administração Pública na tomada de decisão, como o referendo e a iniciativa popular).¹³⁸

David Duarte arrola, além da participação interna, a participação externa, compreendendo a pericial (técnica), a defesa procedimental (intervenção no procedimento como reação à intromissão na esfera individual juridicamente protegida), a procedimental em sentido restrito (intervenção individual ou por grupos no procedimento para projeção de interesses comunitários ou setoriais no contexto decisório), a orgânica (integração de titulares de interesses coletivos na composição de órgão administrativo decisório), a direta (tomada de decisões pelos administrados ou com seu auxílio, sem intermediação ou representação, como consulta direta e iniciativa popular), e a interorgânica ou intersubjetiva (relação interativa ou concurso no procedimento de diferenciados órgãos e pessoas jurídicas públicas).¹³⁹

Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández distinguem: (a) a participação do cidadão no funcionamento da Administração Pública como parte num procedimento e titular de interesses ou direitos próprios (participação *uti singulus*) da participação em que é simplesmente afetado pelo interesse geral, como membro da sociedade (participação *uti socius, uti cives*); (b) os fenômenos participativos em sentido estrito de outros meios de incorporação dos administrados na execução de funções públicas (investidura de servidores públicos, concessões de serviços públicos etc.), considerando a atuação cidadã determinada por uma livre apreciação do interesse geral, normalmente voluntária, ainda que eventualmente forçosa (sem definir uma situação relativamente permanente e geral nem uma ocupação estável) e não profissionalizada ou retribuída dentro do sistema de intercâmbio de bens e serviços.

137. PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática: Institutos de participação popular na Administração Pública. São Paulo: Fórum, 2004. p. 131-133.

138. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo – Para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989. p. 81-84.

139. DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Op. Cit. p. 109-118.

Consideram os três círculos de atuação cidadã em funções administrativas pela participação: (a) orgânica (inserção de cidadãos em órgãos administrativos corporativos ou não); (b) funcional (exercício pelo cidadão de funções administrativas em sua própria posição privada, sem incorporação a um órgão administrativo formal, por meio de informações públicas, denúncias, petições ou propostas, exercício de ações populares ou de ações de entes públicos em sub-rogação, comparecimento e atuação como coadjuvante da Administração nos processos contenciosos administrativos); (c) cooperativa (fomento da Administração Pública à atividade particular, de interesse geral, voluntária e colaborativa).¹⁴⁰

A maior ou menor dimensão dos institutos participativos demanda o estudo individualizado de cada ordenamento jurídico. E a conceituação dos próprios institutos depende de uma concepção delgada ou enriquecida de participação. O certo é que, segundo Charles Debbasch,¹⁴¹ a participação popular na Administração Pública compreende múltiplas expressões de associação das forças econômicas, políticas e sociais na tomada de decisões administrativas.

Numa visão mais ampla, ela compreende: (a) a substituição da competência decisória (referendo e plebiscito); (b) a influência no processo decisório (processo administrativo, audiência pública e consulta pública, direito de petição para provocação da atuação dos órgãos de controle interno e externo, participação orgânica consultiva ou de representação de interesses em órgãos colegiados); (c) a partilha no processo decisório (participação orgânica deliberativa em órgãos colegiados); (d) a cooperação (termos de parceria, convênios, delegação de serviços públicos);¹⁴² (e) a cogestão (participação orgânica corporativa em órgãos colegiados); (f) a autogestão (autarquias corporativas); (g) o concerto [solução consensual de políticas públicas entre a Administração Pública, os administrados e até órgãos públicos independentes (Ministério Público), mediante o compromisso ou termo de ajustamento de conduta]. Em comum, eles expressam a intervenção de elementos exteriores ao exercício da função pública e a gestão do interesse público.

A audiência pública concretiza-se mediante oitivas e debates sobre um determinado assunto, enquanto a consulta pública se materializa pela coleta de opiniões e sugestões escritas sobre específica matéria. Ambas são prévias à edição de um ato administrativo, integrando o seu processo de formação.

No direito brasileiro, a consulta pública e a audiência pública são facultativas (arts. 31 e 32 da Lei 9.784/1999), embora haja previsões legais impondo sua realização obrigatória, podendo ser, de acordo com a previsão legal específica, vinculantes ou não vinculantes. A regra é o caráter não vinculante, que deve se presumir no silêncio

140. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Op. Cit. vol. II, p. 85-96.

141. DEBBASCH, Charles. *Science Administrative*. Paris: Dalloz, 1980. n. 116.

142. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Op. Cit. p. 75.

normativo, o que não impede a obrigação de análise e resposta de seus resultados. O mínimo exigível é que na decisão a autoridade exerça um juízo de ponderação objetiva, com fundamentação suficiente explicando as razões pelas quais adota ou não as opções apresentadas, como decidiu o Conselho de Estado da Bélgica, situação seguramente aplicável no Brasil em virtude do amparo do princípio da motivação.¹⁴³ Neste sentido, o art. 34 da Lei do Processo Administrativo Federal optou, como regra, pela eficácia relativa ao expressar que “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”. Deste modo, o caráter obrigatório e vinculante deve estar expressamente previsto em lei, presumindo-se facultatividade e eficácia relativa à sua mímica.

Elas se distinguem de outros institutos mencionados pela doutrina que não têm maior rigor formal do procedimento nem a específica eficácia vinculatória absoluta (atuação de acordo com o resultado) ou relativa (obrigação de motivar suficientemente uma decisão contrária ao resultado).¹⁴⁴

A coleta de opinião é processo de participação administrativa aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos e difusos, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do poder público.¹⁴⁵

O debate público¹⁴⁶ é processo de participação administrativa aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, pelo qual o administrado tem o direito de confrontar seus pontos de vista, tendências, opiniões, razões e opções com os de outros administrados e os do poder público, contribuindo para a melhor decisão administrativa. O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) contempla os debates públicos “com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade” na elaboração e fiscalização da implementação do plano diretor (art. 40, § 4.º, I) e na gestão democrática da cidade, inclusive no âmbito orçamentário municipal (arts. 43, II e 44), assim como órgãos colegiados mistos e conferências (art. 43, I e III).

A Lei 9.784/1999 também se refere às reuniões conjuntas (art. 35). Sendo necessária à instrução do processo, “a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou

143. SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 164-165.

144. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210. Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1997. p. 20.

145. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Cit. p. 126.

146. A Lei 10.257/2001 contempla os debates públicos (com participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade) na elaboração e fiscalização da implementação do plano diretor (art. 40 § 4.º, I) e na gestão democrática da cidade, inclusive no âmbito orçamentário municipal (arts. 43, II e 44), ao lado das audiências e consultas públicas.

representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos". Trata-se de instituto de cooperação intragovernamental.

A enumeração de institutos participativos na lei do processo administrativo federal não é taxativa. Seu art. 33 incentiva a criação de outros ao dispor que "os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas". Um deles é a técnica de orçamento participativo adotada em alguns Municípios brasileiros e que encontra respaldo no Estatuto da Cidade (arts. 4.º, III, *fe* 44) e na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 48, I).

Importante instrumento na condução dos negócios públicos é a participação orgânica. Trata-se da instituição de órgãos públicos colegiados sob a denominação de conselhos ou comitês, com natureza deliberativa, consultiva ou controladora, tendo em sua composição a representação da comunidade, paritária ou não ao poder público, e cuja integração se dá por eleição, designação, indicação de associações etc. Sua criação depende da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo por dizer respeito à organização administrativa, ao exercício de função administrativa ordinária e, máxime, quando têm natureza decisória, à diminuição de prerrogativas do administrador público (arts. 61, § 1.º, II, *a e e*, e 84, VI, *a*, da CF/1988). Além desses institutos merecem menção o plebiscito e o referendo administrativos. Embora seja diminuta sua ocorrência, eles são previstos na Lei 10.257/2001 (art. 4.º, V, *s*). Plebiscito consiste na submissão prévia de projeto de ato à aprovação ou rejeição popular; referendo é a atribuição posterior de eficácia a ato adotado, subordinada à ratificação ou rejeição popular. Eles podem ser legislativos ou administrativos e constituem formas de decisão exclusivamente popular por substituição da titularidade da competência decisória.

Deles se ocupa a Lei 9.709/1998. Eles são definidos como "consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa" (art. 2.º). Esse diploma legal os conceitua: "o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido" (art. 2.º, § 1.º), enquanto "o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição" (art. 2.º, § 2.º).

O art. 3.º estabelece que "nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3.º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei". E o art. 6.º fixa que "nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica".

A Lei 9.709/1998 regula o procedimento respectivo que, todavia, não parece adequado à figura administrativa do plebiscito e do referendo, soando afinada à espécie legislativa ou de criação ou extinção de Estado ou Município.¹⁴⁷

Em 23 de maio de 2014 foi editado o Dec. 8.243 que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS), definindo e conceituando as seguintes instâncias participativas nos incs. II a X de seu art. 2.º e nos inc. I a IX do art. 6.º: (a) conselho de políticas públicas (instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas); (b) comissão de políticas públicas (instância colegiada temática, instituída por ato normativo, criada para o diálogo entre a sociedade civil e o governo em torno de objetivo específico, com prazo de funcionamento vinculado ao cumprimento de suas finalidades); (c) conferência nacional (instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado); (d) ouvidoria pública federal (instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública); (e) mesa de diálogo (mecanismo de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais); (f) fórum interconselhos (mecanismo para o diálogo entre representantes dos conselhos e comissões de políticas públicas, no intuito de acompanhar as políticas públicas e os programas governamentais, formulando recomendações para aprimorar sua inter-

147. “Art. 8.º Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição:

I - fixar a data da consulta popular;

II - tornar pública a cédula respectiva;

III - expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo;

IV - assegurar a gratuidade nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.

Art. 9.º Convocado o plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá suspensa sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado.

Art. 10. O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente Lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Art. 11. O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.

Art. 12. A tramitação dos projetos de plebiscito e referendo obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional.”

setorialidade e transversalidade); (g) audiência pública (mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais); (h) consulta pública (mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação); (i) ambiente virtual de participação social (mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil).

O decreto contém ressalva sobre instâncias participativas anteriormente criadas (art. 2.º, parágrafo único),¹⁴⁸ chamando a atenção para a expressa atribuição de caráter consultivo a audiências e consultas públicas. Proveitosa foi a previsão de compromisso de resposta às contribuições recebidas em audiências e consultas públicas (arts. 16, V e 17, VI), o que se conforma com o disposto no art. 33 da Lei 9.784/1999. Mas, evidentemente, não tem eficácia o decreto para contrariar leis anteriores que tenham atribuído caráter obrigatório e vinculante a audiências e consultas públicas ou outros instrumentos participativos nem condicionar leis posteriores. O decreto não pode contrariar lei, inclusive no que respeita à composição e disciplina de instâncias participativas.

A constituição, organização e funcionamento de conselhos (antigos e novos) se fundamentam nas diretrizes de eletividade, diversidade, gratuidade e rotatividade de representantes de sociedade civil (com preferência à paridade em relação aos representantes governamentais) e transparência na escolha, diálogo para definição de atribuições, competências e naturezas mediante consulta prévia, e publicidade de seus atos (art. 10, incs. I a V e VII e § 1.º). Entretanto, abre-se a possibilidade de celebração de parceria entre a Administração e organização da sociedade civil representada no conselho por seu dirigente ou membro (art. 10, § 4.º), impedido de deliberar no respectivo processo se houver transferência de recursos financeiros de dotações consignadas no fundo do conselho (art. 10, § 5.º), válvulas que não se acomodam com imparcialidade e moralidade. Esses predicados de transparência da escolha, diversidade da representação, e publicidade permeiam as outras instâncias participativas como as comissões e conferências (arts. 11 e 12).

16. BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, 1996.
- _____. Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa. In: *Scritti in onore de Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1988. vol. III.

148. "As definições previstas neste Decreto não implicam na desconstituição ou alteração de conselhos, comissões e demais instâncias de participação social já instituídos no âmbito do governo federal."

- ALT, Éric e LUC, Irène. *La lutte contre la corruption*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo – Para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 159.
- CERRILLO I MARTINEZ, Agustí. *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DEBBASCH, Charles. *Science Administrative*. Paris: Dalloz, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. Necessidade de motivação do ato de dispensa de servidor celetista. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Participação popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- FERRAZ, Sérgio Ferraz e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FREITAS, Juarez. O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. vol. II.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. vol. I.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1981.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Madrid: Civitas S.A., 1996.
- LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1992. t. I.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira e NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I.
- MARTINSJUNIOR, Wallace Paiva. A Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº 12.527/11). In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; IRENE, Patrícia e NOHARA, Thiago Marrara (orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. A motivação e a Lei do Processo Administrativo. In: IRENE, Patrícia; NOHARA, Thiago Marrara e MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. Princípio da Publicidade. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Trivium, 1996.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Constitucional*.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1968. t. V.

- MORAIS, Marília Mendonça. Princípio da Publicidade. In: *Princípios informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 84-85.
- _____. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210. Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1997.
- _____. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- _____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOTTA, Fabrício. O princípio constitucional da publicidade administrativa. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- NOHARA, Thiago Marrara e IRENE, Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: NOHARA, Thiago Marrara (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. A Administração Pública na Constituição de 1988 (2.^a parte). *Revista de Direito Administrativo*, n. 206. Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1996.
- PASTORI, Giorgio. I diritti di informazione di cui ala Legge n. 816/1985 e la loro attuazione. In: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1988. vol. III.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2000.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: Institutos de participação popular na Administração Pública*. São Paulo: Fórum, 2004.
- QUADROS, Fausto. *A nova dimensão do Direito Administrativo (O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária)*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RIBEIRO, Maria Teresa Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- STIRN, Bernard. *Le sources constitutionnelles du droit administratif*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

ZUCCHETTI, Alberto. Il sistema della tutela dei dati personali. In: *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

_____. I rapporti tra le norme relative all'accesso e dalla tutela dei dati personali. In: *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.