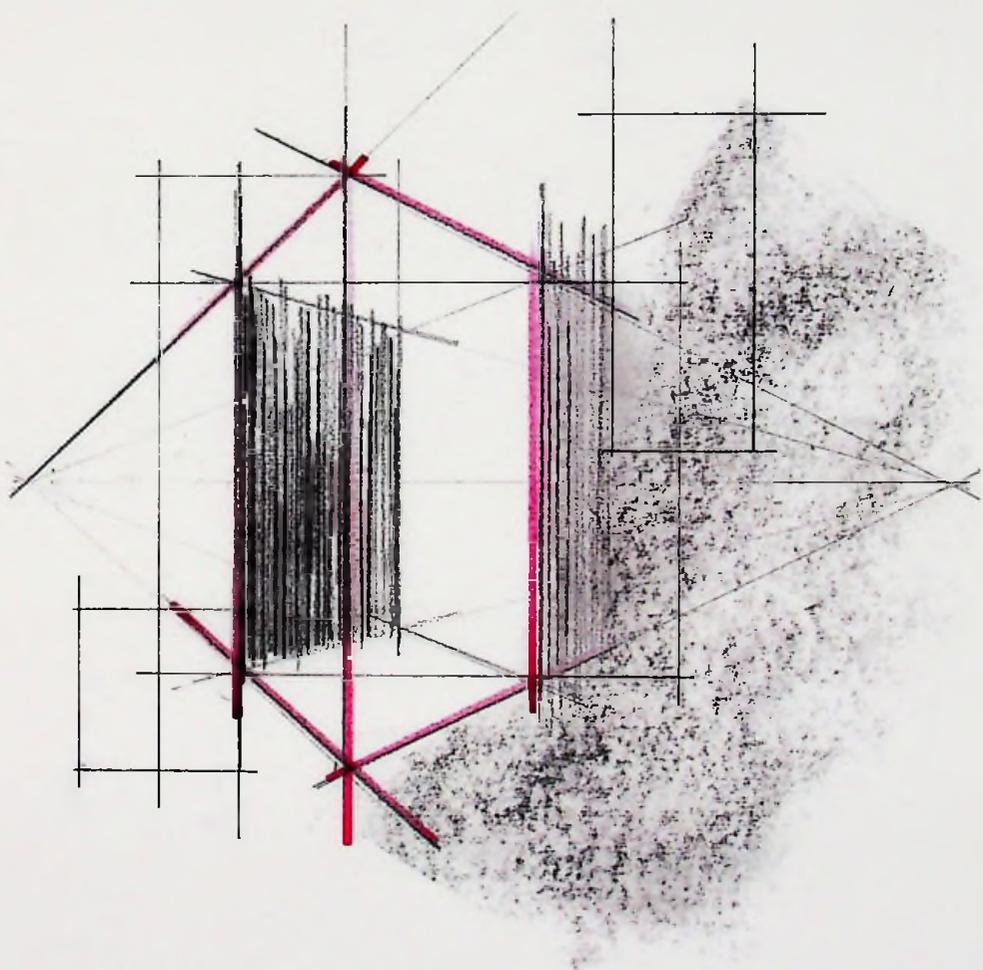


O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA



PREFÁCIOS

Ministro Luís Roberto Barroso
Professor Jacques Ziller

APRESENTAÇÃO

Professora Odete Medauar

QUARTIER LATIN

Capítulo 1

O CONCEITO DE TRANSPARÊNCIA

Neste capítulo, procuraremos estabelecer um conceito jurídico de *transparência*, a partir da análise etimológica, de suas fontes e elementos, sobretudo na esfera do direito administrativo brasileiro.

Partindo do sentido comum do termo *transparência*, encontramos sua origem no latim medieval, *transparentia*, que significa uma qualidade atribuída a um objeto transparente. Relaciona-se ao verbo transparecer, do latim *transparere*, mostrar luz através, deixar a luz atravessar, formado pela preposição “*trans*”, que significa através, atravessar, e “*parere*”, que significa aparecer, deixar vir à luz²⁰, sendo *transparente* o objeto que permite a vinda ou passagem da luz. Dentre suas inúmeras significações, encontramos o verbete *transparência* no Dicionário Aurélio:

Transparência (de transparecer + -encia) *S.f.* 1. Qualidade de transparente; diafaneidade, (q.v.), limpidez; [...] 2. Fenômeno pelo qual os raios luminosos são percebidos através de certas substâncias. ... 6. Caráter daquilo que é feito de modo claro, correto, honesto sincero: [...] ²¹

20 O termo latino *transparentis* teria sido cunhado pela primeira vez pelo jurista e tradutor do grego Burgúndio de Pisa, que viveu no século XII. Ao traduzir, em 1165, do grego para o latim a obra “Sobre a natureza do homem”, do filósofo cristão Nemésio de Emesa (escrita por volta do século V), Burgúndio verteu a palavra grega “*diaphanes*” (diáfano) para o latim como *transparentis*, cunhando assim um novo vocábulo (ALLOA, Emmanuel. *Transparency: a magic concept of modernity*. In: ALLOA, Emmanuel; THOMÄ, Dieter (Ed.). *Transparency, society and subjectivity. Critical perspectives*. Cham: Palgrave Macmillan, 2018. p. 34).

21 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2014. p. 2.072.

Em termos científicos, a *transparência* é um conceito originário da ciência da Óptica, ramo da Física que se ocupa dos fenômenos relacionados à luz, ondas eletromagnéticas que incidem em nossos olhos e produzem a sensação visual²². Para a Óptica, a *transparência* é uma qualidade de pureza de um meio, através do qual se torna possível a visualização do objeto pela passagem regular da luz, que o percorre em trajetórias bem definidas, possibilitando a formação de uma imagem nítida, ou seja, uma visão clara dos corpos. O ar e a água, por exemplo, são meios ópticos transparentes, pelos quais a luz passa, permitindo a visão de todos os objetos com nitidez. De igual forma, o vidro e, até mesmo, o plástico podem ser transparentes. A transparência é um atributo, uma qualidade, uma propriedade atribuída a um meio. Qualidade de permitir a passagem de luz para iluminar o objeto, seja ele qual for, de forma a permitir que se possa vê-lo claramente. Permeabilidade.

A Óptica, igualmente, nos traz o antônimo de transparência, a opacidade, que significa “característica ou condição de opaco, qualidade do que é escuro”²³. Assim, a ciência nos informa que a luz não se propaga em um meio ou ambiente opaco que não permite a passagem da luz. Um meio opaco é um meio escuro, obscuro.

Em sentido figurativo, a palavra *luz* pode ser tomada como sinônimo de “conhecimento”. Progredindo no sentido figurado, o termo *luz* passou a ser utilizado pelos iluministas para nomear a sua própria era como a “idade das luzes”, identificando o século XVIII como aquele do conhecimento, da filosofia ou do “iluminismo”, em oposição à era medieval que os precedera, por eles reputada “idade das trevas”, século *obscurum*, dos tempos de obscurantismo, do conhecimento

22 Desde a antiguidade a Óptica era importante forma de aquisição de conhecimento, possibilitando o estudo e compreensão dos fenômenos físicos pela simples observação visual. Em 1704 Isaac Newton escreve o tratado *Opticks*, em inglês, e não em latim, e assim, mais acessível, e popular, onde desenvolve a teoria da luz, e explica o fenômeno da refração, e como a luz se propaga em meios transparentes. Disponível em: <<http://galileo.phys.virginia.edu/classes/609.ral5q.fallo4/LecturePDF/L20-LIGHTII.pdf>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

23 Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/opacidade/>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

guardado em segredo e da ignorância generalizada²⁴. Assim como a luz ganhou um sentido figurado, a transparência também passou a designar o meio que permite a passagem do conhecimento, a permeabilidade através da luz, deixar à vista, tornar público.

Apropriando-nos do conceito da ciência da Física, temos *transparência* para o direito como a qualidade de um meio que permite a passagem da luz, a permeabilidade do conhecimento, tornar público. O termo *transparência* foi incorporado, aos poucos, à ciência do direito como uma metáfora²⁵ jurídica, ganhando significado particular, tornando-se objeto de estudo através de seu método próprio, ou seja, mediante a interpretação, a hermenêutica jurídica.

Para o direito, a transparência passa a ser qualificada como *transparência jurídica*, um atributo ou propriedade encontrada em meio às relações juridicamente qualificadas, atributo este que permite uma visão clara, nítida das relações jurídicas existentes, trazendo às partes maior segurança e confiança.

O termo transparência (*transparency*) foi incorporado ao direito norte-americano, como se verá mais adiante, tendo definição no dicionário jurídico *Black's Law Dictionary* como palavra sinônima de “abertura” (*openness*).

24 A historiografia medievalista atual desconstruiu essa visão da Idade Média como um monólito obscurantista. Sobretudo na chamada Baixa Idade Média, com destaque para os séculos XII e XIII, houve um florescimento filosófico e jurídico, principalmente capitaneado pela fundação das universidades. Veja-se a respeito a opinião de um dos mais renomados medievalistas de nosso tempo, Jacques Le Goff: “Pero está bien claro que, al menos a partir del siglo XI, ya no se puede hablar, como se ha hecho de los siglos XVI al XIX, de edad de tinieblas refiriéndose a la Edad Media en la que nuestro tiempo encuentra nuestra infancia, el auténtico comienzo del Occidente actual, sea cual fuere la importancia de las herencias judeocristiana, grecorromana, «bárbara», tradicional, que la sociedad medieval recibió. A pesar de la verdadera crueldad de los tiempos medievales en muchos aspectos de la vida cotidiana, cada vez nos cuesta más aceptar que medieval sea sinónimo de retrasado y de salvaje”. (LE GOFF, Jacques. *La civilización del occidente medieval*. Trad. Godofredo González. Barcelona: Paidós, 1999. p. 13).

25 GALETTA, Diana-Urania. Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham? *Diritto e Società*, fasc. 1, 2017. p. 44.

Transparência. Abertura: clareza. Ausência de malícia ou intenção de esconder informações comprometedoras. A palavra é usada para aberturas financeiras, políticas e práticas organizacionais, processo legislativo e outras atividades onde as organizações interagem com o público.²⁶

Mesmo os americanos, para quem a “transparência é um componente fundamental da credibilidade²⁷”, reconhecem que a transparência “tornou-se um termo que invoca algo difícil de descrever”²⁸, pois engloba uma grande quantidade de atributos. Segundo Vaughn, pode ser vista como uma maneira de sustentar a legitimidade governamental, permitir melhores escolhas ao mercado, proporcionar maior visibilidade para as regulações, evitar o conflito de interesses de agentes públicos e melhorar a administração, apesar de, por vezes, tais aspectos apresentarem-se em perspectivas conflitantes²⁹.

Considerando que a ciência jurídica se ocupa das relações jurídicas, sendo estas “situações fáticas de conduta humana que estão unidas umas às outras pela norma jurídica”³⁰, a transparência jurídica passa a ser uma propriedade, uma qualidade a ser atribuída aos diversos meios onde se desenvolvem as relações jurídicas. Assim, haveremos de encontrar aplicação do princípio da transparência nas diversas áreas do direito, como, por exemplo, nas relações comerciais, de consumo e fiscais. Quanto mais transparentes as relações jurídicas, maior

26 Tradução Livre: “*Transparency*. Openness; clarity; lack of guile and attempts to hide damaging information. The word is used of financial disclosures, organizational policies and practices, lawmaking and other activities where organizations interaction with the public.” (TRANSPARENCY. In: BLACK, Henry Campbell. GARNER, Bryan (Ed.). *Black’s Law Dictionary*. 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009. p. 1.638)

27 WELLS, Christina E. Protecting the Public’s access to Government information. In: BOUHADANA, I.; GILLES, W.; WEAVER, R. (Eds.). *Transparency in the Open Government Era*. Paris: Imodev, 2015. p. 37.

28 VAUGHN, Robert G. Transparency in the Administration of Laws: the relationship between differing justification for transparency and differing views of Administrative Law. *American University International Law Review*, volume 26, issue 4, 2011. p. 969. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=auilr>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

29 Loc. cit.

30 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

conhecimento é permitido às partes, que passam a ficar mais seguras e confiantes nas relações.

Aqui, nos concentraremos na significação jurídica mais estrita, na esfera das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Pública e o particular, assim compreendida como “a atividade total do Estado para alcançar seu fim”³¹. Neste trabalho, nossa atenção estará voltada para o estudo da transparência nas relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e o cidadão, na Administração em sentido estrito, ou seja, excluindo-se as relações legislativas e judiciárias.

Evidencia-se a importância do tema a ser estudado, na medida em que a *transparência administrativa* propicia a reformulação da estrutura e da dinâmica das relações entre administração pública e administrados, alterando profundamente os comportamentos de ambas as partes³². Possibilitando maior controle social das ações do governo, a transparência contribui no combate à corrupção, na apuração de condutas ilegais, como suborno e prevaricação, além de possibilitar o aumento da confiança na Administração Pública.

Lima afirma que a transparência conduz à “verdade sobre a atuação administrativa [...] espaço cognitivo e uma necessária via no caminho à verdade”, permitindo alcançar “uma versão da verdade construída pelos cidadãos e não aquela eventualmente entregue pelo gestor público à sociedade civil”³³. Não se olvida quão problemática é a questão da “verdade”, em termos filosóficos³⁴. No entanto, mantem-

31 MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Comares, 2004. p. 6.

32 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

33 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 278.

34 Streck nos recorda seu conceito tradicional, em que “a verdade é *adaequatio intellectus et rei*, a correspondência entre o pensamento e a coisa. Como adequação entre esses dois polos (*adaequatio*) uma proposição será verdadeira na medida em que seus conceitos estão em plena correspondência com os objetos. Isto é desde os tempos inaugurais da filosofia clássica, a verdade consiste na concordância do juízo com o seu objeto”. Streck prossegue sua análise afirmando que “a verdade só adquire status de atribuir um sentido a algo e podermos dizê-lo verdadeiro se este processo de atribuição exsurge da intersubjetividade e ficar sujeito a um severo constrangimento epistemológico. Não há verdade sem constrangimento. E não há constrangimento válido se este – o constrangimento – não estiver focado na busca da verdade. STRECK,

do-nos fiéis ao tema principal de nossa pesquisa, cujo objeto principal é a compreensão da transparência, podemos intuir que a transparência seria o meio capaz de permitir o conhecimento da verdade acerca das ações da Administração Pública, ou seja, “uma dinâmica informativa que seja capaz de consagrar um ambiente de verdade nas instituições públicas”³⁵.

A transparência, enfim, é um instrumento essencial para o fortalecimento da democracia e incremento da legitimidade governamental. A transparência se dá através da garantia do acesso às informações, do conhecimento da motivação das ações da Administração Pública e da participação popular, tanto nas definições das políticas públicas como nas tomadas de decisão. A transparência no agir administrativo propicia o controle social, colabora para a moralidade, impessoalidade e para a legalidade e, assim, contribui para a diminuição da judicialização exacerbada.

Conforme asseverado por Bobbio, “pode-se definir a democracia das maneiras mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder”³⁶.

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Todos são a favor da “transparência”, mas a popularidade em excesso traz consigo o risco de privar o termo de um significado preciso.³⁷

Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 287 e 292.

35 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 278.

36 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004. p. 20-21.

37 “Everyone is in favor of ‘transparency’, but too much popularity risks depriving the term of a precise meaning”. SÖDERMAN, Jacob. *The Citizen, the Administration and Community Law. General Report*. In: 1998 FIDE CONGRESS, 1998, Stockholm. p. 6. Disponível em: <<http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-b/omb/07/fide-1-eng.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

É lúcida a advertência de Söderman³⁸ acima apresentada. É preciso definir *transparência*, um termo técnico a ser empregado pela ciência jurídica, cabendo à doutrina esclarecer seu conteúdo. Não se trata, contudo, de tarefa fácil dar um significado jurídico ao vocábulo “transparência”³⁹. Valendo-nos de métodos próprios de interpretação da ciência do direito, iniciaremos a análise do termo *transparência* utilizando a hermenêutica jurídica, em que o intérprete procura o sentido, significado e alcance da norma jurídica, através de métodos de interpretação, a fim de melhor compreendê-la para integrá-la no conjunto de princípios e regras formadores do sistema jurídico vigente.

Para Söderman⁴⁰, a transparência envolve três elementos: (1) os processos através dos quais as autoridades públicas tomam decisões devem ser amplos e abertos; (2) as próprias decisões devem ser arrazoadas, motivadas; (3) tanto quanto possível, as informações em que se baseiam as decisões devem estar abertas ao público. Söderman esclarece que a transparência, assim definida, é fundamental para a credibilidade e possibilidade de participação.

Galetta nos recorda que a Suécia apresenta um “modelo por excelência” de transparência⁴¹, diante da prevalência absoluta do direito à informação: amplo acesso aos documentos oficiais da autoridade pública por qualquer pessoa, sendo permitido aos funcionários públicos dar informações independentemente de requerimento, através de rádios, jornais e, até mesmo, quando contenham dados pessoais, com o objetivo de permitir o controle do poder público.

38 Jacob Söderman foi o primeiro *Ombudsman* da União Europeia. Disponível em: <<https://www.ombudsman.europa.eu/pt/history>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

39 “Transparency, or as is sometimes called in English, openness, is not a legally defined term”. (cf. SÖDERMAN, Jacob. Transparency as a fundamental principle of the European Union. In: FORUM CONSTITUTIONIS EUROPÆ, 2001, Berlin. p. 2. Disponível em: <<https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/FCE/2001/soederman.pdf>>. Acesso em: 2 de junho de 2019.

40 SÖDERMAN, Jacob. The Citizen, the Administration and Community Law. General Report. In: 1998 FIDE CONGRESS, 1998, Stockholm. p. 6. Disponível em: <<http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-b/omb/07/fide-1-eng.pdf>>. Acesso em: 20 maio de 2019.

41 GALETTA, Diana-Urania. op. cit. p. 53.

Na Dinamarca, a abertura (*openness*) é entendida como o conjunto de “medidas adotadas para tornar os assuntos relacionados à governança tão transparentes e participativos quanto possível à comunidade, e para fortalecer a confiança geral nas instituições públicas”⁴². Algumas dessas medidas a serem tomadas pelas instituições públicas incluem

Dar acesso, *por iniciativa própria*, às informações que as instituições públicas detêm;

Dar acesso, *mediante solicitação*, às informações que detêm;

Participação popular por meio de audiências, reuniões abertas e campanhas;

Participação popular na formulação de políticas públicas e implementação por meio da participação em relevantes comitês, comissões etc.⁴³

No direito administrativo norte-americano, a transparência é vista também como uma metáfora, invocando uma janela a permitir que alguém de fora veja o que está ocorrendo do lado de dentro e vice-versa⁴⁴. A utilização desta metáfora sugere que o “Estado invisível e distante deve ser revelado ao público”⁴⁵, sendo o mesmo fundamento das leis que protegem o “direito de saber” (*right to know*).

Nos Estados Unidos, após um período marcado pelo sigilo por segurança nacional, em razão dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, a transparência ganhou força no governo democrata do Presidente Barack Obama, eleito em 2009. Como será demonstrado adiante no capítulo 2, a transparência é vista como um atributo de um governo aberto (*openness*), que permite, mediante o acesso e amplo conhecimento de informações e ações, bem como da moti-

42 “‘Openness’ means measures taken to make governance affairs as transparent and participatory to the surrounding community as possible, and to strengthen the general trust in public institutions”. Disponível em: <http://www.humanrightsinitiative.org/programs/ai/rti/articles/handbook_intro_to_openness_&_ai.pdf>. Acesso em: 1 de junho de 2009.

43 Loc. cit.

44 FENSTER, Mark. *The transparency fix: secrets, leaks, and uncontrollable government*. Stanford: Stanford University, 2017. p. 3.

45 Loc. cit.

vação clara de seus atos, a participação da sociedade em suas tomadas de decisão, tornando-as mais eficientes e confiáveis. Lá, adota-se o termo “abertura” (*openness*), como parte essencial da democracia, em que os cidadãos devem ser capazes de se informar e de conhecer o que as autoridades públicas estão fazendo e o porquê.

Na França, destaca-se o elemento da motivação, se sobrepondo a qualquer outro elemento da transparência, através do qual se permite o diálogo entre o cidadão e a Administração Pública⁴⁶. Bouhadana⁴⁷ afirma que transparência e governo aberto são termos muitas vezes usados como sinônimos, relacionados ao desenvolvimento de mecanismos para publicar, na Internet, dados relativos às ações governamentais em favor de uma maior participação dos cidadãos, dos servidores públicos e de outros atores envolvidos na implementação de políticas públicas. No entanto, Bouhadana adverte que um governo aberto tem uma dimensão muito mais ampla que a transparência, por possibilitar a interação entre Estado e cidadão e o comprometimento e envolvimento de todos – cidadãos e agentes públicos – nas políticas públicas e ações governamentais. E ressalta que ambos, tanto a transparência quanto o governo aberto, visam à boa governança pública e à renovação da democracia.

Em Portugal, consagrou-se, em nível constitucional, a “Administração aberta”, assegurando a participação dos interessados em sua gestão efetiva, com o direito de receber informações sobre processos e acesso aos arquivos e registros administrativos⁴⁸. Na doutrina portuguesa, Silva afirma que a transparência é, “em termos gerais, a qualidade dos bens que se deixam atravessar pela luz, e permitem a visualização do respectivo interior, ou seja, bens que um observador vê

46 GALETTA, Diana-Urania. op. cit. p. 54.

47 BOUHADANA, Irène. Introduction. Transparency and Open Government. Which possible convergence? In: BOUHADANA, I.; GILLES, W.; WEAVER, R. (Eds.). *Transparency in the Open Government Era*. Paris: Imodev, 2015. p. 5.

48 Art. 267º e 268º, 1e 2da Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

facilmente, o que está dentro deles e para lá deles, ou ainda, em sentido mais figurado, algo que é evidente e claro à percepção humana”⁴⁹.

Para Silva, “a transparência se transformou em uma das expressões mais influentes da política internacional contemporânea, intimamente associada às noções de legitimidade e *accountability*”⁵⁰, sendo composta de três elementos, ou “três acepções, ou dimensões concretizadoras”⁵¹, quais sejam, o acesso à informação e documentos administrativos (aí incluídos a disponibilização e acessibilidade da informação); participação popular nos procedimentos; e obrigação de motivação dos atos, tudo com a finalidade de desenvolver uma cidadania ativa, conforme a seguir analisados mais detalhadamente.

Na Itália, o termo *trasparenza*, também com significado figurativo, é definido como “o ser transparente, honestidade e publicidade dos atos e dos comportamentos: a atividade política requer a máxima transparência”⁵². Lá, encontramos uma definição legal⁵³, contendo expressa referência a três princípios jurídicos: o princípio da

49 SILVA, Suzana Tavares da. O princípio da transparência. Da revolução à necessidade de regulação. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 131.

50 Loc. cit.

51 Ibidem. p. 13.

52 Tradução Livre: “l’essere trasparente/onestà e pubblicità degli atti e dei comportamenti: l’attività politica richiede la massima trasparenza” (LEITE, Silvana Cobucci; DASTOLI, Carlos Alberto. *Palavra-chave: dicionário semibilingue para brasileiros - italiano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 724).

53 “Decreto Legislativo n. 150/2009. Art. 11. La trasparenza e’ intesa come accessibilità totale anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all’utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell’attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità”. Tradução livre: “A transparência é entendida como acessibilidade total, até mesmo através do instrumento de publicação nos sítios institucionais das Administrações Públicas, das informações concernentes a cada aspecto da organização, dos indicadores relativos aos andamentos da gestão e da utilização dos recursos para a persecução da função institucional, do resultado da atividade de mensuração e avaliação desenvolvida pelos órgãos competentes, com o escopo de favorecer formas difusas de controle do respeito dos princípios do bom andamento e imparcialidade”. Disponível em <<https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/09150dl.htm>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

acessibilidade total à informação, o princípio do bom andamento e o princípio da imparcialidade. Enfatiza-se o dever de publicação das informações nos sítios institucionais da Administração Pública, como instrumento de controle democrático da função pública e de seus resultados, possibilitando a valoração do desempenho e utilização dos recursos públicos.

Na doutrina brasileira, Martins Júnior afirma que três seriam os componentes, ou “subprincípios de concretização ou instrumentalização da transparência”⁵⁴ que interagem e relacionam-se mutuamente: a visibilidade e abertura das ações e processo de tomadas de decisões; a participação popular (ou comunitária de indivíduos ou grupos de interesses); e a motivação⁵⁵.

Com efeito, a *transparência*, mediante a garantia de acesso às informações, é considerada um dos “pilares da democracia, da confiança e do progresso”⁵⁶, um dos ingredientes-chave para a confiabilidade essencial ao bom funcionamento das economias de mercado.

Nas palavras de Galetta, a *transparência* aparece como um conceito polivalente e de um conteúdo indefinido, “uma espécie de ‘palavra mágica’, na moda, e, em última instância, boa para todos os usos”⁵⁷. Ora a transparência é tida como um valor, ora como princípio, ora como subprincípio da publicidade, ora atrelada ao princípio democrático e republicano, ora como dever do Estado que surgiu, segundo Bobbio, “com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente”⁵⁸.

54 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. op. cit. p. 42.

55 Ibidem. p. 52.

56 GURRIA, Angel. *Openness and Transparency – Pillars for Democracy, Trust and Progress*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/etatsunis/opennessandtransparency-pillarsfordemocracytrustandprogress.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

57 GALETTA, Diana-Urania. Transparencia y buen gobierno. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia. *Dilemata – Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n. 27, 2018. p. 140. Disponível em: <<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000218>>. Acesso em: 5 de junho de 2019.

58 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 84.

1.1.1. DISTINÇÃO ENTRE TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE

Ainda não é muito clara, nem para a doutrina, nem para a jurisprudência pátria, a distinção entre a transparência e a publicidade, sendo comum a utilização da locução “princípio da publicidade e princípio da transparência” como se fossem um único princípio ou mesmo sinônimos⁵⁹.

Ao discorrer acerca do princípio da publicidade, Moreira Neto ressalta sua importância, relacionando-o diretamente à transparência, quase como um termo intercambiante:

o *princípio da publicidade* assoma como o mais importante princípio instrumental e condição indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela *transparência* dos seus atos, ou seja, como mais adequadamente expressado, por sua *visibilidade* que se tornará possível constatar sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, poder ser exercidas várias modalidades de controle nela previstos.⁶⁰

No entanto, como bem enfatizado pela doutrina francesa, a publicidade é o requisito a partir do qual a decisão administrativa ou lei, já perfeita e assinada pela autoridade administrativa, se torna oponível aos administrados. A publicidade ocorre com a publicação do ato tanto em diário oficial, pelo meio físico ou eletrônico, quanto pela intimação pessoal, tendo o condão de marcar a entrada em vigor de uma lei ou decisão administrativa⁶¹. A partir da publicação, ninguém

59 “(...) Esse é o entendimento que se extrai dos princípios da publicidade e da transparência, além da exigência de prestar contas, inerentes, por imposição constitucional, ao atuar dos entes da administração pública direta e indireta.” (STF. MS 23168 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julg. 28/06/2019, DJe 05/08/2019). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750432975>>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

60 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 278.

61 No Brasil, desde a redação original do Código Civil de 1916, a publicidade marca a vigência das leis. Sem muitas alterações, a publicidade das leis encontra-se atualmente regulada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 3.071/1916). Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei->

mais pode alegar o desconhecimento do ato ou lei, e abrem-se as possibilidades de contestação ou oferecimento dos recursos cabíveis. Em outra vertente, a publicidade diz respeito ao acesso aos documentos administrativos, como direito fundamental do exercício das liberdades públicas⁶². Com a publicidade, dá-se a ciência formal dos atos aos administrados⁶³.

Como esclarece Justen Filho, “O princípio da publicidade exige que os atos estatais sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses em que se justificar o sigilo”⁶⁴. Sendo assim, a publicidade exige tanto a publicação dos atos como o acesso aos documentos.

Por outro lado, o princípio da transparência vai muito além do princípio da publicidade. Vale transcrever, nesta oportunidade, as linhas introdutórias de Martins Júnior:

princípio da transparência administrativa importa o questionamento de sua estrutura e de seu conteúdo, operação que não permite sua redução à divulgação dos atos administrativos. Com efeito, a compreensão da transparência administrativa na contemporânea concepção de Administração Pública tem por fundamento a visibilidade do exercício do poder, exigência da legitimidade formal-material da atividade administrativa no quadro do Estado Democrático de Direito. 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.⁶⁵

Com efeito, pelo princípio da transparência, o cidadão deixa a postura inerte e adquire a possibilidade de participar ativamente na administração, tanto nas escolhas das políticas públicas quanto no

3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 de agosto de 2019).

62 WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 26. éd. Paris: Dalloz, 2016. p. 454.

63 Ibidem. p. 452.

64 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2018. p. 106.

65 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. op. cit. p. 19.

controle social, a partir do conhecimento de sua motivação. Como Locorato salienta, “cada cidadão/usuário, não pode mais ser somente um espectador inerte da escolha administrativa, mas assume ‘uma veste de árbitro, (...) como um juiz da responsabilidade administrativa e contábil dos administradores públicos’”⁶⁶.

O princípio da transparência não pode ser reduzido ou confundido com o princípio da publicidade, pois, como bem salientou Di Pietro, “a conjugação da publicidade, motivação e participação popular aponta para a existência do princípio da transparência a orientar as atividades da Administração pública”⁶⁷. Nessa linha, prossegue Lima, afirmando que “a transparência não se satisfaz com requerimentos de publicidade e acessibilidade”⁶⁸ e, portanto, não deve ser com elas confundida, pois “a transparência vai muito além das premissas expositivas de dados e/ou informações”, sendo a publicidade apenas seu primeiro estágio⁶⁹.

Como Galetta leciona,

[...] entre esses dois conceitos – de publicidade e transparência – não existem apenas convergências, e a realização do princípio da publicidade não necessariamente garante a transparência. Mas ainda porque, em todo o caso, os instrumentos para realização da transparência administrativa são múltiplos e não se exaurem nem com a publicação dos atos administrativos e documentos em posse da administração pública, nem (ainda que crucial) no direito de acesso aos mesmos.⁷⁰

A transparência garante ao administrado a possibilidade de interferir ativamente na administração, permitindo que este tenha voz e que seja efetivamente ouvido, numa efetiva contribuição para a democracia participativa.

66 LOCORATOLO, Beatrice; PEDACI, Alessandra. *Trasparenza e Anticorruzione nelle Pubbliche Amministrazioni*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2018. p. 35.

67 DI PIETRO, Maria Sylvia. Prefácio. In: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

68 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 260.

69 Ibidem. p. 262.

70 GALETTA, Diana-Urania. *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham? Diritto e Società*, fasc. 1, 2017. p. 55.

1.2. TRANSPARÊNCIA – UM VALOR, PRINCÍPIO E DEVER?

A transparência é uma exigência, um estado de espírito e uma esperança.⁷¹

A transparência por vezes é tida como um princípio e, por outras, como um dever, ou ainda como um valor. Trata-se certamente de um comando de abertura dirigido à Administração Pública para tornar públicas e acessíveis as ações dos governantes, sujeitando-as à aferição de sua correição e pertinência com os interesses públicos e vontade popular.

A transparência é da essência da democracia, devendo espalhar-se por todas as esferas de poder⁷², como “o regime do poder visível ... o governo do poder público em público”⁷³. Sobre a natureza desse comando nos debruçaremos a seguir.

Numa visão democrática, a transparência apresenta “virtudes substanciais”, segundo Sustain⁷⁴, por permitir a participação popular, debate nas deliberações e o monitoramento das ações do governo, o que “poderá estimular melhores escolhas”⁷⁵.

71 Tradução livre: “La transparence est une exigence, un état d’esprit et un espoir”. (LASSARRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN Bernard. *La transparence administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987. p. 231).

72 Neste sentido, destaca-se a importante contribuição de Custos: “transparency emerges as a governance value, a methodological principle of governance, which diffuses across the public as well the private sphere. It reaches into all branches of government, spans unilateral and contractual government intervention, affects private contracts as a matter of principle and creeps into private unilateral action. It is a democratic requirement for the State or, by way of a functional extension, for those private entities that substitute for the latter in the performance of some activities. It breathes morality into private legal transactions.” CUSTOS, Dominique. *Transparency, a governance principle*. In: *Proceedings of the XIIIth Congress of the International Association of Legal Methodology*. Bruxelles: Bruylant, 2014. p. 8.

73 BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 98.

74 Cass R. #Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media. Princeton New Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 218.

75 “A well-functioning system of deliberative democracy requires a certain degree of information, so that citizens can engage in the monitoring and deliberative tasks. A good way to enable citizen to oversee private or public action – and also assess the need for less, more or different regulation is to inform them of both private and public activity. The very fact that the public will be in a position to engage in general monitoring may will spur better choices.” Cass R. #Republic. Op. Cit., 2017. p. 218.

1.2.1. TRANSPARÊNCIA COMO UM VALOR ÉTICO

Conhece-te a ti mesmo.⁷⁶

Lembrando o conceito filosófico de ética, que muito se assemelha ao conceito de moral – a primeira originária do grego *ethos*, e a segunda do latim *mos, mores*, ambas significando “uso, hábito, costumes” –, diz-se que a ética seria a parcela da moral aplicada ao comportamento dos homens em sociedade⁷⁷, ou “o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem”⁷⁸.

Na Modernidade, um dos principais filósofos a se debruçar sobre o tema da ética foi Immanuel Kant, colocando como máxima fundamental de seu sistema moral o chamado *imperativo categórico*: “age de tal modo que possas querer que a tua máxima se torne uma lei universal”⁷⁹. De acordo com esse imperativo, o agir de uma pessoa deve ser bom a ponto de valer para todos como uma lei universal. Assim, a ética é a doutrina do valor do bem que a conduta humana tem por finalidade realizar, de modo que o objetivo da ética é a aplicação de seus princípios e valores para nortear as ações humanas.

Assim, uma atitude ética, de acordo com princípios e valores, visando à realização de uma noção de bem, seria aquela que, caso viesse

76 “A frase ‘conhece-te a ti mesmo e conhecerás o universo e os deuses’, por exemplo, bem que se ajusta a esta categoria. Inscrita à entrada do santuário de Delfos, na Grécia antiga, e difundida por Sócrates, circula até hoje pelo Ocidente. É uma frase que, ao semear em torno a esperança e a discórdia ao mesmo tempo, cutuca o homem com a vara da vaidade. Insinua-lhe a condição de deus – um deus a mais entre os homens – caso retire os véus da alma e assumá, a que preço seja, os próprios atos. Uma frase, sim, que o insta a encetar uma viagem acidentada, pelos escaninhos das suas tripas e da sua alma, e da qual em nenhuma hipótese sairá incólume. Um percurso em que, ao experimentar a dor de privar com o fardo de sua sofrida condição, o homem resigna-se em ser, afinal, um mero caçador de sonhos. Uma esqualida sombra que perambula pelo deserto, impossibilitada de prever a rota de sua seta voraz e misteriosa.” PIÑON, Nélida. *Conhece-te a ti mesmo*. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/artigos/conhece-te-ti-mesmo>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

77 NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

78 Ibidem. p. 22.

79 KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Mourão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008. p. 41. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 1 de julho de 2018.

a público, não seria reprovada como sendo fruto de um mero egoísmo que desconsiderasse os demais membros da sociedade. Por exemplo, o desvio de recursos nunca passaria pela peneira do imperativo categórico: caso a fraude e o roubo fossem convertidos em lei universal (ou seja, uma regra corriqueira de as pessoas lidarem umas com as outras), a vida em sociedade se tornaria impraticável.

Sobretudo nas democracias, o dever de maximizar a publicidade dos atos governamentais (aceitando-se certas exceções, como a segurança nacional, como veremos mais adiante) funciona como uma espécie de virtude específica dessa forma de governo. A *transparência* no atuar dos agentes públicos faz parte daquele núcleo essencial de princípios que caracterizam a própria democracia. Quando se permite que todos vejam o que a Administração está fazendo, impõe-se uma conduta melhor, uma conduta ética dos administradores, que não terão receio de repreensão ao torná-la pública. A transparência sugere uma conduta ética.

Tratando da transparência como princípio da ética social, especialmente nos tempos atuais de globalização, destacou o Papa Bento XVI:

O grande desafio que temos diante de nós – resultante das problemáticas do desenvolvimento neste tempo de globalização, mas revestindo-se de maior exigência com a crise económico-financeira – é mostrar, a nível tanto de pensamento como de comportamentos, que não só não podem ser transcurados ou atenuados os princípios tradicionais da ética social, como a *transparência*, a honestidade e a responsabilidade, mas também que, nas relações comerciais, o princípio de gratuidade e a lógica do dom como expressão da fraternidade podem e devem encontrar lugar dentro da actividade económica normal. Isto é uma exigência do homem no tempo actual, mas também da própria razão económica.⁸⁰

80 Bento XVI, Papa. *Caritas in Veritate* do Sumo Pontífice Roma, 2009, p. 24. Disponível em <http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em 2 de dezembro de 2019.

Uma conduta aética, diferentemente, vem carregada de más-intenções, prefere o ocultamento, a obscuridade, a opacidade, o segredo. Os malfeitores trabalham às escondidas, longe de olhares e críticas, longe da luz.

A *transparência*, assim, se associa à ética, às boas práticas, bons costumes e boa governança, tornando-se termos quase indissociáveis, tanto na esfera individual como coletiva. A ética persegue valores, dentre eles a transparência, pois possibilita a aquisição de conhecimento, sendo o conhecimento um “projeto incessante de vida”⁸¹.

Somente num ambiente transparente é possível o conhecimento das ações e, quanto mais transparente, maior o nível de conhecimento. Este raciocínio é válido naturalmente para qualquer nível de conhecimento, desde o conhecimento individual, interno, quanto aquela dimensão de transparência coletiva, pública.

Assim, alguns autores tratam a transparência como um valor ético-jurídico, que deve cumprir suas funções dando coerência e sentido ao código de normas e servindo como modelo destas; coagindo, racional e psiquicamente, os destinatários; contribuindo para a integração social da comunidade⁸².

Enfim, a transparência, para Lassarre, é uma *exigência* do Estado contemporâneo, para não se tornar obsoleto, esclerosado, antiquado; um *estado de espírito*, uma questão de consciência e vontade, baseada na confiança recíproca entre Estado e cidadão, que passa a ter interesse pelas coisas da Administração Pública, caracterizando uma das cláusulas mais ricas do contrato social; e, finalmente, uma *esperança*, pois representa uma oportunidade de aprimoramento dos serviços públicos, um otimismo por um futuro melhor⁸³.

Como adverte Galetta, apesar de a transparência ser uma questão de grande importância para as modernas democracias, não pode ser vista como “um valor em si mesmo, mas deve ser consistente com

81 NALINI, José Renato. op. cit. p. 62.

82 Ibidem. p. 87.

83 LASSARRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN Bernard. op. cit. p. 231-232.

outros valores fundamentais como a privacidade e proteção de dados”, que merecem, igualmente, observância⁸⁴.

1.2.2. TRANSPARÊNCIA COMO UM DEVER JURÍDICO

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se extrair que a *transparência* já vem sendo considerada “um dever do poder público decorrente do princípio republicano e da publicidade”, constante do inciso XXXIII do art. 5º no texto constitucional de 1988, “além de fortalecer a democracia participativa”⁸⁵.

De fato, a todo direito corresponde um dever, e a todo direito fundamental, albergado pela esfera constitucional de um Estado, corresponde um dever jurídico deste Estado em garanti-lo. Extrai-se daí a conclusão no sentido de que a *transparência administrativa* há de ser considerada um dever jurídico do Estado para com seus cidadãos⁸⁶.

Nesse sentido vem se orientando nosso Supremo Tribunal, ao reconhecer a regra geral da transparência, em voto proferido pelo Ministro Barroso em Mandado de Segurança impetrado contra ato que indeferira acesso a documentos relativos ao dispêndio de verbas públicas, de natureza indenizatória, pagas a Senadores da República, relacionadas ao exercício da função, afirmando “o princípio da publicidade (art. 37, *caput* e § 3º, II) e o princípio republicano (art. 1º) do qual se originam os deveres de transparência e prestação de contas,

84 GALETTA, Diana-Urania. Transparency and access to public sector information in Italy: a proper revolution? *Italian Journal of Public Law*, v. 6, issue 2, 2014. p. 212.

85 “Direito Constitucional. Direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral. Recurso extraordinário que se funda na violação do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. ... Invocação do direito fundamental de acesso à informação, do dever do poder público de transparência e dos princípios republicano e da publicidade. (STF. RE 865.401, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julg. 25/04/2018, DJe 19/10/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748465786>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019).

86 Neste sentido, Locorotolo enfatiza que “la trasparenza , come nozione giuridica, deve essere intesa come un dovere della P.A., al quale corrisponde il diritto del cittadino, di consentire l’accesso con immediatezza a tutte le informazioni e alle azioni poste in essere dalle amministrazioni, per consentirgli di cogliere, sulla base di un rapporto fiduciario, tutte le opportunità di fornite dal settore pubblico: si pensi, a titolo di esempio, all’importanza di conoscere la procedura per poter accedere ai servizi forniti da un ospedale.” (cf. LOCORATOLO, Beatrice; PEDACI, Alessandra. op. cit. p. 34).

bem como a possibilidade de responsabilização ampla por eventuais irregularidades”⁸⁷.

A segunda consequência que se extrai é o fato de que, tratando-se de um direito fundamental do homem, ao qual corresponde um dever do Estado, este se subordina ao *princípio do não retrocesso*, segundo o qual é vedado o retrocesso jurídico, princípio que condiciona não apenas o legislador, mas também o administrador, e o juiz, impedindo os poderes constituídos do Estado de adotar medidas que possam suprimir ou restringir as garantias atualmente existentes e reconhecidas.

O *princípio da proibição do retrocesso* não está expresso no texto constitucional brasileiro, mas a doutrina reconhece-o como sendo um princípio implícito, decorrente dos princípios constitucionais que estabelecem garantias de proteção aos direitos fundamentais, como o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade e o da dignidade da pessoa humana.

Significa dizer que, uma vez obtido um determinado direito, este passa a constituir “uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*”, nas palavras de Canotilho⁸⁸, de sorte que o legislador ordinário não pode legislar para reduzir ou suprimir direitos já incorporados ao patrimônio jurídico protegido. Desta forma, os comandos normativos devem ser preservados e salvaguardados de eventuais alterações que possam pretender restringir a efetividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, o desafio do Estado Democrático de Direito é conseguir ampliar gradativamente os direitos fundamentais e garantias constitucionais, e nunca diminuí-los, o que implicaria verdadeiro retrocesso jurídico, conforme bem afirmou o STF, reconhecendo a importância do princípio da proibição do retrocesso, *verbis*:

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.178, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julg. 04/03/2015, DJe 08/05/2015. p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399320>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

88 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338.

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.⁸⁹

Estando o dever de transparência do Estado diretamente correlacionado aos direitos humanos fundamentais consagrados nas convenções e tratados internacionais vigentes, como o direito de acesso à informação e o direito à liberdade de expressão, representando, assim, uma verdadeira conquista democrática, qualquer tentativa arbitrária de limitação, seja por abuso de poder ou por medidas autoritárias de governo, deve ser coibida pelos meios jurídicos adequados, sob pena de infringência ao princípio da vedação do retrocesso.

1.2.3. TRANSPARÊNCIA: UM PRINCÍPIO JURÍDICO

Muitos doutrinadores reconhecem o caráter principiológico da *transparência*, como Cassese, ao afirmar que o princípio da transparência é “um dos princípios fundamentais do direito administrativo em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais”⁹⁰.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julg. 23/08/2011, DJe 15/09/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 19 de julho 2019.

90 CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2015, p. 314.

Segundo Reale⁹¹, os princípios são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. Em todas as áreas do conhecimento científico ou filosófico existem os princípios, que são suas bases teóricas, que podem ser evidentes ou comprovados a partir da dedução.

O direito, enquanto ciência, é formado por princípios próprios, que orientam e condicionam a formação, aplicação e integração do ordenamento jurídico, bem como a elaboração de novas normas jurídicas. Os princípios são enunciações normativas, ou seja, normas com elevado grau de abstração⁹², cuja função precípua é a integração do sistema jurídico. “Os princípios gerais de Direito põem-se como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e sua força vital ou histórica”⁹³.

Os princípios são normas de natureza estruturante⁹⁴, tão fundamentais ao ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema de fontes que, por vezes, são incorporados no direito positivo, adquirindo *status* de lei. Podem estar expressos no texto constitucional, ou apenas albergados na legislação ordinária e, ainda, há aqueles que são simplesmente previstos na doutrina como dogmas fundamentais, mas nem por isso perdem sua eficácia integrativa do sistema jurídico.

Streck ressalta que o termo “princípio” pode adquirir “três significados diferentes: a) como princípio geral do Direito; b) como princípio jurídico-epistemológico; c) como princípio pragmático-problemático, que opto por nomear como princípios constitucionais”⁹⁵.

Alguns autores vinculam a noção de *princípios gerais do Direito* à concepção do Direito Natural, como aquele fundado em valores primordiais, como o da pessoa humana e sua dignidade ética. Diz-se

91 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 305.

92 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 1.161.

93 REALE, Miguel. op. cit. p. 419.

94 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 1.160.

95 STRECK, Lenio. op. cit. p. 239.

que “a pessoa é valor fonte”⁹⁶, o cerne do direito natural. O homem é um sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem. Vê-se, assim, que os princípios de Direito Natural são “universais” ou “transcendentais”, pois oferecem “um maior grau de generalidade”. Para Streck, os princípios gerais do Direito são articulados teoricamente com a função de solucionar problemas gerados pela insuficiência do modelo exegético-conceitual.⁹⁷

A importância dos princípios decorre de sua força integrativa. Com efeito, na aplicação e integração do direito há, invariavelmente, a necessidade do preenchimento de lacunas encontradas na legislação. Por mais perfeito que seja o direito positivo, o legislador jamais esgota todas as hipóteses de ocorrência dos fatos, donde exsurge a necessidade de preenchimento destas lacunas, na aplicação da lei.

Sendo assim, somente a partir de um raciocínio fundado em analogia e correlacionamento de princípios, que são como “os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”, é possível alcançar-se uma decisão num determinado caso concreto.

Por sua vez, os princípios constitucionais, segundo Streck, “institucionalizam o mundo prático, destroem os dualismos presentes nas tradições anteriores e instauram um novo modo para pensar o significado do termo princípio”⁹⁸. Os princípios constitucionais carregam “toda carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais”⁹⁹.

Destaca Canotilho que os princípios jurídicos fundamentais são aqueles “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.” Os princípios irão possibilitar a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo¹⁰⁰.

96 REALE, Miguel. *op. cit.* p. 315.

97 STRECK, Lenio. *op. cit.* p. 240.

98 *Loc. cit.*

99 *Loc. cit.*

100 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 1.165.

Expressos ou implícitos, encontramos diversos princípios gerais enunciados nos primeiros artigos do texto constitucional brasileiro, dentre eles o princípio do “Estado Democrático de Direito”, expresso e consagrado como “princípio geral dotado de mínimo normativo”¹⁰¹, o que significa dizer que direitos e pretensões nele encontram seu fundamento¹⁰². Deste princípio fundamental decorrem outros subprincípios, ensina Canotilho, como o “princípio da constitucionalidade”, “da independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal), e vinculação do juiz à lei”; e o “princípio da garantia da proteção jurídica” e abertura da via judiciária para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais.

Com clara inspiração na Constituição Portuguesa de 1976¹⁰³, nossa Constituição Federal prossegue com o reconhecimento expresso dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, sendo eles: (i) o princípio da soberania, (ii) da cidadania e da (iii) dignidade da pessoa humana¹⁰⁴, como “*núcleo essencial da República*”¹⁰⁵, nas palavras de Canotilho.

Streck ressalta ainda a importância do princípio jurídico-constitucional “por instituir o mundo prático no Direito”¹⁰⁶, enfatizando que a “normatividade assumida pelos princípios possibilita um fecha-

101 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 254.

102 “PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” - “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO” (STF. MS 25.453 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, 2ª Turma, julg. 28/05/2013, DJe 19/06/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4015136>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

103 Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoerepublicaportuguesa.aspx>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

104 Art. 1º [...] I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

105 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 226.

106 STRECK, Lenio. op. cit. p. 242.

mento interpretativo, próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”¹⁰⁷.

Assim, dentre os princípios fundamentais enunciados e consagrados no texto constitucional brasileiro, e na maioria dos textos constitucionais contemporâneos, destacam-se, como se viu acima, o princípio do “Estado Democrático de Direito”, “da cidadania” e da “dignidade da pessoa humana”, além de diversos outros subprincípios especificamente relacionados à Administração Pública, como o da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência¹⁰⁸.

De igual sorte, o “princípio da legalidade da administração”, segundo o qual os atos da Administração estão vinculados a lei em sentido formal¹⁰⁹; e o “princípio da segurança jurídica” ou da “proteção da confiança dos cidadãos”, que decorre de uma necessidade do homem de ter segurança para gerenciar os atos de sua vida, a exigir, portanto, clareza e transparência dos atos do poder, aí incluídos os atos do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Pelo “princípio da segurança jurídica”, os atos normativos devem ser claros, compreensivos e não contraditórios, e não admitida a retroatividade. Quanto aos atos judiciais, estabeleceu-se a intangibilidade da coisa julgada, e quanto aos atos da Administração tem-se a autovinculação da Administração, princípio através do qual a Administração se vincula às próprias decisões; e a irrevogabilidade do ato administrativo. Torres encontra no princípio da segurança jurídica o fundamento de validade do princípio da transparência¹¹⁰.

Segundo alguns autores, outros princípios decorrem do texto constitucional, como o próprio *princípio da transparência* que, apesar

107 Loc. cit.

108 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

109 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 256.

110 TORRES, Ricardo Lobo et al. (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1.359.

de não ser um princípio expresso, encontra fundamento no princípio democrático, devendo ser considerado “um imperativo democrático”¹¹¹ e um princípio de direito. De fato, sendo um atributo, uma propriedade de tornar as ações visíveis, permitindo o exercício do relevante papel desempenhado pela participação popular nas tomadas de decisão, a *transparência* é considerada um elemento fundamental para a democracia, na medida em que possibilita o controle do poder pelos próprios cidadãos.

Corroborando tal entendimento, Martins Júnior destaca que “o princípio democrático articula o princípio da transparência como corolário lógico: o Estado e seus Poderes só são realmente democráticos se visíveis e abertos ao povo forem suas ações e o processo de tomada das decisões”¹¹².

Neste sentido, afirma Medauar que “o tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se ligado à reivindicação geral da democracia administrativa”¹¹³.

Reconhecendo o caráter principiológico da transparência, assentou nossa Corte Constitucional:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A DIVULGAÇÃO DE DADOS REFERENTES A CARGOS PÚBLICOS E INFORMAÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. OS DADOS PÚBLICOS SE SUBMETEM, EM REGRA,

111 LENOIR, Noëlle. Le droit a la transparence, 30 ans après. In: JOURNEE CERNA 2018: Les valeurs dans les algorithmes et les données, 2018, Paris. p. 9. Disponível em: <http://cerna-ethics-allistene.org/digitalAssets/55/55079_LA_TRANSPARENCE_EN_DROIT_No__lle_Lenoir.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro 2019.

112 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. op. cit. p. 42.

113 MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 304.

AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. DISCIPLINA DA FORMA DE DIVULGAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O interesse público deve prevalecer na aplicação dos Princípios da Publicidade e Transparência, ressalvadas as hipóteses legais. II – A divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal. III – Não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade, com base em princípios constitucionais e na legislação de regência. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.¹¹⁴

O fundamento democrático da transparência está respaldado na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁵ no sentido de “total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção”, e ganhando caráter de “regra geral num Estado Republicano” informado pelo princípio da publicidade.

Neste sentido, Lima destaca o mérito do princípio da transparência: “servir de instrumento para uma sociedade civil cônica do modelo de gestão adotado pelo Poder Público e com isso, arvorar as críticas sobre a condução da estrutura orgânico-funcional de cada ente político”¹¹⁶.

114 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 766.390 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julg. 24/06/2014, DJe 15/08/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6519125>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

115 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.178, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julg. 04/03/2015, DJe 08/05/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399320>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

116 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 260.

Com efeito, de acordo com a doutrina italiana¹¹⁷, a *trasparência* seria um corolário do princípio da legalidade, bom andamento e imparcialidade, princípios expressos no texto constitucional italiano¹¹⁸.

Entre nós, faz-se premente a constitucionalização do princípio da transparência em razão de seu caráter de transcendência, devidamente ressaltado por Streck:

“para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representava no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas sim, em face daquilo que ele enuncia. Na verdade, uma concepção de princípio coerente com o Constitucionalismo Contemporâneo, superador do positivismo em suas características fundamentais (fatos sociais, separação Direito e moral e discricionariedade) – não pode se contentar com análises topográfico-analíticas. (...)

(...) Em outras palavras, a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto.¹¹⁹

¹¹⁷ FADIGATI, Ida. *Il principio di trasparenza nei contratti pubblici: il bando di Gara*. 2015. 110 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Università degli studi di Napoli, Napoli, 2015. p. 4. Disponível em: <<http://www.fedoa.unina.it/10226/>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

¹¹⁸ “Art. 97. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (2). I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione. Nell’ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

¹¹⁹ STRECK, Lenio. op. cit. p. 243.

1.3. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na doutrina europeia, a transparência é considerada um novo princípio do direito administrativo, pressuposto lógico-jurídico da participação dos cidadãos na atividade administrativa do Estado, representando “um salto de qualidade” e uma verdadeira “revolução copernicana” na Administração Pública.

Por certo, a partir dos anos 1990, diversas mudanças foram sentidas no Estado contemporâneo, exigindo do direito administrativo uma “atualização e revitalização, para entrar em sintonia com o cenário atual da sociedade e do Estado”¹²⁰. Novas tendências surgem, como destaca Medauar, para o desvencilhamento de resquícios absolutistas, sobretudo no aspecto da vontade da autoridade, mediante a absorção no ordenamento de valores e princípios consagrados na Constituição; a assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade; a abertura para o cenário sociopolítico em que se situa; a abertura de conexões científicas interdisciplinares; a disposição de acrescentar novos itens à temática clássica.

Como consequência da maior integração Administração-sociedade, o Estado deixa de ser um ente distante e autoritário, que age em segredo, para se tornar mais próximo e acessível ao cidadão. A transparência surge como resultado de uma Administração contemporânea, globalizada, pós-moderna¹²¹, um novo paradigma de governança, permeável às reivindicações e contribuições da sociedade.

Assim, o século XXI se inicia com um novo cenário no direito administrativo, decorrente desta nova realidade do Estado contemporâneo, “em uma das expressões mais influentes da política internacional contemporânea”¹²², onde a *transparência* surge como elemento-chave para a boa governança, introduzida pelo art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

120 MEDAUAR, Odete. op. cit. p. 386.

121 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 17.

122 SILVA, Suzana Tavares da. op. cit. p. 131.

Como já se disse inicialmente, o *princípio da transparência* não é de fácil definição, por tratar-se de um princípio novo, em plena expansão e difusão com a constante incorporação de novas ideias e aplicações¹²³. Mas é certo que a “transparência limita a corrupção, protege contra comportamentos oportunistas de agentes públicos e encoraja a participação popular”¹²⁴.

Não se trata simplesmente de “acesso à informação”. De fato, a *transparência* na gestão pública exige o livre e amplo acesso às informações governamentais, independentemente de requerimento ou demonstração de legítimo interesse, o que caracteriza um governo aberto (*openness*). A *transparência administrativa* está diretamente relacionada à publicidade dos atos estatais, possibilitando a todos os cidadãos que deles tomem conhecimento e, desse modo, os legitimem.

Com a consagração do *princípio da transparência*, a presunção de abertura se fortalece, o Estado passa a ter o ônus de divulgar e tornar públicos e acessíveis não apenas os dados custodiados pela Administração – os quais somente podem ser negados caso caiam nas exceções previstas constitucionalmente, invertendo-se o ônus de justificar o indeferimento de um pedido de informações –, mas também os motivos que levaram a Administração a agir, demonstrando suas razões de decidir. Assim, o *princípio da transparência* abre espaço para a participação popular, a partir da disponibilização de dados úteis e de qualidade para a população, a fim de que esta, munida de informação fidedigna e útil, possa efetivamente participar e contribuir para as tomadas de decisão da Administração Pública.

Saliente-se ainda que a transparência, para atingir sua finalidade de propiciar o fortalecimento da democracia participativa, deve guiar-se pelo princípio da gratuidade, com a total eliminação ou diminuição de custo para a obtenção da informação e presteza no seu

123 VAUGHN, Robert G. op. cit. p. 969.

124 CANDEUB, Adam. Transparency in the Administrative State. *Houston Law Review*, volume 51, issue 2, 2013. p. 386. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1505&context=facpubs>>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

fornecimento¹²⁵. Para que se possa dizer que um governo é transparente, este deve incentivar a disponibilização dos dados oficialmente compilados, sem custo ou ônus para o cidadão, e de forma rápida, ou mesmo imediata, através de portais *online*, acessáveis por Internet.

Outro aspecto de suma importância é a garantia da independência dos institutos de pesquisa¹²⁶, que têm como objetivo a disponibilização de dados de pesquisa, indicadores, índices de desempenho e avaliações produzidas com base em critérios científicos e técnicos. Merecem ser desenvolvidos mecanismos que garantam a autonomia de tais institutos, que não podem estar sujeitos a pressões políticas de forma a continuar cumprindo seu papel institucional, subsidiando não apenas o governo, mas toda a sociedade, com informações fidedignas e confiáveis.

A transparência é crucial para uma Administração Pública que pretenda estar inserida num contexto moderno no mundo globalizado, numa sociedade democrática, especialmente quando grande parte da população já dispõe de acesso à Internet e demanda cada vez mais interação com as ações do governo¹²⁷.

Todavia, como adverte Vaughn, a transparência administrativa é muito difícil de ser plenamente atingida, pois “todos os governos e a maioria das organizações usam da discricionariedade para determinar o que pode tornar-se conhecido e o que será mantido em segre-

125 Ibidem. p. 387.

126 No Brasil, destacam-se o INEP, autarquia federal criada em 1937 e vinculada ao Ministério da Educação, “que tem como missão subsidiar a formulação de políticas educacionais dos diferentes níveis de governo com intuito de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país”. (Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/conheca-o-inep>>. Acesso em: 12 de agosto de 2019); assim como o IBGE, criado em 1934, tendo como missão institucional “Retratar o Brasil com informações necessárias ao conhecimento de sua realidade e ao exercício da cidadania.” Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/institucional/o-ibge.html>>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

127 BONELLI, Francisco Sergio Oto Souza. Administração pública contemporânea e Informática: o surgimento, os princípios administrativos envolvidos e os limites ao avanço do Governo Eletrônico no Brasil (e-Gov). *Revista de Direito Administrativo contemporâneo: ReDAC*, v. 2, n. 9, jun. 2014. p. 24-25.

do [...] considerando ainda quais os critérios para definição do que deva estar em segredo”¹²⁸.

Cananea¹²⁹ enfatiza que o princípio da transparência contribui para distinguir os ordenamentos democráticos daqueles autoritários onde o segredo é a regra¹³⁰. No âmbito da União Europeia, Cananea afirma que a transparência ganha uma dimensão muito maior, inspirando-se no princípio da máxima abertura. A transparência garante não apenas o acesso aos documentos que permitam o direito de defesa no âmbito de um procedimento, mas inclui qualquer conteúdo informativo, de posse de qualquer instituição, órgão ou organismo da União Europeia, não se limitando apenas aos nela residentes, independentemente de motivação, bastando um requerimento escrito.

Transparência não é somente garantir o acesso à informação, mas exige a presença de outros elementos essenciais, decorrentes de sua especificidade, a saber, a participação popular e a motivação, que serão a seguir analisados.

Sintetizando: trata-se de um princípio jurídico que tem por finalidade o fortalecimento da democracia participativa, compreendendo essencialmente três elementos: direito de acesso aos atos, participação nos procedimentos e obrigação de motivação dos atos¹³¹.

128 VAUGHN, Robert G. op. cit. p. 971.

129 CANANEA, Giacinto della. *Diritto Amministrativo Europeo - Principi e Istituti*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 54.

130 A respeito do segredo como fonte de poder político característico dos Estados autoritários, afirmou Hannah Arendt: “The only rule of which everybody in a totalitarian state may be sure is that the more visible government agencies are, the less power they carry, and the less is known of the existence of an institution, the more powerful it will ultimately turn out to be.” ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt Brace & Company, 1973. p. 403.

131 GALETTA, Diana-Urania. Transparencia y buen gobierno. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia. *Dilemata - Revista Internacional de Ética Aplicadas*, n. 27, 2018. p. 141. Disponível em: <<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000218>>. Acesso em: 5 de junho de 2019.

1.4. ELEMENTOS DA TRANSPARÊNCIA

Alguns autores afirmam que *transparência* seria sinônimo de publicidade, ou mesmo de acesso à informação, utilizando o termo *transparência* como equivalente ou intercambiável com publicidade. De fato, existem pontos de congruência entre os dois princípios, sendo a publicidade fundamental parte da transparência, como destacado por Soares da Silva:

Lembramos que o princípio constitucional da publicidade impõe o dever de transparência à administração pública, de forma que deixar de motivar uma decisão administrativa que não acolhe manifestação popular equivale a violar, de forma reflexa, a participação pública.¹³²

No entanto, “a publicidade é apenas o primeiro estágio da transparência administrativa”¹³³. Isto porque, como Galetta esclarece, “há outros elementos essenciais, como confirmam estudos de direito comparado: se trata, em particular, da participação nos procedimentos e da obrigação de motivação dos atos públicos”¹³⁴. No sistema francês, assim como no alemão, a *transparência* “não se esgota com o direito de acesso à informação pública, e não se acaba com o cumprimento deste direito”¹³⁵, exigindo, para caracterizá-la e torná-la operante, a presença destes outros elementos.

A doutrina francesa, por exemplo, prioriza a motivação, e exige a publicação das informações por meio de notificação dos cidadãos das decisões; abertura dos dossiês como corolário do direito de defesa, da participação popular e das consultas públicas; comunicação explicativa obrigatória das ações e políticas públicas do governo¹³⁶.

132 SILVA, Alessandra Obara Soares da. *Participação popular na administração pública - as audiências públicas*. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015. p. 63.

133 GALETTA, Diana-Urania. *Transparencia y buen gobierno...* op. cit. p. 141.

134 Loc. cit.

135 Loc. cit.

136 LASSARRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN Bernard. op. cit. p. 13.

Sendo assim, impõe-se, a seguir, o exame de cada um dos elementos da *transparência*, começando pelo acesso à informação, passando pela participação popular e finalizando pela motivação.

1.4.1. CONVENÇÃO DE AARHUS

Importantíssima contribuição à identificação dos elementos do princípio da transparência foi-nos trazida pelo direito convencional, com a assinatura, em 1998, da Convenção de Aarhus¹³⁷. Com a finalidade de garantir o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental, a Convenção de Aarhus foi elaborada no âmbito da Comunidade Econômica para Europa das Nações Unidas (CEE/ONU), tendo sido assinada por 47 países membros da Comunidade Europeia, devidamente regulamentada pelo Regulamento n. 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia¹³⁸, destacando-se a preocupação pela transparência das medidas de execução tomadas pelas instituições e órgãos comunitários¹³⁹.

Sob a inspiração do “direito de saber” (*right to know*), ela nos fornece sólidos subsídios para identificação dos elementos essenciais da transparência, conhecidos como “tripé de Aarhus”, a saber: (i) o acesso à informação, sem que seja necessário declarar um interesse na questão (art. 4º, 1, “a”); (ii) a participação do cidadão nas tomadas de decisão, o mais cedo possível no processo, quando todas as opiniões ainda estiverem em aberto e possa haver efetiva participação do público (art. 6º, 4); (iii) o acesso à justiça, em caso de não ter sido

137 Convenção de Aarhus. Disponível em <<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

138 Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1367&from=DE>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

139 “(5) Justifica-se contemplar os três pilares da Convenção de Aarhus – a saber, o acesso à informação, a participação do público no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça em matéria de ambiente – num único acto legislativo e estabelecer disposições comuns relativamente aos objectivos e definições. Desse modo se racionalizará a legislação e aumentará a **transparência** das medidas de execução tomadas no que respeita às instituições e órgãos comunitários”.

devidamente atendido o pedido de informação, ou desconsiderado o recurso administrativo, com a possibilidade de um julgamento justo.

De fato, numa democracia participativa ideal, esses três elementos devem estar presentes, interligados e associados. Destaca-se que a Resolução n. 1367/2006 enfatiza a necessidade de os órgãos comunitários garantirem o acesso às informações sob qualquer forma, de boa qualidade, atualizadas e disponíveis através de forma telemática ou de outros meios eletrônicos, de forma a possibilitar a participação precoce do público, na fase preliminar de preparação de proposta de plano ou de programas públicos.

Assim, “a transparência permite a participação do cidadão, que deixa a postura passiva de destinatário e passa a agente colaborador das tomadas de decisão, cuja sindicabilidade se dará pela possibilidade de análise de sua motivação”¹⁴⁰. Com efeito, somente sendo franqueado ao cidadão o acesso aos documentos e informações da Administração Pública torna-se possível a efetiva participação popular.

Apesar de o Brasil não ser signatário da Convenção de Aarhus, Mazzuoli destaca que esta constitui “um importante instrumento para o aperfeiçoamento de uma *cultura universal* (ou global) de informação, participação e interferência da coletividade nos processos de decisão ambientalmente relevantes”¹⁴¹.

1.4.2. ACESSO À INFORMAÇÃO E DOCUMENTOS

Até meados do século XX, a Administração Pública era orientada por uma ideia de autoritarismo, de total exclusão da vontade popular e, ainda, pela predominância do segredo. O Estado não precisava demonstrar ou esclarecer seus motivos, o administrador público não precisava expor suas razões de agir. No entanto, a evolução da sociedade democrática passou a exigir maior clareza e eficiência

140 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. op. cit. p. 38.

141 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. p. 320. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/13_rev15_297-328_-_valerio_de_oliveira_mazzuoli_o.pdf>. Acesso em: 6 de agosto de 2019.

da Administração, que aos poucos foi se adaptando à nova realidade social.

Essa, na verdade, já era uma luta antiga. Desde o início do século XX, na Itália, havia a percepção de que a Administração Pública moderna deveria possibilitar o acesso às informações de forma ampla, imediata e incondicionada, tornando-se uma verdadeira “casa de vidro”, na expressão de Filippo Turati¹⁴².

Esta figura de linguagem utilizada pelo jurista italiano surgiu como um desejo de visualização e conhecimento das ações do governo: “onde um interesse público superior não imponha um momentâneo segredo, a casa da Administração deveria ser de vidro”¹⁴³. Tal frase ilustra o sonho de uma Administração Pública moderna, totalmente aberta e transparente ao público, que bem pode observá-la do exterior.

A ideia foi fortalecida com o reconhecimento do direito de acesso à informação e à publicidade como direito fundamental do homem, por ocasião da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁴⁴. Contudo, somente a partir dos anos 70, a Administração Pública francesa passou a reconhecer a necessidade de permitir o acesso aos documentos e informações que norteavam suas ações, cedendo lugar à publicidade de seus atos.

Seguindo essa tendência de abertura, no Brasil prevaleceu, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, a ideia de publicidade e acessibilidade, como bem destacou Medauar:

A Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O princípio

142 “Casa de vidro” foi uma expressão que se tornou famosa, utilizada inicialmente pelo sociólogo italiano Filippo Turati, graduado pela Universidade de Bolonha em 1877.

143 “Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell’amministrazione dovrebb’essere di vetro” (TURATI, Filippo. *Sessione 17 giugno 1908*. In: *ATTI DEL PARLAMENTO ITALIANO: Discussioni della Camera dei Deputati, XXII Legislatura - Sessione 1904-1908, Volume XIX*. Roma: Tipografia Camera dei Deputati, 1908. p. 22.962. Disponível em: <<https://storia.camera.it/regno/lavori/leg22/sed529.pdf>>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

144 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa¹⁴⁵.

Assim, restou assegurada a garantia do *acesso à informação*, no art. 5º, XXXIII da CF/88:

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

Conjugando este dispositivo com o *caput* do art. 37, temos a consagração do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, devendo-se buscar a realização plena do escopo visado pelo texto para alcançar a finalidade da norma constitucional¹⁴⁶. Invocando-se o princípio de hermenêutica, de que na lei não se presumem palavras inúteis, como afirma Carlos Maximiliano¹⁴⁷, conclui-se pela inadmissibilidade de segredos injustificados na Administração Pública, que passa a ter o dever de informar o cidadão de seus atos e políticas, e de garantir que a informação seja prestada de forma simples, rápida e acessível, com qualidade, atualidade, integridade, autenticidade e ainda imparcialidade.

1.4.2.1. INFORMAÇÃO DE QUALIDADE E ACESSÍVEL

A primeira pergunta que se poderia fazer em relação às informações deve ser qual o tipo de informação ou documento cujo acesso deva ser garantido. A princípio, todas as informações relacionadas à Administração Pública devem ser acessíveis à população, salvo aquelas excepcionadas no próprio texto constitucional, reservadas e protegidas pelas garantias de intimidade ou segurança nacional, que serão objeto de análise mais detidamente nos capítulos 5 e 6.

145 MEDAUAR, Odete. op. cit. p. 159.

146 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 124-125.

147 *Ibidem*. p. 204.

O art. 5º da Lei de Acesso à Informação (LAI) impõe ao Estado o dever de garantir o direito de acesso à informação, “de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. Isto significa clareza e possibilidade de compreensão da informação ou, nas palavras de Lima, “inteligibilidade”¹⁴⁸, possibilitando que os destinatários possam absorvê-la e transformá-la em conhecimento.

Importa aqui também a qualidade dos dados disponibilizados, devendo ser claros, adequados, acessíveis e atuais, para que efetivamente permitam o conhecimento das ações da Administração, tal como previsto pelo legislador ao tratar das informações a que têm direito os consumidores¹⁴⁹.

148 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 261.

149 Em que pesem as restrições quanto à utilização das disposições do Código de Defesa do Consumidor no âmbito do direito administrativo, *ex vi* da ADI 3.343. Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Pleno, julg. 01/09/2011, DJe 22/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629771>>. Acesso em: 1 de junho de 2019: “descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (Cf. art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula ‘direitos dos usuários’ prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição”. Transcrevemos seus dispositivos apenas para ilustrar a qualificação legal de informação dada pelo CDC ao garantir o direito do consumidor de receber “III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” [...] e ainda quanto à acessibilidade: “Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do *caput* deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 1 de junho de 2019. Interpretando o dispositivo acima, leia-se: STJ. REsp 976.836, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julg. 25/08/2010, DJe 05/10/2010, donde se extrai, *verbis*: “20. O Código de defesa do Consumidor, na sua exegese pós positivista, quanto à informação do consumidor deve ser interpretado no sentido de que o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação está garantido pelo art. 6º, n. III, e também pelo art. 31, que preveem que o consumidor tem direito a receber informações claras e adequadas a respeito dos produtos e serviços a ele oferecidos, assim dispondo - Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores?”. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=924969&tipo=o&n>>

Nessa linha, vale a referência ao Decreto Legislativo italiano n. 150/2009, ao enfatizar que “a simples publicação dos dados não é suficiente para garantir, sozinha, a transparência. Os dados publicados, de fato, devem ser claros, compreensíveis e acessíveis”¹⁵⁰.

Acessibilidade significa ainda que as informações devem ser abertas e disponíveis, de fácil localização e obtenção. Informações confusas ou misturadas, difíceis de serem encontradas, ou que envolvam um custo muito alto, não apenas financeiro, mas igualmente de tempo, tornam-se inacessíveis, equiparando-se à desinformação.

Outro aspecto que merece ser realçado diz respeito à acessibilidade da informação ou dos documentos digitalizados. Se estamos caminhando a passos largos para a inserção do governo na era digital, conforme se demonstrará no capítulo 5, deve ser igualmente priorizada a disponibilização dos meios de acesso ao governo digital. De nada adiantaria uma Administração Pública digitalizada internamente se não forem garantidos à população os meios e equipamentos necessários para acessá-la. Assim, imperiosa a disponibilização de computadores ou *tablets*, em espaços públicos (como bibliotecas públicas), com a devida conexão de boa qualidade com a rede de Internet, para garantir o acesso da informação digital aos cidadãos.

A acessibilidade também implica a garantia do direito de acesso às informações para pessoas com deficiência, conforme previsto no art. 2º, I da Lei n. 10.098/2000¹⁵¹, que dispõe sobre a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Vale lembrar que a Convenção Internacional sobre

reg=200701873706&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20101005&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

150 “[...] tuttavia, la semplice pubblicazione dei dati, non è sufficiente a garantire, da sola, la trasparenza. I dati pubblicati, infatti, debbono essere chiari, comprensibili, accessibili.” Disponível em: <<http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/relazioni-con-i-cittadini/open-government/trasparenza-e-diffusione-di-informazioni-della-pa/index.html>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

151 Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

os Direitos de Pessoas com Deficiência¹⁵², da qual o Brasil é signatário, dedicou o art. 21 especialmente ao tratamento da acessibilidade de informações¹⁵³.

O princípio da não discriminação insculpido no art. 3º, IV da CF exige que a Administração Pública disponibilize, sem custo adicional, as informações às pessoas portadoras de deficiência, em igualdade de condições, pelos meios adequados de acesso, seja braile, libras ou qualquer outro que possibilite o acesso à informação¹⁵⁴.

- 152 Convenção Internacional sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 de junho de 2019.
- 153 Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e ideias, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha, conforme o disposto no Artigo 2 da presente Convenção, entre as quais: a) Fornecer, prontamente e sem custo adicional, às pessoas com deficiência, todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência; b) Aceitar e facilitar, em trâmites oficiais, o uso de línguas de sinais, braile, comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação, à escolha das pessoas com deficiência; c) Urgir as entidades privadas que oferecem serviços ao público em geral, inclusive por meio da Internet, a fornecer informações e serviços em formatos acessíveis, que possam ser usados por pessoas com deficiência; d) Incentivar a mídia, inclusive os provedores de informação pela Internet, a tornar seus serviços acessíveis a pessoas com deficiência; e) Reconhecer e promover o uso de línguas de sinais.
- 154 Está em curso na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 9335/17, que obriga as empresas que exploram serviços públicos a oferecerem informação acessível a cidadãos com deficiência sempre que solicitadas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/574914-COMISSAO-APROVA-OBRIGATORIEDADE-DE-INFORMACOES-ACESSIVEIS-A-PESSOAS-COM-DEFICIENCIA.html>>. Acesso em: 1 de junho de 2019. Neste sentido, transcreve-se ementa do julgado do STJ sobre informações bancárias a deficientes, que pode ser igualmente adotado no âmbito da Administração Pública: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DESTINADA A IMPOR À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA A OBRIGAÇÃO DE ADOTAR O MÉTODO BRAILLE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO CELEBRADOS COM PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. 1... 2. DEVER LEGAL CONSISTENTE NA UTILIZAÇÃO DO MÉTODO BRAILLE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS BANCÁRIAS ESTABELECIDAS COM CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL. EXISTÊNCIA. NORMATIVIDADE COM ASSENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 3. CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 4. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA O DESCUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS. REVISÃO DO VALOR FIXADO. NECESSIDADE, NA ESPÉCIE. 5. EFEITOS DA SENTENÇA EXARADA NO BOJO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINADA À TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS STRICTO SENSU. DECISÃO QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS

1.4.2.2. LEGITIMIDADE PARA REQUERER INFORMAÇÕES

A questão da legitimidade está ligada a quem pode requerer a informação. No direito norte-americano, por exemplo, o direito de requerer informação é muito amplo, sendo facultado a qualquer pessoa o acesso a qualquer informação, sem necessidade de justificar interesse. No sistema italiano, por sua vez, somente aquele que demonstrar interesse pode ter acesso concedido.

No direito brasileiro, reza o art. 10 da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) que qualquer interessado poderá formular requerimento aos órgãos e entidades da Administração Pública por qualquer meio legítimo, abrindo espaço para formulação de exigências quanto ao interesse no pedido de informações. Sendo assim, admitem-se como legitimados tanto pessoas físicas como jurídicas, inclusive instituições de comunicação e imprensa¹⁵⁵.

O art. 11 do Decreto n. 7.724/2012 autoriza o indeferimento de pedidos desproporcionais ou desarrazoados, dando margem para indesejável subjetividade na análise do pedido de informação.

Por outro lado, ao exigir a identificação completa do requerente da informação, a norma já poderá estar causando um indevido constrangimento¹⁵⁶, o que deve ser evitado através da utilização de “meios de identificação neutros”^{157(p.seg.)}.

CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. ARTIGO 16 DA LEI N. 7.347/85. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE. PRECEDENTES. 7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ. REsp 1.315.822/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julg. 24/03/2015, DJe 16/04/2015). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=45281207&tipo=5&nreg=201200593220&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150416&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

155 O Jornal Folha da Manhã foi considerado parte legítima para requerer os relatórios de financiamentos do BNDES. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-10/trf-libera-folha-acesso-relatorios-emprestimos-feitos-bndes>>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

156 Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. § 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do

Bem verdade que a própria lei veda exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações, mas apenas quando se tratar de informações de interesse público.

Com efeito, em pesquisa realizada pelo Programa de Transparência da FGV, apurou-se que muitos casos de pedidos de informação são negados quando não fornecido o nome e as razões do pedido, a despeito do texto claro da lei quanto à impropriedade de serem exigidos os motivos da solicitação.

1.4.2.3. FORMAS DE ACESSO: TRANSPARÊNCIA ATIVA E PASSIVA

A transparência, como se viu acima, é a propriedade do meio que permite a passagem de luz. De um lado para o outro; de ambos os lados. Permeabilidade. Sendo assim, a transparência pode dar-se de duas formas: transparência ativa e passiva.

A transparência ativa é a divulgação da informação pela própria Administração, de forma sistemática e regular, disponibilizada em um banco de dados acessível ao público, independentemente de requerimento.

A melhor forma para garantir a transparência ativa é a disponibilização da informação por meios eletrônicos, na Internet. Os dados e informações devem ser organizados e constantemente atualizados nos portais de transparência oficiais, nos *sites* dos órgãos e entidades públicos. Deve-se garantir a regularidade da disponibilização de informações de qualidade, exatas e comparáveis¹⁵⁸, assim como sua acessibilidade à população.

requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação. § 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na Internet. § 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.

- 157 MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista da Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 52, n 4, jul./ago. 2018. p. 626. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122018000400610&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 5 de maio de 2019.
- 158 Neste sentido, vide art. 4º e 5º do REGULAMENTO (CE) N. 1367/2006 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 6 de Setembro de 2006. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1367&from=DE>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

Na transparência passiva, os pedidos de informação partem dos cidadãos, cabendo à Administração atender “a demandas não antecipadas de informação de cidadãos em um determinado prazo. A transparência passiva representa um teste mais exigente”¹⁵⁹ dos compromissos de acesso à informação.

Com efeito, na transparência passiva, a Administração tem o ônus de motivar o indeferimento do acesso à informação, e esta decisão torna-se passível de recurso a ser decidido, dentro de um prazo razoável, por instância superior, e ainda sujeito a revisão judicial, observado sempre o devido processo legal.

1.4.3. PARTICIPAÇÃO POPULAR

A transparência não é somente um assunto das administrações: ela é também do público.¹⁶⁰

O segundo elemento do princípio da transparência é a participação popular, assim entendida como “a presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração, constituindo uma das tendências atuais”¹⁶¹, como “um novo modo de ser do Estado contemporâneo”. A participação do cidadão está diretamente relacionada à democracia, não podendo ser visto apenas como um direito, mas uma responsabilidade, na medida em que o engajamento dos cidadãos é necessário para construir o bem estar social¹⁶²

Para Silva, a participação popular constitui “um direito fundamental de quarta geração, pois ela decorre do formato de democracia consagrado na Constituição Federal (democracia participativa)”¹⁶³.

159 MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. op. cit. p. 611.

160 Tradução livre: “La transparence n’est pas seulement l’affaire des administration: elle est aussi celle du public.” (LASSARRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN Bernard. op. cit. p. 212).

161 MEDAUAR, Odete. op. cit. p. 294.

162 “in the modern era, one of the most pressing obligations of a citizenry that is not inert is to ensure that deliberative forces should prevails over arbitrary”. For this to happen, it is indispensable to ensure that the system of communications promotes democratic goals”. Cass R. #Republic - *Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton New Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 54.

163 SILVA, Alessandra Obara Soares da. op. cit. p. 56.

Como enfatiza Lima,

a relação transparência e participação popular é, sem dúvida, uma via de mão dupla: a dinâmica da transparência possibilita o fortalecimento da participação popular; por outro lado, o envolvimento político do cidadão na gestão pública torna as instituições mais transparentes e, com isso, mais sindicáveis pelo povo e, claro, pelas demais instituições públicas ou privadas.¹⁶⁴

A participação popular não se limita apenas às escolhas de dirigentes do Estado nas eleições, como decorrência da democracia, mas inclui o exercício direto da cidadania, na formação das decisões e definições das políticas públicas¹⁶⁵ que, por sua vez, estão diretamente atreladas às escolhas efetuadas no momento da elaboração do próprio texto constitucional de cada Estado.

Para a doutrina administrativa norte-americana, de uma forma sintetizada, política pública “é o que os governantes e os cidadãos decidem ou não fazer a respeito dos problemas públicos”, em cada esfera de governo¹⁶⁶. Isto significa dizer que a participação popular é fundamental na definição e legitimação das políticas públicas.

A participação popular deve ser estimulada porque propicia maiores reflexões sobre um tema em debate, trazendo maiores informações e argumentos, enriquecendo o ambiente de democracia deliberativa¹⁶⁷. Como adverte Sustain, “os cidadãos não podem ser inertes”¹⁶⁸. Muitas das vezes, a maior dificuldade da democracia deliberativa está justamente em obter o engajamento popular, o qual somente ocorre a partir da conscientização de sua importância, sobretudo se considerado o impacto da definição das políticas públicas na vida cotidiana de cada um.

164 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 272.

165 SILVA, Alessandra Obara Soares da. op. cit. p. 61.

166 KRAFT, Michael E.; FURLONG, Scott R. *Public Policy: Politics, Analysis, and Alternatives*. 5th. ed. Los Angeles: SAGE, 2015. p. 474.

167 SUSTAIN, Cass R. *#Republic*, op. cit. p. 46.

168 Idem, p. 54.

No Brasil, nossa Constituição “estrutura não apenas o Estado em sentido estrito”¹⁶⁹, mas “organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados”¹⁷⁰. Ela contém normas atributivas de direitos sociais que exigem prestações positivas do Estado, estabelecendo comandos que ora irão depender do legislador ordinário para integrá-la¹⁷¹ e ora do Poder Executivo para concretização de seus preceitos, através da adoção de políticas públicas, “não podendo tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.

Em sentido amplo, a participação popular pode ser definida como a oportunidade de conhecer e a possibilidade de interferir na formação das decisões administrativas e na gestão da coisa pública, tornando-as mais próximas da realidade e das necessidades da população, subordinando-se ao princípio do não retrocesso, compreendido na gama dos direitos fundamentais adquiridos¹⁷².

Considerando que a possibilidade de ter conhecimento das ações e planos do governo caracteriza o primeiro elemento da *transparência*, qual seja, o acesso a documentos e informações, o segundo elemento é justamente a possibilidade de participar do processo de decisão. O cidadão, uma vez tendo tomado conhecimento das ações da Administração passa a poder *interferir* no processo de definição das políticas públicas, “numa co-decisão política típica da governança e da boa administração”¹⁷³.

169 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 33.

170 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. São Paulo: Renovar, 2009. p. 75.

171 *Ibidem*. p. 107.

172 Sobre a impossibilidade de supressão ou limitação do direito à participação popular, sob pena de ferir o princípio do não retrocesso, leia-se ADI 5.016, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, julg. 11/10/2018, DJe 29/10/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748530141>>. Acesso em: 1 de junho de 2019.

173 SILVA, Suzana Tavares da. op. cit. p. 133.

Naturalmente, a conscientização da população acerca da importância de sua participação é um processo lento, que envolve educação em sentido amplo. À medida que a população passa a ter mais acesso às razões de agir do poder público, pode participar mais, e tornar-se mais exigente, interferindo e modificando a administração pública¹⁷⁴. De igual forma, importante a conscientização dos gestores públicos sobre a importância da participação popular para legitimar suas ações.

Para Habermas, a participação das pessoas é o que legitima e valida as normas as quais elas se submetem. Somente a partir de discursos racionais, públicos e inclusivos, com igualdade de comunicação, e sinceridade entre os participantes, é possível estabelecer canais de comunicação e um espaço deliberativo para mobilização das melhores contribuições para os temas mais relevantes¹⁷⁵.

Assim, além da vontade da população de participar ativamente das decisões do governo, este exercício de cidadania depende também da vontade do governo em permitir a participação por meio de ações de inclusão no conhecimento de suas políticas públicas, como expressamente destacado no Livro Branco da União Europeia, ao incluir a participação popular entre os princípios da boa governança:

Participação: a qualidade, relevância e efetividade das políticas públicas da União Europeia depende de assegurar ampla participação em toda a cadeia de políticas públicas – desde a concepção até a implementação. A melhoria na participação tem maior chance de gerar mais confiança no resultado final e nas instituições que promovem tais políticas. **A participação depende crucialmente de os governos centrais seguirem**

174 LASSARRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN Bernard. op. cit. p. 229.

175 Rational discourse is supposed to be public and inclusive, to grant equal communication rights for participants, to require sincerity and to diffuse and kind of force other than the forceless force of the better argument. This communicative structure is expected to create a deliberative space for the mobilization of the best available contribution for the most relevant topics." HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms - An Author's Reflection. Denver University Law Review, Vol, 76:4, 1999, p. 940.

uma atitude inclusiva ao desenvolverem e implementarem as políticas públicas.¹⁷⁶

Neste sentido, Soares da Silva¹⁷⁷ salienta que a participação popular é uma forma de controle da população, mas não se confunde com o controle social, que será estudado juntamente com os demais controles da administração, na medida em que a participação popular se dá em momento anterior à tomada de decisão, com o conhecimento prévio das intenções, no momento do planejamento, durante o processo de concretização da norma jurídica, enquanto o controle social se dá após as escolhas do administrador, “após a decisão administrativa final”.

Hoje, a doutrina portuguesa utiliza o termo “*cidadania administrativa*”, no contexto das novas tendências da Administração eletrônica”, como um novo “paradigma do relacionamento entre o cidadão e a Administração”¹⁷⁸, possibilitando o melhor funcionamento da democracia e contribuindo para uma boa governança.

Por fim, mencione-se que a participação popular envolve interesses coletivos ou difusos ou transindividuais, tendo por titulares pessoas indeterminadas ou pessoas integrantes de um determinado grupo, categoria ou classe, podendo ainda ser ou não homogêneo, quando decorrentes de origem comum¹⁷⁹.

Não se pode olvidar, todavia, que a participação pode ser individual, envolvendo interesse de um particular em relação direta com a Administração Pública, caso em que a participação deverá observar

176 “Participation. The quality, relevance and effectiveness of EU policies depend on ensuring wide participation throughout the policy chain – from conception to implementation. Improved participation is likely create more confidence in the result and in the Institutions, which deliver policies. Participation crucially depends on central governments following an inclusive approach when developing and implementing EU policies.” Disponível em: <https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-white-paper-governance-com2001428-20010725_en.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

177 SILVA, Alessandra Obara Soares da. op. cit. p. 63.

178 SILVA, Suzana Tavares da. op. cit. p. 134.

179 Vide art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 1 de novembro de 2019.

as garantias do devido processo legal, especialmente do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal).

1.4.3.1. CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Tratando da participação popular no processo de interpretação constitucional, como parcela da participação democrática, enfatiza Häberle que o povo, “enquanto uma dimensão determinada, atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos”¹⁸⁰.

A participação popular pode ser classificada em diversos tipos, e será obrigatória e vinculante quando a lei assim determinar. Quanto à sua eficácia, a participação popular pode ser: 1) *vinculante*, como nos conselhos deliberativos, limitando a discricionariedade da autoridade superior e exigindo motivação em pronunciamento divergente; 2) *não vinculante*, como no caso dos conselhos consultivos e audiências públicas¹⁸¹.

Quanto à forma, a participação popular pode ser direta, através da colheita de votos, como se vê em plebiscitos, referendos e audiências públicas, podendo, neste caso, ser condicionadora da decisão administrativa, conferindo relevante papel ao povo, como ensina Häberle:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo, que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania [...] Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão,

¹⁸⁰ HÄBERLE, Peter. op. cit. p. 38.

¹⁸¹ SILVA, Alessandra Obara Soares da. op. cit. p. 66.

tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público.¹⁸²

1.4.3.2. REDES SOCIAIS

As redes sociais¹⁸³ ganharam especial importância na divulgação de informações e, sobretudo, como forma de permitir a participação popular, representando uma nova ferramenta de controle da Administração Pública, em razão da velocidade com que atingem um enorme número de pessoas, a custo muito reduzido ou zero.

Trata-se, desta forma, de um meio extremamente democrático e popular, a permitir que as informações circulem imediatamente (*real time*), atingindo um número infinito de pessoas que podem rapidamente se posicionar e opinar sobre a informação veiculada.

Salienta Miguel:

Uma informação divulgada por intermédio desta ferramenta multiplica-se em minutos, atingindo dimensões estratosféricas. Dados “postados” nas redes são “curtidos”, “comentados” e “compartilhados” por milhões de pessoas, caracterizando-se não só uma nova maneira de divulgação de informações, mas principalmente como um novo modal de controle desta informação, passando a ser de domínio público – que já alcança suas impressões de imediato, permitindo a averiguação da opinião popular sobre a questão.¹⁸⁴

O perigo do uso das redes sociais está justamente na velocidade da disseminação generalizada de informações, sem qualquer compromisso com qualidade. Informações falsas (*fake news*) ou deturpadas

182 SILVA, Alessandra Obara Soares da. op. cit. 37-38.

183 As redes sociais incluem o *Facebook*, *Youtube*, *Whatsapp*, *Instagram*, *Twitter*, entre outras.

184 MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Lei de Acesso à Informação e seus Reflexos no Controle da Administração Pública. In: MEDAUAR, Odete et al. (Orgs.). *Contratos e controle na administração pública: reflexões atuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 233-245.

podem ser rapidamente divulgadas, com objetivos espúrios de desinformar, confundir ou mesmo manipular a opinião pública para atingir uma determinada finalidade, o que será objeto de aprofundamento ao tratarmos da opacidade.

1.4.4. MOTIVAÇÃO NAS TOMADAS DE DECISÃO

O terceiro elemento do princípio da transparência, mas não menos importante que os demais, é a *motivação* ou a fundamentação da decisão administrativa. Trata-se da enunciação dos motivos, ou seja, “circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição de um ato administrativo”¹⁸⁵.

No âmbito da União Europeia, a motivação é tida como “um pilar central da garantia da transparência”¹⁸⁶, sendo eleita como um dos componentes da “boa administração”, conforme previsto expressamente no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais¹⁸⁷. A obrigação de motivar, para Cassese,

destina-se a favorecer, ao mesmo tempo, a transparência administrativa e a sindicabilidade jurisdicional: [...] a motivação serve seja aos interessados, seja ao juiz [...] o princípio da motivação é expressão do princípio da publicidade e transparência, de imparcialidade e bom andamento e do direito de defesa perante a administração.¹⁸⁸

Segundo Ziller, trata-se de uma obrigação fundamental para a confiabilidade nas instituições, órgãos e organismos. Sua importância reside no fato de ser não apenas uma garantia contra a arbitrariedade, mas também por permitir o controle da adequação dos atos aos obje-

¹⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 172.

¹⁸⁶ ZILLER, Jacques. *Les fondements de l'obligation de motiver en droit de l'Union européenne: un retour aux sources*. p. 1.

¹⁸⁷ “Artigo 41º. Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas tem 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: [...] a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões”. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 4 de maio de 2019.

¹⁸⁸ CASSESE, Sabino. op. cit. p. 376.

tivos e missão do órgão estatal, no âmbito da própria Administração e, sobretudo, no âmbito judicial¹⁸⁹, na medida em que a fundamentação adequada permite o esclarecimento de todos os elementos para verificação de que a decisão foi tomada dentro da legalidade.

Cananea¹⁹⁰ esclarece que a obrigação de motivar e a publicidade dos atos estão estreitamente relacionadas, sendo requisito indispensável de todos os atos que pretendam produzir efeitos relevantes no direito, ao lado da base legal, pois possibilita a verificação da justificativa do ato em relação aos interesses envolvidos, e se este não representa um sacrifício indevido e desproporcional para os particulares. A motivação explica a idoneidade dos atos, sendo obrigatória naqueles com efeito vinculante, e mesmo nos de preceitos gerais e abstratos, pois somente a motivação permite sua sindicabilidade judicial de legitimidade. Como no direito norte-americano, trata-se de um requisito do tipo procedimental, e não substantivo.

No direito brasileiro, parte da doutrina administrativa distingue “motivo” de “motivação”, sendo “motivo o conjunto de razões de fato ou de direito que conduzem o agente à manifestação da vontade constitutiva do ato administrativo”. O motivo já constava do rol dos elementos ou requisitos do ato administrativo¹⁹¹, juntamente com o agente competente, objeto, forma e finalidade, formando o conjunto de requisitos (ou mesmo elementos) de validade do ato administrativo. Por outro lado, a motivação “é a explicitação dessas razões no seio do próprio ato, ou seja, a menção expressa dos motivos dentro do ato”¹⁹².

189 ZILLER, Jacques. *Origines et Retombées du Principe de Transparence du Droit de L'Union Européenne (Origins and Spin Offs of the Principle of Transparency of EU Law)*. In: GUGLIELMI, G.J.; ZOLLER E. *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*. Paris: Panthéon-Assas, 2014. p. 7. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2520815>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

190 CANANEA, Giacinto della. op. cit. p. 52.

191 Lei 4.717/65, art. 2º. par. único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

192 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784 de 29/01/1999*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p 224.

Assim, a motivação seria a “enunciação dos motivos, [...] ou exposição de motivos”¹⁹³. A motivação foi introduzida no rol dos princípios que regem a Administração Pública, por meio da redação da Lei do Processo Administrativo Federal brasileiro de 1999¹⁹⁴, juntamente com a razoabilidade e proporcionalidade do ato, conceitos igualmente originários do direito estrangeiro.

O art. 50¹⁹⁵ da referida lei enumera taxativamente as hipóteses de obrigação de motivar os atos administrativos, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, exigindo ainda, por força de parágrafo 1º, que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente”. A clareza, na lição de Carvalho Filho, “é a qualidade daquilo que é transparente, inteligível, suscetível de ser interpretado ante padrões medianos de interpretação”¹⁹⁶.

1.4.4.1. MOTIVAÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A motivação surge, segundo Martins Júnior, “como um terceiro subprincípio, de concretização e instrumentalização da transparência, e ponto de interligação como o princípio do *devido processo legal*”¹⁹⁷, quer no aspecto processual, quer no aspecto substantivo, abrindo-se caminho para o controle jurisdicional, ou seja, o acesso às cortes pelo princípio da acessibilidade dos tribunais.

Para Cassese, os três princípios, da motivação, do contraditório e da transparência estão intimamente ligados pela lei italiana de

193 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 172.

194 Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Lei 9.784/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>acesso>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

195 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

196 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 236.

197 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. op. cit. p. 42.

procedimento administrativo¹⁹⁸, relacionados ao direito de defesa e aos princípios do justo procedimento. No direito europeu, reconhece Cassese que a motivação ainda é mais extensa que no direito italiano, comportando uma ampla exposição da fundamentação de fato e de direito a embasar o resultado do procedimento¹⁹⁹.

No direito administrativo norte-americano, a motivação foi consagrada com a edição do *Federal Administrative Procedure Act (APA)* em 1946, que expressamente impôs o dever da Administração Pública de motivar seus atos. Lá, o dever de motivar tem origem na cláusula do “devido processo legal” (*due process of law clause*), a que as cortes de justiça foram dando ampla interpretação²⁰⁰, elaborando dois tipos distintos de proteção: o devido processo legal procedimental e o devido processo legal substantivo²⁰¹, definido pelo *Justice Benjamin Cardozo* como “da essência do princípio da liberdade ordenada”²⁰², incluindo todas as imunidades e direitos.

O devido processo legal procedimental, conforme concebido nos EUA, é bastante intuitivo, dizendo respeito às garantias processuais que devem ser observadas pelo Estado, tais como notificação, contraditório, ampla defesa e, sobretudo, a garantia de proteção igualitária perante a lei (*equal protection of the law*). As cortes americanas elaboraram uma lista de requisitos procedimentais que foi sintetizada pelo *Judge Henry Friendly*, em seu artigo “*Some Kind of Hearing*”, sendo eles: (1) tribunal imparcial; (2) intimação prévia; (3) oportunidade de defesa; (4) direito de produzir prova, inclusive arrolar testemunha; (5) direito de conhecer a contraprova; (6) direito de interrogar a testemu-

198 CASSESE, Sabino. op. cit. p. 21: “Questa prevede la facoltà degli interessati di intervenire nel procedimento (art. 90, l’obbligo dell’amministrazione di motivare il provvedimento amministrativo, indicando i presupposti di fatto e la ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione della amministrazione, in relazione ai risultanze dell’istruttoria (art. 3, c.1) e il diritto di accesso ai documenti amministrativi di chiunque vi abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l’accesso (art. 2, c.1., letto b)”.

199 Ibidem. p. 23.

200 *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

201 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 2th ed. New York: Aspen, 2005. p. 521.

202 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325.

nha da outra parte; (7) decisão fundamentada na prova produzida; (8) representação por advogado; (9) registro das evidências apresentadas; (10) fundamentação escrita das razões de decidir²⁰³.

Assim, pode-se dizer que o devido processo legal procedimental diz respeito aos direitos processuais individuais relacionados às ações governamentais, de sorte que o Estado deve adotar um processo administrativo e judicial justo quando interferir nos direitos individuais²⁰⁴.

De outro lado, temos o devido processo legal substantivo, relacionado à infringência de direitos fundamentais e utilizado para proteção de todos os direitos substantivos individuais contra ações ilegais ou desarrazoadas do governo²⁰⁵, cabendo a este o ônus de demonstrar uma "razão adequada" (*adequate reason*), um motivo para agir, com a possibilidade de tirar a vida, liberdade ou propriedade da pessoa, ou seja, o foco seria na justificativa para o agir do Estado e na regularidade do procedimento adotado²⁰⁶.

Tratando da processualidade no direito administrativo brasileiro, Medauar afirma que

pela motivação se percebe como e quanto determinado fato, documento ou alegação influi sobre a decisão final [...] possibilitando aos sujeitos a verificação do modo como a autoridade ponderou os elementos por eles produzidos no processo. Além disso, a motivação propicia o reforço da transparência administrativa e do respeito à legalidade: da motivação emergem o enunciado das normas jurídicas que levam a administração a adotar uma decisão, sua pertinência aos fatos embaixadores e o iter lógico no processo, se for o caso.²⁰⁷

203 STRAUSS, Peter L. *An Introduction to Administrative Justice in the United States*. North Carolina: Carolina Academic Press, 1989. p. 49.

204 BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System In a Nutshell*. Saint Paul: Thomson/West, 2006. p. 283.

205 Ibidem. p. 284.

206 CHERMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 521.

207 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 114.

Tanto a razoabilidade como a proporcionalidade foram devidamente explicitadas no art. 2º da Lei do Processo Administrativo brasileiro²⁰⁸, ao lado da motivação, valendo, assim, alguns breves esclarecimentos acerca dos institutos.

1.4.4.2. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade é um elemento fundamental do pensamento jurídico anglo-americano, submetido ao sistema do *common law*, que utiliza o termo “razoável” em diversas situações distintas, como, por exemplo, nos conceitos de “cuidado razoável”, “erro razoável”, “risco razoável”, “dúvida razoável” e “força razoável”, com implícita referência em diversas áreas do direito, conforme proclamado por Oliver Wendell Holmes Jr., na obra *The Common Law*²⁰⁹, de 1881. Nesta obra, restou consagrada a máxima do “padrão de homem razoável” (*reasonableman standard*) como um critério objetivo de comportamento de uma pessoa razoável sob determinadas circunstâncias – “*the actions of a reasonable person under the circumstances*”²¹⁰.

De fato, o exato conceito de razoabilidade é de difícil compreensão para os operadores do direito no sistema jurídico do “*civil law*”, que encontra na lei uma fonte primordial do direito, como verdade absoluta, enquanto a razoabilidade diz respeito à possibilidade de surgimento de diversas respostas certas para a mesma questão, em contraste com a lei, que fornece previamente uma única resposta correta aos conflitos²¹¹.

Segundo Fletcher, a “razoabilidade é um reconhecimento de diversidade, é um argumento para a tolerância, é um apelo à deferên-

208 Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 2 de junho de 2019.

209 Disponível em: <<http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>>. Acesso em: 10 de Agosto de 2017.

210 FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 64.

211 *Ibidem*. p. 593.

cia²¹². A razoabilidade remete ao juízo de equidade, dizendo respeito ao sopesamento de interesses concorrentes²¹³.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão baseados em iguais valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Ambos têm origem no direito estrangeiro, mais especificamente no direito norte-americano e no direito alemão, respectivamente.

Diz-se aqui, em apertada síntese, que o

Princípio da proporcionalidade e razoabilidade, conquanto decorrentes de matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários a pauta de valores abrigada pela Constituição.²¹⁴

No entanto, o princípio da razoabilidade, conforme concebido no direito americano, é distinto do princípio da proporcionalidade, que se desenvolveu no âmbito do direito alemão e se dividiu em três subprincípios: da adequação dos meios aos fins, da necessidade como vedação do excesso e da proporcionalidade em sentido estrito, “como limite à discricionariedade administrativa”, e “subjacente à ideia de uma relação racional entre os meios e os fins”²¹⁵, segundo a qual se indaga se a medida seria adequada e necessária para os objetivos perseguidos.

O emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – significa, em outras palavras, que o julgador deve, diante da análise do caso concreto, onde haja uma medida estatal afetando o âmbito de proteção de um direito fundamental, buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes im-

212 FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *op. cit.* p. 592.

213 *Ibidem.* p. 603.

214 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 87.

215 BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 257.

perativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser adequada, idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível em comparação com as demais possibilidades, ou seja, menos gravosa possível, para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico²¹⁶.

Em resumo, pode-se dizer que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade autoriza a invalidação de atos do Legislativo e do Executivo pelo Poder Judiciário, quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

1.4.4.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A polícia não deve abater um pássaro com um canhão.

Assim Galetta ilustra sua obra, fazendo referência à conhecida fórmula do autor alemão Fleiner, começando a definição do princípio da proporcionalidade, para explicar que as limitações das liberdades individuais não devem superar a medida de quanto seja absolutamente necessário para realizá-las²¹⁷.

Para Galetta, o “princípio da proporcionalidade” está estreitamente ligado aos direitos fundamentais, com âmbito de aplicação estendido a todas as medidas adotadas pela Administração Pública, no exercício de suas funções, e parte da necessária valoração comparativa entre a vantagem para a coletividade derivada da adoção de uma medida e o sacrifício do indivíduo em sua esfera de afetação²¹⁸.

216 SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 104.

217 GALETTA, Diana-Urania. *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998.

218 Ibidem.

Por seu turno, Alexy²¹⁹ considera que este princípio, também chamado de “máxima da proporcionalidade”, está relacionado à “teoria dos princípios”. Diz ele que a “natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela” e, conforme afirmado pelo Tribunal Constitucional alemão, decorre da própria essência dos direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade contém três máximas parciais: da adequação ou idoneidade, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).

A adequação, ou, como prefere chamar Galetta, a “idoneidade”²²⁰, compreende um meio utilizado que seja suficiente, em abstrato, para a realização do objetivo pretendido, de sorte que, com sua ajuda, possa sensivelmente favorecer o resultado pretendido.

Na necessidade, poderia ser incluído um meio para a realização do objetivo apenas se não houver disponibilidade de outro meio igualmente eficaz, mas que possa incidir menos negativamente na esfera do indivíduo, que pode ser sintetizado como “imposição do meio mais suave”, ou seja, aquele meio que impõe a menor consequência negativa para o indivíduo privado, nas palavras de Galetta²²¹.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, diferentemente, surgiu a partir de 1945, com o Estado nacional-socialista, pela convicção de que a intervenção do Estado devia sempre ser objeto da valoração comparativa com relação ao bem que esse sacrifica. Uma medida adotada não pode ser excessivamente gravosa e nem intolerável. Assim, trata-se de comparar o objetivo e a medida e ponderar sua respectiva importância. Em outras palavras, significa que, quanto mais sensível for a intervenção na esfera jurídica do indivíduo, tanto mais relevante deve ser o interesse geral da coletividade que, com

219 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116-117.

220 GALETTA, Diana-Urania. op. cit. p. 16.

221 Ibidem. p. 17.

essa intervenção, se pretende atingir e, naturalmente, de acordo com o caso concreto²²².

1.4.4.4. A SUPERAÇÃO DO SEGREDO

No direito administrativo europeu, em especial francês²²³ e italiano, até os anos 70 ainda vigorava o “princípio do segredo”, segundo o qual a Administração não estava obrigada a motivar seus atos. Pouco a pouco, foram introduzidos dispositivos que tornaram obrigatórias as explicitações quanto às razões de fato e de direito em que se fundam as decisões desfavoráveis, sob pena de serem tidas como arbitrárias²²⁴ (salvo aquelas decisões favoráveis ao particular, ou que não sejam derogatórias), passando as decisões a serem motivadas de forma a permitir sua impugnação.

Assim, o *princípio do segredo* cedeu lugar ao princípio da motivação, numa verdadeira “reviravolta do centro de gravidade do direito administrativo”²²⁵. Esta mudança, segundo Cassese, tem a ver com o direito de conhecer a motivação da decisão com a mais “completa exposição das razões de fato e de direito na base do procedimento em relação ao resultado da instrução”²²⁶, o que foi incorporado ao direito da Comunidade Europeia de forma bastante intensa, impondo uma obrigação de motivação mais ampla que no direito interno, inclusive para os atos normativos (art. 296, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE).

1.4.4.5. A MOTIVAÇÃO NO DIREITO GLOBAL

No âmbito do direito administrativo global, o *dever de fundamentar as decisões* foi incluído no rol dos mecanismos (ou requisi-

222 GALETTA, Diana-Urania. op. cit. 20.

223 “L’Administration française était traditionnellement dominée par le principe du secret” (WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 26. éd. Paris: Dalloz, 2016. p. 449).

224 Lei francesa de 11 de julho de 1979. (Loi 79-587 du 11 juillet 1979 relative à motivation des actes administratifs et à l’amélioration des relations entre l’administration et le public). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000518372>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

225 WALINE, Jean. op. cit. p. 449.

226 CASSESE, Sabino. op. cit. p. 22.

tos) comuns para promoção da legitimidade e confiabilidade das decisões. O atendimento ao requisito da *motivação* é fundamental para a validade das decisões administrativas, especialmente diante da ausência de uma base constitucional única no direito administrativo global²²⁷.

Este dever de fundamentar, ou *motivação*, foi destacado no caso submetido a julgamento perante a OMC (Organização Mundial de Comércio) envolvendo a imposição de deveres de compensação de impostos pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos (*US Department of Commerce – USDOC*) sobre laminados a quente e barras de aço e carbono, produtos originários da Inglaterra²²⁸, ficando decidido que a autoridade deve enfrentar as questões levantadas pelas partes²²⁹.

A apresentação das razões de decidir torna as decisões mais claras, sendo fundamental tanto nos procedimentos administrativos nacionais como nos procedimentos internacionais, cuja importância para o direito administrativo global foi expressamente reconhecida:

As autoridades devem decidir com bases nas informações apresentadas a elas pelas partes, [...] e não podem ignorar nenhum dos elementos de fato ou de direito sobre os quais o pedido de revisão está baseado [...]. Razões devem ser apresentadas para a recusa de revisão das medidas compensatórias. Estas exigências não somente promovem a **transparência** das decisões públicas

227 Loc. cit.

228 Caso "Unites States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom" (WT/DS138/AB/R). Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds138_e.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

229 MENTO, Sandro. Transparency and Proportionality: Subsidies and Countervailing Measures. In: CASSESE, Sabino et al (Ed.). *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*. 2nd ed. New York: The Institute for Research on Public Administration (IRPA) / The Institute for International Law and Justice (IILJ), 2008. Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/GAL-Casebook-2nd-edition-2008.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

e o esclarecimento das ações governamentais, mas permitem à OMC verificar a legitimidade das medidas nacionais.²³⁰

1.5. FINALIDADES DA TRANSPARÊNCIA

Para Cassese, a transparência pode ter por finalidade uma tutela de um direito individual. Assim, o direito de acesso a documentos administrativos pode visar instruir um procedimento, tendo assim um caráter instrumental. Daí porque, no direito administrativo europeu, muitas vezes o direito de acesso é disciplinado junto com o procedimento administrativo. Neste caso, “o princípio da transparência determina a obrigação da Administração de tornar pública uma informação e comunicar determinada circunstância aos interessados”²³¹.

A transparência pode dar-se ainda fora de um procedimento administrativo individual, como um direito dos cidadãos de informação sobre as atividades da Administração Pública. Parece-nos que esta é a principal finalidade da transparência: permitir a visão e controle das ações da Administração Pública e, com isso, atingir um nível mais elevado de governança, possibilitando maior eficiência (*efficiency*) e confiabilidade (*accountability*). Assim, a finalidade da transparência é a elevação do nível de integridade da ação dos administradores públicos e a moralização da Administração Pública, importante instrumento de combate à corrupção e de aumento de eficiência e confiabilidade.

230 Tradução livre. “Furthermore, in review procedures, the Authorities must decide, on the basis of the information presented to them by the interested parties, ‘whether there is a continuing need for the application of countervailing duties’. The Authorities, in this instance, cannot ignore the any element of fact or law upon which the request for review is based ([t]he investigating authority is not free to ignore such information. If it were free to ignore this information, the review mechanism under Article 21.2 would have no purpose’, para. 61). Reasons must be given for any refusal to revoke the countervailing measures. Such requirements not only promote the transparency of public decisions and the clarification of government actions, but they also allow the WTO to verify the legitimacy of national measures” (MENTO, Sandro. op. cit. p. 106).

231 CASSESE, Sabino. op. cit. p. 314-315.

1.5.1. EFICIÊNCIA E CONFIABILIDADE

A transparência irá fortalecer nossa democracia e promover eficiência e efetividade no Governo.²³²

(Barack Obama)

A eficiência foi o último princípio a ser incluído no rol dos princípios da Administração Pública, enunciados no *caput* do art. 37, por ocasião da Emenda Constitucional n. 19/1998, que cuidou da reforma administrativa brasileira. Segundo Medauar, “eficiência liga-se à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício das atribuições. Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão”²³³.

A eficiência no serviço público foi um conceito trazido no final do século XX pelo direito administrativo norte-americano, onde esteve fortemente presente na era do *New Public Management*, com a ideia de que o serviço, na esfera pública, teria que ser prestado de modo tão eficiente quanto no setor privado. É, de fato, um conceito muito importante nos Estados Unidos e muito utilizado para análise das políticas públicas, nas decisões quanto à alocação dos escassos recursos públicos, considerando que estes devem ser usados com responsabilidade para o bem comum²³⁴.

Segundo a doutrina norte-americana, a eficiência é um critério que considera os custos envolvidos em relação com os benefícios a serem obtidos, ou seja, que leva em conta o “menor custo para um determinado benefício, ou maior benefício para um determinado custo”. Diz respeito à consecução dos objetivos traçados nas políticas públicas adotadas. Sabe-se que nem sempre é possível calcular todos os

232 “Openness will strengthen our democracy and promote efficiency and effectiveness in Government”. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/memoranda/2009/m09-12.pdf>>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

233 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 315.

234 KRAFT, Michael E.; FURLONG, Scott R. op. cit. p. 179.

custos envolvidos e todos os benefícios obtidos, e as decisões políticas devem considerar e justificar essas limitações²³⁵. A eficiência é uma maneira de justificar uma ação governamental com base em conceitos econômicos. Desta forma, deve-se verificar, com base em dados econômicos, se os custos envolvidos em determinado programa são maiores que os benefícios obtidos, ou se tais escolhas se justificam.

Para a doutrina administrativista italiana, o princípio da eficiência decorre diretamente do princípio do bom andamento, previsto expressamente no art. 1º da Lei n. 241/1990, sendo que “a eficiência guarda, por sua vez, uma relação entre objetivos e resultado, relacionando-se ao fato de se a ação da administração é idônea ao alcance do objetivo prefixado em sede normativa e política [...] em termos específicos, diz respeito à relação de custo e benefício”²³⁶.

Daí decorre que, como salienta Locorotolo, “a função essencial da transparência é aquela de realizar uma administração eficiente e eficaz, através da qual seja possível verificar *ex post* os resultados obtidos pelos administradores”²³⁷.

Sabe-se que, no Brasil, as despesas públicas devem constar dos orçamentos anuais dos entes públicos envolvidos, conforme previamente definido na lei que instituir o plano plurianual e na lei das diretrizes orçamentárias, como estabelecido pelo art. 165 do texto constitucional, atendendo ainda o comando inserto no parágrafo 7º, de diminuir as desigualdades inter-regionais, segundo critérios populacionais. Cuidou ainda a Constituição de determinar a aprovação por lei do orçamento, de sorte a dar maior legitimidade e credibilidade às políticas públicas.

Além disso, as escolhas governamentais na definição das políticas públicas não são fáceis. Por vezes, são obrigatórias por força de dispositivo constitucional e podem envolver direitos fundamentais como saúde, habitação, educação e saneamento básico. Por outro

235 KRAFT, Michael E.; FURLONG, Scott R. op. cit. p. 178.

236 CASSESE, Sabino. op. cit. p. 310.

237 LOCORATOLO, Beatrice; PEDACI, Alessandra. op. cit. p. 35.

lado, tais ações governamentais envolvem o emprego de verbas públicas muitas vezes na forma de subsídios e taxas diferenciais de remuneração, em prol do estímulo ao desenvolvimento e à diminuição da desigualdade em áreas que a iniciativa privada não tem qualquer interesse em investir.

Tais escolhas devem levar em conta esses critérios de eficiência, de custo e benefício. Mas somente quando esclarecidos para a população, de forma tão transparente quanto possível, é que se tornam legítimos e passíveis de contribuir para a credibilidade das ações do governo. A eficiência não basta para estabelecer confiança e credibilidade. Söderman enfatiza que transparência ou abertura é “fundamental para a credibilidade democrática [...] é essencial se os cidadãos quiserem ter confiança [...]”²³⁸.

A confiança envolve um conceito ético, uma virtude que encerra um elevado grau de subjetivismo abstrato. John Locke²³⁹ afirmava ser ela a justificativa de o povo entregar o poder aos governantes. Assim, a confiança legítima o governo, sendo fundamental não apenas para seu sucesso, mas também para sua estabilidade²⁴⁰.

A confiança envolve uma noção cognitiva, ou seja, uma presunção de conhecimento. Conceituando a confiança, Giddens afirma que esta “pressupõe consciência das circunstâncias de risco”²⁴¹, e elabora uma estreita relação entre confiança, transparência e informação

A confiança está relacionada à ausência no tempo e no espaço.

Não haveria necessidade de se confiar em alguém cujas

238 SÖDERMAN, Jacob. Transparency as a fundamental principle of the European Union. In: FORUM CONSTITUTIONIS EUROPAE, 2001, Berlin. Disponível em: <<https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/FCE/2001/soederman.pdf>>. Acesso em: 2 de junho de 2019.

239 “[...] political power is that power which every man having in the state of Nature has given up into the hands of the society, and therein to the governors whom the society hath set over itself, with this express or tacit trust, that is shall be employed for their good, and the preservation of their property” (LOCKE, John. Chapter 15, n. 171. *The Second Treatise of Government*. New York: Barnes & Nobles, 2004. p. 104).

240 HARDIN, Russell. Trust in government. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust & Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 24.

241 GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. 5. reimp. São Paulo: Unesp, 2011. p. 33.

atividades fossem continuamente **visíveis** e cujos processos de pensamento fossem **transparentes**, ou de se confiar em algum sistema cujos procedimentos fossem inteiramente **conhecidos** e compreendidos. Diz-se que a confiança é um dispositivo para se lidar com a liberdade dos outros, mas a condição principal de requisitos para a confiança não é a falta de poder, mas falta de **informação** plena.²⁴²

De fato, somente a partir do momento em que se começa a entrar em contato com o objeto, e dele tomar conhecimento, se estabelece uma relação de confiança. Isto vale igualmente para a Administração Pública: somente conhecendo as ações e políticas públicas adotadas ou que se pretende desenvolver é possível ter confiança no governo. Assim, há uma estreita relação entre confiança, transparência e governança, e na medida em que a “boa governança implica uma confiança mútua entre cidadãos e governantes e entre os próprios cidadãos”²⁴³.

Num governo democrático, a transparência é fundamental para demonstrar à população que os representantes escolhidos para governar estão desempenhando suas funções em benefício da própria população, ou seja, que podem confiar nos seus representantes para governar. Quanto maior o grau de transparência na Administração e no governo, maior incentivo para o desenvolvimento da confiança nos governantes²⁴⁴. No entanto, se não houver transparência, se os cidadãos não tiverem acesso às informações do governo, não há como a população ter confiança nessas ações.

242 GIDDENS, Anthony. op. cit. p. 35.

243 “[...] good governance implies a mutual trust between citizens and governors and among the citizens themselves” (BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret. Introduction. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust & Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 1).

244 BRENNAN, Geoffrey. Democratic Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust & Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 204.

1.5.2. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Numa sociedade democrática e liberal, a transparência, assim entendida como o acesso à informação, aliada à participação popular e à motivação, tem o papel de possibilitar maior fiscalização das ações do governo. A fiscalização deve ser feita por meio de diversos tipos de controle, desde o controle interno, realizado pela própria Administração, como o controle externo, a cargo do Parlamento, e o controle social, pelos cidadãos e, finalmente, o controle pelo Poder Judiciário.

A transparência é um “instrumento de controle generalizado”²⁴⁵, e deve ser exercida mediante vários mecanismos previstos constitucionalmente, a começar pelo art. 70 da Constituição Federal²⁴⁶, a determinar que a atividade fiscalizadora contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da União e entidades da Administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder. Na tarefa de controle externo, o Congresso Nacional é auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/88).

Não se pode olvidar ainda do importante papel que vem desempenhando a *transparência* no combate à corrupção no Brasil, à semelhança do que ocorreu na Itália, que viveu uma onda de escândalos envolvendo a Administração Pública nos anos noventa, levando os estudiosos do direito a dedicarem-se ao estudo da transparência como instrumento central na luta contra a corrupção, que deve ser combatida pela repressão mas, principalmente, pela prevenção²⁴⁷.

245 GALETTA, Diana-Urania. *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?* *Diritto e Società*, fasc. 1, 2017. p. 44.

246 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

247 GALETTA, Diana-Urania. *op. cit.* p. 45.

1.5.2.1. CONTROLE SOCIAL

A transparência permite também o chamado “controle social”, ou seja, controle exercido pelo cidadão, onde “o cidadão é o executor do controle”²⁴⁸. Nas sociedades democráticas, o controle não institucional, ou controle social, passa a ter um papel importantíssimo, ao lado dos controles institucionais tradicionais, que vêm se mostrando falhos e ineficientes, sejam eles internos, como corregedores, ouvidores ou *ombudsman*, ou externos, como os Tribunais de Contas.

Consultas públicas e audiências públicas constituem instrumentos de participação popular, individualmente ou por meio de associações, onde o cidadão pode exercer o controle social, possibilitando não apenas sugestões, mas também correções das ações da Administração Pública.

Por seu turno, o cidadão pode adotar diversas medidas judiciais de correção ao tomar ciência de um mal feito, seja por ilegalidade, desvio de finalidade, imoralidade ou danos à coisa pública. De fato, a transparência, mediante participação ativa do cidadão, representa um instrumento privilegiado de controle da Administração e das políticas públicas, permitindo a fiscalização da Administração e de seus governantes, “ainda que essa postura do Estado seja contra os próprios interesses, a tornar efetiva a *accountability* política definida na Constituição Federal”²⁴⁹.

Nas palavras de Lenoir, “A transparência não é mais uma ferramenta de controle dos poderes, mas um fator de controle social generalizado face à impotência dos poderes públicos inaptos a detectar todos os comportamentos desviantes”²⁵⁰.

248 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.

249 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 865.401. Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julg. 25/04/2018, DJe 19/10/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748465786>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

250 “la transparence n’est plus un outil de contrôle des pouvoirs, mais un facteur de contrôle social généralisé face à l’impuissance des pouvoirs publics inaptés à détecter tous les comportements déviantes” (tradução livre). Disponível em: <http://cerna-ethics-allistene.org/digitalAssets/55/55079_LA_TRANSPARENCE_EN_DROIT_No__lle_Lenoir.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

Neste passo, ressalte-se que o aspecto do controle social foi bem destacado em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça do qual se extrai o seguinte trecho:

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 n. 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”.²⁵¹ (grifo nosso)

1.5.2.2. PROMOÇÃO DA MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO

Outra finalidade da transparência é o contribuir com a moralização e aumento dos níveis de integridade dos agentes públicos, na medida em que exige a atuação dentro de padrões éticos mais elevados.

No Brasil, o princípio da moralidade foi devidamente explicitado no rol dos princípios que regem a Administração Pública, no art. 37 da CF/88, regulado pela lei e protegido por ação popular, nos termos do art. 5º, LXXIII²⁵². Como Medauar adverte, “é de difícil tradução verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública”²⁵³.

251 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS16.179/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, 1ª Seção, julg. 09/04/2014, DJe 25/04/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100393348&dt_publicacao=25/04/2014>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

252 LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

253 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

Do princípio da moralidade decorre a probidade, cujas violações foram devidamente previstas pela Lei n. 8.492/92²⁵⁴ (Lei de Improbidade Administrativa). Na lição de Medauar, a probidade

equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão. A improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público, embora existam outros casos sem lesão direta ao erário, por exemplo, na fraude à licitude em concurso público.²⁵⁵

Uma das medidas adotadas visando à moralidade da Administração Pública foi a previsão da obrigação de o servidor apresentar, no ato da posse, declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública, nos termos do parágrafo 5º do art. 13 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), dispositivo que “traduz a chamada transparência ativa, configurando um importante instrumento para assegurar a probidade administrativa”²⁵⁶.

Não se pode deixar de mencionar que, inobstante a expressa referência ao âmbito de aplicação da Lei 8.112/90, limitada aos servidores públicos civis da União e suas autarquias e fundações públicas

254 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

255 MEDAUAR, Odete. op. cit. p. 153.

256 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. DISPONIBILIZAÇÃO ANUAL DE INFORMAÇÕES SOBRE BENS E EVOLUÇÃO PATRIMONIAL. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO .I... . II – O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual os servidores públicos já estão, por lei, obrigados na posse e depois, anualmente, a disponibilizar informações sobre seus bens e evolução patrimonial, razão pela qual conclui-se que o Decreto Estadual n. 46.933/16 não extrapolou o poder regulamentar, estando em sintonia com os princípios que regem a Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição da República. III – ... V – Agravo Interno improvido. (STJ). AgInt no RMS 57.107/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, julg. 14/08/2018, DJe 20/08/2018).

(art. 1º), muitos entes federativos deixaram de legislar sobre o assunto, preferindo valer-se dos dispositivos da lei federal, a despeito de tratar-se de “matéria eminente administrativa. Aplicável somente à esfera federal”²⁵⁷. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, somente em 2010, ou seja, com vinte anos de defasagem, editou Decreto tratando da declaração dos bens e valores que integram patrimônio privado de agente público no âmbito do Poder Executivo Estadual²⁵⁸.

Note-se que em outros países, como na França, a legislação de transparência exige não apenas a apresentação da declaração de bens dos ministros e parlamentares, mas também declaração acerca dos interesses que podem eventualmente ter como acionistas de empresas.

Na Itália, o Decreto Legislativo n. 150/2009²⁵⁹ traz exigências que dizem respeito diretamente aos dirigentes da Administração Pública, como a publicação do currículo, vencimentos e dados pessoais dos ocupantes dos cargos de direção, assim como esclarecimentos quanto às formas de ingresso e os editais do concurso, que devem ter regras claras de recrutamento de pessoal. Todas essas informações devem ser devidamente publicadas nos sítios eletrônicos do governo, em formato aberto, com acesso livre, podendo ser encontradas por meio da utilização dos mecanismos de busca disponíveis.

Noutro giro, mencione-se ainda que, em 2009, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE editou uma cartilha de princípios para integridade nas contratações públicas, com estratégias para prevenir as violações de integridade que incluem a corrupção, suborno, nepotismo, clientelismo; fraude e roubo de recursos públicos através da apresentação de piores resultados ou aquisição de materiais de pior qualidade; conflito de interesses com

257 Disponível em: <<http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20diversos/Parecer%20CJ-SPG%20n%C2%BA%20322-2015%20-%20Secretaria%20de%20Gest%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf>>. Acesso em: 2 de julho de 2019.

258 Disponível em: <http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_42_553_-_130710.htm>. Acesso em: 2 de julho de 2019.

259 Disponível em: <<http://gazzette.comune.jesi.an.it/2009/254/9.htm>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

o serviço público e em empregos posteriores; abuso e manipulação de informações; tratamento discriminatório em processos de seleção para serviços públicos e desperdício e abuso de recursos públicos²⁶⁰. Destaca-se que o primeiro capítulo da cartilha foi dedicado a “*Transparency*”, de forma a garantir tratamento igualitário e justo dos contratantes com o governo²⁶¹.

Já se percebem reflexos no Brasil das recomendações da OCDE, como a aprovação da Lei n. 12.846/2013²⁶², que prevê programas de integridade para empresas. Por outro lado, dentre as 14 ações para 2019 aprovadas pela Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), constam diversas ações voltadas para a transparência pública e implementação de programas de integridade²⁶³.

Não há dúvidas de que a moralização do serviço público é uma das finalidades da transparência. Tanto assim que o Decreto n. 9.681/2019 tratou de criar, na estrutura da Controladoria-Geral da União, dentro da Secretaria da Transparência, uma diretoria de Promoção da

260 Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

261 “**Principle 1. Provide an adequate degree of transparency in the entire procurement cycle in order to promote fair and equitable treatment for potential suppliers.** *Governments should provide potential suppliers and contractors with clear and consistent information so that the public procurement process is well understood and applied as equitably as possible. Governments should promote transparency for potential suppliers and other relevant stakeholders, such as oversight institutions, not only regarding the formation of contracts but in the entire public procurement cycle. Governments should adapt the degree of transparency according to the recipient of information and the stage of the cycle. In particular, governments should protect confidential information to ensure a level playing field for potential suppliers and avoid collusion. They should also ensure that public procurement rules require a degree of transparency that enhances corruption control while not creating red tape to ensure the effectiveness of the system.*”

262 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

263 **Ação 01/2019:** Desenvolver projeto de plataforma digital e outras medidas voltadas à transparência pública, aos dados abertos e à participação social; **Ação 03/2019:** Elaborar, publicar e divulgar cartilha de integridade nas compras públicas dirigidas a gestores públicos. Disponível em <<http://enccla.camara.leg.br/noticias/encclatera-14-acoes-em-2019>>. Acesso em 20 de julho de 2019.

Integridade, a quem compete desenvolver iniciativas para fomentar a integridade nos setores público e privado²⁶⁴.

1.5.2.3. CONFLITO DE INTERESSE

O conflito de interesses surge diante da possibilidade de os administradores virem a quebrar seus deveres fiduciários impostos pela Administração Pública com vistas a favorecer seus próprios interesses. Na lição de Pinto Júnior, o conflito de interesses surge diante da quebra dos deveres fiduciários de lealdade e diligência:

A violação do dever de lealdade pressupõe o **elemento intencional e geralmente tem como pano de fundo a situação de conflito de interesses**. O gestor societário age visando a **satisfação do próprio interesse (ou de terceiros) em detrimento do interesse da companhia**. Para se transformar em corrupção, a deslealdade precisa envolver mais alguém. Trata-se do corruptor ativo que oferece ou dá vantagem ao administrador, buscando com isso influenciar sua decisão e auferir um benefício despropositado para si ou para outrem.²⁶⁵

1.6. CONCEITO JURÍDICO DE TRANSPARÊNCIA

Apesar de toda a dificuldade apresentada, há mais de um século, no seio da Escola de Viena, Adolf Merkl já enfatizava, em sua obra mais conhecida, a “Teoria Geral do Direito Administrativo”,

264 Art. 18. À Diretoria de Promoção da Integridade compete: I - desenvolver, apoiar e fomentar iniciativas para incrementar a integridade nos setores público e privado; II - promover, apoiar e disseminar estudos e pesquisas sobre metodologias e instrumentos voltados ao fortalecimento dos sistemas de integridade do Poder Executivo federal; e III - acompanhar, apoiar e monitorar a implementação dos programas de integridade dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, nos termos dos art. 19 e art. 20 do Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017, em articulação com as demais unidades da Controladoria-Geral da União.

265 PINTO JÚNIOR, Mario Engler. O Dever Fiduciário de Diligência do Gestor Público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* - anotada: Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 . v. I e II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 39.

a importância da precisa conceituação para a evolução da teoria administrativa²⁶⁶.

Na doutrina estrangeira, entende-se por transparência, em sentido amplo, a “qualidade de ser claro, óbvio e compreendido sem dúvida ou ambiguidade”.

Para Lima, o conceito de transparência é “bem elementar: traduz a ideia de algo que seja claro, límpido ou, de modo mais rebuscado, diáfano... uma importante metáfora numa sociedade moderna, sobretudo democrática”²⁶⁷.

Para nós, a transparência, no sentido estrito do direito público, deve ser entendida como uma qualidade, um atributo de permeabilidade das ações do governo, a partir da disponibilização do acesso às informações acauteladas pelo Estado, possibilitando a interferência do cidadão nas tomadas de decisão, que devem ser devidamente motivadas para possibilitar o mais amplo controle, tanto interno quanto externo, das ações do administrador público, assim como o inafastável controle judicial e o controle social, que poderá refletir-se ulteriormente nas escolhas democráticas e republicanas da população.

É através da transparência que o cidadão deixa de ser um mero espectador do agir estatal e passa a exercer efetivamente a democracia participativa. Diferenciando-se do princípio da publicidade, o princípio da transparência ganha autonomia e aptidão para atingir todo seu potencial, como mandamento de otimização e norma de natureza estruturante do direito administrativo.

Por fim, o aumento dos níveis de transparência está diretamente relacionado com a diminuição dos níveis de corrupção e, consequentemente, com o aumento dos níveis de confiabilidade e legitimidade da Administração Pública, que deve estar voltada para a consecução dos objetivos republicanos do Estado democrático brasileiro.

266 MERKL, Adolf. op. cit. p. 5.

267 LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. op. cit. p. 257.