Nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Clèmerson Merlin Clève
Júlia Ávila Franzoni

1 Introdução

A Administração Pública brasileira, aos olhos do homem comum, impõe injusto fardo aos cidadãos. Para muitos, a Administração Pública vive um presente de passado contínuo, reitera antigas práticas de compadrio, clientelismo e patrimonialismo e se perde em amarras burocráticas descoladas das demandas sociais. Essa Administração é distante e centralizadora; a ausência de transparência na sua ação pode refletir mais do que autoritarismo, implicando muitas vezes desatenção com os fins da atuação pública.

A metáfora do elefante das pernas finas é o retrato caricatural dessa Administração de corpo robusto, forte aparato físico, mas despida de sustentação suficiente para manter de modo consistente a caminhada. Se o recurso metafórico serve para traduzir determinada précompreensão da sociedade, é insuficiente para compreender a Administração Pública do ponto de vista *normativo* — seu regime jurídico — e *institucional* — as características orgânicas e estruturais de seus órgãos e funcionamento.

O presente artigo trata da nova *Lei de Acesso à Informação Pública*, em particular daquilo que, presente nela, aponta para a renovação das práticas da Administração Pública. A matéria será enfrentada levando em conta a passagem do *constitucionalismo (meramente) garantista* para o *constitucionalismo emancipatório*. Nesse passo, o juízo sobre o novo diploma normativo deve ser testado à luz das coordenadas já antecipadas pela Constituição Federal de 1988 e que supõem postura republicana e democrática dos agentes públicos e dos cidadãos.

2 Direito à informação no quadro da reconfiguração do papel do Estado

O Estado brasileiro está trocando sua casca. Semelhante ao processo de mudança dos caranguejos, que, silenciosos, transformam sua roupagem num momento de

renovação frágil e necessariamente discreta, as instituições brasileiras experimentam um processo de *revolução silenciosa* que guarda aspectos de avanço, renovação e continuidade.

Diz-se *avanço*, sem risco de anacronismo, pois originariamente a Constituição Federal de 1988 apresentou um quadro normativo extenso através do qual se delineia um *Estado que está à disposição da sociedade e dos direitos fundamentais*.[1] A Lei Fundamental é analítica, garantista e compromissária, ostentando amplo rol, não taxativo, de direitos fundamentais.[2] Dessas escolhas antecipadas pelo texto da Constituição, no qual também residem objetivos de uma república democrática e igualitária, se depreende a normatividade de um projeto político de Estado e de organização da sociedade que deve repercutir no processo de concretização constitucional.[3]

O processo de concretização constitucional, portanto, reconhecida a complexidade da sociedade e a necessária convivência de uma pluralidade de interesses na tradução e composição do sentido da Constituição, deve se informar pelos parâmetros normativos do texto, inscrevendo as exigências de abertura, participação e igualdade na sua práxis cotidiana.[4]

Os aspectos da *renovação* se manifestam na inauguração de um "outro" momento constitucional que supõe a recompreensão epistêmica do papel da Constituição,[5]

---

[1] CLÈVE. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*, p. 1617. Mas a Constituição, nesse particular, não está imune a críticas. Entre outros, conferir SUNDFELD. *Direito administrativo para céticos*.

[2] Idem, p. 17. No mesmo sentido SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 75 et seq.; MENDES; COELHO; BRANCO. Curso de direito constitucional, p. 244 et seq.

[3] Evidente que aqui não se está a defender que o texto constitucional apresenta apenas um projeto político de Estado e de sociedade. Apenas se faz referência à antecipação normativa de escolhas Interesse Público - IP Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio / jun. 2013 políticas que irão reverberar no complexo e aberto processo de concretização constitucional, âmbito necessariamente disputado e que reflete a existência de vários projetos possíveis. Sobre o tema verificar: NEVES. A constitucionalização simbólica, p. 73 et seq.

[4] Outras não são as exigências formuladas pelas teorias do constitucionalismo igualitário (ALEGRE; GARGARELLA (Coord.). *El derecho a la igualdad*: aportes para un constitucionalismo igualitario) e da abertura do processo de concretização constitucional (HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição)

[5] A compreensão — analítica e esquemática — do constitucionalismo depois de 1988 supõe dois momentos: o primeiro, circunscrevendose aos primeiros anos após a promulgação da Carta Constitucional (1015 anos); o segundo, referindose aos últimos dez anos. De início, era necessário construir as bases mínimas para a aplicação à Constituição. Convivendo diversas bandeiras de luta, venceu a perspectiva que buscava afirmar a normatividade da Carta Constitucional: a doutrina da dogmática constitucional da efetividade. Através do diálogo com outras disciplinas — teorias críticas — buscavase concretizar a Constituição impondo uma outra forma de compreensão da experiência constitucional: a Constituição é norma, tem centralidade no ordenamento e sua força normativa reclama a satisfação dos seus comandos. Apesar da importância do discurso para a afirmação da centralidade da Constituição na 'luta pelo direito' e para a reconstrução da própria 'teoria do direito', a doutrina da efetividade guardava alguns problemas de fundo: é datada em termos epistemológicos — a separação entre sujeito e objeto, escondendo a afirmação de opções ideológicas, é apenas uma delas. A renovação do constitucionalismo nos últimos anos, portanto, estava a reclamar novas matrizes teóricas e filosóficas.
O segundo momento aparece com a necessidade de reconstrução do Direito, no contexto da assimilação da virada linguística e do pósspositivismo.
A assertiva "A Constituição deve ser aplicada", convive com o questionamento "Qual Constituição deve ser aplicada?". Encaminha-se, portanto, para a justificação dos parâmetros substantivos residentes no Texto Constitucional. No primeiro momento, a metáfora piramidal, inspirada em Kelsen, dá conta da compreensão da OrdemJurídica. A Constituição reside no vértice da pirâmide. No segundo momento, ela é substituída pela imagem orbital. O Direito, do ponto de vista normativo, substancia uma rede de significações que se expande a partir de centros de irradiação (microssistemas) em órbita em torno da Constituição
(que agora é centro e não vértice), mas não apenas dela transconstitucionalismo). Este é o momento da retomada da razão prática na tentativa de alcançar graus de racionalização internas ao Direito que ultrapassem o simples apelo à autoridade em busca de legitimação. Busca-se agora, em diálogo com outros saberes, inclusive a filosofia política, a construção compartilhada de parâmetros que permitam, no contexto de uma sociedade

reclamando políticas de controle e participação cidadã nas instituições públicas.[6] A Constituição agora é compreendida em um contexto onde os significantes se abrem à rede complexa e plural de composição de significado, conduzindo o entrelaçamento das premissas da razão teórica com as exigências da razão prática.

Nesse caso, a concretização constitucional exige justificação do ponto de vista externo do Direito e, ao mesmo tempo, a legitimidade extraída do ponto de vista interno ao sistema jurídico. Por essas razões, o Estado e as instituições passam a ser percebidos como "lugares de controle" — há testes a superar —, submetidos a mecanismos de racionalização de condutas e parâmetros de justificação e legitimação.[7]

É nesse contexto de requalificação da legitimidade institucional[8] que as premissas democráticas incorporadas na Constituição se arranjam com os direitos fundamentais e permitem uma *construção normativa* que alça a transparência[9] a uma condição de possibilidade do Estado plural, republicano e aberto às exigências de controle racional das decisões. Faz-se referência, aqui, à construção normativa que autoriza o trânsito do *constitucionalismo garantista* para o *constitucionalismo emancipatório* que tem como pano de fundo o reconhecimento do sujeito constitucional como autor dos processos de mudança.[10]

---

aberta e dialógica, o controle racional das decisões judiciais. A simples construção não é suficiente: ela tem que ser trazida para dentro do Direito. Qualquer resposta à pergunta sobre qual Constituição aplicar demanda (i) a articulação entre normatividade, moral e política e, (ii) da mesma forma, o questionamento quanto ao lugar (externo ou interno) da perspectiva (teórica, moral e política) adotada. Consultar SARMENTO. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea, p. 113146.

[6] Trata-se aqui da inserção das premissas da teoria política contemporânea, tanto no âmbito normativo das teorias da justiça quanto no âmbito pragmático da ciência política, a pensar critérios e parâmetros de controle e legitimação das instituições democráticas.

[7] As teorizações em filosofia política buscam, *grosso modo*, oferecer parâmetros normativos para as instituições sociais e políticas, preocupando-se com a *organização para a vida*. A necessidade de avaliar tais instituições e estabelecer critérios para seu julgamento e controle faz referência a patamares que devem ser previamente acordados. Essas questões tendem a se incorporar ao Direito a partir da formulação de critérios e referências que podem servir para posterior controle externo de sua institucionalidade — ou seja, trata-se aqui da avaliação sociopolítica da operatividade de determinados valores na institucionalidade jurídica. Sobre tema no contexto Latinoamericano verificar: ALEGRE; GARGARELLA (Coord.). *El derecho a la igualdad:* aportes para un constitucionalismo igualitario. DE VITA. *A justiça igualitária e seus críticos*. Do ponto de vista interno ao Direito, cumpre chamar atenção para os esforços no sentido de operar comunicação entre as *démarches* da democracia deliberativa e os critérios de controle de decisão judicial. Nesse sentido, ver GARGARELLA (Coord.). *Teoria y critica del derecho constitucional*. E, também, várias são as tentativas de, mediante teorias discursivas, trabalharse princípios ou máximas de controle racional da decisão como a máxima da proporcionalidade. (ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 50179).

[8] O desenho normativo da legitimidade exige mais que o cumprimento do teste formal; trata-se agora do atendimento material de suas condições de possibilidade: cidadania, igualdade de condições e democracia deliberativa. O conceito de legitimidade penetra assim na própria legalidade, distanciando-se completamente da concepção positivista moderna. Nas palavras de Friedrich Müller: "A legitimidade, por sua vez, é aqui inteiramente redefinida, ela agora 'qualifica a ação formalmente legal de um modo adicional, ou seja, denota que (a) ela é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (com os textos das normas) da Constituição (com a forma de Estado, com os objetivos do Estado, com as garantias dos direitos fundamentais, com o sistema do Estado de Direito); e que (b) ela permite continuar a discussão aberta e sem restrições por parte do Estado da questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, ainda que a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial — no caso em epígrafe: a alteração da Constituição) já tenha sido tomada" (Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos de Escritos Legislativos*, p. 18).

[9] Transparência aqui quer indicar duas questões principais: (i) a desmitificação do Estado enclausurado e (ii) a possibilidade de inserção cidadã na dinâmica das instituições.

[10] ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*, p. 48.

Esse outro lugar teórico, operado a partir da superação do paradigma garantista (liberal ou social) do Direito Constitucional, denominado aqui de constitucionalismo emancipatório, reconstrói a máquina constitucional disposta no sentido da concomitância entre autonomia pública e autonomia privada.[11] A exigência da autonomia para a execução dos projetos de vida é, ao mesmo tempo, limite e condição para o desenho de projetos institucionais que também devem se fundar em construções intersubjetivas.

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

Todavia, a lenta mudança de casca convive com as continuidades: o telhado de nossas instituições não é de vidro. As transformações reconstroem novas totalidades, mas sempre a partir de um marco preexistente. A trágica herança brasileira no domínio da gestão pública, exercida sob as bases de uma institucionalidade herdeira do clientelismo e do patrimonialismo, associada ao longo período de ditadura pelo qual passou o Estado brasileiro, implica a convivência de uma renovada práxis pública com o passivo do legado histórico: seletividade das políticas públicas, prática de barganha na ocupação dos cargos públicos e, ainda, o paternalismo autoritário da Administração que concebe o interesse público e o bem comum como categorias a priori e o cidadão como um beneficiário, um adolescente, alguém incapaz de decidir por si mesmo.

O constante risco de baixa integração da população nos procedimentos políticos e jurídicos e na vida da Administração Pública reclama o enfrentamento direto desses problemas a partir da oposição já confirmada nas escolhas traçadas pela Constituição de 1988. As condições de possibilidade do regime democrático no Estado brasileiro devem ser concebidas também a partir do robustecimento da arena pública: é a qualificação da participação cidadã e da concepção emancipada do destinatário das promessas constitucionais (agora sujeito) que permite traçar as bases do projeto republicano, democrático e igualitário da CF/88.[12]

3 Acesso à informação e legitimidade: a prática pública da democracia

3.1 Estado provedor ou regulador?

[11] A ideia de autonomia encontrável em Habermas e, antes dele, em Kant, mas também em Marx. Autonomia na filosofia liberal e na filosofia republicana. Mesmo na moderna filosofia de fundo comunitarista.

[12] Neste ponto, cumpre lembrar a advertência de Sandra Liebenberg: o perigo de "se promover uma concepção de direitos socioeconômicos como commodities conferidas a beneficiários passivos por um Estado benevolente é que isso desvie a atenção das reformas mais substantivas requeridas das instituições e estruturas que geram as desigualdades sociais sistêmicas" (Socioeconomic rights: adjudication under a transformative constitution, p. 42). No sentido da perspectiva que reclama o reconhecimento da dimensão coletiva para a concretização dos direitos socioeconômicos, ver: VALLE. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: KLEVENHUSEN (Coord.). Direito público e evolução social: segunda série, p. 309328.

As formas tradicionais de manifestação do Estado Social, pensadas e materializadas através da ideia do "Estado Provedor", sofrem ameaça no plano econômico e, sobretudo, no plano da legitimidade. No âmbito material, a dificuldade da efetivação de uma "sociedade do trabalho" emancipada através da exclusiva ação política estatal, ao mesmo tempo em que indica o declínio de muitas utopias revolucionárias, aponta para a inexorabilidade do presente em termos de dominação, exploração e dependência econômica do político por um lado, e o ofuscamento do domínio privado pela interferência estatal (Estado vigilante) por outro.[13]

No campo da legitimidade, a busca da concretização das metas desse Estado tem implicado o agigantamento nem sempre justificado do "público" (visto apenas como estatal). Cumpre concordar com o entendimento segundo o qual o projeto socioestatal enfrenta uma tensão entre o sistema econômico (modo de produção capitalista) e o regime político (democracia representativa). Portanto, o projeto sofre as consequências de um eterno confronto entre fins e meios.[14] O objetivo do Estado brasileiro deve ser a criação de formas de vida estruturadas igualitariamente, garantindo liberdade de movimento para a autorrealização individual. Todavia, a satisfação da meta exige mais do que a simples aplicação de um programa político.[15] É que o regime econômico capitalista impõe, não raras vezes, direções políticas contrárias aos objetivos estatais ligados às garantias para a autorrealização pessoal ou coletiva.

A esse projeto de Estado se oporiam duas frentes de batalha. A primeira cuida do compromisso com a pacificação dos conflitos sociais alcançada através da ação do poder estatal democraticamente legitimado orientada para a condução do processo "natural"[16] de desenvolvimento capitalista. A outra frente se nutre dos restos de utopia da "sociedade do trabalho". Como o status de trabalhador é normatizado pelo direito de participação política e pelo direito de parceria social, a massa da população pode, eventualmente, viver em liberdade, com justiça social e crescente prosperidade.[17]

Seria presumida daí uma coexistência pacífica entre democracia e economia assegurada através da intervenção estatal. Todavia, essa intervenção não foi e não é suficiente para prevenir dificuldades internas ao funcionamento do processo político e da tomada de decisões. O modelo centrado no papel do Estado apresenta

---

[13] Na forma como apresenta Habermas: desde a metade dos anos 70 os limites do projeto do Estado Social ficam evidenciados, sem que até agora uma alternativa clara seja reconhecível. Essa nova inteligibilidade é própria de uma situação na qual um programa de Estado Social, que se nutre reiteradamente da utopia de uma "sociedade de trabalho", perdeu a capacidade de abrir possibilidades futuras de uma vida coletivamente melhor e menos ameaçada (HABERMAS. *A nova intransparência*: a crise do Estado de bemestar social e o esgotamento das energias utópicas, p.
106).

[14] *Idem*, p. 109

[15] *Idem*, p. 110

[16] Como destaca António Manuel Hespanha, a naturalidade do desenvolvimento do capitalismo nunca existiu, nem mesmo nos primórdios do Estado Liberal Burguês. Nas palavras do autor: "Todo liberalismo europeu carregou um mesmo paradoxo, logo desde a sua primeira hora. Reivindicavase da natureza individual, mas pressupunha educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, primeiro, que construir essa sociabilidade. Propunha um
governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo, para poder depois, governar um pouco menos. Numa palavra, propunha natureza, mas precisava dos artifícios, antes da sua instalação e, depois disso, durante a sua vigência" (HESPANHA. *Guiando a mão invisível*: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português, p. 6. Reforçando a ideia: GENEREUX. *Les vraies lois de l'Économie*.

[17] HABERMAS, *op. cit.*, p. 107.

contradições internas e disfunções capazes de, doravante, amesquinhar suas conquistas sociais.

A difícil conciliação entre capitalismo e regime democrático representativo envolve, assim, segundo Habermas, a contradição entre a defesa do sistema econômico e a idoneidade do programa político e social do Estado (assegurar formas de vida digna).[18] Na tentativa de definir limites para a interferência estatal no campo da autonomia privada, normatizando as possibilidades de produção e condução de diferentes formas de vida, o Estado arrisca reprimir a iniciativa e o desenvolvimento da economia. Nesse caso, a vigilância democrática é necessária para prevenir o caráter potencialmente paternalista do Estado interventor. Todavia, as desigualdades sociais podem permanecer, apesar do agigantamento estatal.

A tese não é meramente descritiva. Diagnostica, sustenta Habermas, a fragilidade do Estado Social e da "sociedade do trabalho",[19] para, em seguida, apostar no caráter inclusivo e transformador da democracia (esfera da solidariedade) para fazer frente à "colonização do mundo da vida".[20] O risco de "burocratização" e de "mercantilização" da ação política pode ser combatido com o reconhecimento da pulverização do conflito capital/trabalho em várias outras oposições.[21] A distribuição igualitária de oportunidades para a realização dos projetos de vida passa pelo reconhecimento de outros conflitos e causas para a desigualdade e pelo "empoderamento" das comunidades do mundo da vida.[22]

---

[18] *Idem*.

[19] O programa do Estado social, que se nutre reiteradamente da utopia de uma "sociedade de trabalho", vem perdendo a capacidade de abrir possibilidades futuras de uma vida coletivamente melhor e menos ameaçada (*idem*, p. 106).

[20] As sociedades modernas, para Habermas, disporiam de três recursos que podem satisfazer suas necessidades no exercício do governo: o dinheiro, o poder e a solidariedade. As esferas de influência desses recursos teriam de ser postas em um novo equilíbrio. O poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de resistir às "forças" dos outros dois recursos, dinheiro e poder administrativo (op. cit., p. 112).

[21] É a partir dessa recompreensão que determinados autores sustentam a necessidade de políticas de reconhecimento e de redistribuição para dar conta dessas outras esferas de conflito e desigualdade (FRASER. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (Coord.). Igualdade, diferença e direito.

[22] Na forma como pondera Habermas: "Se agora não mais apenas o capitalismo, mas o próprio Estado intervencionista deve ser "socialmente contido", complicou-se consideravelmente a tarefa. Por conseguinte, aquela combinação de poder e autolimitação não pode ser confiada por mais tempo à exclusiva capacidade de planejamento estatal. Se, agora, contenção e controle indireto devem dirigir-se também contra a dinâmica interna da administração pública, a capacidade indispensável de reflexão e controle deve ser procurada em outro lugar, a saber, em uma relação completamente transformadora entre as esferas públicas autônomas e auto-organizadas, de um lado, e os domínios de ação regidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo, de outro lado. Disso resulta a difícil tarefa de viabilizar a universalização democrática das posições de interesse e uma justificação universalista das normas já sob o limiar dos aparelhos partidários autonomizados em grandes organizações e que por assim dizer migraram no interior do sistema político. Um pluralismo surgido naturalmente de subculturas defensivas, resultado apenas da desobediência espontânea, teria de desenvolverse ao largo das normas da igualdade civil. Resultaria então apenas uma esfera que dispor-se-ia especularmente diante das cinzentas zonas neocorporativas" (op. cit., p. 112).

A partir de diferente postura, Chantal Mouffe também defende a práxis do pluralismo na democracia: "Como os expoentes do 'liberalismo político', gostaria de assistir à criação de um amplo consenso em torno dos princípios da democracia pluralista. Mas não creio que tal consenso deva ser fundado na racionalidade e na unanimidade ou que deva manifestar um ponto de vista imparcial. Creio que a verdadeira tarefa consiste em sermos fiéis às nossas instituições democráticas e a melhor forma de o fazermos não é demonstrando que devem ser escolhidas por agentes racionais 'sob o véu da ignorância' ou num 'diálogo neutro', mas criando vigorosas formas de identificação com elas" (O regresso do político, p. 201).

A aposta, portanto, é na abertura da ação política e no incremento das demandas que a conformam.[23] O remodelamento realizado a partir da problematização dos sujeitos responsáveis pela ação política exige a institucionalização dos canais de abertura desse processo e a encampação de escolhas e razões de decidir outrora alheias a essa dinâmica. Nesse momento de redefinição de competências e esferas de atuação, há, de forma concomitante, a reordenação da Administração Pública para permitir a participação de outras esferas na direção da ação política.

Esse é o contexto a justificar a releitura do paradigma intervencionista estatal para, ajustando o projeto políticosocial às exigências da sociedade complexa e plural, deslocar a prática autoritária, provedora e vigilante, para assumir renovada dinâmica regulatória, negocial e compartilhada. Fala-se agora de um novo modelo de atuação estatal apoiado na utilização da competência normativa para regular a atuação dos particulares. O Estado prestador direto de serviços cede relevante espaço ao Estado regulador, importando em convivência dos modelos. No Estado regulador, como se sabe, o Poder Público não impõe sua vontade de forma impositiva, mas arbitra interesses e tutela hipossuficientes.[24]

No modelo regulador de Estado, continua havendo intervenção,[25] mas esta se dá, entretanto, de outra forma, por meio de outros instrumentos. As transformações da ordem econômica e do modelo de Estado, por outro lado, implicam a renovação das formas, dos procedimentos de intervenção do Estado na economia e, portanto, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, "uma mudança num dos mecanismos mais fortes dessa intervenção: a reserva de titularidade de atividades para a esfera estatal."[26] O Estado se afasta da atuação direta neste ou naquele setor, mas, entretanto, fortalecendo a "vigilância" sobre a condução, pelos particulares, das atividades econômicas.[27] O Estado regulador não é, portanto, só polícia, nem apenas provedor, mas, antes, conciliador de interesses diversos, numa relação de maior interlocução com a sociedade.[28]

---

[23] Para Habermas, o poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de resistir às "forças" dos outros dois recursos, dinheiro e poder administrativo (HABERMAS, op. cit., p. 112). No mesmo sentido, Offe defende a necessidade de compartilhamento a partir dos diversos agentes que compõem a ordem social (Estado, mercado e comunidade), ponderando, inclusive, ser justamente a questão de "quem deve fazer o que precisa ser feito", o mais importante problema atual (OFFE. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade, p. 5). O Estado, o mercado e a comunidade representariam os modos ideais típicos nos quais as pessoas vivem e interagem, os modos de coordenação dos indivíduos e suas ações. De um lado, eles se baseiam um no outro, já que cada componente depende do funcionamento dos outros dois; de outro, entretanto, a sua relação é antagônica, já que a predominância de um deles põe em risco a viabilidade dos outros dois (OFFE, op. cit., p. 6).

[24] MARQUES NETO. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 1329.

[25] A ideia de intervenção continua a se sustentar no pressuposto de "interferência em campo que não é seu". Compartilhase do conceito do autor: "[...] Entendese
a intervenção econômica como toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)" (MOREIRA. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, p. 34.

[26] MARQUES NETO, *op. cit*., p. 14.

[27] Floriano de Azevedo Marques Neto aponta três fatores capazes de elucidar essa transformação na técnica administrativa: (i) econômicos, diante da formação de grandes polos comerciais; (ii) políticos e sociais, pois a complexidade social demanda atuação mais participativa da população da organização administrativa; e, (iii) tecnológica, pois essa mesma complexidade reflete novas exigências sociais (*idem*, p. 1516).

[28] JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes.

Outra característica do Estado regulador, corolário da mudança no modo de atuar do Estado, é o dever de responsabilidade social que se impõe aos cidadãos. Nas sociedades maduras, não se pode esperar tudo do Estado, pois, se "os organismos estatais não apresentam suficiente habilidade para o atendimento satisfatório a certas necessidades comuns", nada há de errado em atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente.[29] O que ocorre, portanto, é uma acomodação das competências.[30] O papel do Estado é relevante onde a acumulação privada puser em risco os valores constitucionais ou for insuficiente para a sua plena realização. No modelo regulador, o Estado comprime sua feição de intervenção direta no domínio econômico, conferindo maior amplitude à iniciativa privada, embora com a redefinição qualitativa de sua liberdade.[31]

A regulação, portanto, ensina Floriano de Azevedo Marques Neto, deve ser encarada como proposta de composição, de equilíbrio entre as metas de interesse geral (interesse público) e os objetivos particulares envolvidos (sejam eles de operadores econômicos ou de consumidores).[32]

A perspectiva regulatória do Estado demanda, portanto, um remodelamento institucional da Administração Pública. Há, não apenas transformações no perfil da intervenção estatal, mas, também, mudanças orgânicas no aparato administrativo. No que se reporta à composição e direção da ação política, assumem importância a descentralização administrativa e o arranjo de órgãos com a presença de interessados da sociedade civil (como os Conselhos de Saúde e Educação e órgãos como o Conam e CTNBio, por exemplo). Nesse sentido, também se manifesta a necessidade de realização de audiências públicas, com a participação dos interessados, para a legitimação dos atos normativos[33] e o reconhecimento, pelo Estado, da autorregulação como fonte normativa.[34] São manejados, também, instrumentos como o orçamento participativo, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e as soluções negociadas (transações administrativas).

---

[29] (*Idem*). E continua, nesse sentido, "somente se admite a *privatização* na medida em que existam instrumentos que garantem que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados através da atuação da iniciativa privada" (*idem*, p. 23).

[30] É bom ter cuidado com a afirmação, pois dela não pode derivar a compreensão de que o Estado regulador está associado ao Estado mínimo e, ou, ao Estado neoliberal. O Estado regulador funciona com um grande aparato administrativo e burocrático. Seria ilusório acreditar que o Estado, nesse contexto, "diminuiu" "Qualquer tentativa de afirmar, de forma não ambígua, que o governo está crescendo ou diminuindo é objeto para um grande tema de desacordo e desentendimento" (PETERS. The politics of bureaucracy, p. 8.).

[31] Daí conclui Marçal Justen Filho que isso "permitiria diferenciar várias formas de conjugação de três núcleos teóricos de atribuição das aludidas competências, que são os órgãos estaduais propriamente ditos, as agências e a chamada autorregulação" (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 50).

[32] MARQUES NETO, op. cit., p. 17.

[33] O procedimento de consulta pública é obrigatório para as resoluções das Agências Reguladoras.

[34] Nesse caso, ver trabalho desenvolvido por Vital Moreira no que diz respeito à autorregulação profissional e sua inserção no conceito de regulação. O que implica em dizer que faz parte da dimensão pública da regulação sua composição substantiva a partir de dimensões de esferas da sociedade civil. "Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção [...], e mistas sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a autorregulação profissional. [...]. Na atualidade, a performance da economia — apesar de predominantemente privada, é uma responsabilidade do Estado. Com a crescente complexidade da regulação econômica tornouse imprescindível a cooperação das organizações econômicas na definição e implementação das políticas econômicas. Essa cooperação entre Estado e economia pode bastarse com esquemas de colaboração ou participação na definição de medidas de política econômica; mas também pode elevar-se ao ponto de investir ou consentir às organizações econômicas a assunção de funções regulatórias. É disso que se trata a autorregulação." (MOREIRA. Autorregulação profissional e Administração Pública, p. 21).

Como decorrência da partilha da gestão há, também, a do custeio. O financiamento das ações políticas é pensado a partir da lógica do compartilhamento. Esse foi, inclusive, o pano de fundo que orientou a Reforma Administrativa na década de 1990. A chamada "desestatização" representou uma reconfiguração do Estado no que se refere às suas competências, notadamente no âmbito da intervenção no domínio econômico, tendo na privatização[35] um instrumento jurídico-institucional de realização. Como exemplo de privatizações que envolvem partilha dos custos aparecem ou reaparecem os institutos da concessão de serviços públicos, da parceria público-privada e da gestão compartilhada de bens públicos.

A reforma do Estado, portanto, reclamou a emergência de transformações operacionais e a adoção de técnicas transigentes de gestão, implicando consensualização, políticas públicas concertadas e mecanismos de participação do mercado e da sociedade civil. O Estado regulador supõe, portanto, a participação dos mais diversos atores. Todavia, a impossibilidade de libertação das amarras burocráticas e técnicas que autorizam a seletividade da atuação pública confronta, a todo o momento, a pretensa abertura desse Estado com o risco de captura da ação política e a falácia da legitimidade meramente formal.

3.2 Regulação e accountability

Em sociedades democráticas, a legitimidade dos procedimentos regulatórios e das instituições deve fundamentar-se na possibilidade de controle racional das decisões e na inserção progressiva dos diversos setores da sociedade no processo. São premissas que informam o conceito de accountability:

Accountability is first a relationship between two sets of actors (actually, most of it is played out not between individuals, but between organizations) in which the former accepts to inform the other, explain or justify his or her actions and submit to any predetermined sanctions that the latter may impose. Meanwhile, the latter who/that have become subject to the command of the former, must also provide required information, explain how they are obeying or not obeying the formers' commands and accept the consequences for what they have done or not done. In short, when it works, accountability involves a mutual exchange of responsibilities and potential sanctions between citizens and rulers, made all the more complicated by the fact that in between the two are usually a varied and competitive set of representatives.[36]

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

---

[35] Adota-se aqui o conceito polissêmico de privatização, que pode traduzir, em geral, seis modalidades: (i) privatização da regulação administrativa da sociedade, (ii) privatização do direito regulador da Administração, (iii) privatização das formas organizativas da administração, (iv) privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas, (v) privatização do acesso a uma atividade econômica e (vi) privatização do capital social de entidades empresariais públicas. Nesse sentido, OTERO. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. In: Os caminhos da privatização da Administração Pública: IV colóquio lusoespanhol de Direito Administrativo, p.
37.

[36] SCHMITTER. Political accountability. In: "RealExisting"
Democracies: meaning and mechanisms, p. 424.

O mecanismo, então, exige a operacionalização da razão prática supondo a transparência da Administração Pública e a vontade de inserção e envolvimento da sociedade. O crescimento da participação cidadã pode desencadear consequências diversas. O envolvimento maior da comunidade de interessados educa a práxis administrativa no sentido da abertura de seus procedimentos, podendo, também, encorajar a ação participativa em situações nas quais ela não seja habitual, redefinindo os termos da responsabilidade do Poder Público. Cumpre, todavia, reconhecer que nem sempre o aumento de participação se reflete numa qualidade maior da ação política.[37] Os desafios, então, são imensos.

A participação da população pode, eventualmente, decepcionar. Em contraste com a polis grega, o Estado Moderno é maior e mais complexo. Há, com a participação, por outro lado, possibilidade, que desafia prevenção, de incremento da instabilidade social.[38] E sempre haverá o problema de que o resultado pode não refletir verdadeiramente o conjunto de interesses e preferências dos cidadãos. Segundo Diane Day, as dificuldades inerentes ao processo de participação escondem uma tensão entre as demandas burocráticas de gestão e as exigências democráticas de inclusão. A relação entre burocracia e democracia é, afinal, paradoxal, porque a burocracia administra os programas que sustentam o Estado democrático, sendo ao mesmo tempo fonte de tensão e conflito com esse Estado.[39]

A administrativização da regulação, a sua crescente tecnicidade, assim como a perda da densidade das leis e as leis simbólicas e despidas de sentido, impõem ao Estado regulador a necessidade de providenciar novos modos de legitimação. A regulação estatal deve atender aos objetivos fixados nas leis e na Constituição. Nesse contexto, muito mais do que aferir a legitimidade por meio de raciocínio formal, cumpre verificar as finalidades públicas a que se destina, observada a dimensão substantiva da normativa constitucional.[40] Para a legitimação do processo decisório, lembra Alexandre Santos de Aragão, devem ser adotadas medidas capazes de suprir o déficit de democraticidade da regulação administrativa através da institucionalização de espaços públicos de discussão.[41]

Ensina o jurista citado, aliás, que a consensualização, tipo ideal de conduta da Administração no contexto do Estado regulador, diz respeito menos à contratualização do que à concertação, na qual a Administração, que não deixa de atuar unilateralmente, procura, ao decidir, obter o assentimento do maior número possível de sujeitos envolvidos.[42] Essa forma de agir conjuga forma e conteúdo.

Ora, a condução da ação política dependerá do teste da consulta aos afetados ou interessados, sendo este o critério primordial manejado para o controle da decisão. A inserção da accountability política[43] na composição da forma de atuação da Administração Pública é um primeiro passo para resolver o problema da assimetria

[37] Idem, p. 425.
[38] *Idem*, p. 425426.
[39] DAY. Citizen participation in the planning process: an essentially contested concept?. *Journal of Planning Literature*.
[40] ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 103.
[41] *Idem*, p. 103105.
[42] *Idem*, p. 109114.
[43] Existem diversos tipos de "*accountability*". A política diz respeito ao controle no nível institucional. Sobre o tema: ARATO. Representação, soberania popular e accountability. *Lua Nova*.

de poder. A precondição da transparência política e a criação de técnicas que permitam o controle das decisões e a avaliação dos resultados não elimina, de um golpe, a prática centralizadora e seletiva da Administração Pública — o Estado continua detendo o quase monopólio das informações. Daí a dificuldade de associar participação ampla e qualificada com o problema da assimetria da informação e, mais ainda, o contraste entre a condição jurídica de participação ofertada a todos e as condições fáticas distribuídas de forma desigual na sociedade.

Essas questões autorizam o debate em torno das diferenças entre participação e deliberação. O apelo à participação sem consideração das condições para a participação leva aos riscos da subintegração cidadã nos procedimentos[44] e da legitimidade inautêntica da ação política. A transparência, o acesso à informação e a participação são indispensáveis para a compreensão das novas formas de atuação da Administração Pública. Contudo, a participação exigida para um autêntico processo de accountability requer habilidades, recursos, dinheiro e tempo, todas as condições materiais distribuídas de forma desigual na sociedade. Aqui, portanto, para a satisfação das condições materiais referidas, o Estado tem um papel a cumprir. Por outro lado, a recompreensão da ação política como campo aberto para a composição entre Estado, mercado e comunidade que, no Estado regulador, tem sua condução gerenciada pela Administração Pública, deve ser agregada uma evidência: a democracia representativa, base desse modelo estatal, deve elevar, normativamente, o ideal participativo ao patamar da deliberação; outra não é a exigência do constitucionalismo emancipatório.

4 A nova Lei de Acesso à Informação

A nova Lei de Acesso à Informação Pública regulamenta o direito à informação garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II; art. 216, §2º), compelindo órgãos públicos a considerar a publicidade como regra e o sigilo como exceção.[45] A divulgação de informações de interesse público ganha procedimentos para facilitar e agilizar o acesso por qualquer pessoa, inclusive com o uso de tecnologias apropriadas, sendo estimulado o desenvolvimento de uma cultura de transparência e controle social da Administração Pública.[46]

Cabe ponderar, contudo, que a nova legislação não representa novidade absoluta. Com efeito, a Lei de Acesso à Informação é fruto de um processo histórico cujo marco inicial foi a Constituição de 1988. Desde sua promulgação, desde o ponto de vista normativo, o amplo acesso à informação pública é a regra, sendo o sigilo a exceção. Essa é a lógica republicana extraída da Lei Fundamental. A partir de sua normativa, novas instituições e um amplo rol de direitos vão, paulatinamente, sendo incorporados à vida política brasileira. A Lei nº 12.527/2011, portanto, não introduziu um valor inaugural na ordem constitucional brasileira, tendo antes dotado de imprescindíveis garantias o direito fundamental de acesso à informação pública. [47]

---

[44] NEVES. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil, p. 243 *et seq*.

[45] Marco regulatório internacional reconhecendo o acesso a informações públicas como direito humano fundamental: Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 13 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

[46] O Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, regulamenta a Lei nº 12.527, no âmbito do Poder Executivo Federal, dispondo sobre os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados grau e prazo de sigilo.

[47] SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação Pública: um balanço inicial*. L e M o n d e Diplomatique Brasil*.

Bem por isso, instituições de controle como o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério Público, a Controladoria Geral da União (CGU) e a própria Polícia Federal, vem se estruturando para a fiscalização da ação estatal, tendo em conta a exigência de transparência. O que há de novo, portanto, na Lei de Acesso à Informação? O caráter impactante da nova lei[48] reside no fato de tal direito passar de uma proclamação para mecanismos concretos de transparência ativa — divulgação espontânea de informações públicas, independentemente de solicitação — e transparência passiva — divulgação de informações públicas em atendimento a uma solicitação. Além disso, a nova lei estabeleceu procedimentos e parâmetros para eventuais restrições de acesso e definiu as responsabilidades dos agentes públicos, civis ou militares, por possíveis violações ao direito de acesso à informação pública.[49]

Além da previsão de requerimento individual, como foi dito, a lei reforça o dever de bem informar dos órgãos da Administração Pública — trata-se aqui do dever de transparência ativa. Na forma como descreve o art. 8º, constitui obrigação dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação por meio de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

A previsão é importante, inclusive, para que o cidadão possa acompanhar, nos termos do art. 7º, a implementação dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como a satisfação de metas e indicadores. A forma de execução da obrigação associada à transparência ativa foi dimensionada a partir de dois mecanismos principais: o primeiro diz respeito à criação de serviços de informações ao cidadão, em local com condições apropriadas para a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações, b) informar sobre a tramitação de documentos e c) receber requerimentos de acesso a informações. O segundo mecanismo envolve a realização de audiências ou consultas públicas, com incentivo à participação popular e a outras formas de divulgação (art. 9º).

A concretização do dever de transparência passiva se manifesta através do procedimento deflagrado pelo pedido de acesso por parte de qualquer interessado (art. 10º ao 14º), que deve se identificar, sendo vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação. A resposta da Administração deve ser imediatamente providenciada, tendo facultado a lei o prazo de, no máximo, vinte dias para a resposta, devendo ser seguida das razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido ou da comunicação de que não possui a informação, indicando, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remetendo o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa (art. 11).

A lei também prevê a possibilidade de interposição de recurso administrativo (artigos 15 a 20), estabelece diferenças quando o órgão demandado for federal,

[48] Contexto da produção normativa: Em 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527/11) foi sancionada, exigindo que União, Estados e Municípios tomem medidas para a satisfação das regras de transparência até 16 de maio de 2012. Nos termos da Lei, qualquer pessoa pode buscar, junto às repartições públicas, informações de interesse público. Estabelece, além disso, sanções e procedimentos que garantem que o direito seja de fato protegido.

[49] SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação Pública: um balanço inicial. *L e M o n d e Diplomatique Brasil*.

contemplando, ademais, o contraditório e parâmetros objetivos de apreciação. A legislação estipula, por exemplo, que não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21). Determina, para tanto, que as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso. Está previsto, através de um mecanismo de excepcionalidade, pois, caso tais documentos estejam gravados pelo caráter de sigilo ou de segredo de Estado, prevalecerá a publicidade, o que implica espécie de antecipação de solução para o possível conflito de interesses.

Questão importante diz respeito à responsabilidade penal do agente público em casos de (i) recusa ao fornecimento da informação requerida nos termos da lei, (ii) demora deliberada no seu fornecimento, (iii) fornecimento intencional de forma incorreta, incompleta ou imprecisa, (iv) imposição de sigilo à informação para proveito pessoal ou de terceiro ou (v) para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem e, finalmente, (vi) destruição ou subtração, por qualquer meio, de documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado (art. 32).

Também estão sujeitas a sanções (multa, advertência, rescisão do vínculo com poder público, suspensão da possibilidade de concorrer à licitação, dentre outras) a pessoa física ou entidade privada que detiverem informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixarem de observar o disposto no diploma normativo (art. 33).

Por outro lado, a lei confirma o princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado por atos que causem prejuízo a terceiro, estipulando que as entidades públicas respondam diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração da responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o direito de regresso (art. 34).

4.1 Experiências de aplicação

Há, apesar do curto período de vigência da nova lei, espaço para avaliação positiva de sua repercussão política, tendo em conta, em particular, a postura proativa de diversos órgãos da Administração Pública. Na forma como demonstra balanço apresentado pela Controladoria Geral da União, quando da entrada em vigor da legislação em comento, (i) o Banco Central resolveu abrir a íntegra dos votos nas decisões do Copom; (ii) depois, foi o Ministério da Defesa que permitiu o acesso aos documentos do Estado Maior das Forças Armadas datados entre 1946 e 1991; (iii) o Arquivo Nacional escancarou documentos da ditadura; (iv) o Ibama divulgou o nome das empresas autuadas por biopirataria; (v) o Ministério do Planejamento abriu as informações sobre imóveis funcionais e (vi) o Governo Federal deu publicidade aos salários de 570 mil servidores civis e 350 mil militares.[50]

[50] Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/index.asp>. Acesso em: 03 out. 2012.

No que diz respeito aos casos de consulta individuais, nos três primeiros meses de vigência, a lei autorizou o atendimento de cerca de 30 mil pedidos de cidadãos, somente perante órgãos federais, universo monitorado pelo Sistema Eletrônico da Controladoria Geral da União (CGU). Cerca de 90% desses pedidos foram respondidos (em média, na metade do prazo legal) e 80% o foram positivamente. O percentual de recursos — que significa respostas insatisfatórias — não chega a 7%.[51]

Algumas decisões emblemáticas auxiliam a compreensão do atual contexto de abertura e incentivo à prática da transparência. No tocante ao atendimento de pedidos específicos, vale destacar, por exemplo, a decisão do Ministro da Justiça afastando o sigilo dos processos sobre a deportação dos boxeadores cubanos após o Pan de 2007 e a do Ministro da Defesa abrindo as informações sobre a exportação de armamentos.[52]

As experiências positivas, contudo, não são seguidas de forma sincopada por todos os entes federativos; é evidente a descontinuidade do processo de incorporação das exigências do novo marco regulatório quando comparado com o que vem ocorrendo em âmbito federal com as dificuldades e atrasos das Administrações Estaduais e Municipais. Como se sabe, a Lei de Acesso à Informação Pública é endereçada indistintamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Lamentavelmente, porém, vários Municípios demonstram certo descaso com a transparência e com os deveres estabelecidos pela lei. Assim, por exemplo, em recente pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), de 133 Municípios com mais de 200 mil habitantes, apenas 16 responderam a um singelo pedido de informação.[53] Trata-se de um retrato da indiferença presente em parte das Administrações Públicas Municipais e, ao mesmo tempo, da cultura do sigilo que, infelizmente, aqui e acolá, ainda viceja entre nós.[54]

4.2 Relações de parceria da Administração Pública e direito à informação

As relações de parceira da Administração Pública[55] nos marcos do Estado Regulador e da gestão consensual reforçam a dinâmica de abertura da ação política para outros centros de poder e decisão, como o mercado e a sociedade civil.

Compreende-se aqui, portanto, parceria no sentido amplo, incorporando diversos tipos de gestão "da coisa pública". Ora, a adequada compreensão do papel

[51] HAGE. A Lei de Acesso à Informação pegou*. Folha de S. Paulo*.
[52] Há pesquisas que avaliam o contexto de aplicação da nova Lei de Acesso à Informação. Esse foi o caso da pesquisa denominada *Questões institucionais – Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no Poder Executivo Federal brasileiro*. A investigação trouxe alguns resultados que confirmam o senso comum: (i) A concepção que o servidor público tem do papel do Estado interferirá na sua capacidade de operacionalizar uma política de acesso. Uma concepção mais republicana levará à melhor implementação da política; uma concepção mais patrimonialista, a uma pior implementação; (ii) a informação concebida como bem público será outro fator de sucesso (ou insucesso) na implementação da Lei de Acesso; (iii) de modo geral, a pesquisa demonstrou que a percepção dos respondentes foi predominantemente no sentido de considerar a relação entre Estado e sociedade como distante, apesar de existir o reconhecimento de que houve certa aproximação ao longo dos últimos vinte anos. (DAMATTA (Coord.). *Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no Poder Executivo Federal brasileiro*).
[53] HAGE. A Lei de Acesso à Informação pegou. *Folha de S. Paulo*.
[54] SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação Pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*
[55] Sobre o tema conferir, entre outros, DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas.

desempenhado pelo Estado nos dias que correm deve levar em conta as suas mais diversas formas de agir. Cabe lembrar, nesse sentido, como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os processos envolvendo a desmonopolização de atividades econômicas, a concessão e permissão de serviços públicos à empresa privada e não mais à empresa estatal, a terceirização, a desestatização ou desnacionalização, com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado, a introdução do gerenciamento dentro da Administração Pública, a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, entre outras.[56] [57]

Todo esse conjunto que representa distinta forma de conceber e prestar os serviços públicos e as atividades de interesse público, não se realiza sem a reestruturação dos mecanismos de controle e regulação da Administração Pública. Ora, cumpre concordar com a lição de Dinorá Grotti no sentido de que, com a crescente e variada colaboração do setor privado, os modos de prestação de serviços públicos diversificaram-se, emergindo, nas últimas décadas, novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parcerias entre a Administração e particulares, ou entre órgãos e entidades estatais, com moldes estranhos ao padrão clássico do contrato administrativo.[58]

Portanto, agora, o Poder Público agirá, prioritariamente, por meio da chamada contratualização, prática abrangente dos diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e o setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores na lição de Odete Medauar.[59] O tipo do contrato, assim, irá depender do objeto e dos sujeitos envolvidos na relação de parceria, podendo assumir, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (i) forma de delegação da execução de serviços públicos, (ii) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por convênio, contrato de gestão ou termo de parceria, (iii) instrumento de desburocratização e de experimentação da chamada Administração Pública gerencial, através dos contratos de gestão ou, ainda, (iv) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, implicando terceirização.[60]

O novo modo de prestação de serviços e atividades de interesse público tende a provocar certo grau de transferência de responsabilidades do Estado para a sociedade. Seria incorreto, contudo, afirmar que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmente transferida ao setor privado; há, agora, o incentivo ao compartilhamento dos riscos, através de mecanismos como os das Parceiras Público-Privadas e à corresponsabilização das

---

[56] DI PIETRO, *op. cit.*, p. 56.
[57] Conforme aponta Dinorá Grotti, no direito brasileiro, a modalidade de privatização disciplinada pela Lei nº 9.491/97 é bem mais restrita; abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado: "embora os primeiros ensaios privatizantes tenham aparecido na década de 1980, com o advento do Governo Collor as privatizações ganharam notável impulso. Foi criado o Programa Nacional de Desestatização, mediante a Medida Provisória nº 155/90, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril do mesmo ano, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.1997, modificada pelas Leis nº 9.700, de 12.11.98, nº 11.483/2007 e pela Medida Provisória nº 2.16135, de 23.08.01 e regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15.05.98, alterado pelo Decreto nº 7.380, de 1º.12.2010, tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas" (GROTTI. Parcerias na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, p. 66).
[58] GROTTI, *op. cit.*, p. 65.
[59] MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*, p. 213.
[60] DI PIETRO, *op. cit.*, p. 2223.

entidades privadas (mormente as não lucrativas), associadas ao instrumento de fomento, por exemplo.

No que diz respeito às entidades privadas não lucrativas, importa ressaltar que, muitas vezes vistas como antagonistas do Estado, passaram a desempenhar relevantes atividades em colaboração com o Poder Público.[61] É possível identificar, dessa forma, uma esfera pública estatal ao lado de outra esfera pública, desta vez não estatal, espaço no qual desponta, no Brasil, o denominado Terceiro Setor.[62]

As entidades do denominado Terceiro Setor apresentam traços comuns: (i) são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, sem objetivo de lucro; (ii) atendidas as exigências legais, recebem uma qualificação jurídica; (iii) desempenham serviços sociais não exclusivos do Estado, porém em regime de colaboração com ele; (iv) por essa razão, submetem-se a controle de resultados pela Administração Pública, com a participação da própria sociedade, e ao controle pelo Tribunal de Contas no que diz respeito à aplicação de recursos públicos; (v) seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derrogado por normas de direito público, particularmente no que se refere aos procedimentos de controle.[63] [64]

Em relação ao terceiro setor, o cenário das parcerias nem sempre é acalentador. Levando em consideração as ferramentas de controle e fiscalização das verbas públicas a ele destinadas, há verdadeiro descompasso entre as previsões normativas e a realidade. Além da dificuldade da fiscalização, têm aparecido também formas de parceria, cujo objetivo final é a simples fuga dos controles próprios do regime publicístico.[65]

A Lei de Acesso à Informação vem reforçar o paradigma de controle público das relações de parceria entre Administração e Terceiro Setor. Seguindo as exigências já previstas pela Constituição e pelas demais normativas aplicáveis, a nova Lei em seu art. 2º, caput,[66] estende sua incidência às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Havendo dinheiro público envolvido, a regra é a publicidade. Não obstante os conhecidos casos de desvios de recursos públicos operados nesse setor, uma censurável doutrina vem sendo construída para excluir tais entidades da obrigação de prestar informação.[67] A iniciativa argumenta que, residindo à margem do regime

---

[61] *Idem*, p. 22.
[62] OLIVEIRA. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, 1138.
[63] GROTTI, *op. cit.*, p. 112.
[64] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 25.
[65] DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. p. 284 *et seq*.
[66] Art. 2º Aplicamse as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Essa obrigação é repetida no decreto regulamentar do Poder Executivo Federal em seus artigos 63 e 64.
[67] O Instituto Curitiba de Informática (ICI), associação privada sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social (OS), apesar das vultosas quantias anuais recebidas da Prefeitura de Curitiba, indeferiu os pedidos de

publicístico, tais entidades não se submeteriam às mesmas imposições legais que constrangem a Administração Pública. Trata-se, evidentemente, de doutrina que, por sua fragilidade, não deve prosperar.

5 Considerações finais: direito à informação no constitucionalismo emancipatório

A publicidade não é uma questão de escolha do administrador público. No Estado Democrático de Direito brasileiro, derivando o poder do povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal), os assuntos do Estado a todos interessam. Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação merece todos os aplausos. Resta, contudo, o difícil caminho da concretização. A mudança de hábitos e de antigas práticas reclama compromisso, firmeza e tempo. Muito ainda resta a fazer para a afirmação do país como uma autêntica sociedade republicana e democrática, uma associação política formada por cidadãos livres e iguais. Evidentemente, a lei vai estimular, espera-se, a ressurgência de virtudes cívicas. Contra a resistência das antigas práticas, porém, nada melhor do que a boa luta travada no cenário institucional com as armas que o Direito fornece. Fala-se, então, de uma guerra, travada nas instituições, a partir da palavra. Mário Quintana, no poema Não basta saber amar, disse assim:

Neste mundo, que tanto mal encerra, / Não basta saber amar, / Mas também odiar, / Não só servir a paz, / mas também ir para a guerra.

O poeta fala, provavelmente, de uma guerra simbólica, quem sabe amorosa. Ora, a guerra do constitucionalismo emancipatório envolve a luta por um modelo de gestão pública que estimule a experiência democrática do autogoverno na associação política dos cidadãos emancipados, livres e iguais, reclamando um aparelho administrativo transparente, legitimado, cooperativo, impessoal, probo, republicano e eficiente. Para encerrar, nesta altura, não custa lembrar que o sonho precede a realidade.

Referências

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Coord.). El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. Lua Nova, São Paulo, n. 55/56, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102645200200010004>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Para uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

informação do Professor de Direito Administrativo Tarso Cabral Violin (blogdotarso.com), (SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação Pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*.).

DAMATTA, Roberto (Coord.). Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação público no Poder Executivo Federal brasileiro. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/SUMARIO_FINAL.pdf>.

DAY, Diane. Citizen participation in the planning process: an essentially contested concept?. Journal of Planning Literature, v. 11, n. 3, 1997.

DE VITA, Álvaro. A justiça igualitária e seus críticos. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 439.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167189.

GARGARELLA, Roberto (Coord.). Teoria y critica del derecho constitucional. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 2008.

GÉNÉREUX, Jacques. Les vrais lois de l'économie. Paris: Éditions du Seuil, 2005.
GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório, v. 5, p. 63150, 2012.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. Tradução Carlos Alberto Marques Novaes. Novos Estudos, p. 103114, n. 18, set. 1987.

HAGE, Jorge. A Lei de Acesso à Informação pegou. Folha de S. Paulo, São Paulo, 03 set. 2012. Artigo de opinião.

HESPANHA, António Manuel. Guiando a mão invisível: direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

LIEBENBERG, Sandra. Socioeconomic rights: adjudication under a transformative constitution. Claremont: Juta & Co, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1329, abr./ jun. 2002.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, Salvador, n. 10, maio/jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 22 out. 2012.

MOREIRA, Vital. Autoregulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.

MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. Cadernos de Escritos Legislativos, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 737, jul/dez. 1999.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

OFFE, Claus. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. Palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 2010. Texto traduzido e disponibilizado pelo Instituto Goethe/PR.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 1138, jan./jun. 2007.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. In: Os caminhos da privatização da Administração Pública: IV colóquio lusoespanhol de Direito Administrativo. Studia Iuridica 60. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 3157.

PETERS, B. Guy. The politics of bureaucracy. 5th ed. Routledge: London, 2001.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgan. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In:

SARMENTO,Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 113146.

SCHMITTER, Philippe C. Political accountability. In: “RealExisting” Democracies: meaning and mechanisms. Instituto Universitario Europeo. Firenze, gennaio, 2007.

SERRANO, Pedro; VALIM, Rafael. Lei de Acesso à Informação Pública: um balanço inicial. Le Monde Diplomatique Brasil, ed. 62, ago. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ary. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). Direito público e evolução social: segunda série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 309328.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CLÉVE, Clèmerson Merlin. FRANZONI, Júlia Ávila. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-CLEMERSON-CLEVE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: