

Recebido em: 30/08/2023
Aprovado em: 06/11/2023

DOSSIÊ

PARÂMETROS PARA O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PARAMETERS FOR THE PUBLIC ADMINISTRATION'S DUTY OF TRANSPARENCY

*Patricia Ferreira Baptista¹
Leonardo Silveira Antoun Netto²*

SUMÁRIO: Introdução 1. A Constituição Federal de 1988 e o projeto normativo em prol de uma administração pública mais transparente. 2. O papel da jurisprudência na evolução e concretização do princípio constitucional da publicidade. 3. O princípio da publicidade, o devido processo legal administrativo e o constitucionalismo digital. Conclusão. Referências.

1 Professora Associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

2 Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O artigo discorre sobre o dever constitucional de transparência da Administração Pública e busca a identificação de parâmetros para a sua concretização. Com esses propósitos, destaca a interconexão entre o princípio da publicidade e a garantia do devido processo legal administrativo, na medida em que os processos se apresentam como instrumentos em favor da publicidade dos atos públicos. Preocupa-se em apontar os novos desafios para a publicidade administrativa em função da digitalização administrativa. E, em especial, ressalta o papel que a jurisprudência vem exercendo, particularmente os julgados do Supremo Tribunal Federal, na construção de vetores e limites para forçar a transparência em administrações públicas muitas vezes resistentes. No contexto, revisita o julgamento, finalizado em fevereiro de 2022, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.371, em que, à luz do princípio da publicidade e da garantia ao devido processo legal, a Corte, seguindo voto do Min. Luís Roberto Barroso, declarou a inconstitucionalidade da imposição de sigilo em processos sancionadores instaurados por agências reguladoras federais, ressaltando ser a publicidade a regra, e o sigilo exceção.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência Administrativa. Princípio da Publicidade. Devido Processo Legal Administrativo. Direito Administrativo, Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The article discusses the constitutional duty of transparency of the Public Administration and seeks to identify parameters for its implementation. It highlights the interconnection between the publicity principle and the due process clause, insofar as the processes are instruments in favor of the publicity of public acts. The text points out new challenges for administrative transparency due to administrative digitization. And, in particular, it emphasizes the role that jurisprudence has been playing, particularly the judgments of the Federal Supreme Court, in the construction of vectors and limits for the duty of transparency on public administrations. In this context, revisits the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n. 5,371, in which, in light of the publicity principle and the guarantee of due process of law, the Court, following the vote of Justice Luis Roberto Barroso, declared the unconstitutionality of the imposition of secrecy in sanctioning procedures.

KEYWORDS: Administrative Transparency. Publicity Principle, Administrative Due Legal Process. Administrative Law. Constitutional Law. Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Em 2009, uma das primeiras políticas públicas anunciadas pela então nova Administração Barack Obama se comprometia a combater a *cultura de segredo* em Washington, por meio da promoção da transparência nos negócios públicos, com a abertura de informações e a divulgação de dados, usando a internet e a tecnologia, no que se chamou então de *Open Government Initiative* (BAPTISTA, 2018, p.238).

Muito embora o Brasil tenha instituído, no âmbito federal, em 2011, um Plano Nacional sobre *Governo Aberto* e tenha avançado em iniciativas legais em favor de maior acesso à informação e à publicidade na Administração Pública, a *cultura do segredo* permanece sendo a tônica não só em Brasília, como na Administração Pública nos mais diversos níveis da Federação. É possível citar diversos exemplos recentes, oriundos de governos de matizes políticos distintos, tendo como ponto comum o abuso nas classificações de sigilo de documentos públicos e a pouca disposição ao escrutínio público (NOVA, 2022; GASPAS; MOURA, 2022).

Sem a luz do dia, contudo, a democracia não resiste. É preciso dar a conhecer não só para se saber, mas para poder se controlar. A publicidade administrativa tem, de fato, essas duas vertentes: o direito de conhecer, de ter acesso à informação, para, assim, poder controlar a Administração. A publicidade é condição para o controle. Se não houver acesso, conhecimento da ação pública, a possibilidade de seu controle fica severamente prejudicada. São duas faces da mesma moeda.

Ainda na mesma toada, a transparência aparece, na feliz expressão de Fabrício Motta (2018) como um conteúdo complementar à publicidade: o que exige, segundo o autor, a *qualidade da informação* divulgada. Diríamos, portanto, na mesma direção, que a transparência é a publicidade aprofundada: para ser transparente, a Administração precisa ser clara e acessível. Não basta que a informação esteja disponível se ela não for inteligível, se não for apreensível e compreensível pelo seu destinatário. Nesse sentido, a transparência exige mais que a simples disponibilidade da informação, demanda que a Administração se preocupe com a sua clareza e intelegibilidade. E, logo, que tenha em conta os cidadãos a quem se destina.

Publicidade e transparência, portanto, embora com frequência sejam tomadas como sinônimos, confluem, mas não inteiramente, na medida em que a segunda exige algo a mais da Administração. A transparência é a publicidade qualificada.

A realidade brasileira, porém, ainda é de realização incipiente do dever de publicidade e, em menor grau ainda, do de transparência, o que se prova pelo expressivo número de conflitos acerca do tema submetidos ao

juízo dos Tribunais³. Então, para simplificar e para os fins específicos deste estudo, os conceitos de publicidade e transparência serão empregados sem maior distinção de modo a se extrair de ambos o conteúdo completo do *dever de acesso à informação completa, clara e acessível*, que é o sentido em que publicidade e transparência serão empregados indistintamente neste texto.

Em resumo, o presente estudo pretende investigar o desenvolvimento da aplicação do princípio da publicidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na literatura, destaca-se, com frequência, que a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização levaram ao aprimoramento dos parâmetros de transparência da gestão pública. O trabalho busca, portanto, partindo da pesquisa de decisões da Suprema Corte do país e com o amparo da literatura produzida sobre o tema, apontar problemas na efetivação do princípio e analisar o papel efetivo da jurisprudência no acidentado processo de concretização da publicidade administrativa. Ao final, propõe-se, com base na compreensão do STF, a indicar parâmetros que auxiliem nessa concretização.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROJETO NORMATIVO EM PROL DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MAIS TRANSPARENTE

A Constituição Federal de 1988 promoveu, ao menos no plano normativo, inédito salto qualitativo na estruturação da Administração Pública no país, com a “construção do novo direito público na constituinte”⁴. Notadamente no capítulo VII de seu título III (*Da organização do Estado*), foi concentrada a maioria das disposições destinadas ao regramento da Administração Pública, que tinha como claros compromissos a institucionalização e a democratização do país⁵. Lançaram-se em seu texto as bases do projeto de uma Administração Pública em favor da maior racionalidade burocrática⁶. Nesse sentido, dois avanços relevantes em favor de uma Administração Pública democrática: de um lado, a explicitação multifacetada do princípio

3 Em pesquisa pela expressão “princípio da publicidade” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, verifica-se ao menos 152 acórdãos e 1.121 decisões monocráticas que referem ao tema, a denotar a quantidade de processos judiciais em curso a respeito.

4 A expressão é do professor Carlos Ari Sundfeld, no capítulo 03 (“Ordem dos Publicistas”) de sua clássica obra “Direito Administrativo para céticos” (SUNDFELD, 2014, p.103).

5 Em trabalho anterior, destacou-se que: “O progresso da Carta de 1988 no sentido da institucionalização e da democratização da Administração Pública foi notável. O grande mérito do constituinte foi destacar a Administração Pública do Governo, reconhecendo a autonomia da função e da estrutura administrativas” (BAPTISTA, 2018, p.58).

6 “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente, O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar-nos casos extremos, Dessa realidade se projeta, em florescimento natural; a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no. tradicionalismo - assim é porque sempre foi.” (FAORO, 2012, p.819)

da publicidade; de outro, a garantia também expressa do direito ao devido processo legal administrativo.

Por um lado, o constituinte de 1988 assegurou a então inovadora garantia do devido processo legal administrativo, em seu art. 5º, inc. LIV⁷. A partir dali, em especial desde o final da década de 1990, sucederam-se normas infraconstitucionais, dos mais diversos entes federativos, que buscavam estabelecer leis gerais de processo administrativo. A opção brasileira, como destaca a doutrina especializada, foi por um “*modelo normativo relativamente minimalista*”⁸, com amplo espaço de conformação pelas administrações públicas e pelos órgãos de controle, conforme se depreende da edição da Lei federal n.º 9.784/99, da Lei do Estado de São Paulo n.º 10.177/98 e, alguns anos mais tarde, da Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 5.427/09.

Por outro lado, no que se refere ao princípio da publicidade⁹, para além do multicitado *caput* do art. 37, encontram-se outros comandos normativos constitucionais que pretendem dar-lhe efetividade. Os arts. 5º, inc. XXXIII; 37, § 3º, inc. II; e 216, § 2º da Constituição Federal de 1988 asseguram aos cidadãos o amplo acesso às informações de natureza pública e aos dados governamentais, criando o dever correlato das administrações públicas de seu pronto fornecimento. A sua regulamentação no plano infraconstitucional se deu com a promulgação da Lei Federal n.º 12.527/11, norma geral aplicável a todos os entes federativos do país (art. 1º). Logo em seu art. 3º, a Lei de Acesso à Informação garante a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (inc. I) e o “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” (inc. IV). Nesse contexto, desde 1988, ao menos no plano normativo, há um esforço de combate – ainda que tardiamente – à “cultura do segredo”¹⁰, prática cotidiana nas administrações públicas brasileiras.

A garantia do devido processo legal administrativo e o princípio da publicidade funcionaram, ao longo dos anos, como preceitos constitucionais

7 O professor Sérgio Ferraz destaca a sua decisiva participação na redação final do dispositivo constitucional: “Eu sugeri acrescentar ‘no processo judicial e administrativo’. A referência à aplicação dessas garantias ao processo administrativo é absolutamente inédita, e de pouca registrabilidade nas constituições modernas.” (CARVALHO, 2017, p.315).

8 “Ademais, as leis gerais brasileiras de processo administrativo optaram por um modelo normativo relativamente minimalista, abdicando da pretensão de fazer um esforço de catalogação e distinção dos tipos processuais, deixando, assim, espaço para que as regras mais concretas fossem sendo construídas por legislação ou regulamentação específicas, ou mesmo pela jurisprudência constitucional (...) é uma tentativa de fazer funcionar, em uma mesma máquina, engrenagens que muitos analistas podem ver como difíceis de ajustar bem umas às outras: leis gerais de processo administrativo com pretensões unificadoras que deixam largo espaço para leis processuais setoriais, tudo isso convivendo com uma crescente produção jurisprudencial sobre processo administrativo, com status constitucional.” (SUNDFELD, 2014, p.294).

9 Para o desenvolvimento mais aprofundado do conteúdo do princípio, cf. BAPTISTA; ANTOUN, 2020, p.61-82.

10 “O segredo, invisível, reinante na Administração, mostra-se contrário ao caráter democrático do Estado. A publicidade ampla contribui para garantir direitos dos administrados; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões; “abate o muro secreto da cidadela administrativa”, possibilitando o controle permanente sobre suas atividades (...), com a publicidade como regra, tem-se “o diálogo em lugar do mutismo, a transparência em lugar da opacidade”, e suscita-se a confiança do administrado na Administração (MEDAUAR, 2017, p. 235).

em relação de constante retroalimentação. Nesse sentido, a Lei Federal n.º 12.527/11, no art. 5º, dispõe ser “dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. Por outro lado, a Lei Federal n.º 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal, aponta como um de seus objetivos a “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição” (art. 2º, parágrafo único, inc. V)¹¹. Previsões semelhantes são encontradas na legislação específica sobre processo administrativo dos demais entes da federação. É dizer que, simultaneamente, o princípio da publicidade fortalece o processo administrativo e é por ele fortalecido.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, portanto, observa-se incremental e lento fenômeno de consolidação normativa da garantia a um processo administrativo público e transparente. Não obstante, passados trinta e cinco anos de sua vigência, a opacidade da Administração Pública nas diversas esferas da Federação reflete contingência que persiste. Mais recentemente, já diante do fenômeno do constitucionalismo digital do século XXI, divisam-se os riscos de uma interpretação superlativa da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18) e os potenciais “curtos-circuitos administrativos” (ARRUDA, 2023) decorrentes de sua relação com a Lei de Acesso à Informação (Lei federal n.º 12.527/11) em prejuízo da transparência administrativa.

Existentes sólidos marcos constitucionais e legislativos disciplinando o dever de transparência da Administração Pública. A despeito disso, não tem sido fácil implementá-lo. Com muita frequência tem sido necessário exigir o seu respeito por meio da atuação dos órgãos de controle, mais frequentemente do Poder Judiciário.

2. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

Conforme introduzido no tópico antecedente, a Constituição Federal de 1988 tem sido importante elemento normativo catalisador, nas últimas décadas, do esforço – ainda que gradativo¹² – para a progressiva ampliação da efetividade do princípio da publicidade no processo administrativo. No plano jurídico, multiplicam-se litígios em torno da identificação do

11 No ponto, merece destaque em rodapé a legislação do Estado do Rio de Janeiro, que, ao lado do princípio da publicidade, inclui também, de forma explícita, o princípio da transparência (Lei Estadual n.º 5.427/09, art. 2º).

12 Em entrevista ao jornalista Luiz Maklouf Carvalho, o deputado constituinte Jorge Hage destacou a “garantia do amplo acesso à informação, tornando o sigilo a exceção” como um dos grandes pontos em que a Constituição Federal de 1988 contribuiu para o combate à corrupção. Porém, reconheceu o acidentado processo de sua efetiva concretização, com o advento da Lei de Acesso à Informação em 2011 e dos portais de transparência do governo (CARVALHO, 2017, p.378).

espaço legítimo do sigilo e da confidencialidade face aos interesses públicos envolvidos em cada caso concreto. Nesse contexto, a jurisprudência dos tribunais vem se tornando importante vetor hermenêutico na aplicação do princípio da publicidade na Administração Pública. O tema, inclusive, já foi objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal que, em maior ou menor medida, asseguram efetividade ao comando constitucional.

A constitucionalização do direito administrativo – como de resto, de grande parte das questões políticas, econômicas e sociais sensíveis ao país –, somada à ampliação de legitimados ativos à propositura de ações de controle concentrado, alçou à Suprema Corte brasileira muitos litígios de matéria administrativa (BARROSO, 2018, p. 54).

Passando em revista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, merece especial atenção o julgamento, por sua Primeira Turma, do Mandado de Segurança nº. 33.340/DF (BRASIL, 2015), em que o conflito entre o princípio da publicidade e o espaço legítimo de sigilo foi enfrentado de forma mais direta. No caso, o Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES e o BNDES Participações S.A. – BNDESPAR questionavam acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União que determinou envio de informações alusivas a operações financeiras com determinada empresa investigada. A empresa estatal, que atua em regime concorrencial, alegava que a conduta do órgão de controle afrontaria o sigilo bancário, que é da essência de sua atividade.

Do conteúdo do julgado se extrai que, para a maioria dos ministros, os impetrantes seriam bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns. Assim, “quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos”. O voto do Ministro Relator Luiz Fux registra que:

O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (...) O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. (BRASIL, 2015).

Nesse julgamento, ocorrido ainda no ano de 2015, embora divergindo parcialmente de seus pares, quanto à extensão da documentação que deveria ser tornada pública – compreendia que as informações sobre rating de crédito e estratégia de *hedge* estariam protegidas pelo sigilo bancário e exigiriam autorização judicial específica –, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu a ideia de que seria imposta à Administração Pública, inclusive indireta, o dever constitucional do “*máximo de transparência razoável*”:

Eu devo dizer, Presidente, que tenho algumas dúvidas nessa matéria, não dúvidas teóricas, ou quanto aos princípios aplicáveis, esses, para ser franco, eu os tenho bem arrumados na minha mente, que são: o BNDES não pode ser como nenhuma entidade controlada pelo Estado, pode ser uma caixa-preta, portanto, aplica-se ao BNDES a ideia de transparência, ideia célebre mencionada pelo Ministro Brandeis da Suprema Corte Americana, de que “a luz do sol é o melhor detergente.” Portanto, essa é a minha primeira ideia, quer dizer, a tutela legítima do interesse público exige o máximo de transparência razoável no BNDES. Minha segunda convicção teórica e principiológica é que o sigilo bancário e o sigilo empresarial, também, têm proteção constitucional e proteção legal, porque a tutela é legítima do interesse privado, assim o exige. Eu considero, no entanto, que o interesse público no controle do destino dos recursos públicos prevalece sobre o interesse privado na manutenção do sigilo como regra geral, embora, nesses casos, a ordem jurídica tenha criado uma cláusula de segurança, que é a exigência de reserva jurisdicional. Portanto, a minha dúvida aqui não é acerca da legitimidade do interesse do TCU em obter as informações necessárias; a minha dúvida aqui é quais são exatamente as informações necessárias e se elas estão ou não protegidas por sigilo bancário a ponto de exigir intervenção judicial. De modo que a questão da caixa-preta eu resolvo dizendo: ela não existe, e todas as informações que, razoavelmente, o TCU possa desejar devem ser franqueadas ao TCU. A minha única questão, que considero relevante, é saber quais dessas informações deveriam depender de autorização judicial. (BRASIL. 2015)

Sintetizando os argumentos do voto, que se destaca por seu didatismo, extrai-se que: (i) o princípio da publicidade tem como dimensão mais imediata a regra da transparência dos dados e informações públicas, sendo o sigilo exceção; (ii) a tarefa do intérprete é a identificação, caso a caso, do espaço legítimo de restrição a este princípio face aos demais princípios constitucionais em conflito; (iii) sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade deve prevalecer a interpretação restritiva das hipóteses excepcionais de sigilo, previstas na Constituição Federal de 1988 e na legislação correlata.

Seguindo no tema, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 28.178/DF, referendado por todos os seus pares, concedeu a ordem para que o Senado Federal atendesse a pedido de acesso aos comprovantes apresentados por seus membros para percepção de verba indenizatória, no período de setembro a dezembro de 2008 (BRASIL. 2015). Igualmente, no julgamento de Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário em Representação de Inconstitucionalidade n.º 939.551, manteve o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça local para

assentar que os valores recebidos como remuneração pelo Prefeito têm que ser indicados, em lei, pelo valor da moeda nacional em espécie, de modo a atribuir-lhe maior clareza e incentivar o controle social (BRASIL..2017).

Os precedentes citados ilustram o papel ativo exercido pela Suprema Corte em favor da transparência administrativa. Como ensinava Norberto Bobbio, “a democracia é o governo do poder público em público” (BOBBIO, 1992, p. 73); e, no mesmo sentido, “a república democrática exige que o poder seja visível” (BOBBIO, 1999, p. 28-30). Assim, a publicidade deve efetivamente ser a regra, e o processo administrativo, o meio pelo qual se dará a sua concretização. A Lei Federal n.º 12.527/11, na qualidade de norma geral, buscou especificar os conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela Constituição Federal de 1988, atribuindo forma mais afinada às excepcionais hipóteses de sigilo. Em linha de coerência com essas ideias, é possível identificar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um padrão de interpretações restritivas do sigilo e da confidencialidade na Administração Pública, a partir do critério jurídico acima descrito do “máximo de transparência razoável”.

Mais recentemente, em 2022, foi julgado outro caso da Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso na linha da maior transparência dos processos administrativos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022). A questão dizia respeito à constitucionalidade da norma contida no art. 78-B da Lei federal n.º 10.233/2001, incluída pela Medida Provisória n.º 2.217-3/01, que estabelecia sigilo em processos administrativos sancionadores instaurados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. A Procuradoria-Geral da República impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.371 em face deste dispositivo legal, que diferia no tempo a incidência do princípio da publicidade, de modo que os processos administrativos em questão permaneciam em sigilo “até decisão final”.

Em suas informações, tanto o Poder Executivo quanto o Congresso Nacional defenderam a constitucionalidade da norma, supostamente fruto de uma ponderação legislativa que não aniquilava totalmente o princípio da publicidade, apenas o compatibilizando com os demais valores envolvidos. Além disso, a Advocacia-Geral da União fundamentou a validade da norma no princípio constitucional da presunção de inocência das concessionárias e no interesse coletivo na preservação do serviço público prestado. O Ministro Relator, em seu voto, acompanhado por todos os demais integrantes da Suprema Corte, enunciou as seguintes premissas sobre o tema, coincidentes com aquelas apresentadas anos antes no julgamento do Mandado de Segurança n.º. 33.340/DF:

Em síntese, as conclusões a que se chega até aqui são as seguintes: (i) a regra no regime democrático instaurado pela Constituição de 1988 é a publicidade dos atos estatais, sendo o sigilo absolutamente excepcional; (ii) a Constituição afasta a publicidade em apenas duas hipóteses: informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (art.5º, XXXIII, parte final); e proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts. 5º, X e 37, § 3, II, CF/1988); (iii) essas exceções constitucionais, regulamentadas pelo legislador especialmente na Lei de Acesso à Informação, devem ser interpretadas restritivamente, sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade; (iv) esta Corte deve se manter vigilante na defesa da publicidade estatal, pois retrocessos à transparência pública têm sido recorrentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022)

Naquela ocasião, alertou o Ministro em seu voto que a extensão em abstrato, por meio de leis ou atos normativos infralegais federais, das hipóteses de sigilo deve ser excepcional. Em outras palavras, a aplicação do princípio da publicidade não deveria prescindir da análise dos elementos fáticos existentes casuisticamente, sendo, em regra, indevida sua restrição de forma geral e abstrata pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. É dizer, portanto, que sua incidência nas administrações públicas tem uma dimensão casuística e deverá observar rigoroso escrutínio por meio da técnica da ponderação entre os valores constitucionais envolvidos.

Foi afastada, ainda, a alegação da Advocacia-Geral da União de eventual ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, destacando que nem mesmo os processos criminais e disciplinares adotam o sigilo como regra. Por fim, também se assentou no voto, acompanhado pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, que “o argumento da AGU no sentido de que o pleno acesso ao conteúdo dos processos prejudicaria o serviço prestado pela empresa investigada é meramente especulativo, não encontrando corroboração nos fatos”. Enfim, foi fixada a seguinte tese ao final do julgamento:

Os processos administrativos sancionadores instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público devem obedecer ao princípio da publicidade durante toda a sua tramitação, ressalvados eventuais atos que se enquadrem nas hipóteses de sigilo previstas em lei e na Constituição. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022)

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 78-B da Lei federal n.º 10.233/2001, com pequenas ressalvas do voto do Ministro Gilmar Mendes. Com isso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ passaram a não mais poder se furtar à aplicação ampla do princípio da publicidade em seus processos administrativos sancionadores. Para além do resultado do julgamento e da própria reafirmação das premissas teóricas que parametrizam a compreensão da Corte acerca do princípio da publicidade, a leitura atenta do voto do Relator permite inferir outros elementos de grande relevância para os limites deste trabalho.

O exame desse julgado destaca uma atuação mais intensa do Supremo Tribunal Federal no controle judicial externo, como, em especial, no combate à opacidade persistente das administrações públicas brasileiras, que, ao contrário do que se poderia esperar, está se perpetuando no meio digital. De fato, embora fosse intuitivo imaginar que processos administrativos eletrônicos catalisariam o princípio da publicidade, a prática vem demonstrando cenário diverso. Têm sido adotadas interpretações que privilegiam a restrição de acesso ao seu conteúdo embasadas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18), cujo reflexo, na forma como têm sido operacionalizadas, é a restrição do alcance do princípio da publicidade na Administração Pública digital¹³. Observe-se o excerto do voto em que o Ministro Luís Roberto Barroso externa esta preocupação:

A normatividade constitucional e legal largamente favorável à publicidade estatal não tem obstado medidas governamentais tendentes a impedir o acesso da sociedade civil aos atos e contratos administrativos. Note-se que a conjuntura atual, de informatização da Administração Pública e de trabalho em regime remoto, deveria favorecer justamente o contrário, ou seja, a ampliação dos mecanismos de publicidade administrativa, com o incremento dos sites de transparência pública e a digitalização de processos administrativos, permitindo-se que qualquer cidadão acesse os dados estatais em tempo real. (BRASIL. Supremo Tribunal

13 Por exemplo, consta da Cartilha do Usuário do SEI (<https://www.gov.br/economia/pt-br/acao-a-informacao/sei/comunicados/arquivos-noticias/cartilha-do-usuario-do-sei>) a necessidade de classificação como de “acesso restrito” a qualquer documento integrante do processo que contenha informações consideradas de caráter pessoal. No entanto, parece-nos que foi adotada uma interpretação bastante extensiva do que seriam informações de caráter pessoal para alcançar até os números de cadastros públicos de qualquer pessoa mencionada, como identidade ou CPF: “Portanto, essas informações pessoais não são públicas e devem ter seu acesso restrito! São exemplos de informações que podem ser consideradas pessoais: número de documentos de identificação pessoal (RG, CPF, título de eleitor, SIAPE, etc.); estado civil; data de nascimento; endereço pessoal da pessoa física; endereço eletrônico pessoal (e-mail); número de telefone pessoal (fixo ou móvel); informações financeiras e patrimoniais; informações médicas; origem social, racial ou étnica (...)” (p. 39). Além disso, os servidores públicos têm sido orientados, a, na dúvida, classificar os documentos como restritos (sob o fundamento de Protocolo - Pendente de Análise de Restrição de Acesso (art. 6º, III, da Lei 12.527/2011)). Confira-se: https://www.youtube.com/watch?v=AjUseSPH6nI&ab_channel=IFNMG. Como o SEI, desenvolvido pelo TRF4, é o sistema de processo eletrônico mais utilizado no país na atualidade, percebe-se que a restrição de acesso vem crescendo em detrimento da publicidade em função de uma interpretação que se acredita hipertrofiada do que constituem informações de caráter pessoal.

Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022)

Há razões que explicam a persistência da “cultura do segredo” mesmo após o advento da digitalização da Administração Pública no século XXI, como abuso nas classificações de sigilo de documentos públicos, a pouca disposição ao escrutínio público e a falta de clareza na divulgação de um amontoado de dados isoladamente (BAPTISTA, 2018, p.243). O diagnóstico é preocupante e demonstra que a batalha em favor de uma Administração Pública mais transparente deve ser permanente e demanda vigilância de todos os atores institucionais envolvidos – os próprios agentes públicos, os órgãos de controle, o Poder Judiciário, e a academia. É o que se passa a investigar brevemente no próximo tópico.

3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO E O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

O constitucionalismo digital, segundo a doutrina especializada, é “um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet”¹⁴. Recentemente, passou a ser investigado com maior profundidade em razão de seus impactos em institutos caros à teoria geral do direito constitucional¹⁵. Exige-se, em suma, a releitura de conceitos tradicionais e sua consequente adequação à realidade imposta pelo século XXI. Não seria diferente, pois, com o princípio da publicidade e com a garantia do devido processo legal administrativo, cuja aplicação, transposta para o âmbito digital, passa a enfrentar um novo contexto e novos desafios

De um lado, não há dúvida quanto ao impacto positivo das novas tecnologias na concretização destes valores constitucionais, notadamente por meio da Administração Pública digital e dos processos administrativos eletrônicos, que permitem, em tese, maior celeridade e interoperabilidade na realização das mais diversas atividades prestacionais do Estado. Este é um passo de grande potencial para eliminação da “cultura do sigilo” na Administração Pública, deslocando o espaço das decisões administrativas

14 A definição completa é assim enunciada: “A expressão “Constitucionalismo Digital” foi utilizada nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal. Em trabalhos mais recente, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet. Nesse último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de “Constitucionalismo Digital” e a noção de “declarações de direitos fundamentais na internet (Internet Bill of Rights)”. (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 4).

15 No campo da liberdade de expressão, por exemplo, tem sido notório o esforço acadêmico na demonstração da necessidade de sua releitura, pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2023).

de salas físicas fechadas para processos totalmente eletrônicos, acessíveis de qualquer lugar do país pelo meio digital.

De outro lado, porém, são muitos os riscos identificados na recente implementação dos processos administrativos eletrônicos, notadamente à luz do princípio da publicidade. A forma incipiente de desenvolvimento destas novas ferramentas nas administrações públicas país afora alerta para a ameaça de que o fenômeno digital, longe da esperança de que nele se deposita, torne-se mera transposição burocrática da lógica do direito administrativo de papel para o meio eletrônico. De imediato, já são sentidos os seguintes problemas: (i) de acesso ao processo eletrônico, em razão da exclusão digital em graus elevados ainda no século XXI (GABARDO, 2020); (ii) de demora irrazoável na solução das controvérsias administrativas, com decisões que não se tornaram mais céleres no meio digital (CARVALHO, 2020); e (iii) de insubsistência do debate em torno da segurança dos dados sensíveis da própria Administração Pública e daqueles compartilhados pelo cidadão para uso dos serviços públicos fornecidos digitalmente (ZULLO, 2020).

Para além desses problemas, verifica-se, em linha com o trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, acima reproduzido, que a opacidade do Estado brasileiro persiste – e, ao contrário do que se poderia esperar, até se aprofunda – no meio digital. Se é verdade que o processo administrativo e a publicidade são garantias que se retroalimentam, fortalecendo-se de forma mútua, era de se esperar ganhos institucionais com a digitalização da Administração Pública. Ocorre que, para além do meio adotado – físico ou eletrônico –, é essencial que os agentes públicos envolvidos, que são responsáveis por sua implementação e desenvolvimento, estejam imbuídos do projeto constitucional de assegurar transparência aos processos administrativos.

Ao menos até o presente momento, porém, vem se observando fenômeno complexo de hipertrofia hermenêutica de hipóteses legais de sigilo em detrimento do disposto na Lei de Acesso à Informação (Lei federal n.º 12.527/11) e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colacionada no tópico antecedente. Recentemente, este fenômeno se agravou com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18), menos pela literalidade de suas disposições e mais pelo alcance que seus intérpretes, agentes públicos da burocracia estatal, vem lhe conferindo. O que se defende neste trabalho, no entanto, é que não subsistem razões jurídicas para que as premissas adotadas pela Suprema Corte brasileira para os processos administrativos de papel sejam afastadas no meio digital. Em um ou noutro cenário, extrai-se da mesma Constituição Federal de 1988 o dever imposto à Administração Pública, inclusive indireta, do “máximo de transparência razoável”.

Portanto, à luz de um constitucionalismo digital, a garantia ao devido processo legal administrativo e o princípio da publicidade não devem ser amesquinçados, nem merecer tratamento diferente daquele sinalizado pela jurisprudência atual e sólida da Suprema Corte. Hipóteses legais de sigilo, excepcionais que são, devem ser sempre submetidas ao forte escrutínio do princípio da proporcionalidade, sendo preferenciais, aos agentes públicos da burocracia estatal, soluções interpretativas que sejam restritivas de seu alcance, privilegiando a transparência dos processos administrativos. Observados os parâmetros jurisprudenciais, mesmo diante das inovações introduzidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18), a digitalização da Administração Pública poderá, enfim, cumprir o papel que dela se espera, concretizando o projeto normativo da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu investigar os contornos do dever constitucional de transparência da Administração Pública, assim como a relação sinérgica entre a garantia do devido processo legal administrativo e o princípio da publicidade, buscando compreender o seu mútuo fortalecimento como mecanismo de estímulo e de expansão da racionalidade burocrática. Nesse sentido, não há como pensar em um processo administrativo efetivo que não seja transparente; assim como não se pode conceber a publicidade sem que se materialize o íter procedimental percorrido pelos agentes políticos até a edição do ato administrativo. Não à toa, o projeto de Estado gestado pela Constituição Federal de 1988 assegura expressamente aos cidadãos tanto o devido processo legal administrativo (CRFB, art. 5º, LIV), como a publicidade (CRFB, art. 37, *caput*), apostando na retroalimentação entre eles.

A partir deste quadro normativo, o presente trabalho passou em revista os precedentes sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de confirmar o papel do Poder Judiciário na concretização deste projeto constitucional, com a consolidação, nos últimos trinta e cinco anos, de uma jurisprudência mais atenta à necessidade de diminuição da opacidade persistente das administrações públicas espalhadas pelo país. A partir da análise de julgados da Suprema Corte, destacando-se alguns de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, extraiu-se o vetor hermenêutico jurisprudencial do “*máximo de transparência razoável*”. Em suma, como intérprete do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo, de forma iterativa, o caráter excepcional do sigilo dos atos e processos administrativos previsto em lei, que deve sempre ser avaliado no caso concreto, em juízo ponderativo, sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade.

Estas balizas interpretativas, construídas ao longo dos anos pela Suprema Corte, em especial após o advento da Constituição Federal de 1988, confirmam a necessária sinergia entre devido processo legal administrativo e publicidade e são de extrema valia para a avaliação de possíveis soluções aos problemas que se desenham em um contexto de constitucionalismo digital. A transição, no século XXI, para sistemas de Governo Digital, com a expansão paulatina de processos administrativos eletrônicos retoma, sob nova roupagem, problemas antigos, em especial de transparência das administrações públicas país afora. Neste cenário, a tutela das garantias constitucionalmente asseguradas ao cidadão não deverá prescindir dos já conhecidos antídotos que foram sendo concebidos pela jurisprudência dos tribunais brasileiros nos últimos trinta e cinco anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e de seu projeto normativo.

Dessa forma, para que a digitalização não se torne mero mecanismo de transposição burocrática do direito administrativo de papel para o meio eletrônico, é essencial que as novas formas de restrição à publicidade nos processos administrativos em meio digital sejam combatidas. A opacidade das administrações públicas ainda persiste e resiste, mesmo em um mundo cada vez mais digital, demandando uma atuação proativa dos atores jurídicos na aplicação dos parâmetros normativos estabelecidos pelo constituinte e reforçados pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rafael. LAI e LGPD no mundo dos dados: uma relação de curtos-circuitos administrativos. *Portal Jota*. 07 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lai-e-lgpd-no-mundo-dos-dados-07052023>. Acesso em 10 de maio de 2023.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BAPTISTA, Patrícia; ANTOUN, Leonardo. A publicidade nas arbitragens com a administração pública: finalidade e limites. *Revista Escola da Advocacia-Geral da União* – Ministro Victor Nunes Leal, Brasília, Ano 13, n. 2, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020, pp.61-82.

BARROSO, Luís Roberto. A República que ainda não foi. In BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO Patrícia Perrone (orgs.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.35-54.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2018, p.41-85.

_____. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. *Revista da Presidência da República*, Brasília, Volume 25, Número 135, 2023p.20-48.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 7ª Edição, 1999.

BORGES DE CARVALHO, Lucas. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista De Direito Administrativo*, 279 (3), 2020, pp.115–148. <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82959>. Acesso em 22 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Mandado de Segurança n.º 33.340/DF*. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 26.05.2015, DJe 03.08.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança n.º 28.178/DF*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 04.03.2015, DJe 08.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Interno em Agravo em Recurso Extraordinário 939.551*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 27.10.2017, DJe 14.11.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.371*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: *segredos da constituinte – os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GABARDO, REYNA e SANTOS. *Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights*. Sequência estudos jurídicos e políticos. vol. 41. 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278>. Acesso em 30 set. 2023.

GASPAR, Malu; MOURA, Rafael Moraes Equipe de Lula quer revogar sigilos de Bolsonaro, mas põe em segredo os próprios documentos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26 dez 2022. Disponível na internet em <https://oglobo.globo.com/blogs/malu-gaspar/post/2022/12/equipe-de-lula-critica-sigilos-de-bolsonaro-mas-nao-divulga-relatorios-que-embasaram-transicao.ghtml>. Acesso em 30 set. 2023

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 235.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020, p.04.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 1 de fevereiro de 2018. Disponível na internet em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em 30 de agosto de 2023.

NOVA, Daniel Vila. Bolsonaro nega, mas decretou sigilo de 100 anos em questões familiares; relembre mais casos. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 30 set. 2022. Disponível na internet em <https://www.estadao.com.br/politica/sigilo-100-anos-bolsonaro-65-vezes-no-governo/>. Acesso em 30 de agosto de 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ZULLO, Bruno Almeida. *A Disciplina Jurídica da Proteção de Dados Pessoais no Estado*: Desafios na era do Governo Digital. 2020. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

