

DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Anderson Batista de Souza¹

Resumo: A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que regulamenta o direito fundamental de acesso à informação pública, catalogada no art. 5º, XXXIII; art.37, § 3º; e art. 216, § 2º, da Constituição Federal, trouxe inovações no combate aos atos de improbidade administrativa. A inserção da lei no ordenamento jurídico traz novas condutas consideradas como atos de improbidade administrativa, a ensejar reflexos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), tais como a relação de complementariedade, aplicação das sanções, aferição de dolo e culpa e da atribuição da responsabilidade por comportamentos ilícitos frente a transparência ativa e passiva. Das inovações e dos reflexos apontados, ressalta os dois desafios ao Ministério Público brasileiro, enquanto estratégia de fomento para estruturação da organização e procedimento e da imputação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Ministério Público. Direito de Acesso à Informação Pública. Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. **1.** Direito fundamental de acesso à informação pública. **1.1.** Conceito. **1.2.** Princípio jurídico da transparência. **1.3.** Distinção conceitual. **1.4.** Dimensão fundamental subjetiva. **1.5.** Dimensão fundamental objetiva. **1.6.** Informação pública e restrições constitucionais. **1.7.** Perspectiva normativa constitucional. **2.** Improbidade administrativa. **2.1.** Conceito e fontes normativas. **2.2.** Lei de Acesso à Informação e formas de responsabilização. **2.3.** Acesso à informação e improbidade administrativa. **3.** Ministério Público brasileiro. **3.1.** Acesso à informação, combate à corrupção e *accountability*. **3.2.** Concretização judicial do direito e improbidade administrativa. **3.3.** Perspectivas de atuação institucional. **4.** Considerações Finais. **5.** Referências.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Amapá. Mestrando em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em convênio com o Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP).

INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro, nos últimos anos, triunfou frente as vicissitudes que buscavam o retrocesso, com a rejeição da proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 37 na Câmara dos Deputados, como resultado das manifestações populares de junho de 2013, e a confirmação em maio de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal do poder de investigação de natureza penal².

A realidade brasileira dos últimos anos, diante da criminalidade desenfreada e da corrupção endêmica, impõe aos membros do Ministério Público discutir e propor de forma eficiente estratégias que permitam desafiar as condutas ilícitas que assolam a administração pública.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que regulamenta o acesso à informações, catalogada no inciso XXXIII, art. 5º; II, §3º do art. 37; e no §2º do art. 216 da Constituição Federal, inovou o cenário normativo ao estabelecer o dever de informar (transparência ativa) e o direito de ser informado de titularidade do cidadão (transparência passiva), favorecendo a mudança do paradigma secretista pela transparência na gestão da coisa pública, além de criar ferramentas de organização e procedimento de viabilização e concretização do direito.

Não descuidou, por outro lado, de estabelecer responsabilidades diversas (civil, disciplinar, administrativa) aos órgãos e entidades públicas, pessoas físicas e entidades privadas, e agentes públicos, e dentre elas, condutas consideradas como atos de improbidade administrativa, para além daquelas já sistematizadas na Lei nº 8.429/1992.

O presente artigo propõe indicar os elementos normativos para compreensão do direito fundamental de acesso à informação, descrever e analisar criticamente as condutas elencadas pela Lei de Acesso à Informação e tidas como atos de improbidade administrativa, e sua relação de complementariedade com a Lei de Improbidade Administrativa, bem como apresentar os novos desafios ou as estratégias de atuação do Ministério Público brasileiro frente a necessária concretização do direito fundamental em destaque.

² Em sessão realizada no dia 14.5.2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal no Recurso Extraordinário nº 593727. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 27 maio 2015.

1. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

1.1. Conceito

O direito fundamental de acesso à informação pública é o instrumento, não exclusivo, de realização do princípio jurídico da transparência, assegurador tanto na dimensão subjetiva, quanto na dimensão objetiva fundamental, do acesso à informação detida e/ou produzida pelo Estado, definida nos termos do direito positivo como pública, já consideradas as restrições constitucionalmente estabelecidas, tais como o direito à privacidade e à informação no interesse da segurança da sociedade ou do Estado.

1.2. Princípio jurídico da transparência

O direito de acesso à informação pública enquanto realização do princípio jurídico da transparência, é corolário do princípio republicano e do princípio democrático.

Como reflexo do princípio republicano, Geraldo Ataliba³ leciona que o princípio da transparência é a necessidade de disposição à luz do dia de todas as discussões administrativas, legislativas ou judiciais a respeito de todo e qualquer interesse entregue ao governo.

Enquanto inerência do princípio democrático, Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 34-35) aponta que o princípio da transparência administrativa à míngua de clara e precisa denominação normativo constitucional, resulta como valor impresso e fim expresso pelos princípios da publicidade, motivação e participação popular.

A publicidade é um dos expoentes mais qualificados da transparência. Embora muitos considerem a transparência como sinônima da publicidade, estas não refletem a mesma realidade. A publicidade é via mais estreita do que a transparência. É marcada por um processo de evolução conceitual que permite concebê-la em duas dimensões distintas. Por um lado, a publicidade como dever da Administração, de postura unilateral, a exemplo da imprescindibilidade da publicidade para eficácia de determinados atos, tratada como fator de eficácia do ato administrativo, e por outro lado, a publicidade como direito subjetivo do cidadão, enquanto primeiro estágio da transparência administrativa, ao permitir o conhecimento e o acesso (dimensão subjetiva), viabilizando inclusive outras funções complexas (dimensão objetiva).

³ cf. NOGUEIRA, 1988.

O princípio da participação popular designa a característica geral de um sistema que organiza o acesso à informação, dando-lhe plena publicidade, como condição necessária à legitimação das ações do Estado, possibilitando a discussão e a participação da sociedade no momento da decisão. Por sua vez, a motivação dos atos administrativos, como meio de externalização dos motivos condutores do ato e requisito de validade, garante aos administrados o conhecimento das razões e os fundamentos da decisão, e serve como parâmetro para o diagnóstico da fidelidade aos princípios administrativos.

O direito de acesso à informação pública representa uma parcela, não exclusiva, do caráter instrumental e otimizador do princípio da transparência do Estado.

1.3. Distinção conceitual

Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida por um direito, a liberdade que corresponde ao direito de acesso à informação pública, que se vincula à liberdade de pensamento em uma de suas possíveis manifestações: a *liberdade de informação*.

A liberdade de informação compreende a “procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura” (SILVA, 2000, p. 246). É uma liberdade protegida de forma complexa. A estrutura básica de proteção ou o perímetro protetor que a circunda se dá pela proteção conferida pelo direito (direito à informação).

Canotilho e Vital Moreira (1993, p. 225), com esteio na Constituição Portuguesa, revelam que o direito à informação apresenta três planos: o *direito de informar* consiste na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimento. O *direito de se informar* consistente na liberdade de recolha de informação, procura de fontes, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. E por fim, o *direito de ser informado* consistente no direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado.

Sobre o *direito de informar*, entendido como a liberdade de transmitir informação, haveria duas aplicações no direito positivo: I) a liberdade de expressão; e II) a liberdade de imprensa. O *direito de se informar* nas abordagens da: I) liberdade na busca de qualquer informação, sem impedimentos; e II) liberdade no acesso a informações detidas pelo Estado (informação pública). E por fim, o *direito de ser informado*, traduzido no direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado. A questão é esclarecer a quem compete o dever de prestar a informação àquele que tem o

direito a ser informado. Segundo Vanessa Sanson (2006, p. 92-93), “somente se pode investir alguém no direito de receber informações quando simultaneamente atribui-se a outrem o dever de informar”. A Constituição atribuiu o dever de prestar tais informações ao Poder Público.

O *direito de ser informado* compreenderia três realidades distintas, quando relacionado com o Estado. A primeira, denominada por transparência passiva e correlata ao *direito de se informar*, na medida em que, ao ter o direito de buscar a informação no setor público, também possui o direito de ser informado sobre tal dado. Há uma imbricação lógica e inseparável que decorre do dever do Estado em ofertar a informação solicitada por qualquer cidadão, um dever em razão de uma pretensão manifestada. A segunda, denominada por transparência ativa, que se satisfaz não em razão de pretensão manifestada, mas de obrigação genérica, própria dos princípios da transparência governamental e publicidade de seus atos. A motivação, neste caso, não se revela por uma pretensão, mas por um dever que lhe é próprio e voluntário. A terceira realidade é aquela vinculada ao dever prestacional do Estado de garantir os meios e os instrumentos para que a informação possa ser transmitida e circulada. Aqui se pode incluir uma gama extensa de ações, pautadas por políticas públicas sociais e econômicas, que permitam o acesso de todo o cidadão à educação regular e o livre desenvolvimento do mercado, em especial dos meios de comunicação.

Desse modo, o *direito de ser informado* pelo Estado deve levar em consideração a faculdade da livre expressão e manifestação da informação (*direito de informar*), bem como a possibilidade de o próprio indivíduo buscar as suas informações (*direito de se informar*). A participação ativa do sujeito nessas dimensões é essencial à manutenção e concretização do tripé do direito à informação, atuando simultânea e complementarmente nos três níveis.

1.4. Dimensão fundamental subjetiva

Sobre o direito de acesso, podemos retirar os seguintes enunciados deônticos (normas jurídicas) em seu grau máximo de abstração, numa perspectiva subjetiva individual: I) *c* tem, em face de *e*, um *direito* de acessar à informação por ele mantida/produzida (permissão); II) *e* tem o *dever* de permitir o acesso à informação pretendida por *c* (obrigação); III) *e* encontra-se *proibido* de impor obstáculos na permissão de *c* de acessar à informação por ele mantida/produzida. Onde *c* é o cidadão, *e* o Estado. O objeto é representativo da ação

do destinatário do direito (obrigado), numa dupla possibilidade de comportamentos: permitir o acesso à informação (II); e não impor obstáculos no acesso à informação (III). As hipóteses (II) e (III) harmonizam-se com a hipótese (I), enquanto seu desdobramento lógico. A informação não é o objeto, mas um elemento da ação que se espera do destinatário do direito, assumido pelo Estado.

Podemos teoricamente considerar que o direito de acesso à informação pública representa a malha protetora da liberdade de informação, que na dimensão jurídico subjetiva fundamental importa na possibilidade do titular do direito de exigir e receber do Estado informação considerada pública, e de não ser impedido ou proibido de acessá-la.

1.5. Dimensão fundamental objetiva

Ao lado da titularização subjetiva por indivíduos específicos e determinados, costuma-se destacar a dimensão jurídico objetiva, em que os direitos fundamentais valem juridicamente como valores, fins ou metas comunitárias objetivas que interessam a toda a coletividade, ou, nas palavras de Sarlet (2012, p. 296), “como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas ou positivas dos interesses individuais”.

O direito de acesso à informação pública guarda na projeção da dimensão jurídico objetiva fundamental uma dupla inseparável de observação, pois dispõe de um lado do valor transparência (elemento axiológico) e de outro, em notáveis efeitos de garantia da juridicidade máxima da dimensão jurídico subjetiva.

Na *perspectiva valorativa*, segundo Do Vale (2009), as normas de direitos fundamentais podem ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico. Judicializa as exigências morais e éticas mais importantes da comunidade.

O elemento axiológico (valor) que compõe a estrutura do direito fundamental de acesso à informação pública é a transparência, enquanto fenômeno de implicação jurídica e de uma práxis instrumental do Direito.

O reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva, permite identificar o efeito irradiante, os deveres de proteção do Estado e a criação e constituição de organizações ou instituições estatais para o procedimento.

O *efeito irradiante* importa nos valores que dão suporte a esses direitos e que penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação dos dispositivos legais e atuando como diretrizes para o legislador, o administrador e o juiz. A *função de proteção* (direitos prestacionais) inspira a criação de textos normativos no direito positivo, *e.g.* quando da atribuição de responsabilidade a terceiro previsto na Lei de Acesso à Informação, que permite a incidência de sanções, sob pessoas físicas ou entidades privadas que detiverem informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o Poder Público e deixarem de observar o disposto na referida legislação. O *direito à organização e ao procedimento* centra-se na possibilidade de exigir do Estado a emissão de atos legislativos ou administrativos destinados a criar órgãos ou instituições e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento, tal como a designação da Controladoria-Geral da União (CGU), para promover campanhas de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização do direito fundamental de acesso à informação.

O conhecimento e a interpenetração das dimensões jurídico subjetivas e objetivas, permitem moldar a norma jurídica fundamental do direito de acesso à informação no plano abstrato.

1.6. Informação pública e restrições constitucionais

A Lei de Acesso à Informação traz a definição (art. 4º) de informação, documento, informação sigilosa e informação pessoal, porém não faz menção sobre informação pública. O motivo parece corresponder à preocupação em não restringir a conformação do direito, diante do risco na violação de outros valores e normas igualmente defendidos pela Constituição.

A *informação pública* não é um ente identificável abstratamente de forma isolada no ordenamento jurídico, mas resulta de complexa interação normativa de regras e princípios constitucionais. Um processo que tem por finalidade revelar a informação acessível ao público e necessária diante da potencialidade do conflito com outros interesses protegidos constitucionalmente.

A informação acessível a *todos*, a utilizar a expressão cunhada pelo inciso XXXIII do artigo 5º da CF/88, é o que representa a informação pública. Pública no sentido de ser transparente e acessível a todos. Numa maior ou menor medida toda e qualquer informação é acessível, seja a um indivíduo ou ao grupo selecionado. O que

importa não é, logicamente, considerar o número de franqueados no conhecimento da informação que definirá ser a informação pública. A correlação necessária passa por admitir que qualquer cidadão tem ou não a liberdade de não ser impedido ou mesmo de existir meios ou procedimentos que lhe permitam o acesso.

A informação pública é aquela em que há liberdade no seu acesso, porém deve-se considerar que tal lógica pertence, no resultado da interação de outros valores igualmente reconhecidos pela Constituição, tal como a *informação pessoal* e a *informação sigilosa*.

Não se pode induzir no entendimento de que toda informação pessoal implica necessariamente na reserva do segredo (não publicização da informação), em razão do direito à privacidade. De um mesmo complexo de informações consideradas pessoais, pode-se concluir por sua publicidade, na mesma medida em que se afaste dos conceitos atinentes ao direito fundamental à privacidade. Quanto mais próximo do centro da intimidade a que se atribui uma informação, maior é a certeza de sua reserva.

A informação sigilosa, tal como prevista no art. 5º, XXXIII, da CF/88, num Estado publicista, apresenta duas faces: de um lado, como limite ao princípio da publicidade dos atos do Estado e ao direito de acesso à informação; e de outro, como garantia institucional do Estado. Deve-se levar em conta que a segurança do Estado é um bem jurídico que também constitui pressuposto do Estado de Direito (garantir a liberdade do cidadão, a segurança, a manutenção da paz), contudo não implica prevalência sobre qualquer outro bem constitucional de forma absoluta.

No Brasil, a restrição indicada foi conformada, não exclusivamente, pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011⁴, que prevê com maior densificação as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

1.7. Perspectiva normativa constitucional

No Brasil, o acesso à informação detida por órgãos ou entidades públicas ou privadas está assegurada em diversos dispositivos constitucionais, são eles: art. 5º, XXXIII, XXXIV, *b*, LXXII; art. 37, § 3º, II; e art. 216, § 2º.

4 O sigilo de informação imprescindível à segurança da sociedade e do Estado é tratada do art. 23 ao art.30 da LAI. O instrumento jurídico para categorizar esse sigilo é denominado "classificação". É por meio da classificação em *ultrassecrета, secreta e reservada*, que se atribui o prazo da permanência do seu sigilo. Não há informação com sigilo perpétuo. Subsiste a característica da temporalidade, disposta no art. 24, §4º.

Não há diferenciação substancial, enquanto norma abstrata, em razão da diversidade de enunciados, quando os objetivos perseguidos são os mesmos. O critério para diferenciar a utilização de um ou de outro texto normativo, no universo de direitos e garantias que reforçam a normatividade do acesso à informação, é o resultado da relação entre o tipo de informação (pública, pessoal ou sigilosa) e o interesse vinculante à espécie do direito (interesse privado ou interesse público⁵), cujo produto confere publicidade ou reserva da informação.

Dessa forma, surgem as seguintes hipóteses a considerar:

I) A informação pública, ao atender o critério do interesse público primário, tem por consequência a publicidade, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II, e art. 216, §2º, da CF/88;

II) A informação sigilosa, ao atender o critério do interesse público secundário, tem por consequência o sigilo, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, XXXIII, da CF/88;

III) A informação pessoal, ao atender o critério do interesse público primário, tem por consequência a publicidade, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II, e art. 216, §2º, da CF/88;

IV) A informação pessoal, ao atender o critério do interesse privado, tem por consequência o sigilo, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, X, da CRFB.

Na forma de enunciados, o resultado é o seguinte: a) o interesse público primário condiciona a publicidade da informação pública; b) o interesse público secundário condiciona o sigilo da informação, quando vinculada à segurança da sociedade e do Estado; c) a informação pessoal é aquela relacionada à pessoa, que pode ser pública (dados não sensíveis), de acessibilidade a todos, ou não pública (dados sensíveis), em respeito ao direito à privacidade.

⁵ A expressão *interesse público* projeta diferentes acepções. São encontrados três tipos de significados distintos: (I) indica o interesse da sociedade, da coletividade como um todo. Interesse é o *bem comum*, também denominado como interesse primário; (II) refere-se ao interesse do Estado, dos entes públicos, em contraposição ao do particular. Interesse público é o *interesse do ente público*, também denominado como interesse público secundário; e (III) embora diga respeito a um particular, refere-se a valores ou direitos cuja proteção interessa à coletividade como um todo, de modo a confundir-se com os interesses indisponíveis. Interesse público é o *interesse indisponível*. Por outro lado, o *interesse privado* é aquele buscado por uma pessoa para satisfação de necessidade exclusivamente particular, cujo objeto pode ser disposto livremente por seu titular.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Conceito e fontes normativas

O vocábulo *probidade* significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, honestidade e integridade. A improbidade, ao contrário, significa imoralidade, desonestidade (FERREIRA, 1999, p. 1086 e 1640).

Diverge a doutrina a respeito da definição da (im)probidade administrativa. Alguns autores sustentam que a probidade é um subprincípio da moralidade administrativa (FREITAS, 2005, p. 5078; MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 101; OLIVEIRA, 2014). Outros defendem que a moralidade é princípio constitucional e que a improbidade resulta da violação desse princípio (CARVALHO FILHO, 2011, p. 984; DI PIETRO, 2009, p. 803).

A improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade administrativa é mais amplo. A imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo ato de improbidade implica violação ao princípio da moralidade.

A principal fonte normativo constitucional da improbidade administrativa é o art. 37, §4º, da CF/88, que dispõe: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Há outras normas constitucionais relevantes no tratamento da improbidade administrativa, tais como: I) art. 14, §9º: remete à lei complementar a prerrogativa para fixar “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”; II) art. 15, V: admite a perda ou a suspensão de direitos políticos no caso de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º; III) art. 37, *caput*: enumera os princípios expressos que são aplicáveis à Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); IV) art. 85, V: define como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na Administração.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), promulgada com fundamento no art. 37, §4º, da CF/88, define os sujeitos e os atos de improbidade, as respectivas sanções, as normas processuais, entre outras questões relacionadas ao tema. O microsistema criado não afasta a previsão especial de outras leis sobre o tema, especialmente na definição de condutas e comportamentos caracterizadores de improbidade administrativa.

2.2. Lei de Acesso à Informação e formas de responsabilização

Os artigos 32, 33 e 34, da Lei de Acesso à Informação (LAI), disciplinam as formas de responsabilidade (civil, administrativa, disciplinar e por improbidade administrativa), por condutas consideradas ilícitas, definem os sujeitos e os atos de improbidade, não fazem qualquer referência com relação às sanções e normas processuais, as quais permanecem regulamentadas pelo microsistema normativo da Lei de Improbidade Administrativa.

A espécie de responsabilidade, a definição da conduta considerada ilícita e a sanção correspondente vão depender dos sujeitos selecionados, entre os que a lei condiciona o comportamento.

As responsabilidades são atribuídas aos seguintes sujeitos: a) órgãos e entidades públicas; b) pessoas físicas ou entidades privadas que detenham informação em virtude de vínculo com o Poder Público; e c) agente público civil ou militar.

Os *órgãos* e as *entidades públicas* respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso, nos termos do art. 34 da LAI.

O enunciado legal projeta em norma de repetição, porém com adaptações ao excluir as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a regra prevista no art. 37, §6º, da CF/88.

Duas são as condutas que fundamentam a responsabilização: I) divulgação não autorizada das informações sigilosas ou pessoais; e II) utilização indevida de informações sigilosas ou pessoais. A distinção relaciona-se em tornar pública uma informação protegida pelo segredo ou mesmo observando o sigilo, utilizá-la indevidamente no processamento ou tratamento de dados.

A responsabilização da pessoa jurídica de direito público na incidência dos comportamentos apontados é a responsabilidade civil patrimonial extracontratual do Estado.

Por se tratar de norma de repetição de regra constitucional, revela tratar-se nas palavras de Bandeira de Mello (2013, p. 1009), como a obrigação “de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”, e de aferição objetiva, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, salvo quando em ação regressiva contra o agente público, o qual somente comporta a responsabilização civil subjetiva.

O sujeito lesado, favorecido pela responsabilização civil pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais tanto pode ser a pessoa física (cidadão) quanto a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira.

Às *pessoas físicas* ou *entidades privadas* que detenham informação em virtude de vínculo com o Poder Público somente são atribuídas as responsabilidades que a lei estabelece quando existe vínculo de qualquer natureza com o Poder Público e deixa-se de observar o disposto na LAI.

O vínculo com o Poder Público pode decorrer de três aspectos distintos:

O primeiro aspecto diz respeito à garantia de publicidade da informação pública (transparência ativa), quando as entidades privadas sem fins lucrativos recebem, para realização de ações de interesse público, recursos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 2º da LAI). A inobservância da LAI recai no descumprimento das entidades em dar publicidade à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação (art. 2º, parágrafo único, da LAI). Obrigação também disposta, enquanto transparência passiva, no art. 7º, III, da LAI, quanto ao direito de qualquer cidadão de obter a informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado.

O segundo aspecto diz respeito ao dever de manutenção do sigilo (art. 22 da LAI), ao estabelecer que as hipóteses de sigilo previstas na legislação referenciada não excluem as demais

hipóteses legais de sigilo e de segredo de Justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

O terceiro aspecto que sinaliza para a garantia do segredo da informação é vínculo existente entre a pessoa física ou entidade privada com o Poder Público na execução de atividades de tratamento de informações sigilosas⁶, os quais devem guardar medidas e procedimentos de segurança das informações (art. 26 da LAI).

O primeiro e o segundo aspectos tratam da pessoa física ou jurídica que detêm ou produz informação pública e é compelida a torná-la pública ou secreta, conforme o caso. Por sua vez, o terceiro aspecto corresponde a pessoa física ou jurídica que, nesta qualidade, detêm ou produz a informação na execução de atividades de tratamento de informações sigilosas e deve guardar o sigilo, não somente por força de contrato, mas por determinação legal.

Nos dois primeiros aspectos, a inobservância aos deveres de publicidade ou sigilo da informação, conforme o caso, atribui-se responsabilidade administrativa, cujas sanções são: advertência, multa, rescisão do vínculo com o Poder Público, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratação com a administração pública por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 33 e incisos da LAI).

No terceiro aspecto destacado, a responsabilização é civil patrimonial independentemente de culpa (responsabilidade objetiva). Eis que a LAI se preocupou em estender os efeitos da responsabilização patrimonial objetiva às pessoas físicas ou entidades privadas que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenham acesso à informação sigilosa ou pessoal e as submeta a tratamento indevido.

Por fim, ao *agente público civil ou militar* é atribuído à responsabilização civil, disciplinar, criminal e por improbidade administrativa, quando da prática de condutas elencadas no art. 7º, §4º (negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada), e as do art. 32, ambas da LAI.

6 O Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012, regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo. O art. 2º, XVIII, define o tratamento de informação como o “conjunto de ações referentes a produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle de informação classificada em qualquer grau de sigilo”

A responsabilização civil patrimonial para o agente público será devida enquanto direito de regresso, e somente nos casos de condutas dolosas ou culposas, quando o órgão ou a entidade pública for responsável economicamente por danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, na dicção do art. 34 da LAI.

Nos termos do art. 32, §1º, da LAI, a *responsabilização disciplinar* para o militar (federal) pela prática de condutas ilícitas elencadas na lei será considerada para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificada em lei como crime ou contravenção penal. Ao agente público civil (federal), a LAI sinaliza que para os fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), e suas alterações, será considerada infração administrativa, a ser apenada, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

A *responsabilidade criminal* atribuída ao agente público, salvo eventual existência de crime específico ou mais grave é aquele capitulado no art. 325 do Código Penal, do que trata sob o nome de “violação de sigilo funcional”, consistente na conduta de revelar fato de que tem ciência em razão do cargo, e que deva permanecer em segredo, ou lhe facilitar a revelação, e a de permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública, cuja pena é de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Além da responsabilidade civil, disciplinar e criminal, o agente público também poderá responder por *improbidade administrativa*. É como dispõe o art. 32, §2º: “Pelos condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e nº 8.429, de 2 de junho de 1992.” É sobre a responsabilidade por improbidade administrativa que o artigo se debruçará nas linhas seguintes.

2.3. Acesso à informação e improbidade administrativa

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), por força do art. 32, §2º, permitiu a inserção de novas hipóteses a caracterizar atos de improbidade administrativa, sem

prejuízo daquelas já catalogadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Da relação estabelecida entre os dois textos legais é possível anotar breves considerações, de caráter não exaustivo e relativas a: I) complementariedade das leis; II) aplicação das sanções; III) dolo e culpa; e, IV) condutas improbas relacionadas às transparências ativa e passiva.

I) *Complementariedade das leis*

A inovação legislativa trazida pela LAI segue uma tendência de tipificação de condutas improbas ao longo de textos legais específicos, diversos daqueles elencados na Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo do Estatuto da Cidade (art. 52) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (art. 85).

Esse fenômeno não causa grandes dificuldades, em razão do microsistema criado e dos avanços nas discussões dogmáticas e jurisprudenciais assentadas por mais de vinte anos de vigência da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o que não dispensa atenção à norma especializada (LAI), de modo a compreender sua sistematicidade frente a valores, princípios e diretrizes de conformação da legislação ordinária à valores constitucionais, cuja realidade impõe atenção no esforço hermenêutico de consolidação de uma interpretação do ato de improbidade administrativa.

As condutas tipificadas tanto na Lei de Improbidade Administrativa, como na Lei de Acesso à Informação tendem a corresponder em hipóteses exemplificativas ou de verdadeiras cláusulas gerais, a depender de um esforço jurídico de justificação na adequação do comportamento improbo de previsão abstrata à conduta humana no mundo fático.

A tipificação dos atos de improbidade administrativa é aberta e o rol de condutas é exemplificativo, pois os arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, ao elencarem condutas que são tipificadas como atos de improbidade, utilizam da expressão “notadamente”, o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade. A qualificação da conduta como ato de improbidade, nessa linha de raciocínio, dependerá da presença dos pressupostos elencados no *caput* das três normas jurídicas em referência.

Com a inovação normativa da LAI, a tese do rol exemplificativo também se incorpora na previsão do art. 32, §2º, o qual remete à solução de considerarmos como ato de improbidade administrativa

aquelas condutas previstas no art. 7º, §4º, da LAI, consistente na negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada, e a dos incisos do art. 32 da LAI, quais sejam: I) recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II) utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III) agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV) divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V) impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI) ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII) destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

O elenco de tais comportamentos, não afasta a interpretação de outras condutas que no plano fático podem resultar na subsunção dos arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992. Há uma verdadeira relação de complementaridade, e não de exclusão, por sua especialidade. A previsão da LAI acaba por se transformar em norma de apoio ao aplicador do direito na função de subsumir a hipótese legal, sem excluir os atos de improbidade já consagrados da Lei de Improbidade.

Essa relação de comunicabilidade é evidenciada por três razões. Primeiro pelo vínculo de dependência às regras de processo e procedimento, sem os quais não se viabilizaria atribuir a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, vulnerando a norma constitucional que se propõe na sua vedação. Segundo, constituir-se a legislação em microssistema de observância obrigatória. E, terceiro, como corolário das duas anteriores, pela aplicação das sanções, entre aquelas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, na forma e gradação estabelecida abstratamente.

II) *Aplicação das sanções*

Sobre a aplicação das sanções correspondentes às condutas constitutivas de improbidade, a LAI tratou de normas substanciais no sentido de apontar comportamentos que deverão ser considerados como atos de improbidade administrativa, contudo silenciou quanto às espécies de penas em que se deve considerar.

A exemplo do Estatuto da Cidade e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que enumeraram condutas que são classificadas como atos de improbidade administrativa, a Lei de Acesso à Informação não definiu as respectivas sanções. Por essa razão, a aplicação da referida norma depende da interpretação conjugada com a Lei nº 8.429/1992, especialmente da previsão do art. 12, que define as sanções aplicáveis, conforme as modalidades de comportamento (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração).

É preciso averiguar se a conduta, comissiva ou omissiva, praticada pelo agente público e mencionada no art. 32 da LAI acarretou enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da administração para aplicação das sanções enumeradas, respectivamente, nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Esse esforço de justificação e classificação da conduta entre aquelas previstas não se revela de menor importância, pois a lei o faz com o intuito de permitir a aplicação da penalidade adequada e proporcional à gravidade do comportamento. Trata-se de individualização da sanção ao nível abstrato da legislação.

Em juízo abstrato da LAI, não se pode concluir antecipadamente, que as condutas consideradas como atos de improbidade administrativa e elencadas no art. 32 da LAI são as que atentam contra os princípios da administração pública, como aqueles previstos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Primeiro, porque a LAI assim não as definiu e, segundo, porque dos comportamentos previstos, é inegável que em determinadas hipóteses as condutas podem importar em enriquecimento ilícito ou causar prejuízos ao erário.

III) *Dolo e culpa*

A exigibilidade de dolo ou culpa na conformação do ato de improbidade administrativa vai depender de duas variáveis. Se a hipótese elencada no art. 32 da LAI exige expressamente a vontade de produzir o resultado improbo, na modalidade dolosa, tal como fizeram os incisos I (retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa); III (agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação); V (impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem); e VI (ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros), ou, na conformidade

de classificação do comportamento enquanto enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração, os quais exigem o comportamento doloso entre todas as possíveis classificações e também culposo exclusivamente na lesão ao erário.

IV) Condutas ímprobas relacionadas às transparências ativa e passiva

A transparência ativa correspondente à divulgação das informações, independentemente de solicitação, de modo a evitar o desperdício de tempo e de recursos financeiros do cidadão e da própria Administração, que deixa de prestar atendimentos repetitivos. Dessa forma, o Poder Público está obrigado a publicar informação considerada essencial, tal como o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (art. 8º). Na transparência passiva, o sujeito a quem cabe o dever de informar divulga informações sob demanda, em atendimento às solicitações do cidadão (art. 10).

O fio condutor da distinção é a presença ou a ausência de dois elementos: espontaneidade na oferta da informação (transparência ativa) e atendimento à solicitação do cidadão (transparência passiva). Em decorrência da inserção da transparência ativa na dimensão jurídico objetiva do direito fundamental de acesso à informação pública, resta reconhecer o caráter normativo, que impõe tanto a obrigação de cumprir com a solicitação (transparência passiva) quanto com o dever de informar espontaneamente o que não é solicitado, mas é de interesse coletivo e geral (transparência ativa). Sendo assim, tanto a transparência ativa quanto a transparência passiva constituem deveres de observância obrigatória pelo Poder Público.

Nessa obrigatoriedade vinculada surge o questionamento de considerar como ato de improbidade administrativa tão somente as condutas que espelham comportamentos de uma transparência passiva, como quer fazer crer as hipóteses do art. 32 da LAI, ou se comportamentos de inobservância da transparência ativa também teriam o mesmo caráter ilícito.

A problemática apresentada é relevante e de interesse ao Ministério Público, uma vez que, *e.g.* a constatação da inexistência de

sítios oficiais na rede mundial de computadores (internet), conforme exigido no art. 8º, §2º, da LAI, que funciona a serviço da transparência ativa, poderia resultar na responsabilização por ato de improbidade administrativa, no comportamento de recusar a fornecer informação requerida (art. 32, I, da LAI), combinada com a negativa de publicidade aos atos oficiais (art. 11, IV, da Lei de Improbidade Administrativa).

O raciocínio de atribuição de responsabilidade por ato de improbidade administrativa ao gestor público responsável que deixe de garantir, mediante a implementação da organização e procedimento da estrutura exigida pela LAI, pode representar um novo panorama de atuação institucional e de eficiência na concretização do direito fundamental de acesso à informação pública, combinado com outras ferramentas de sua exigibilidade, tal como a ação civil pública.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

3.1. Acesso à informação, combate à corrupção e *accountability*

A sociedade da informação traduzida na penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação na vida econômica, social e política é um fator de destaque para a reinvenção da transparência, e uma das características marcantes da sociedade contemporânea. Gonçalves (2003, p. 7) afirma que para além dos seus impactos na economia, essas tecnologias vêm afetando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos das sociedades modernas, como a liberdade e a democracia.

No centro da transformação, como instrumento da transparência, está a afirmação da informação como principal fonte de riqueza ou recurso estratégico na sociedade da informação. A expansão do uso das novas tecnologias coincide com um contexto marcado pela perda de credibilidade dos sistemas políticos e secretistas (GONÇALVES, 2003, p. 8).

O Estado constitui uma das maiores e mais importantes fontes de informação. Seu complexo funcionamento relaciona-se diretamente com a sua ação produtora, receptora, ordenadora e disseminadora de informações (JARDIM, 1999, p. 29).

Resta evidente a relação entre transparência e informação, aquela como canal de instrumentalização, capaz de reescrever as relações entre Estado e cidadão, com reflexos importantes, tais como o *accountability* e o combate à corrupção.

Schedler (1999) identifica as dimensões e os distintos significados do *accountability*. Distingue as duas conotações básicas que o termo suscita. A primeira é a capacidade de resposta dos governos (*answerability*), ou seja, a obrigação de os oficiais públicos informarem e explicarem seus atos, e a segunda é a capacidade (*enforcement*) das agências de *accountability* (*accounting agencies*) de impor sanções e perda de poder para aqueles que violaram os deveres públicos. A noção de *accountability* seria portanto bidimensional: envolve capacidade de resposta e capacidade de punição (*answerability* e *enforcement*). O *accountability* centra-se no objetivo de controlar o poder. Para o autor, haveria três formas básicas de prevenir o abuso do poder: I) sujeitar o poder ao exercício das sanções; II) forçar que os atos dos governantes sejam justificados; e III) obrigar que esse poder seja exercido de forma transparente.

Para Bizerra (2011, p. 54-55) existe uma interligação entre *accountability* e transparência, pois a transparência é o meio de gerar a *accountability* no setor público, pois não há como atribuir responsabilização aos gestores quando não é possível ter conhecimento por meio de informações claras sobre o modo com que os recursos foram utilizados e quais os resultados gerados em decorrência das políticas públicas adotadas.

A transparência propicia ferramentas para o combate à corrupção. Mais do que problema ético ou falha moral da pessoa humana, a corrupção hoje é considerada um fato de implicações sociais preocupantes.

A relação entre corrupção e economia no setor público pode ser observada por dois importantes relatórios produzidos recentemente, pela União Europeia (UE) e pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo no Brasil (FIESP). Ambos refletem a preocupação conjunta dos Estados (europeus) e da iniciativa privada (Brasil) na identificação e formulação de propostas de combate à corrupção.

O Relatório⁷ EU *Anti-Corruption* report, publicado em fevereiro de 2014 pela Comissão para Assuntos Internos da União Europeia (UE), mostra que a corrupção custa cerca de 120 bilhões de euros por ano à economia do bloco, o que é equivalente a quase todo o orçamento anual da União Europeia. Para efeitos de comparação, o estudo realizado pela FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) no ano de 2010 mostrou que a corrupção custa ao Brasil entre R\$ 49,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano.

7 Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm>. Acesso em: 6 mar. 2015.

O relatório da UE sugere soluções, que incluem: I) melhores padrões de responsabilidade e de integridade; II) mecanismos de controle de autoridades públicas; III) enfrentamento dos conflitos de interesses por parte de funcionários; IV) combate à corrupção local e em empresas estatais; V) eficácia dos tribunais e da polícia, e mecanismos de proteção para os denunciantes; VI) limitação dos riscos de suborno em países estrangeiros, com *lobby* mais transparente; e, por fim, VII) desenvolvimento de ferramentas inovadoras para aumentar a transparência.

Por sua vez, o relatório produzido pela FIESP⁸ sugere que as ações anticorrupção no Brasil devem ser focadas em duas questões principais: I) criação e fortalecimento dos mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na administração pública; e II) redução da percepção de impunidade, por meio de uma justiça mais rápida e eficiente, de modo a induzir a mudança do comportamento oportunista.

Em comum no diagnóstico e nas propostas apresentadas pelos relatórios encontra-se a elevação de práticas fundadas na transparência e de atribuições de responsabilidades no controle de ações das autoridades públicas.

Mecanismos políticos que aumentem o nível de *accountability* ou de responsabilização, incentivos à punição de corruptos e aumento da transparência governamental tendem a reduzir a incidência da corrupção (LEDERMAN, 2005).

O acesso à informação favorece o ambiente de responsabilização ou tomada de contas do governante, na exata medida em que proporciona meios no encaminhamento de denúncias, formulação de representações às instituições incumbidas no dever de promover a fiscalização.

Tais elementos, transparência, direito de acesso à informação, combate à corrupção e *accountability* tendem a revelar a importância do tema improbidade administrativa como ferramenta de atribuição de responsabilidade, limitação do poder arbitrário e condução preventiva e proba da coisa pública, na certeza da imposição de penalidades.

A *answerability* do agente público na obrigação de justificação dos seus atos e o *enforcement* do Ministério Público brasileiro na imposição das sanções por atos de improbidade administrativa sinalizam nos tempos atuais o importante papel na concretização da LAI.

8 Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

3.2. Concretização judicial do direito e improbidade administrativa

Em pesquisa de jurisprudência nos Tribunais Superiores, entre o ano de 2009, antes da aprovação da Lei nº 12.527/2011, até maio de 2015, vinte foram os casos julgados no STF⁹ e cinco os casos julgados no STJ¹⁰, envolvendo o direito de acesso à informação pública.

Diante da potencialidade de garantia que o direito de acesso à informação confere ao seu titular, o número representativo de demandas encontradas nos dois Tribunais Superiores revela-se inexpressiva.

A principal motivação apreciada no STF, em relação ao acesso à informação, é a publicização nominal da remuneração de agentes públicos. Em menor número (dois casos) julgou-se a negativa de acesso pelo investigado de processo fiscal investigatório e do acesso pela imprensa de relatórios de análise, elaborados pelo BNDES, contendo a justificativa técnica para operações de empréstimo e financiamentos milionários, concedidos com o emprego de verbas públicas. A conclusão da Corte em todos os casos foi a de tornar pública as informações que se pretendia obter.

No STJ, das cinco ações encontradas, duas envolveram a publicidade nominativa da remuneração do agente público, a primeira em mandado de segurança originalmente impetrado por sindicato de servidores, e a segunda, julgada em recurso apresentado por servidores, contra decisão de Tribunal de Justiça, que entendeu pela publicidade da remuneração. As outras três ações envolveram a imprensa na obtenção de informação, relacionada à verba pública destinada aos veículos de comunicação, gastos efetuados com cartão corporativo do Governo Federal e a relação nominal de concessão de passaportes diplomáticos. Em todos os casos, o STJ entendeu pela publicidade da informação, no argumento de garantia do controle social viabilizado pelo acesso.

É seguro afirmar que, apesar dos poucos casos julgados, há uma evidente orientação tendente ao cumprimento do valor transparência consagrado na Constituição Federal e das opções políticas de concretização da Lei de Acesso à Informação, além de outras de trato administrativo, replicadas em regulamentações (decretos, resoluções, orientações etc.).

⁹ RCL 17091-RJ; RCL 14740-DF; MS 31580-DF; MS 31490-DF; RE 766390-DF; AO 1823-MG; AO 2143-RS; SS 4764-DF; MS 32020-DF; SL 689-DF; RCL 15350-PR; SS 4723-DF; RCL 14733-RS; RCL 14530-RJ; MS 31659-DF; RCL 14739-RS; SS 4661-DF; SL 630-RS; SL 623-DF; SS 3902-SP.

¹⁰ MS 16903-DF; MS 20895-DF; MS 16179-DF; MS 18847-DF e RMS 46171-MG.

Não há julgados nos Tribunais Superiores que tenham por objeto alguma das condutas de improbidade administrativa elencadas na Lei de Acesso à Informação. Essa realidade reflete o desinteresse da sociedade no trato da coisa pública, cuja carência de controle social e participação cidadã impõem o favorecimento de condutas improbas e de corrupção.

Por outro lado, é inegável a parcela de responsabilidade do Ministério Público, tendo em conta sua atribuição de provocação na promoção da concretização de políticas públicas voltadas à implementação do direito de acesso à informação pública, a refletir direta (repressivamente) ou indiretamente (preventivamente) no combate aos atos de improbidade administrativa.

A realidade impõe ao Ministério Público garantir a concretização do importante direito fundamental de acesso à informação pública como ferramenta ao combate dos atos de improbidade administrativa.

3.3. Perspectivas de atuação institucional

A LAI desafia o Ministério Público na garantia do acesso à informação pública como instrumento de combate à improbidade administrativa. Nessa ordem, novas perspectivas se colocam, especialmente quando inseridas no contexto dos direitos fundamentais.

A doutrina está de acordo com a visão dupla dos direitos fundamentais, enquanto direito de defesa e a prestação (direito de proteção; organização e procedimento; e prestações materiais sociais) (ALEXY, 1993, p. 430; SARLET, 2010, p. 167).

Ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 da CF/88). Inegavelmente garantir a eficácia (concretização) do direito fundamental de acesso à informação pública está entre as atribuições constitucionais da Instituição.

O papel do Ministério Público na difícil tarefa de proporcionar a mudança de paradigma na cultura do segredo para a transparência compõe duas grandes estratégias (desafios), quando compreendida a dupla função que os direitos fundamentais desafiam (defesa e prestação).

A primeira estratégia (desafio) institucional importante é o enfrentamento da função de organização e o procedimento do direito fundamental de acesso à informação pública. O direito (função) à organização e ao procedimento centra-se na possibilidade de exigir do

Estado a emissão de atos legislativos ou administrativos destinados a criar órgãos ou instituições e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. O estabelecimento de um procedimento de acesso à informação tornou concretamente possível viabilizar na correspondência de uma organização os meios para promoção na oferta de informação requerida pelo cidadão (prazo, justificativa pela denegação etc.), e do recurso administrativo de revisão do pleito indeferido ao superior hierárquico, CGU e Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

A estrutura organizacional e procedimental criada pela LAI implica recursos orçamentários de criação e manutenção do seu complexo, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política de Estado.

Nessa problemática, o Ministério Público brasileiro deve encarar o desafio, enquanto estratégia institucional no acompanhamento da criação, manutenção e permanente execução de toda a organização e procedimento formatado pela LAI, a incluir entre os poderes que lhe são conferidos pela Constituição Federal e as leis que a sinalizam a instauração de inquéritos civis, para celebração de termos de ajuste de conduta, expedição de recomendações e na propositura de ações civis públicas.

A segunda estratégia (desafio) institucional é garantir a eficiência da atuação ministerial no uso das ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), enquanto enfrentamento da função de defesa do direito de acesso à informação pública. O capítulo V, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), intitulado “Das responsabilidades”, propõe o cumprimento deste importante aspecto.

A função de defesa que impõe ao Estado um dever de abstenção ou de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo é caracterizada por uma dupla perspectiva: a) impedir a divulgação de informação pessoal ou sigilosa; e b) impedir a criação de obstáculos ou a negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública.

As duas perspectivas são inseridas na LAI como atos de improbidade administrativa, *e.g.* tanto é ato de improbidade administrativa do agente público que divulgue ou permita a divulgação, acesse ou permita o acesso indevido à informação pessoal ou sigilosa, como a conduta daquele que não a revela ao recusar fornecer informação requerida ou impõe sigilo para obter proveito pessoal ou de terceiro.

Incluir tais comportamentos como ilícitos e atribuir a responsabilidade civil, administrativa, disciplinar, criminal e especialmente por improbidade administrativa reforça a juridicidade do comportamento probo à que está submetido o agente público, tanto em sua tarefa de ofertar transparência na condução da coisa pública quanto na de reservar o segredo nas hipóteses em que a própria Constituição Federal autoriza.

O Ministério Público brasileiro, ao figurar como titular das ações de improbidade administrativa no combate aos atos de improbidade das condutas elencadas pela LAI (art.32), sintetizadas em comportamentos de permissão no acesso ao cidadão da informação pública e na garantia no resguardo do segredo nas informações sigilosas ou pessoais, cumpre o papel de agente concretizador do direito fundamental de acesso à informação pública.

Em comum, as funções destacadas têm por objetivo promover correspondência entre a garantia constitucional do que resulta o direito e as medidas positivas do Estado destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais. O Ministério Público torna-se, nessa realidade, a única instituição com a independência necessária para fomentar tais estratégias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo notícia vinculada na imprensa no ano de 2015¹¹, levantamento feito pela Controladoria-Geral da União (CGU) por meio do projeto Escala Brasil Transparente, que mede a transparência pública, aponta que dois estados (AP e RN) e 63% dos municípios tiraram nota zero em transparência pública. Foram avaliados 492 municípios com até 50 mil habitantes, todos os estados, capitais e o Distrito Federal. Do total de municípios analisados, 424 ainda não regulamentaram os dispositivos que permitem à população ter acesso aos dados dos órgãos públicos.

A realidade apontada e a que traduz a falta de implementação e concretização dos preceitos da Lei de Acesso à Informação reforçam a importância do debate e do desenvolvimento do tema no âmbito do Ministério Público, que neste artigo foi estruturado em três pontos: direito fundamental de acesso à informação, improbidade administrativa e Ministério Público.

11 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/cgu-63-das-cidades-e-dois-estados-tiraram-nota-zero-em-transparencia>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

O direito fundamental de acesso à informação pública, tanto na perspectiva subjetiva quanto na perspectiva objetiva, é concebido como instrumento jurídico, traduzido pelo valor transparência, assegurador do acesso à informação detida ou produzida pelo Estado, definida nos termos do direito positivo como pública. Normativamente importa na possibilidade de o titular do direito exigir e receber do Estado informação considerada pública, e de não ser impedido ou proibido de acessá-la.

Encerra uma expectativa materialmente qualificada da democracia, pois se presta ao fomento no combate à improbidade administrativa, à corrupção, ao *accountability*, ao controle político e administrativo e à participação do cidadão na política.

Da relação estabelecida entre a Lei de Acesso à Informação e a Lei de Improbidade Administrativa foi possível anotar as considerações seguintes.

Em primeiro lugar, a relação de complementariedade entre os textos normativos, na medida em que a inovação legislativa da LAI segue uma tendência de tipificação de condutas ímprobas ao longo de textos legais específicos, diversos daqueles elencados na Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo do Estatuto da Cidade (art. 52) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (art. 85).

São atos de improbidade administrativa aquelas condutas previstas no art. 7º, §4º, da LAI, consistentes na negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada, e as dos incisos do art. 32 da LAI, quais sejam: I) recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II) utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III) agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV) divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V) impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI) ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII) destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

Há uma relação de complementariedade, e não de exclusão, por sua especialidade. A previsão da LAI acaba por se transformar em norma de apoio ao aplicador do direito, sem excluir os atos de improbidade já consagrados da Lei de Improbidade Administrativa.

Em segundo lugar, sobre a aplicação das sanções correspondentes às condutas constitutivas de improbidade, a Lei de Acesso à Informação não as definiu, razão de depender da interpretação conjugada com a Lei nº 8.429/1992, especialmente com a previsão do seu art. 12, que define as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, conforme as modalidades de comportamento (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração). Não se pode concluir antecipadamente, em juízo abstrato da LAI, que as condutas por ela consideradas como atos de improbidade são as que atentam contra os princípios da administração pública, pois em determinadas hipóteses, podem importar em enriquecimento ilícito ou causar prejuízos ao erário.

Em terceiro lugar, a exigibilidade de dolo ou culpa na conformação do ato de improbidade administrativa vai depender de duas variáveis. Se a hipótese elencada no art. 32 da LAI exige expressamente a vontade de produzir o resultado ímprobo, na modalidade dolosa, tal como o fez os incisos I, III, V, e VI ou na conformidade da classificação do comportamento enquanto enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração, os quais exigem o comportamento doloso entre todas as possíveis classificações e culposo exclusivamente na lesão ao erário.

Por último, em quarto lugar, as condutas ímprobas relacionadas às transparências ativa e passiva. Não resta qualquer dúvida quanto a responsabilidade por improbidade administrativa do que resulta a transparência passiva, enquanto dever de informar em atendimento à solicitação do cidadão. A problemática encontra-se na transparência ativa, uma vez que, e.g. a constatação da inexistência de sítios oficiais na rede mundial de computadores (internet), conforme exigido no art. 8º, §2º, da LAI, poderia resultar na responsabilização por ato de improbidade administrativa, no comportamento de recusar a fornecer informação requerida, combinada com a negativa de publicidade aos atos oficiais (art. 11, IV, da Lei nº 8.429/1992). A atribuição de responsabilidade ao gestor público que deixe de garantir, mediante a implementação da organização e procedimento da estrutura exigida pela LAI, pode representar um novo panorama de atuação institucional e de eficiência na concretização do direito fundamental.

O papel do Ministério Público compõe dois grandes desafios quando compreendida a dupla função que o direito fundamental de acesso à informação pública desafia (defesa e prestação).

O primeiro desafio consistente no enfrentamento da função de organização e procedimento, impondo aplicação de recursos orçamentários de criação e manutenção do seu complexo, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política pública, a incluir a instauração de inquéritos civis, para celebração de termos de ajuste de conduta, expedição de recomendações e na propositura de ações civis públicas.

O segundo desafio institucional, no uso das ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/1992, em conjunto com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, enquanto enfrentamento da função de defesa, que impõe ao Estado um dever de abstenção ou de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo caracterizada no impedimento da divulgação de informação pessoal ou sigilosa, e criação de obstáculos ou negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública.

A conjugação de esforços institucionais pelo Ministério Público brasileiro que favoreça ao mesmo tempo a busca pela estruturação da organização e do procedimento no modelo legal proposto pela Lei de Acesso à Informação, na garantia do acesso à informação pública e de resguardo do segredo nas hipóteses constitucionais, em conjunto, principalmente com medidas de responsabilização por atos de improbidade administrativa, compõe os novos desafios da instituição tendentes à concretização do direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993. p. 430.

BIZERRA, André Luiz Villagelim. *Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança*. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada: art. 1º a 107*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DO VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores (e-book)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREITAS, Juarez. O princípio da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 48, p. 5.078, fev. 2005.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

JARDIM, José Maria. *Transparência e opacidade informacional do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: UFF, 1999.

LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman; SOARES, Rodrigo. *Accountability and corruption: political institutions matter*. *Economics & Politics*, v. 17, n. 1, 2005.

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

_____. *Probidade administrativa*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. Como fazer transparente a administração pública: mecanismos de controle popular. In: *Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte*. São Paulo: OAB-SP, 1988.

LIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.

SANSON, Vanessa de Toledo Costa. *O direito fundamental à informação: a cidadania e o direito a ser informado*. Dissertação (Mestrado em Direito). UNIFIEO, Osasco, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (eds.) *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London, Lynne Rienner Publishers. 1999.