

Uma visão da relação Estado e sociedade pela análise das Leis de Transparência na América do Sul (Brasil, Venezuela e Chile):similaridades, divergências.

Edyvar de Mattos GUIMARÃES¹

Este trabalho analisa a legislação de transparência em países da América Latina, a saber Brasil, Venezuela e Chile, reconhecendo essa política como importante instrumento na definição de mecanismos de *accountability*.

Accountability remete à necessidade de controle dos governos e dos representantes no Estado democrático moderno. Os mandatos representativos estabelecem relações da sociedade com o Estado que necessitam de um dispositivo que permita estabelecer uma verificação nos propósitos e objetivos das ações dos que estão destinados a nos representar. O mecanismo é do tipo que aplica sanção na atuação daquele que se submete a uma eleição – no mínimo com a perda dos votos e a consequente não reeleição. É o que os autores denominam de responsabilidade cobrada verticalmente ou *accountability* vertical. Em outro aspecto, a *accountability* pode ser denominada de horizontal ao tratar de instituições que fiscalizam e atuam entre si e a administração pública; são instituições que concorrem entre si em suas competências, atribuindo sanções, punições, e atuam na verificação da execução das políticas públicas. Ou, ainda, a *accountability* societal em que parte da sociedade organizada fora do âmbito público exercita o seu direito de cobrar da administração, dos eleitos e dos que exercem posições públicas de gestão de recursos. Novas ferramentas são disponibilizadas para o exercício do controle social sobre a aplicação de recursos públicos. Controle social como parte da *accountability* societal. Há uma relação de *accountability* entre os poderes, entre órgãos da administração e entre a sociedade e esses entes. Assim, *accountability* é algo além de cobrar a responsabilidade do eleito, do representante e sua relação com os eleitores, ou de uma instituição pública e seu funcionamento dentro de parâmetros definidos; vai além disso, estabelecendo a ligação entre a sociedade e a estrutura público-burocrática de Estado. Torna-se, dessa forma, necessária às condições de existência de um Estado democrático de direito. Um grupo liderando, defendendo posições, usando o Estado para esta finalidade e, por mecanismos de *accountability*, garantindo que sua atuação esteja em conformidade com o interesse dos liderados. Da mesma forma, garante que a atuação dos órgãos e entes públicos se dê dentro de parâmetros especificados, em

¹ Mestre (UVV – Universidade Vila Velha) e doutorando em Sociologia Política, UENF (Universidade do Norte Fluminense Darcy Ribeiro). End. eletrônico: guimarvix@hotmail.com.

todos os níveis, pela fiscalização dos órgãos horizontais de controle, capazes de reparar, prevenir ou punir.

HA (*horizontal accountability*) refers to a subset of these interactions. It deals exclusively with those that share a common characteristic: they are undertaken by a state agency with the explicit purpose of preventing, cancelling, redressing and/or punishing actions (or eventually non-actions) by another state agency that are deemed unlawful, whether on grounds of encroachment or of corruption. (O'DONNELL, ..., p. 35).²

Em nossa pesquisa buscamos conhecer como se dá essa interação sociedade civil e Estado e até onde e como, nesse panorama de instrumentos à sua disposição, aos indivíduos se permite influir, atuar nos orçamentos e na execução de políticas públicas, visando ampliar a participação da sociedade e torná-la mais qualificada. A sociedade está numa contraposição ao Estado na forma como a entendemos neste assunto. É o âmbito dos conflitos onde o Estado entra para buscar e dar soluções. Sejam conflitos ideológicos, sociais e políticos (BOBBIO, 1998). Como se fosse possível distinguir Estado e sociedade como esferas distintas, apesar de sua intensa comunicação. É necessário, para análise do tema *accountability*, entender a sociedade como algo que pode influir no Estado, não sendo parte direta dele ou mesmo não sendo confundido com ele.

Na contextualização inicial, apresentamos uma breve discussão sobre democracia e seus modelos e como são considerados pelos autores mais recentes, as questões envolvidas, e introduzimos o tema da *accountability* de forma a posicionar a questão da transparência no âmbito da resposta dos governos democráticos – ou ditos assim - à sociedade civil e que pode ser determinante na sua capacidade de influir em questões de políticas públicas. Na abertura deste texto, onde esclarecemos a metodologia aplicada neste trabalho, introduzimos o tema Transparência e suas definições. Na segunda parte do texto abordamos a legislação dos países da amostra e ao final tecemos considerações que registram nosso entendimento sobre o assunto bem como as anotações de divergência entre os textos legais, os elementos que os diferenciam, e que podem apontar estratégias de enfrentamento à questão.

²HA (*accountabilityhorizontal*) refere-se a um conjunto de interações. Trata exclusivamente daqueles que compartilham uma característica comum: eles estão na competência de uma agência estatal com a finalidade explícita de prevenir, anular, redirecionar e/ou punir ações (ou eventualmente omissões) de outra agência estatal que parece agir ilegalmente, tanto a níveis de ações impedidas – transgredindo, invadindo - ou de corrupção (tradução nossa).

1. Trnsparência, acesso a informação e democracia

Na busca de conhecer as formas de relacionamento Estado e sociedade e, em particular, de suas relações por meio da transparência ativa e /ou passiva como aspecto de *accountability*, optamos por comparar a legislação de três países da América do Sul que se confrontam com a exigência de fornecer aos seus cidadãos os meios de promover o controle social das atividades governamentais no que concerne ao uso do dinheiro público e sua aplicação. Neste estudo, a transparência é definida como dar publicidade às informações retidas, tornando-as do conhecimento de todos, de forma inteligível, com clareza, exatidão e completude. A transparência nas informações inerentes à administração pública, inerentes à essa atividade do Estado na gestão de recursos com interesse coletivo, tem dois aspectos fundamentais para caracterizá-la: o primeiro deles é que a informação é transparente quando podemos compreendê-la, que seja de tal forma que um indivíduo de conhecimento médio seja capaz de apreender. Por suas características, a informação transparente é aquela que tem visibilidade – passível de ser vista, encontrada, localizada – que seja clara. Nos referimos a um espelho como turvo se não nos vemos com a clareza necessária. Da mesma forma, a informação transparente precisa ser visivelmente clara. O outro, e não menos importante, é que seja utilizável, que seja capaz de produzir nova informação a partir de inferências, que tenha, portanto, qualidade informativa.

To be visible, information must be reasonably complete and found with relative ease. [...]

Transparency is about information, and if information is not visible than the first and primary meaning of the parent-word, “transparent” — having to do with light and visual properties— loses its relevance. Just because something is public does not mean it is visible. (grifo nosso). To be visible, information must reflect a high degree of completeness. “Poor *visibility*,” means that we are not seeing a complete picture.(BERSCH, MICHENCER, 2011, p. 9).³

As possibilidades de acesso à informação podem se dar por um procedimento que concede acesso imediato, direto, a partir de uma ação proativa da administração

³Para ser visível, a informação deve ser razoavelmente completa e possível de ser encontrada com facilidade. {...} Transparência diz respeito a informação, e se a informação não é visível – o primeiro e mais importante significado da palavra-mãe transparência cujo significado tem a ver com a luz e suas propriedades – perde sua relevância. Porque se algo é público não significa que é visível. Para ser visível, a informação deve refletir um alto grau de completude. “Visibilidade pobre”, significa que não podemos ver um quadro completamente (tradução livre, nossa).

pública, o que denominamos de transparência ativa, ou, como usaremos neste trabalho, de uma forma passiva, onde a administração precisa ser solicitada, requerida, para que se manifeste fornecendo o que se pede. Dessa forma, temos dois aspectos de uma mesma regra: a transparência pode ser ativa ou passiva.

Com essas definições, a análise dos textos legais está centrada em alguns pontos relevantes: a legislação existente, as definições de informação pública (e, conseqüentemente, o que é secreto ou o que é reservado), os prazos para atendimento das solicitações, os órgãos governamentais aos quais a lei se aplica, a forma como se dá o direito de acesso do cidadão às informações públicas, os órgãos recursais – caso existam.

Buscamos identificar, em cada país, a legislação que se aplica à transparência passiva – Lei de Acesso à Informação, no Brasil – e as formas como é legislado o acesso do cidadão às informações públicas. Procuramos fazer a análise de um ponto de vista não-jurídico (sem atentar para os rigores das definições legais), mas buscando, sim, identificar, do ponto de vista da relação do Estado com o indivíduo, até onde esse direito de acesso à informação pública está garantido de forma semelhante pelas legislações (e quais são suas diferenças merecedoras de destaque).

A escolha dos países integrantes da comparação proposta foi efetivada usando dois critérios determinantes: o primeiro foi o “Index” de corrupção da Transparency International (TI). Um dos países é considerado “all clear” nesse index – Chile; o segundo está no meio da tabela, Brasil; e o terceiro é o último colocado, a Venezuela.

Transparency International (TI) mede a percepção da corrupção utilizando metodologia que combina dados de diversas fontes com as percepções de empresários e especialistas de vários países em relação ao nível de corrupção no setor público em cada país. São dados com metodologias confiáveis e válidas que determinam uma pontuação e uma escala, gerados por instituições acreditáveis, confiáveis, e cuja coleta/quantificação se repita periodicamente. Neste ano, que usamos para definir nossa amostra, 2015, foram utilizados dados de 12 fontes diversas de 11 instituições distintas. Estão incluídos no Índice 168 países e territórios. Estes dados foram tratados numa escala de 0 a 100, onde zero é o nível mais alto de percepção da corrupção e cem o menor índice de percepção. Para incluir um país no IPC - o índice de percepção da corrupção - são necessárias pelo menos três fontes que avaliem o país em questão.

Transparency International se define como um movimento global que compartilha a visão de um mundo no qual governos, negócios, sociedade civil e a vida diária das pessoas esteja livre da corrupção. Em 1993, um pequeno grupo decidiu criar uma organização contra a corrupção que promova, em todo o mundo, a transparência, *accountability* e a integridade em todos os níveis e todos os setores da sociedade. O secretariado da organização está sediado em Berlim, onde se estabeleceu logo após a reunificação das Alemanhas. Hoje, atua em parceria em mais de cem países.⁴

O Brasil é uma escolha obrigatória para que possamos ter um estudo diretamente ligado ao nosso objeto do doutorado e que venha a contribuir na análise da *accountability* horizontal no nosso país. Como ele está no Index na posição 76/167 – no “meio” – foi fácil nos definirmos pelas outras duas pontas: o “primeiro” e o “último”.

O segundo escolhido para fazer parte da amostra é o Chile que aparece na posição 23/167 e o segundo na América do Sul, atrás apenas do Uruguai. A escolha também levou em conta algumas características econômicas e, por isso, o Chile foi o definido e não o Uruguai, o que esclarecemos no parágrafo seguinte. O terceiro selecionado é a Venezuela (158/167 - posição no Index) e que está em último lugar entre os países sul-americanos.

O segundo critério, utilizado para consolidar a definição e a comparação da situação da legislação entre os países, foram as questões econômicas e políticas que assinalaram perfis próprios a estes países. O Chile adotou as reformas neoliberais ainda na década de 70 e o Brasil e a Venezuela optaram por modelos de forte viés social.

Assim, nossa amostra, Brasil, Chile e Venezuela, está caracterizada por seu posicionamento no Index de percepção da corrupção bem como por suas perspectivas histórico-econômicas recentes, a partir dos movimentos que se realizaram nas últimas décadas: o Brasil com a Constituinte de 1988 e a eleição de um governo com preocupações sociais – a partir de 2004 - assim como a Venezuela e sua revolução bolivariana, cujo objetivo é um “novo socialismo” (com Hugo Chaves) ao fim do século XX e início do novo.

Quanto à legislação específica da transparência passiva, o Brasil aprovou a sua em 2008, com vigência a partir de 2009. Por outro lado, ao estudarmos a Venezuela, identificamos que sua legislação ainda não existe na data da composição deste trabalho,

⁴Disponível em <<https://www.transparency.org/about/>>, acessado em 06 de agosto de 2016.

em agosto de 2016, mas está em debate na Assembleia Nacional⁵ (é este texto, que tramita no parlamento venezuelano, que será objeto da análise em conjunto com a lei chilena e brasileira no âmbito deste artigo).

A construção de uma sociedade democrática e participativa requer alguns elementos necessários, obrigatórios, que devem garantir à relação Estado e sociedade civil um resultado com eficácia e eficiência na obtenção dos seus objetivos comuns. Em um dos lados dessa moeda, encontramos a obrigatoriedade do gestor de recursos públicos de prestar contas do que faz. É o Estado colocando-se ao nível da sociedade civil do ponto de vista de informações e elementos que permitam o debate e a influência sobre as decisões para que se possa exercitar com eficiência o outro lado da mesma moeda: o controle social. São dois elementos indissociáveis, a obrigação de um lado e o direito do outro, realizando olhares diferentes sobre as mesmas contas públicas. Espera-se uma relação virtuosa da administração pública com seus cidadãos de forma a ter rigor sobre as despesas e sobre os destinos dos recursos públicos.

2.Accountability e controle social: instrumentos da sociedade civil na relação com o estado

Em face do distanciamento daqueles que detêm o poder, as elites que governam, seja no modelo referenciado de contestação de Dahl ou na ênfase no método como quer Shumpeter, impõe-se a obrigatoriedade de construção de mecanismos que propiciem a intervenção direta e, se não possível, pelo menos a influência dos interessados sobre as orientações dos que governam. Um desses mecanismos é a *accountability* como necessidade de oferecer aos governados condições para que, conhecendo o processo, possam modificá-lo, alterá-lo, garantindo assim seu objetivo de eficiência e eficácia no atendimento de suas necessidades. São modos diversos de punir e premiar: a *accountability* vertical – prestação de contas e submissão ao processo eleitoral com a “punição” do representante pela sua não recondução à essa condição – e a *accountability* horizontal em que o Estado, por seus órgãos constituídos, realizam intervenções de controle uns sobre os outros (O’DONNEL, 2005).

⁵Curiosamente, a legislação do Estado de Merida – de 2009 - está assinada pelo então governador Henrique Capriles Radonski, candidato duas vezes derrotado à presidência, a última em abril de 2013.

Accountability é o jeito que encontramos para aproximar democracia representativa e a necessidade de se exigir coerência do representante. É preciso exercer sobre ele alguma espécie de cobrança, de controle sobre suas decisões. Curioso lembrar que neste espaço particular da democracia participamos sem decidir. O controle é que nos irá garantir algum grau de deliberação, ou pelo menos, permitir que influenciemos as decisões.

A *accountability* tem maior significado nos governos ditos populares haja vista que essa relação de informação e assentimento às bases pode ser dificultada pela multivariada de decisões a que se submete o representante sem que a cada momento, a cada assunto em discussão no processo decisório, seja necessário ouvir o seu representado.

Nesse conceito da capacidade de oferecer respostas à sociedade, a *accountability* deve ser entendida como uma forma de aplicar penalidades, sanções, aos representantes (O'DONNEL, 2005).

A descrença na gestão de recursos pela administração pública pode por em questão a própria legitimidade da existência do Estado. Legitimidade entendida aqui como a crença, a verdadeira “fé” que os cidadãos possuem na justificação de existência do Estado, princípio da dominação racional-legal weberiana. Legitimidade decorre da percepção que temos da instituição “justa”, imbuídos de atender nossos reclames, providenciar a atenção de nossas necessidades. Rompida a legitimidade, o Estado se vê em graves consequências frente a crise estabelecida com a sociedade e o descrédito da base racional-legal (WEBER, 1999).

3. Leis de Acesso à informação em análise comparada

Os textos legais referentes à política de acesso à informação para a análise comparada são os que se seguem:

BRASIL: Lei de Acesso à Informação – LAI, lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.

CHILE: Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, lei 20.285, de 20 de agosto de 2008, vigente a partir de abril de 2009, conhecida como “Ley de Transparencia” (com modificações, vigente a partir de 05/01/2016).

VENEZUELA: Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública. Projeto de lei em discussão na Assembleia Nacional, aprovado em primeira discussão em 03 de março de 2016⁶.

3.1.A definição de Informação Pública nos textos legais de nossa amostra

A lei chilena e o projeto venezuelano explicitam a característica pública da informação como sendo aquela que está na posse da administração pública. Para o caso brasileiro, a definição é de informação: são “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL.Lei 12.527, 2011). Mas essa é uma definição que se aplica à informação de qualquer espécie. E não aquela que pretendemos que seja pública, de caráter sujeito ao conhecimento de todos e que, desta forma, usada como ferramenta e instrumento de decisão, possa vir a contribuir para o aprimoramento da gestão.

Vejam os que diz a lei chilena: é pública “qualquer informação com finalidade pública, em poder dos órgãos da administração pública, independente do suporte que a contenha, a menos que esteja gravada como secreto ou reservado, por lei⁷. Estão incluídos atos, resoluções, da administração pública, seus fundamentos e documentos utilizados para sua fundamentação” (CHILE. Ley 20.285, 2008). E no projeto venezuelano identificamos a finalidade pública daquela em poder dos órgãos da

⁶Ressaltamos que, em se tratando de projeto de lei, muito poderá ser alterado durante sua tramitação no parlamento venezuelano sendo seu texto final uma incógnita que dependerá das relações de poder existentes durante sua votação/aprovação. A análise do texto deve levar em conta essa ressalva.

Optamos por manter a Venezuela para justificar e manter a coerência nos critérios definidos para nossa amostra. O fato desse país ainda não ter – até a data de elaboração deste artigo – uma lei que contemple a transparência passiva, já é um indicador importante para o objetivo fundamental de comparação das legislações dando a conhecer o panorama da transparência e o seu respectivo alcance no âmbito deste trabalho.

Notícia da Assembleia Nacional, em 14 de abril de 2016, informa que “fue instalada la Comisión Mixta integrada por las Comisiones de Finanzas, Medios y Contraloría de la Asamblea Nacional (AN), presidida por el segundo vicepresidente del Parlamento, diputado Simón Calzadilla, la cual se encargará del estudio, consulta y elaboración del informe para la segunda discusión del Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública”.

(disponível em <in <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/14960>>, acessado em Agosto de 2016).

⁷A cláusula de reserva ou de segredo imposta por meio de lei específica, de quórum qualificado, manterá esse aspecto até que outra lei – de mesmo quórum qualificado - a modifique (artículo 21, item 5: “Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.” Veja o artigo 22, no cáput: “Los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán esse carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación”. (CHILE. Ley 20.285, 2008).

administração pública: “Informação pública é toda informação que está na gestão, na posse ou na administração dos sujeitos obrigados por essa lei, como consequência do exercício de suas atribuições, sem importar sua origem. Não importa em que meio esteja contida ou armazenada, pode ser: documentos, fotografias, gravações, suporte magnético, digital, sonoro, visual, eletrônico, informático, holográfico ou em qualquer meio existente ou que venha a ser criado” (VENEZUELA, 2016). Há um destaque para a informação que está na posse da administração como consequência da sua característica de gestão da coisa pública.

Pela leitura dos artigos de forma conjunta e interpretando a lei em sua totalidade está claro que a lei de transparência brasileira – a LAI – se destina ao acesso de informações públicas. É o que se entende ao considerarmos uma hermenêutica que leva em conta o espírito do que foi legislado. Entretanto, a expressão “informação pública” só surge ao longo do texto (precisamente no artigo 9º), sem prévia definição.

Ressaltamos, do projeto venezuelano, o interesse em listar os meios onde estão armazenadas as informações de forma exaustiva: documentos, fotografias, gravações, suporte magnético, digital, sonoro, visual, eletrônico, informático, holográfico ou em qualquer meio existente ou que venha a ser criado. Também cita, exaustivamente, as diferentes formas de divulgação e ou publicidade de atos administrativos que originam a informação: expedientes, relatórios, estudos, atas, resoluções, ofícios, correspondência, acordos, diretrizes, circulares, contratações públicas, contratos, convênios, instruções, notas, memorandos, estatísticas, alianças estratégicas, atas constitutivas ou qualquer outro documento sem importar sua fonte. Pelo excesso descritivo da citação, guarda um interesse em inviabilizar possíveis reações com argumentações que visam impedir a divulgação de informações por meio dos órgãos governamentais.

O texto inclui determinação para que as autoridades estejam obrigadas a facilitar a tradução de informação em outros idiomas – que não o castellano – reconhecidos pela Constituição venezuelana⁸, desde que assim o seja requerido.

3.2. Os organismos, órgãos, entes e poderes que estão sujeitos à lei

⁸A Constituição venezuelana declara: “artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.” (VENEZUELA, 1999).

A lei brasileira se aplica a todos os órgãos integrantes da administração direta e indireta, dos três poderes da República – legislativo, judiciário e executivo – e em todos os níveis da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Inclusive as Cortes de Contas e os órgãos integrantes do Ministério Público. Também estão incluídas as entidades privadas que recebam recursos públicos – diretamente do orçamento ou via subvenções ou outras formas – para realização de ações de interesse público. Mas o sistema não é único, no sentido de que há um sistema recursal para cada poder da República e dos entes federados. Diz a lei da transparência nacional que o sistema de recursos se aplica ao “poder executivo federal”, o que exclui e estabelece a necessidade de que sejam criados outros sistemas recursais. Assim, nos Estados da federação teremos um sistema de recursos e em cada município brasileiro será necessário criar o seu próprio sistema. Os Estados e municípios terão suas próprias leis de transparência e precisarão regulamentá-las, cada um à sua maneira, respeitando o texto federal, no que couber.

No caso chileno, a lei estabelece que há órgãos que são fiscalizados pelo Conselho de Transparência (v. item 7) e outros que são fiscalizados por outros órgãos e que tem um regime especial de disponibilização da informação. São fiscalizados pelo Conselho: Ministérios, “Intendencias”, “Gobernaciones”⁹, Governos regionais, Municipalidades, Forças armadas e as forças de ordem e segurança pública, Universidades públicas, serviços públicos de saúde. Outros órgãos têm regime especial para entrega e publicação de informações e não são fiscalizados pelo Conselho de Transparência: Controladoria Geral da República, Banco Central, Ministério Público, Tribunal Constitucional e Justiça Eleitoral. Também se incluem, “entre as disposições que esta lei expressamente assinale”, as empresas públicas e as sociedades em que haja participação do Estado maior que 50%.

Na Venezuela, a lei se aplicará a todos os órgãos do poder público nacional: executivo, legislativo, judiciário, cidadão¹⁰ e eleitoral, estadual e municipal.

⁹Gobernaciones: “En cada provincia existirá una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente” (art. 105 da Constituição chilena). É o Governo da província – unidade sub-regional – cujo governador é nomeado pelo Presidente da República.

A entidade subnacional é a Região, cujo titular da administração é o Intendente, também de nomeação do Presidente da República. A municipalidade é a administração das “Comunas” (com territorialidade que o assemelha aos nossos municípios) e está a cargo de um Alcalde e um Conselho (art. 107 da CC), eleitos diretamente. (CHILE, 1980).

Ou seja, o artigo da lei inclui, entre aqueles que são fiscalizados pelo Conselho de Transparência, todas as diversas formas de organização administrativa subnacional chilena.

¹⁰A Constituição venezuelana estabelece que o Poder público nacional está dividido em 5 poderes.

Associações, fundações, pessoas jurídicas de direito privado, organizações da sociedade civil e entidades organizadas sem personalidade jurídica que administrem ou estejam encarregadas de bens ou serviços públicos ou que tenham finalidade pública e mantenham formas de acordo com instituições públicas ou internacionais. Pessoas jurídicas de direito privado que realizem gestões públicas ou se financiem com recursos públicos em mais de 10% de seu patrimônio; empresas ou outras pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público por delegação ou concessão; as organizações com fins políticos nacionais ou regionais com fins eleitorais. E outros órgãos e entidades citados em diversas leis: os conselhos comunais¹¹, as Comunas e todas aquelas organizações de carácter comunitário que por qualquer forma legal atuem sobre serviços ou na aplicação de recursos públicos.

E a lei finaliza: “En general, todas las instituciones, órganos y entidades, personas jurídicas estatales de derecho público o de derecho privado, en las cuales de alguna manera tenga participación el Estado, o de cualquier forma participen en la gestión pública, o reciban y administren fondos públicos”.

3.3 Os meios possíveis de serem utilizados por quem solicitar a informação pública em poder da administração

“Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

E o poder cidadão está definido no artigo 273:

“Artículo 273. El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por períodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida. El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable. Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica”. (VENEZUELA, 1999).

¹¹ Os conselhos comunais aqui referidos são as organizações sociais que recebem recursos diretamente do governo central venezuelano e que fariam a transição da democracia representativa para democracia participativa em uma nova forma de organização administrativa infranacional e submunicipal.

Da Ley Orgánica de los Consejos Comunales, 2009: “Artículo 2. Los consejos comunales en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, son instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos y ciudadanas, que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social”. (VENEZUELA, 2016).

A característica comum que informa a todas as leis é a facilitação, é a proposição de tornar simples, de fácil consecução, o acesso à informação pública. Assim, todas ressaltam a possibilidade de utilizar a forma mais econômica e mais acessível à disposição de cada interessado para formular o pedido de informação.

O Chile destaca em sua lei que pode ser utilizado um formulário próprio, por via eletrônica, direto nos sites (p.ex., das municipalidades), ou no portal da transparência (no caso do governo central). O Brasil também é flexível, admitindo qualquer meio legítimo incluindo a utilização de sites oficiais na internet. No projeto venezuelano, com sua elasticidade característica de projeto que ainda será discutido, a solicitação pode ser apresentada por meio escrito, eletrônico, verbalmente, por telefone ou qualquer meio análogo.

3.4 As exigências da lei para que se possa fazer uma solicitação

As leis de transparência analisadas estão informadas por princípios e alguns deles aparecem em todas mesmo que com outra denominação (v. o item9). Especialmente quanto às exigências ao solicitante para formular seu pedido, ressalta, nas três, o impedimento da administração de exigir motivação quanto à solicitação. Aquele que pergunta não precisa, em nenhum dos países analisados, apresentar uma explicação ou comprometer-se com qualquer aspecto ligado à utilização que fará da informação. Em nenhum caso há possibilidade de exigir qualquer fundamento para a pergunta que não seja apenas a base na lei de transparência de cada país. O princípio é o da não motivação, da não exigência de causa para a solicitação. A administração não pode fazer exigências que inviabilizem a solicitação.

A lei brasileira, ao referir-se ao “interessado” (ao nominar aqueles que podem solicitar uma informação à administração) permite um amplo entendimento de quem é a pessoa apta a solicitar informação pública: sequer precisa ser brasileiro, pode ser um estrangeiro, domiciliado ou não no nosso país; pode mesmo ser um menor de idade, por exemplo.

O projeto de lei venezuelano estabeleça possibilidade de não haver identificação de quem solicita, assinalando que não haverá a necessidade de proceder a identificação ao peticionário (“no seranecesario que en la solicitud de información se identifique ante el peticionario”).

Do projeto de lei venezuelano, ainda, destacamos: para a solicitação não se exigirá qualquer formalidade; é proibido requerer motivação ou justificção para o exercício deste direito ou mesmo mostrar interesse legítimo; a solicitação deverá conter meio preferido para resposta e, caso não indique a forma, deverá ser feita pela que represente menor custo para a autoridade pública.

Salientamos apenas que a lei chilena estabeleceu um prazo, sem que signifique qualquer distinção relevante em relação às demais, para que caso falte um dos itens a seguir, o órgão pedirá que complete no prazo de cinco dias. É necessário que o pedido de informação contenha: a identificação de quem solicita, mas sem definir a causa ou expor o motivo; se for uma organização, deve identificar o responsável com a organização; identificar claramente a informação solicitada; o órgão a que se dirige o pedido; a assinatura do solicitante, que pode ser eletrônica (*“firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado”*).¹²

3.5.Os prazos para o atendimento da solicitação

No Brasil são 20 (vinte) dias corridos enquanto no Chile está referido aos 20 (vinte) dias “hábeis”. Em ambos os casos o prazo pode ser prorrogado por dez dias. No Brasil a prorrogação se dá em dias corridos e no Chile, em dias hábeis. Em ambos, a prorrogação precisa ser devidamente fundamentada e essas alegações que motivam a prorrogação devem ser informadas ao solicitante.

No projeto de lei venezuelano, o prazo para resposta se refere a 8 dias “hábeis”¹³.

Existem casos exaustivos listados no projeto de lei que permitem alteração no prazo de resposta: se a instituição não detém a informação e o funcionário sabe qual a possui, deve encaminhar a solicitação ao órgão detentor da informação e isso deve ser informado ao solicitante em um prazo de 3 dias úteis; se a informação não está disponível, o ente ou organismo não está obrigado a produzir informação que não disponha e comunicará por escrito ao solicitante em 30 dias úteis; se os dados informados pelo solicitante não bastem para localizar os documentos ou sejam dados equivocados, o órgão poderá

¹²Fizemos um teste simples no site da Transparência Chilena e não nos foi exigido nada diferente do que é solicitado no site brasileiro (basta a assinatura eletrônica: a simples escrita do nome completo para identificar o remetente da mensagem eletrônica).

¹³ Dias “hábeis” – para os efeitos da lei, entende-se por “inhábiles” os sábados, domingos “y los festivos” (assemelha-se aos “dias úteis”).

requerer dentro de 10 dias úteis seguintes que o solicitante esclareça os pontos ou corrija os dados, e, neste caso, o pedido interrompe o prazo para resposta que se reiniciará logo que o solicitante responda.

3.6. Como recorrer em caso de negativa de acesso.

Quais são os casos nos quais, não satisfeito com a qualidade da resposta ou com a não existência de resposta, poderá o interessado recorrer? Esta é uma das questões mais relevantes nas leis de transparência haja vista que, negada a resposta ou fornecida de forma incompleta ou até incorreta, como poderá o interessado buscar uma autoridade que possa exigir da administração que forneça o que foi solicitado da forma mais aproximada do que deseja saber o requerente?

Excluindo-se os casos do sigilo previsto em lei e a proteção dada às informações de caráter pessoal (v. o item 8), todas as demais informações detidas ou produzidas pela administração pública são passíveis de conhecimento público. Caso sejam solicitadas e recebam como resposta a negativa de acesso, poderão ser recorridas a uma autoridade superior.

No Brasil, nos casos em que cabem recursos, estes devem ser submetidos em primeira instância à autoridade hierarquicamente superior à que negou o acesso. A autoridade terá um prazo de 5 (cinco) dias para se manifestar. Esses são os casos de negativa de acesso ou de não motivação da negativa de acesso.

Há previsão de quatro instâncias recursais com situações diferentes para que o pedido chegue até elas. De maneira geral, é possível recorrer: à autoridade superior à que proferiu a decisão; à autoridade máxima do órgão ou entidade; à Controladoria Geral da União (CGU); à Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

Os casos em se pode recorrer à CGU são aqueles em que a informação não é sigilosa mas teve seu acesso negado e, na decisão, não indica quem é a autoridade classificadora ou a quem se pode dirigir o recurso (hierarquicamente superior); outra possibilidade, quando não teve os procedimentos de classificação de sigilo observados; ou, ainda, foram descumpridos prazos ou procedimentos. Salientamos que “o recurso (...) somente poderá ser dirigido à Controladoria-Geral da União depois de submetido à apreciação de pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior àquela que exarou a decisão impugnada, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias”. (BRASIL, Lei 12.527,

2011). Os recursos podem ser feitos utilizando os mesmos meios utilizados no pedido original: por via eletrônica ou pessoalmente.

Por princípio constitucional brasileiro, não está excluído que qualquer caso de dificuldade na obtenção de informação pública venha a ser decidido pelo judiciário¹⁴.

Na lei chilena bem como no projeto de lei venezuelano, o recurso será ao Conselho da Transparência.

Diz o projeto de lei venezuelano, de forma bem detalhada, que qualquer pessoa pode recorrer ao Conselho, contra qualquer negativa de acesso, expressa ou tácita, ou do fornecimento de informação incompleta, falsa ou alterada. O prazo é bem extenso: um ano a partir da negativa de acesso ou entrega da informação incompleta, falsa ou alterada. E não exclui a possibilidade de recurso ao poder judiciário, o que está declarado explicitamente no texto legal.

O Chile garante que o recurso pode ser feito diretamente no site do Conselho; nas respectivas “gubernaciones provinciales”; por formulários de papel enviados, sem custo para o solicitante, para o Conselho da Transparência. O recurso pode ser apresentado, em Santiago – sede do Conselho – diretamente. Os recursos apresentados na respectiva “gubernación” serão transmitidos ao Conselho de imediato pelo meio mais expedito que dispuser. O prazo começará a contar da recepção pela “gubernación”.

A lei dos três países prevê que se motive o pedido de recurso explicitando as alegações. O caso previsto no projeto de lei venezuelano está dito de forma diferente mas é o mesmo caso que prevê a lei brasileira: tem que motivar a negativa por ser a informação reservada, indicando a autoridade do ato declaratório da classificação. E deve estar subscrito pelo seu superior hierárquico.

Quanto ao Chile, o legislador deixou explícito na lei que “la reclamación deberá señalar claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañarse de los medios de prueba que los acrediten, en su caso”. (CHILE. Lei 20.285, 2008). Estabeleceu prazo de 15 dias contado da notificação da negativa ou desde que expirado o prazo para entrega da informação para o recurso.

Há definição de prazos e procedimentos a serem seguidos pelo Conselho: dez dias úteis para os envolvidos apresentarem suas respostas e mais cinco dias úteis para que o Conselho decida quanto ao recurso – o prazo contará da data da audiência, caso tenha

¹⁴CF-1988, artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

sido marcada segundo discricionariedade atribuída ao Conselho quando a considere necessária para esclarecimentos.

Mantida a negativa de acesso pelo Conselho, caberá recurso à “Corte de Apelaciones¹⁵” do domicílio do reclamante. Aqui, como nas demais, está garantido o recurso ao poder Judiciário.

Os órgãos da administração não podem recorrer às Cortes de Apelação caso o Conselho outorgue acesso à informação inicialmente negada.

3.7.A previsão legal de um Conselho de Transparência.

A lei do Chile e o projeto venezuelano contemplam a existência de um único órgão que tem a incumbência de fiscalizar e fomentar a transparência, o que não é contemplado na lei brasileira.

A Controladoria Geral da União¹⁶, órgão responsável pelo controle interno do poder executivo federal, por força de decreto¹⁷ presidencial que regulamentou a Lei no 12.527, é o órgão competente para promover, monitorar, estabelecer procedimentos concernentes à lei de acesso, mas não compete ao órgão, por suas características de instituição típica de controle interno, fiscalizar sua implantação ou cumprimento.¹⁸

A lei 10.180, de 2001, que disciplina o sistema de controle interno do poder executivo federal, conferiu ao sistema a competência para “criar condições para o exercício do controle social sobre os programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União”, mais uma competência que chegou até a CGU por via da lei de sua criação, lei 10.683, de maio de 2003.

3.8. Definições de informações pessoais nos casos estudados

¹⁵Cortes de Apelaciones: é órgão do poder judiciário chileno (conforme está na Constituição chlena). Portanto, após o Conselho, resta recurso judicial. (CHILE, 1980).

¹⁶ A CGU é “típica agência anticorrupção do país, é o órgão encarregado de assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, e ouvidoria” (in “Histórico”, do site do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, disponível em <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>>, acessado em 02 de agosto de 2016).

¹⁷ Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012.

¹⁸ A CGU foi extinta pela Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, e sua competência foi transferida para o recém criado Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle na mesma medida provisória.

A lei chilena da transparência, quanto à definição e tratamento de dados pessoais, remete à lei específica que trata da proteção deste tipo de dados, lei 19.628¹⁹, e concede ao Conselho de Transparência a competência de zelar pelo cumprimento e respeito aos requisitos constantes daquela lei (“zelar pelo adequado cumprimento da lei 19.628, da proteção de dados de caráter pessoal, por parte dos órgãos da administração do Estado”²⁰).

O objetivo deste trabalho foi claramente definido como sendo a comparação entre leis de transparência dos países de nossa amostra. Caso enveredássemos pela análise da lei 19.628 haveríamos de ultrapassar os limites que nos propomos. Assim, embora alguns esclarecimentos sobre a lei estejam na nota de rodapé, optamos por comparar apenas a lei brasileira, e sua definição, com a contida no projeto venezuelano, sem deixar de evidenciar algumas diferenças mais flagrantes em relação à lei chilena. Destacamos que, em todas as três situações analisadas, há uma decisão de manter como informação confidencial aquelas que tenham caráter pessoal.

No Brasil, as informações são pessoais quando relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável e relativas à intimidade²¹, à vida privada²², à honra²³ e à imagem²⁴ das pessoas. Não é uma informação pública.

¹⁹ A Lei N° 19.628 enumera algumas definições importantes:

Dados de caráter pessoal ou dados pessoais: os relativos a qualquer informação concernente a pessoas naturais, identificadas ou identificáveis (essa também é a definição constante da LAI brasileira).

Datos sensíveis: são dados pessoais que se referem às características físicas ou morais, das pessoas ou a fatos ou circunstâncias de sua vida privada ou intimidade, tais como hábitos pessoais, a origem racial, as ideologias, e opiniões políticas, as crenças ou convicções religiosas, os estados de saúde físico ou psíquico e a vida sexual (em tudo semelhante ao que está na LAI, sob outra forma de descrição).

Titular dos dados é a pessoa natural a que se referem os dados de caráter pessoal.

Na lei específica, há proibição de tratar dados pessoais sensíveis, o que só poderia acontecer mediante consentimento expresso do titular do direito ou quando a lei expressamente autorize ou quando seja necessário para a determinação ou outorga de benefícios de saúde.

Existem categorias de dados pessoais nas definições da lei sujeitos a sigilo por força do segredo bancário, fiscal ou de filiação política.

A lei estabelece ainda que somente se pode acessar dados pessoais quando essa lei ou outras disposições legais o autorizem ou o titular consinta expressamente. É possível tratar, em algumas situações, dados pessoais com autorização legal.

(SALAZAR, 2016, p. 56).

²⁰ “Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

²¹ Intimidade: é a esfera secreta da vida do indivíduo. Toda pessoa tem em qualquer lugar em que se encontre. Tem a ver com seus gostos, suas concepções, seus problemas e desvios.

²² Vida privada: é a forma de externar sua intimidade, em particular. E sobre os membros de sua família, amigos. Na sua casa, por exemplo.

²³ Honra: sentimento íntimo de respeitabilidade, consciência de sua própria dignidade pessoal, a reputação.

²⁴ Imagem: figura física e material da pessoa, por pintura, televisão, fotografia, parcial ou completamente.

Não sendo pública, as informações pessoais estão protegidas pela lei, garantido seu sigilo pelo menos de forma limitada no tempo: a LAI declarou-as de acesso restrito, independentemente de classificação, pelo prazo de 100 anos²⁵. A informação pessoal não precisa de classificação. Ela por si só já tem declarada na lei sua característica de não ser uma informação pública. Há exceções descritas no texto legal que viabilizam sua divulgação antecipadamente ao termo final do prazo. Estes casos preveem a necessidade de autorização por seu titular para sua divulgação; prevê também o acesso por terceiros com consentimento expresso do titular; há situações previstas sem necessidade de consentimento expresso para casos de prevenção e diagnóstico médico.

O projeto em tramitação na Assembleia Nacional da Venezuela declara que a Informação pessoal é confidencial e, portanto, não está sujeita a publicidade. E define, explícita e detalhadamente, o que é informação pessoal: é a informação que se refere aos dados pessoais e cuja divulgação possam constituir uma invasão da intimidade e do entorno familiar; que tenha relação com aspectos médicos e psicológicos das pessoas; sua filiação política; crenças religiosas; orientação sexual; sua correspondência; suas conversas telefônicas ou outras mantidas por qualquer meio audiovisual ou eletrônico; também as informações relativas às crianças e adolescentes.

Existe a possibilidade de consentimento escrito e expresso para divulgação de terceiros, previsão contida na LAI e na lei de dados pessoais do Chile.

A reserva de confidencialidade das informações pessoais prevista no projeto de lei venezuelano não pode ser invocada quando se trate de investigações sobre violações a direitos fundamentais das pessoas ou a delitos de lesa humanidade. O acesso a essas informações, entretanto, exigirá a decisão de um tribunal.

3.9. Princípios informadores das leis de transparência passiva

Os princípios que informam o acesso à informação, pela via da transparência passiva, podem estar explícitos nas leis nacionais ou no projeto de lei analisados. São diretrizes que estabelecem com clareza limites da interpretação legal para o acesso às

(SILVA, 2005) (DERZEN, 2001).

²⁵ “terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem.” (BRASIL. Lei 12.527, 2011).

informações públicas, contribuindo para a transparência da administração. Mesmo quando não estão explícitos, estão no texto legal de outras formas, na maioria dos casos.

Ressalta, sem sombra de dúvida, a necessidade de compreender a importância que essa cultura de acesso alcançou nas definições contidas nos textos legais. São países sem grandes tradições de transparência em seus atos de gestão/administração por legado de sua trajetória político-administrativa recente de forte cunho autoritáriocaracterizada por segredos e sigilos. Dessa forma, relevante o entendimento de que a publicidade é preceito geral e sigilo é exceção. Este é o princípio comum a todos os textos. Traduz a mudança de paradigma na relação entre a sociedade e a administração do Estado (a burocracia que o coloca de pé). Encontrados com formatos diferentes, diversamente redigidos, mas guardando em profundidade a mesma máxima nos três textos analisados. No Chile, princípio da abertura ou da transparência (a informação é pública, a menos que esteja sujeita às exceções legais); na Venezuela, princípio da máxima publicidade (toda informação na posse dos órgãos sujeitos dessa lei, é pública – salvo as exceções previstas); este mesmo princípio determina que a informação seja disponibilizada de forma completa, fidedigna, oportuna e acessível e ainda, declara que o sigilo (“la reserva”) é exceção.

O princípio da não discriminação (a informação é garantida a qualquer pessoa sem distinções arbitrárias e sem necessidade de motivação ou expressão de causa do pedido). É o que analisamos mais detalhadamente no item 4, especialmente quanto às exigências ao solicitante para formular seu pedido, ressaltando, nos três casos objetos de estudo deste trabalho, o impedimento da administração de exigir motivação quanto à solicitação.

O princípio da gratuidade. A gratuidade do acesso à informação pública está incluída nos três casos estudados bem como a possibilidade de cobrar pelos custos de reprodução de documentos. Mesmo quando não declarados como princípios, explicitamente, surgem em todos os casos garantindo o acesso de forma gratuita e estabelecendo o ressarcimento apenas dos custos que excederem um valor razoável.

O acesso público e gratuito é integrante do espírito dessas leis: a informação pertence a todas as pessoas e o Estado deve garantir o acesso gratuito sendo possível a cobrança dos custos envolvidos na reprodução de documentos. A questão do custo a ser ressarcido, na proporcionalidade do seu excesso, é relevante haja vista que não cabe, em face da proeminência do interesse público, que a administração tenha gastos de valores

sensíveis atender uma petição. Esse gasto deve ter proporcionalidade com o interesse privado de forma a garantir também os custos em acordo com o interesse maior de economicidade da administração.

3.10 Diferenças entre informação sigilosa e informação pessoal: as informações passíveis de classificação.

Quais são as características das informações impedidas pelo Estado de serem acessadas pelo público, o administrado?

Estamos nos perguntando o que são informações que a administração classifica com o grau de sigilo cuja classificação não permite que seja amplamente divulgada. As legislações divergem em seus graus de classificação e, portanto, divergem na consideração sobre o que é inadequado a ser conhecido. Ressalta em todas a preocupação com a segurança do Estado e da sociedade.

Para a lei brasileira, sigilosa é uma informação pública que é submetida temporariamente à restrição de acesso em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado. Estão listadas na lei e são informações cuja divulgação possa pôr em risco a vida, a segurança, a saúde da população; a integridade do território nacional, planos e operações estratégicas das Forças Armadas; a estabilidade financeira, econômica ou monetária do país; relações internacionais; atividades de inteligência, bem como fiscalizações e investigações em andamento; projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico; a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras.

No caso brasileiro, a informação sigilosa poderá ser classificada em reservada, secreta e ultrassecreta.

Mesmo as informações pessoais, aquelas que a lei já denominou como não sendo informação pública, têm acesso restrito a agentes públicos autorizados e à pessoa a que elas se referem, independentemente de classificação, pelo prazo máximo de 100 anos. Neste espaço de tempo, estas informações somente poderão ser acessadas por agentes públicos ou pelo próprio titular da informação (v. item 8).

As cláusulas de reserva, da lei chilena, ressaltam que pode ser negado o acesso a informação, parcial ou total quando: essa informação possa afetar o cumprimento das funções do órgão (como no caso da persecução de um crime, ou se trate

de antecedentes necessários na defesa jurídica); dizem respeito à segurança, à saúde, à vida privada, ou direitos comerciais ou econômicos; possa afetar a segurança da nação quanto à defesa nacional ou à manutenção da ordem pública ou à segurança pública; possa afetar ao interesse nacional e, em especial, à saúde pública, às relações internacionais e interesses econômicos ou comerciais do país.

Há possibilidade de uma lei de quórum qualificado declarar dados ou informações como reservados ou secretos segundo causas previstas na constituição chilena (artigo 8º). Estes dados e informações permanecerão assim por tempo indeterminado até que uma lei de mesma categoria revogue a anterior (art. 22).

O artigo que declara as únicas causas de segredo ou reserva – e em cujo âmbito é possível negar o acesso parcial ou total à informação – guarda a possibilidade de negativa ao pedido que, por sua quantidade ou generalidade, sejam excessivos ou que exija ocupação dos funcionários retirando-os indevidamente das suas atribuições regulares na administração pública. Repetimos, da lei chilena, o artigo 21²⁶:

(...)

c) Tratando-se de requerimientos de carácter genérico, referente a un elevado número de atos administrativos ou de seus antecedentes ou que requiera distrair indevidamente aos funcionários do cumprimento regular de seus trabalhos habituais.(CHILE. Ley 20.285, 2008). (Tradução livre, nossa).

O projeto venezuelano proíbe o segredo de Estado. E a classificação da informação é exceção e sempre por prazo determinado.

Princípio inscrito na lei venezuelana leva em conta uma espécie de custo-benefício quanto à declaração de classificação de uma informação. Diz o princípio: a classificação de reservada, com a conseqüente redução do direito de acesso, deve ser informada pelo princípio de evitar que com a divulgação se cause dano maior que com sua classificação como reservada. O fato de estar explicitamente declarado no projeto de lei venezuelano e não estar nas leis chilena e brasileira, não significa que, nestas, o princípio não exista de forma implícita, informando o texto legal desses países.

²⁶“Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”.

As informações serão classificadas como reservadas quando: tratarem de segurança e defesa nacional (neste caso é classificado pelo Conselho de Defesa da Nação); relativas à negociações internacionais; relacionada ao poder de controle do Estado(exemplos: informações sobre processo de investigação, planos sobre operações policiais e de inteligência, segurança policial, entre outras); afete a segurança pessoal ou familiar (especialmente a colaboração de vítimas e testemunhas em investigações policiais); relacionada com patentes, direitos de autor e segredos comerciais.

Ressaltamos que o texto venezuelano, bem como a lei brasileira, não possuía possibilidade de cláusula de sigilo por prazo indeterminado.

3.11As informações passíveis de classificação em cada um dos textos analisados

Os prazos de classificação têm características bem diferentes nas situações sob nossa análise neste artigo.

No caso brasileiro, as informações serão classificadas em um dos três possíveis títulos determinados pela lei (a lei é taxativa o que impede que se criem novas classificações): ultrassecreta (por 25 anos); secreta (15 anos) e, como exemplo de menor impacto, a reservada (por 5 anos). Há uma hierarquia de autoridades que podem classificar as informações, iniciando no Presidente da República e seus ministros e chegando até a burocracia administrativa representada pelos ocupantes de cargos nas administrações direta e indireta.

Previsão de prorrogação, apenas uma vez, por período determinado não superior a vinte e cinco anos, limitado ao máximo de 50 anos o total do prazo, para a informação ultrassecreta, desde que ainda haja possibilidade, com sua divulgação, de ameaça externa à soberania nacional, à integridade do território nacional ou grave risco às relações internacionais do País.

Há prazo diferenciado para informações que coloque em risco a segurança do Presidente e do Vice (bem como de seus cônjuges e filhos).

A informação pode ser classificada por um prazo que se estenda até a ocorrência de um evento que defina o seu termo final (um exemplo atual é a possibilidade da classificação das informações referentes ao sistema de segurança para garantia da realização das Olimpíadas na cidade do Rio de Janeiro, em 2016, e que

poderiam ser assim mantidas apenas até o término da competição; ou as informações relativas ao sistema de segurança da Copa do Mundo realizada no Brasil, em 2014).

No Chile, a previsão legal é de classificação por 5 anos contados do ato de classificação, prorrogável por mais 5 anos, parcial ou totalmente, avaliado o perigo de dano que possa surgir do término do prazo e sua conseqüente divulgação.

Em algumas matérias tem caráter indefinido. O caráter secreto ou reservado será indefinido, quando se tratar de:

- atos ou documentos relativos à defesa nacional que estabeleçam a planificação militar ou estratégica e aqueles que possam afetar a integridade territorial do país, a interpretação ou cumprimento de um tratado internacional em matéria de limites, a defesa internacional dos direitos do Chile, a política exterior do país de forma grave.

O projeto venezuelano, como já comentamos anteriormente, contempla expressamente a proibição do segredo de Estado. O prazo em que uma informação permanecerá classificada é de 10 anos. E pode ter suspensa sua classificação antes de findo esse prazo conforme está expresso na lei: “(...) porém será acessível ao público se, antes de concluído o prazo, houverem cessado as causas que motivaram a reserva(...)”²⁷.

Apenas nos casos de informação classificada como reservada por questões de segurança nacional e, portanto, afeta às atribuições do Conselho de Defesa da Nação, não poderão ser desclassificadas senão pelo Conselho. Todas as demais poderão ser desclassificadas, a qualquer momento, pela Assembleia Nacional.

Considerações Finais

Na análise do texto brasileiro, identificamos a ausência de uma definição imediata, clara e objetiva da “informação pública” como fazem os demais.

Ao procurarmos uma justificativa para esse entendimento de forma ampla do sentido de “informação”, sem declarar nas definições que abrem o texto legal seu caráter de pública, observamos em algumas legislações municipais – que se assemelham à lei federal por serem elaboradas por simetria jurídica – uma preocupação com o que chamam de informação de interesse privado (uma distinção da informação de caráter público).

²⁷“(...) pero será accesible al público si, antes de concluido el plazo, hubieren cesado las causas que motivaron la reserva(...)”.

A lei federal garante que são mantidas todas as hipóteses legais de sigilo – bancário, fiscal e de segredo de justiça - previstos na legislação esparsa. As informações passíveis de publicidade são aquelas que não estão gravadas de sigilo, a partir de sua classificação, bem como as informações que a lei define como pessoais e que, por definição, não são públicas (por definição, restritas por 100 anos). Logo, resta pouco – ou nada – que tenha caráter privado e esteja na posse da administração pública e que pudesse ser fornecido.

Assim, apesar de não termos a definição explícita da “informação pública” no texto brasileiro temos, no conjunto da legislação disponível, elementos que garantem a disponibilidade apenas de informações em poder da administração que tenham este caráter.

Quanto aos requisitos para solicitar a informação pública em poder da administração, os três casos estudados dão bastante flexibilidade aos meios a serem empregados por quem deseja perguntar à administração pública com base na lei de transparência passiva. E todas dão ênfase ao uso da internet ressaltando a “via eletrônica”.

Em todos os casos, o princípio da não motivação do pedido de informação ressalta dos textos: a administração pública não pode exigir do solicitante qualquer motivo para requerer a informação ou qualquer indicação do que pretende fazer com ela.

É uma relação de confiança entre quem se apresenta na formulação da solicitação e a administração pública (aqui não se fala em cidadão e, no caso da lei brasileira, usa o termo “interessado” para ressaltar que não há quaisquer exigências maiores quanto à pessoa que solicita a informação). Entretanto, o fato de requerer a identificação mínima de quem requer implica numa relação de confiança e respeito da administração pública, notadamente em países que deixaram uma marca de desrespeito aos direitos individuais em sua história política recente e que, dessa forma, pretendem rever a postura autoritária da administração pública.

Pelo contrário do exposto acima, quanto à nova relação que se pretende estabelecer entre interessados e a administração, desfazendo sua feição autoritária, o anonimato previsto no anteprojeto venezuelano denota uma relação em que ainda não há segurança suficiente entre as partes para se apresentar diante da outra sem qualquer preocupação quanto à utilização que se pretende fazer da informação e a característica de desinteresse de conhecer quem solicita. É uma preocupação, exposta no texto, do

interessado ser reconhecido pelo Estado ao qual submete sua pergunta. Ao possibilitar o anonimato, há uma preocupação excessiva em relação ao Estado por considerar que o solicitante precisa ter a possibilidade de assegurar que não possa ser identificado.

A relação deve ser clara, de respeito, franca. Assim, não cabe uma relação anônima entre um Estado democrático sob o estrito império da lei. A possibilidade do anonimato existe apenas no projeto de lei venezuelano. Não existe essa possibilidade nas leis chilena e brasileira.

Os prazos para resposta ao pedido de informação se assemelham nas três possibilidades analisadas. O que destoa é a possibilidade de casos previstos no projeto de lei venezuelana que podem retardar o fornecimento da informação. Como se trata de projeto em discussão, poderá ser alterado durante o processo legislativo.

Em todas as legislações examinadas há possibilidade de negativa de resposta em face das informações solicitadas estarem cobertas, providas, impedidas por cláusula de sigilo (v. o item 10). E, em todas, há instâncias recursais que permitem a possibilidade de revisão da decisão.

As duas leis, bem como o projeto de lei venezuelano, contêm a possibilidade recursal quanto às respostas fornecidas e que não satisfaçam ao pedido formulado, bem como estabelecem condições para o recurso o que inclui a necessidade de anexar documentos que retratem as alegações formuladas nesta fase. Todas as leis facilitam o acesso ao recurso possibilitando que seja feito da forma mais econômica e acessível ao solicitante. E está garantido a possibilidade de recurso ao poder judiciário.

Um tema sensível, bastante relevante na estrutura dos textos que tratam de transparência passiva, é a definição de informações pessoais. No caso venezuelano é em tudo semelhante ao que está na legislação chilena (cuja lei de transparência remete à lei que protege esse tipo de dados, a lei 19.628), e, quanto à legislação brasileira, apesar da redação diferenciada, guarda o mesmo espírito da legislação latina comparada.

Uma novidade no texto venezuelano, que não aparece nos outros textos sob análise, diz respeito ao funcionário público e à possibilidade de suas informações pessoais serem disponibilizadas em sede de ação judicial. Não fica claro neste anteprojeto quem pode propor essa ação, mas se tratando de uma legislação aplicada a transparência, pensamos que está ligado à possibilidade do cidadão fazer a checagem da evolução patrimonial com vistas a uma possível verificação do enriquecimento ilícito de funcionários.

É uma exceção à garantia de confidencialidade das informações pessoais prevista no projeto de lei e que inclui os funcionários por “elección popular” que exerçam cargos de direção ou sejam responsáveis pela execução de recursos públicos, permitindo que informações pessoais relativas à vida privada possam ser solicitadas via judicial e demonstrado o interesse público da informação objeto da ação.

No Brasil, o enriquecimento ilícito tem previsão legal na lei de improbidade administrativa, lei 8.429, de 1992, mas ainda não é tipificado como crime o que poderá ser incluído no novo código penal em análise no Congresso Nacional²⁸.

Há divergência quanto aos prazos em que a informação será submetida à cláusula de sigilo entre os textos: o texto da lei chilena prevê a possibilidade de gravar uma informação pública por prazo indeterminado. Não identificamos esta situação na lei brasileira ou no projeto de lei venezuelana.

Os critérios para classificação das informações são semelhantes em todos os casos analisados, apesar de redigidas de forma diferente. A aproximação que orienta o legislador é muito semelhante: estão ligados à segurança do Estado e da sociedade.

Os prazos em que o sigilo recai sobre uma informação classificada têm características bem diferentes nas situações sob nossa análise neste artigo: variam de 5 anos, no Chile, 10 no projeto venezuelano, e podem chegar a até 50 anos no Brasil. A lei chilena prevê a possibilidade de classificação por tempo indeterminado e o caso brasileiro, 25 anos, se refere à classificação como ultrassecreta cujo prazo prevê a possibilidade de prorrogação, podendo chegar aos 50 anos.

Em dois dos casos objeto desta análise, há procedimentos no texto legal que garantem o acesso a documentos que respaldam situações de violações de direitos humanos a fim de garantir a investigação e os meios de prova necessários.

²⁸A comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de código penal, fez constar no Relatório Final que “novas figuras típicas foram previstas com parcimônia. São elas: o enriquecimento ilícito, objeto de ordens criminalizadoras vindas de tratados internacionais firmados pelo Brasil [...]” (pág. 367 do Relatório Final, da Comissão de Juristas, Proposta de Anteprojeto de Reforma do Código Penal apresentado em 18 de junho de 2012, acessado em 02 de agosto de 2016, disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>). O código está em tramitação. Em 15/07/2016, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), aguardando designação do relator (notícia do site do Senado Federal, disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>, acessado em 02 de agosto de 2016).

A responsabilização dos servidores públicos (funcionários) que divulgam as informações cobertas pelas garantias de sigilo está prevista nos três casos analisados, com diferenças, mas garantido explicitamente a aplicação de sanções em todas.

Nossa análise foi realizada a partir do texto das leis de transparência passiva dos três países da amostra. Ressaltamos que há situações que envolvem outras legislações nacionais para dar suporte ao desenvolvimento da transparência pública em cada um desses países e que não foram objeto da análise comparativa proposta neste texto.

Exemplificando: a lei de acesso à informação brasileira não atribui à Controladoria Geral da União a função de promover e/ou fiscalizar a implantação da lei de transparência passiva – a LAI – no seu texto. Essa atribuição, de forma menos explícita, está na lei 10.180, de 2001, que organiza e disciplina o sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e o indica apto a “criar condições para o exercício do controle social sobre os programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União” (artigo 24, inciso XI). Em seguida, o decreto 7.724, de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527 que dispõe sobre o acesso a informações, explicita melhor as funções da CGU quanto à sua atribuição de promover a transparência pública (artigo 68)²⁹.

A Transparência Ativa, que aparece nos textos de transparência passiva do Chile e da Venezuela, no Brasil está na Lei complementar 131, de 2009, na lei 12.527 e no decreto que a regulamentou, o 7.724 referido anteriormente.

Da mesma forma, a legislação chilena também remete a outras legislações (ex. a lei 19.628 que trata da proteção desse tipo de dados). A Venezuela, como

²⁹Art. 68. Compete à Controladoria-Geral da União, observadas as competências dos demais órgãos e entidades e as previsões específicas neste Decreto:

[...]

II - promover campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização sobre o direito fundamental de acesso à informação;

III - promover o treinamento dos agentes públicos e, no que couber, a capacitação das entidades privadas sem fins lucrativos, no que se refere ao desenvolvimento de práticas relacionadas à transparência na administração pública;

IV - monitorar a implementação da [Lei nº 12.527, de 2011](#), concentrando e consolidando a publicação de informações estatísticas relacionadas no art. 45;

V - preparar relatório anual com informações referentes à implementação da [Lei nº 12.527, de 2011](#), a ser encaminhado ao Congresso Nacional;

VI - monitorar a aplicação deste Decreto, especialmente o cumprimento dos prazos e procedimentos; e

VII - definir, em conjunto com a Casa Civil da Presidência da República, diretrizes e procedimentos complementares necessários à implementação da [Lei nº 12.527, de 2011](#).

assinalamos mais de uma vez neste texto, ainda não tem uma legislação aprovada sobre transparência e, portanto, ainda não foi possível analisar este aspecto.

Assim, nossa análise restringiu-se a cada uma das leis de forma a não avançar sobre aspectos jurídicos e de legislação que fugiriam ao âmbito de nossa proposta inicial: conhecer as leis de Transparência Passiva da América do Sul, a partir de três países, e compará-las quanto aos aspectos definidos na metodologia adotada.

A lei brasileira não contém a previsão de um Conselho de Transparência, o que existe no anteprojeto venezuelano e na lei chilena.

Há diferenças substanciais e, sem recorrer a julgamento de mérito, mas apenas pela análise da legislação de transparência passiva de cada país, nos parece conveniente o modelo adotado com o Conselho de Transparência, órgão que garante o direito ao acesso a informação de forma nacional, central. O modelo está relacionado com a forma de organização político administrativa de cada um dos países da amostra. O federalismo assumido por cada um deles, com as considerações necessárias à repartição de competências entre o estado federal e aos estados-membros, é que será determinante na escolha do modelo. Um novo estudo precisaria levar em consideração as autonomias dos entes federados para obtermos uma conclusão quanto à escolha feita no modelo brasileiro que não contempla órgão central de recursos, fiscalização e fomento à transparência.

Esse é um elemento novo, surgido neste trabalho de pesquisa: será um fruto do federalismo, uma consequência das diversas configurações da organização do Estado, a forma como é estabelecida as condicionantes nas leis de transparência? Uma questão a ser respondida na continuidade da pesquisa.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Nilo L. **Democracia, bem-estar social e cidadania:** temas para reflexão. Revista Argumentandum, v. 5, p. 1, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia;** uma defesa das regras do jogo. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Trad. Carmen C, Varriale et ai. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acessado em fevereiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro 2011. **Lei de Acesso a Informação**. Regula o acesso a informações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>, acessado em fevereiro de 2016.

BRAVO, M. I. **Desafios atuais do controle social no Sistema Único de Saúde**. In Serviço Social & Sociedade, n. 88, p. 75-100. São Paulo, nov. 2006.

CHILE. **Constitucion Política de La Republica de Chile** (1980). Última versão de 16/11/2015. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em <<https://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2015-11-16&p=>>>, acessado em março de 2016.

CHILE. Ley 20.285, publicado em 20 de agosto de 2008. **Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado**. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em <https://www.leychile.cl/N?i=276363&f=2016-01-05&p=>, acessado em fevereiro de 2016.

CHILE. **Manual Ciudadano**: Ley de Transparencia 20.285. Publicado pelo Consejo de Transparencia. Disponível em http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/manual_ciudadano_marzo_2016.pdf, acessado em março de 2016.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

DERZEN Jr., G. **Direito Consitucional**: Curso Completo. Brasília, DF: Vestcon Editora LTDA, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, entre Facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MICHENER, Greg; BERSCH, Katherine. **Conceptualizing the Quality of Transparency**. Paper prepared for the 1st Global Conference on Transparency. Rutgers University, Newark, May 17-20, 2011.

O'DONNELL, Guillermo. **Horizontal Accountability**: The Legal Institutionalization of Mistrust. In: Mainwaring, Scott; Welna, Christopher, (editores). *Democratic Accountability in Latin America*. Publicado por Oxford Scholarship Online, Abril 2005. 34-53.

PATEMAN, C. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de Controle.** Cadernos MARE da reforma do estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, v. 1, 58p., 1997.

SALAZAR, Ximena. **Caso de estudio chileno.** In: TORRES, Natalia (compiladora). Acceso a la información y datos personales: una vieja tensión, nuevos desafíos. Publicado pelo Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) da Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Disponível em <http://www.palermo.edu/cele/pdf/DatosPersonales_Final.pdf>, acessado em 02 de agosto de 2016.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo. SP: Malheiros Editores, 2005.

SIMMEL G. **George Simmel:** Sociologia. (org.) Evaristo de Moraes Filho. Coleção grandes cientistas sociais. 7. ed. São Paulo: Ática, 1983.

VENEZUELA. **Constitución de La República Bolivariana de Venezuela** (1999). Disponível em <<http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>>, acessado em março de 2016.

VENEZUELA, **Ley Orgánica de los Consejos Comunales**, 2009. Disponível em <<http://minci.gob.ve/2012/09/ley-organica-de-los-consejos-comunales/>>, acessado em 16 julho de 2016.

VENEZUELA. **Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública.** Em tramitação na Asamblea Nacional aprovada em primeira votação. Asamblea Nacional venezolana/Proyectos de Ley. Disponível <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_f6c8c5d3f5b7669b997ba69ae46d4e7674d9a87a.pdf>. Acesso em fevereiro de 2016. Legislação Nacional.

WEBER, Max. **Weber:** Sociologia. (org.) Gabriel Cohn. Col. Grandes Cientistas Sociais. Coordenação Florestan Fernandes. 7ª ed. São Paulo: Ática, 1999.