



DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO: UMA PREMISSA DO *FREEDOM OF INFORMATION ACT* (FOIA) NORTE-AMERICANO

FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AND ADMINISTRATIVE PROCESS: A PRE-AWARD OF THE INFORMATION LAW (FOIA) NORTH AMERICAN

Andressa Sloniec¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o *Freedom Of Information* (FOIA) Norte-americano adotado nos Estados Unidos, o qual serviu como precursor para o desenvolvimento do direito fundamental à informação do cidadão norte-americano de garantia individual e para o aperfeiçoamento da democracia. Será observada a Lei do FOIA 5 U.S.C. § 552, promulgada no ano de 1966, e suas respectivas emendas que foram incrementadas nos anos subsequentes com o viés de tornar o ato de livre acesso à informação ainda mais acessível aos cidadãos, bem como adotar os atos do Estado com a maior transparência possível. Como um dos principais resultados do estudo, foi possível identificar o quanto a iniciativa norte-americana de instaurar o FOIA trouxe maior visibilidade, transparência e participação por parte dos cidadãos em situações de acesso às informações do poder público e de esclarecer o modo com que entidades estatais trabalham com os recursos financeiros públicos. Contudo, apesar do FOIA ter trazido mudanças positivas, há controvérsias sobre sua eficácia, pois apesar de todas as alterações que foram feitas objetivando sua melhoria, ainda é possível verificar alguns problemas em suas normativas, o que caracteriza prejuízo quanto à sua eficácia plena.

Palavras-chave: *Freedom Of Information* (FOIA); Acesso à Informação; Transparência; Democracia

ABSTRACT

¹Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS. E-mail. Andressasloniec02@gmail.com.



This paper aims to demonstrate the American Freedom of Information (FOIA) adopted in the United States, which served as a precursor to the development of the fundamental right to the information of the American citizen of individual guarantee and to the perfection of democracy. The FOIA Act 5 USC § 552, promulgated in 1966, and its respective amendments, which have been increased in subsequent years, will be observed with the aim of making the act of free access to information even more accessible to citizens, as well as adopting the acts as transparent as possible. As one of the main results of the study, it was possible to identify how the US initiative to establish FOIA brought greater visibility, transparency and participation on the part of citizens in situations of access to public information and to clarify the way in which entities public funds. However, although the FOIA has brought positive changes, there are controversies about its effectiveness, because despite all the changes that have been made with a view to improving it, it is still possible to verify some problems in its regulations, which is detrimental to its full effectiveness.

Keywords: Freedom Of Information (FOIA); Access to information; Transparency; Democracy

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da temática sobre o livre Acesso à Informação traz uma infinidade de motivos para determinar sua relevância. O aludido assunto aborda um marco na democracia moderna pela instauração do *Freedom Of Information* (FOIA), não apenas nos Estados Unidos, mas em vários países, conforme será visto no decorrer do trabalho, o qual vislumbra o grande entorno que isso tomou na história do direito fundamental ao livre Acesso à Informação pelos cidadãos. Afinal, a democracia, dentre outras finalidades, tem o objetivo de efetivar os direitos fundamentais, trazendo à baila, nesse caso, a importância do estudo sobre o FOIA.

Consciente da amplitude que o tema escolhido contempla atingir, parece necessário, desde logo, delimitar o escopo do presente trabalho, na medida em que a temática comportaria uma pluralidade de abordagens jurídicas possíveis.

É importante ressaltar que no ano de 1995 o chamado *Executive Order* detinha o poder de ampliar a questão da transparência na administração pública, mas se



referia apenas a questão de documentos considerados sigilosos pelo governo dos Estados Unidos. No ano de 2009, a ordem executiva passou por manutenção que inseriu prazos para casos considerados pelo governo como excepcionais. Essa manutenção veio com o objetivo de acabar com possíveis lacunas em ordens antecessoras.

Destaca-se também que sob viés do FOIA foi elaborado no dia 1 de novembro de 1996, o chamado *Electronic-FOIA*, que dispõe sobre o possível acesso às informações por meio on-line e por uma clara presunção dita pelo presidente da época, Barack Obama dentro de seu mandato de 2008 a 2016: “diante da dúvida, a abertura prevalece”² e denominado *Presumption Of Openness*³. Sob essa premissa, há críticas com relação a essa “abertura”, Ackerman dispõe que quando há aberturas para o acesso à informação e ela ocorre de maneira informal, ou seja, por outros meios que não sejam os dispostos nos regulamentos formais, acabam por não efetivar a transparência que esses regulamentos procuram objetivar. (AKERMAN, 2008, p.13).

A abertura que é nominada por *Open Government Partnership*⁴, também trouxe fatores favoráveis como alianças, que foram tomadas com diversos países em um evento das Nações Unidas, em 2011, o que tornou ainda mais visível e aderida para os países que se vincularam, em suas ações governamentais, a essa premissa de governo aberto e transparente.

Num segundo momento, demonstrar-se-á a questão democrática elencada numa democracia representativa e fatores que o abrangem, discorrendo do aspecto moderno da democracia, a qual foi a aludida na criação e expansão do FOIA. Não obstante, haverá um breve estudo sobre o acesso à informação de maneira universal e com a intenção de agregar a essa temática não saindo do foco principal deste trabalho.

O objetivo do estudo é observar se a incorporação do FOIA foi eficaz ao estabelecer o direito aos cidadãos americanos a solicitar o acesso a registros federais do Poder Executivo Federal e a tentativa de responder a sua problemática. Com relação a metodologia, na abordagem do tema foi utilizado o método indutivo,

² Tal afirmação está disponível em: <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2016/07/foia-improvement-act-of-2016>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

³ Ibidem. 02.

⁴ Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/about/about-ogp>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.



que “[...]é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p.86) pois será a partir do FOIA e pelo procedimento histórico, com base em seu principal marco temporal. Conforme LAKATOS; MARCONI,

[...] o método histórico consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. Seu estudo, para urna melhor compreensão do papel que atualmente desempenham na sociedade, deve remontar aos períodos de sua formação e de suas modificações.” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p.107).

Sendo assim, será concentrado os esforços no direito de acesso à informação pública, ou seja, o direito à informação na esfera do direito administrativo americano, levando em consideração os direitos dos particulares, interessados e cidadãos em face da administração pública. Correspondendo-se, assim, um dever da administração, através de seus órgãos administrativos franquear o acesso à informação ao particular, quando assim o for solicitado.

2. O Freedom Of Information Act (FOIA) – Norte-americano e o direito ao Acesso à Informação

Verifica-se que a lei administrativa americana, conforme Schwartz, baseou-se na Justiça Frankfurter’s que “a história da liberdade tem sido em grande parte a História da observância do procedimento Salvaguardas”. (SCHWARTZ, 1996, p.16). O sistema americano, mais do que qualquer outro, enfatizou o procedimento administrativo como seu ponto de partida, que em tal ênfase tem sido a constitucional demanda do devido processo. “Quando falamos de *audi alteram partem* - ouça o outro lado – percebe-se os preceitos fundamentais que estão profundamente enraizados na história jurídica anglo-americana”, preceitos que agora são um comando, falado com a voz do processo devido. No entanto, a lei americana foi muito além do mínimo constitucional. O processo administrativo americano foi definido em um molde judicial modificado. (SCHWARTZ, 1996, p.16, grifo nosso).

A *Freedom Of Information Act* (FOIA)⁵ 5 U.S.C. § 552⁶ – denominada como a Lei de Liberdade de Informação foi originalmente promulgada em 1966 pelos

⁵Disponível em: <https://efoia.bis.doc.gov/>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.



Estados Unidos e veio estabelecer a qualquer pessoa o direito de solicitar acesso a registros de agências federais, mantidos por agências dentro do Poder Executivo do Governo Federal. (Grifo nosso). As agências são obrigadas a divulgar registros por solicitação por escrito, exceto para os registros que estão protegidos contra a divulgação por qualquer uma das nove isenções FOIA ou por uma das três exclusões especiais de registro de aplicação da lei. Este direito de acesso, é executável nos tribunais dos EUA. Pode-se destacar que desde a sua promulgação, o estatuto da FOIA foi alterado várias vezes e a dimensão democrática que a lei trouxe ao direito administrativo norte-americano.

As emendas da Lei de Liberdade de Informação Eletrônica (E-FOIA)⁷ de 1996 exigem que as agências forneçam ao público acesso eletrônico a qualquer um dos seus registros de "Sala de leitura", que foram criados por eles desde 1º de novembro de 1996. Cada agência deve disponibilizar para inspeção pública e cópia de pareceres finais, incluindo opiniões concorrentes e dissidentes, bem como ordens feitas na adjudicação de casos e um índice geral dos registros.

Em 21 de janeiro de 2009, o Presidente Obama emitiu um Memorando sobre Transparência e Governo aberto listando todos os departamentos e agências executivas e federais para que a FOIA "seja administrada com uma clara presunção: diante da dúvida, a abertura prevalece". Ele pediu às agências que "adotem uma presunção a favor da divulgação" e que apliquem essa presunção" a todas as decisões envolvendo a "FOIA". Essa presunção de divulgação, inclui tomar "medidas afirmativas para tornar a informação pública" e aplicar "tecnologia moderna para informar os cidadãos sobre o que é conhecido e feito pelo governo". Em resposta a isso, em 19 de março de 2009, o procurador-geral Eric Holder emitiu as Diretrizes da FOIA reiterando e ressaltando o compromisso do presidente com a responsabilidade e a transparência. As Diretrizes enfatizam que a FOIA deve ser administrada com a presunção de abertura. Esta presunção, significa que a informação não deve ser retida "simplesmente porque [uma agência] pode fazê-lo legalmente". Além disso, o Procurador-Geral ordenou que sempre que a divulgação total de um registro não for possível, as agências "devem considerar se [eles] podem fazer uma divulgação

⁶ A lei FOIA em seu §552 traz os requisitos e hipóteses para adequação da lei no direito administrativo norte americano. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/552.html>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

⁷ Ibidem. n.02.



parcial". O Procurador-Geral também "encoraja fortemente as agências a divulgarem a informação discricionária"⁸.

Além dessa lei, a administração norte-americana elaborou e implantou outra importante norma jurídica destinada à ampliação da transparência, sendo ela a *Executive Order* 12.958, de 14 de outubro de 1995⁹, que normaliza a classificação de documentos sigilosos. A Seção 1.5 desse instrumento especifica os tipos de informação que podem ser objeto de classificação sigilosa, conforme disposto a seguir:

Sec. 1.5. Classification Categories. Information may not be considered for classification unless it concerns:

- (a) military plans, weapons systems, or operations;
- (b) foreign government information;
- (c) intelligence activities (including special activities), intelligence sources or methods, or cryptology;
- (d) foreign relations or foreign activities of the United States, including confidential sources;
- (e) scientific, technological, or economic matters relating to the national security;
- (f) United States Government programs for safeguarding nuclear materials or facilities; or
- (g) vulnerabilities or capabilities of systems, installations, projects or plans relating to the national security." (REGISTER, 1995, p.19827)¹⁰

A mais recente norma norte-americana sobre o assunto, a *Executive Order - Ordem Executiva - 13.526/2009*¹¹, acabou com as possíveis brechas que permitiam, em casos excepcionais, a manutenção do sigilo por tempo indeterminado. De fato, a nova norma proíbe taxativamente que quaisquer informações possam permanecer sigilosas por prazo indefinido. O prazo máximo previsto, em casos absolutamente excepcionais, é de 75 anos. Vale salientar que tais casos só podem contemplar informações relativas à fabricação de armas de destruição em massa e à identidade de fontes de informações sigilosas.

A *Executive Order - 13.526/2009* dispõe que o pedido prescreve um sistema uniforme para classificação, salvaguarda e desclassificação de informações de segurança nacional, incluindo informações relacionadas à defesa contra o terrorismo transnacional, pois os princípios democráticos exigem que o povo americano seja

8 Disponível em: <https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/electronic-freedom-information-act-e-foia>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

9 Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/1995.html>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

10 REGISTER, Federal. **Classified National Security Information**. Executive Order 12958 of April 17, 1995. Volume 60. Número 76. Estados Unidos da América, 1995, p.19827. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1995-04-20/pdf/95-9941.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

11 Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/2009-obama.html>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



informado das atividades de seu governo. Além disso, o progresso da Nação depende do fluxo livre de informações tanto dentro do governo e do povo americano. No entanto, ao longo da história, a defesa nacional exigiu que certas informações sejam mantidas em confiança para proteger os cidadãos, a democracia, a segurança interna e as interações com nações estrangeiras. Protegendo informações críticas para a segurança da Nação e demonstrando o compromisso de abrir o governo com precisão e responsabilidade. Ademais, a aplicação de padrões de classificação e a rotina segura e a efetiva desclassificação são prioridades igualmente importantes.¹²

Constata-se no governo americano a obtenção de êxito em suas leis com relação à transparência na administração pública. Identificou-se também a expedição de outros memorandos afirmando a “presunção de abertura” (*Presumption of Openness*), no sentido de que, em caso de dúvida, a abertura deve prevalecer. Consequentemente, as agências foram encarregadas de disponibilizar todas as informações possíveis, determinando que as governamentais expandissem o acesso à informação, tornando-a disponível on-line e em formatos abertos, porquanto a presunção é a favor da abertura, utilizando-se de tecnologia moderna para disseminar o uso de informações, ao invés de aguardar sua solicitação através da FOIA. Determinou ainda, a melhora na qualidade da informação prestada e que fosse criada e institucionalizada uma cultura da abertura das ações do governo. (ARRUDA, 2016, p.47, grifo do autor).

A *Presumption of Openness*, o padrão de danos previsíveis da Lei, aplica-se apenas às isenções FOIA para as quais as agências têm o critério de divulgar informações isentas. A Lei acrescenta uma disposição que afirma que uma agência pode reter informações apenas se “prever razoavelmente que a divulgação prejudicaria um interesse protegido por “uma das isenções da FOIA ou se “a divulgação for proibida por lei”. As agências também devem “considerar se a divulgação parcial de informações é possível” e “tomar as medidas razoáveis necessárias para segregar e liberar informações inexistentes”. Para as isenções que permitem as agências de pouco ou de nenhum critério, é improvável que essas mudanças tenham algum efeito, se a indisponibilidade for obrigatória antes ela deve continuar sendo obrigatória. No entanto, a presunção de abertura pode incentivar

¹² Ibidem. n.07.



divulgações mais parciais e uma análise mais cuidadosa de se os registros comerciais atendem aos padrões das isenções não discricionárias¹³.

Além disso, salienta-se nesse processo de construção e implementação de regulamentos pela transparência, no estado norte-americano, o termo *Open Government Initiative*¹⁴, no ano de 2009. Lançado pelo Presidente Barack Obama, dando eco ao compromisso com a transparência, aproximando os representados e representantes para que contribuam a fim de que as democracias representativas cumpram, de fato, a sua vocação inicial.

Em um estudo realizado pelo *Pew Research Center – Internet & Technology*¹⁵, no ano de 2011, demonstrou que quanto mais informações as autoridades partilham, mais os cidadãos se sentem confortáveis para participar da vida cívica da comunidade. Portanto, a abertura dos governos pode ser destacada como uma premissa importante para o desenvolvimento e participação dos cidadãos na vida pública. “É impossível exercer cidadania sem acesso à informação.” (MARTINHO, 2013, p.14). Contudo, essa abertura dos governos precisa fornecer mecanismos para o acesso a essas informações, devendo, assim, se observar as mudanças na sociedade no decorrer dos anos, a fim de poder tornar a política mais eficaz.

As ferramentas trazidas pela era digital acabam por refletir na relação entre cidadãos com os seus governos, administrações e classes políticas. Conforme Castells, “a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representadas em suas ferramentas tecnológicas”. (2000, p.43, grifo do autor). A ideia do autor, numa Sociedade em Rede, aproxima-se a forma de participação dos cidadãos para ao acesso à informação e ao E-FOIA, implantado no ano de 1996, conforme disposto anteriormente.

É possível observar que apesar da iniciativa do *Open Government* trazer o aspecto de governo aberto, o mesmo também é bastante discutido por trazer problemas nessa abertura. Analisa-se que “no site da Casa Branca tem uma área específica dedicada ao *Open Government*, existe, por exemplo, um quadro onde os cidadãos podem verificar em que estado de implementação está a iniciativa, em cada um dos organismos federais.” (MARTINHO, 2013, p.16). Observa-se que nesse

¹³ Disponível em: <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2016/07/foia-improvement-act-of-2016>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

¹⁴ Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

¹⁵ Disponível em: <http://www.pewinternet.org/>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



viés, há jornalistas e políticos conservadores dos Estados Unidos temerários que a FOIA não cumpra sua função total, devido à cultura de sigilo que o governo possui.

É possível observar que a Lei de Procedimentos Administrativos dos Estados Unidos foi a percussora mais importante do acesso à informação, pois o país obrigada as dependências governamentais a realizar consultas públicas antes da entrada em vigor dos regulamentos. Devido à morosidade e à complexidade dos procedimentos dispostos que essa lei impõe para a formação de regulamentos formais, as dependências governamentais têm respondido por meios informais ou interpretativo. O problema desses regulamentos informais é que eles não contam com os mesmos requisitos da transparência, o que leva a criação de “un gran cuerpo de “leyes sombra” que se apartan del escrutinio público. Una vez más, mayor acceso a la información implica menor transparencia.” (ACKERMAN, 2008, p.13).

Observa-se que, para dar prosseguimento ao *Open Government*, o governo do Estados Unidos possui uma plataforma para disponibilização de dados públicos on-line¹⁶, que dispõe dados em formatos que permitem a sua reutilização através de fórmulas que lhe acrescentem valor. Na teoria, este tipo de plataforma não é um repositório passivo de dados, mas sim um instrumento que possibilita o desenvolvimento de aplicações úteis, tanto para o setor público quanto ao setor privado, ou seja, a sociedade em geral. (MARTINHO, 2013, p.16).

Outra iniciativa lançada nos Estados Unidos foi a *We the people*¹⁷, trata-se de uma plataforma que visa permitir aos cidadãos colocar petições on-line desde que contenham, pelo menos, 150 assinaturas. Se em trinta dias a petição atingir cinco mil assinaturas será enviada, através dos serviços próprios da Casa Branca, para as entidades competentes dentro do Governo Federal para responder a questão por ela suscitada. Além disso, a plataforma permite o compartilhamento nas redes sociais como, Facebook e Twitter. (MARTINHO, 2013, p.17, grifo do autor).

Vale avultar que em nível internacional, lançada no mês de setembro de 2011, em um evento das Nações Unidas, presidido pelos Estados Unidos, a *Open*

16 Disponível em: <https://www.data.gov/>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

17 A *We the people* está no preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos, e significa: “nós, o povo dos Estados Unidos, para formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a Tranquilidade doméstica, providenciar a defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir as Bênçãos da Liberdade para nós mesmos e nossa Cartaz, ordenar e Estabeleça esta Constituição para os Estados Unidos da América.” (Grifo nosso). Disponível em: <http://constitutionus.com/>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



*Government Partnership*¹⁸ que significa: “A Parceria do Governo Aberto” é uma iniciativa multilateral que visa garantir compromissos concretos dos governos para promover a transparência, capacitar os cidadãos, combater a corrupção e aproveitar as novas tecnologias para fortalecer a governança. No espírito de colaboração o OGP é supervisionado por um Comitê Diretor, incluindo representantes de governos e organizações da sociedade civil. Para se tornar um membro da OGP, os países participantes devem subscrever uma Declaração de Governo Aberto de alto nível, entregar um plano de ação do país desenvolvido com consulta pública e comprometer-se a relatórios independentes sobre os progressos realizados. No total, mais de 70 países participantes do OGP e 15 governos subnacionais fizeram mais de 2.500 compromissos para tornar seus governos mais abertos e responsáveis¹⁹.

O arquétipo da agência administrativa contemporânea dos Estados Unidos serviu de modelo para uma série de agências federais e estaduais investidas e direcionadas ao direito administrativo e diz respeito aos poderes conferidos as agências administrativas, seus limites e as formas que as mesmas são mantidas dentro das demarcações estabelecidas em lei. (SCHWARTZ, 1996).

3. Democracia, Direito Fundamental de Acesso à Informação e a Transparência Da Administração pública no Procedimento Administrativo: uma perspectiva contemporânea

Vive-se numa sociedade moderna, da qual se provem direitos coletivos e individuais de cada sujeito de direito. Saliencia-se que a sociedade está em constante mudança, Bauman (2011), afirma que vivemos num estado de interregno, nada é feito para durar, e, nesse viés, a autora Hanna Arendt, em sua obra *Condição Humana*, dispõe sobre a impossibilidade de prever as consequências de um ato numa comunidade. (ARENDR, 2007, p.256) Para acompanhar essas mudanças, é necessário que o Direito também concorra com essas mutações e é feito o possível para que isso aconteça. Visto isso pelos juristas, nos seus entendimentos jurisprudenciais que vêm para preencher tais lacunas que o Direito de ofício, muitas vezes, não consegue alcançar de forma objetiva e eficaz, o que acaba por causar conflito de interesses. Neste viés, Vale destacar que Kant afirma “que é o ofício dos

¹⁸ Ibidem. n. 09. (Grifo nosso).

¹⁹ Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/about/about-ogp>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



juristas aplicar as leis existentes, mas os mesmos não têm de investigar se estas precisam de melhoramentos e acaba considerando como superior seu nível de faculdade. (KANT, 2008, p.33).

De acordo com PÉREZ LUÑO,

Os Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos são entendidos como direitos essenciais ao ser humano, dignos de proteção especial e incondicional, sendo diferenciados, entretanto, pelo plano em que atuam. Os direitos humanos são entendidos como direitos universais e aplicam-se ao plano internacional, sendo reconhecidos pelos Estados e estando acima deles ou ultrapassando suas fronteiras. Como exemplo, citam-se os tratados e cartas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada no ano de 1948 (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 33).

Ademais, para os autores, “os direitos fundamentais, por sua vez, são entendidos como aqueles positivados nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 33). Além disso, ainda sobre os mesmos direitos, conforme OLIVEIRA; RAMINELLI, eles são “protegidos por ele dentro de seu território, como, por exemplo, os direitos elencados como fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988”. (OLIVEIRA; RAMINELLI, 2014, p.162).

Percebe-se nos direitos fundamentais, corroborada pela “Teoria das Gerações de Direitos”, que, atualmente, divide-se em três: os direitos de primeira, os de segunda e os de terceira geração. Em uma breve síntese, essa teoria, criada por Karel Vasak em 1979 (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 17), interliga os direitos fundamentais à evolução do Estado Moderno, que se iniciou com o Estado Liberal, passou pelo Social e hoje se encontra no Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA; RAMINELLI, 2014, p.162).

No viés contemporâneo, entende-se que nos encontramos na terceira geração de direitos fundamentais. Sabe-se que desta ferramenta, originam-se novas possibilidades e também novos riscos aos seres humanos, sendo que “[...] na atual etapa de desenvolvimento tecnológico, junto aos avanços e progressos tecnológicos, tem sido gerado novos fenômenos de agressão aos direitos e liberdades”. (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 22). Desse modo, vale transcorrer sobre a distinção entre regras e princípios, que conforme Alexy, pode-se dizer que:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da



extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, definitivamente o que a regra prescreve. (2006, p.103-104).

É imprescindível o entendimento fundamental para o assunto assim disposto porque “constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos Direitos Fundamentais.” (TABORDA, 2002, p.256).

Num viés democrático, em suma, o Estado Democrático de Direito deve defender e fomentar os direitos dos cidadãos a informação, a participação e a justiça social. Partindo desse ponto de vista, a lei e o direito somente têm sentido em função destas grandes metas. Tanto o Estado de Direito como o acesso à informação pública, transparência, e o redimensionamento de contas são meios únicos. Ackerman, afirma que “sería un grave error deitificar estas prácticas como se fueran fines en sí mismos.” (ACKERMAN, 2007, p.19).

Identifica-se que o regime político moderno, sob o viés democrático, teria como ápice a garantia dos direitos individuais. Desse ângulo, tal regime configuraria o natural prosseguimento do Estado liberal, o qual acolhe, em sua própria estrutura, os clássicos direitos de liberdade civis e políticos habitualmente associados ao pensamento liberal. É possível identificar que:

o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas também jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos (BOBBIO, 2006, p. 32-33).

A democracia moderna é determinada por um caráter procedimental, seria o triunfo do indivíduo e consequência histórica do liberalismo. Nesse sentido, para o mesmo autor:

a democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual — contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes — a sociedade, qualquer forma de sociedade, e



especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos (BOBBIO, 2006, p. 34).

Por esse viés, liberalismo e democracia possuem uma concepção individualista de sociedade, observado os direitos da pessoa – a liberdade de opinião, de expressão, de reunião e de associação, como de origem liberal, que ficam claros e garantidos na democracia moderna, com o reconhecimento constitucional de direitos invioláveis do indivíduo. (SCAVO; VITULLO, 2014, grifo nosso). Portanto, é possível entender que “a combinação entre liberalismo e democracia não apenas é possível, como também necessária” (BOBBIO, 2006, p. 47).

Esta forma de governo, conhecida por democracia moderna ou representativa, a democracia ocidental, igualmente adotada por diversos outros países após a revolução americana e francesa, no qual se trata da democracia e dos direitos, que acabam por formar um núcleo universal do Estado constitucional, o qual resultou diversas variações entre a revolução francesa e a americana. O autor Habermas dispõe que:

esse universalismo manteve sua vitalidade e sua força explosiva, não somente nos países do Terceiro Mundo, e na área do poder soviético, mas também nas nações europeias, onde uma mudança de identidade atribuiu ao patriotismo constitucional um novo significado. (2003, p.252).

O governo democrático e a soberania do Estado possui “por todos conjuntamente, formando uma sociedade civil”, ou seja, o “poder do povo” (KANT, 2008, p.13). Conforme Ackerman, há pelo menos três formas de entender a sociedade civil, o primeiro é com o espaço de intermédio entre o íntimo e o estatal, incluindo o setor privado. O segundo, é como um movimento cidadão em defesa dos direitos humanos e civis e o terceiro é como um âmbito de participação social organizada pacificamente com um fim específico. Cada um desses aspectos são válidos e complementam uns aos outros em muitos aspectos. (ACKERMAN, 2007, p.21).

Sob a ótica de Bobbio, percebe-se que uma “forma de governo caracterizada por um conjunto de regras que permite a mudança dos governantes sem necessidade de usar a violência” (1996, p. 233), forma que possibilita “a livre e pacífica convivência dos indivíduos numa sociedade” (BOBBIO, 1998, p. 82). Trata-se a democracia como “um mecanismo para eleger e autorizar governos”, que possibilita a alternância das elites no poder (BOBBIO, 2006, p.175). O povo delega



poder aos representantes eleitos segundo um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros, com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externa. (BOBBIO, 1986).

A democracia representativa é caracterizada pela outorga das funções de governo pelo povo, ou seja, uma fonte primária de poder aos seus representantes que são eleitos periodicamente. (SILVA, 2009). Desse modo, o povo detém sua participação através do voto, tendo em vista que após o compromisso formal de mandato, os representantes possuem autonomia para gerir a coisa pública. De tal forma, a Administração pública é considerada fechada e restrita aos poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como se esses fossem os únicos espaços para deliberação e execução do interesse público. (LEAL, 2006). Atualmente, vive-se em um Estado regido por normas, regras e princípios, os quais são usados para buscar efetiva aplicação dos direitos sociais para chegar a democracia, seja pela forma direta, indireta e pela democracia representativa. Para BOBBIO:

É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobretudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade. Em seus escritos de juventude Marx havia indicado o homem total como meta do desenvolvimento civil da humanidade. Mas o indivíduo rousseauiano conclamado a participar da manhã à noite para exercer os seus deveres de cidadão não seria o homem total, mas o cidadão total [...]. E, bem vistas as coisas, o cidadão total nada mais é que a outra face igualmente ameaçadora do Estado total. Não por acaso a democracia rousseauiana foi frequentemente interpretada como democracia totalitária em polêmica com a democracia liberal.” (Bobbio, 2006, p. 54-55).

Conforme Martins, “a democracia, mais do que um sistema de regras, é uma construção cotidiana para a qual o acesso à informação é um direito instrumental e indispensável.” (MARTINS, 2011, p.234).

Sobre tal acesso, GRAFF elenca que:

O direito às informações de que o Estado dispõe fundamenta-se no princípio da publicidade dos atos administrativos e na eliminação dos segredos públicos. Neste sentido, o direito à informação constitui um indicador significativo dos avanços em direção a uma democracia participativa: oponível ao Estado, comprova a adoção do princípio da publicidade dos atos administrativos; sob o ponto de vista do cidadão, é instrumento de controle social do poder e pressuposto da participação popular, na medida em que o habilita para interferir efetivamente nas



decisões governamentais e, se analisado em conjunto com a liberdade de imprensa e banimento da censura, também funciona como instrumento de controle social do poder.” (GRAFF, 1998, p.24).

Com base nos limites da democracia representativa, diz Bobbio que os indivíduos precisam adaptar-se, aceitando, no lugar do estado ideal, uma democracia procedimentalista, um conjunto de regras para a tomada de decisões, um arranjo institucional para eleger lideranças, “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos” (BOBBIO, 2006, p. 30, grifos do autor).

Diante deste novo cenário convencional, não há como conceber democracia sem publicidade, sem transparência, sem acesso à informação, pois somente através do conhecimento dos dados e decisões do governo, este pode ser legitimado e representativo. A garantia do acesso às informações é um dos pilares da democracia, que nasceu, segundo Bobbio, “com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente.” (BOBBIO, 1986, p. 84).

Conforme Taborda, o princípio da transparência pode ser entendido tal qual de uma “diretiva” - escolha política do legislador constitucional - uma “norma – regra” ou uma “norma – princípio”, já que tal é uma espécie de norma jurídica que dispõe sobre conteúdos de forma direta ou até mesmo indiretamente, nos quais são relacionados à conduta humana, quanto, muitas vezes, entra em conflito com outras normas - princípios, e concretizado em vários graus ou devidamente aplicado mediante determinadas regras de prevalência. (TABORDA, 2002, p.257).

Quando analisado sob uma premissa mais profunda, o conceito de transparência aparece em três faces diferenciadas. A primeira, denomina que transparência é direito de saber, isto é, se a Administração funciona no interesse geral, os cidadãos devem ter o direito de saber o que se passa no interior da Administração, pois a mesma lhe representa. Um segundo aspecto do princípio da transparência, dirige-se ao direito de controle, pois apenas quando se possui o conhecimento do que se passa dentro da Administração, o cidadão pode melhor verificar a legalidade e a oportunidade das decisões administrativas e apreciar como o dinheiro público está sendo utilizado. Tal acepção presente nas democracias modernas, desde a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, de que todo ato político tem que tolerar um controle dos cidadãos. Por fim, denomina-se



transparência “o direito do cidadão de ser um ator e não só um espectador da vida administrativa: é o direito de não ser mais um administrado, mas um usuário, isto é, de participar dos mecanismos administrativos”. (TABORDA, 2002, p.258-259).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, foi possível verificar a implementação do FOIA nos Estados Unidos e o quanto ele trouxe maior visibilidade, transparência e participação por parte dos cidadãos norte-americanos, possibilitando e facilitando seu acesso às informações dos registros federais do Poder Executivo Federal, bem como aos outros países que fizeram aliança ao *Open Government Partnership*.

O governo americano vem trabalhando para trazer melhorias no setor administrativo com o implemento de emendas e alterações, para assim conseguir da maneira mais precisa possível chegar ao ápice da transparência e acesso à informação por diversos mecanismos, como visto no decorrer do presente trabalho, buscando atender as perspectivas dos cidadãos e servir de exemplo para os países que fizeram aliança. Por meio on-line aderiu a sociedade em rede na qual refere Castells.

Parte-se da hipótese de que todos esses meios implementados pelos Estados Unidos buscam em *prima facie* a democracia e a efetivar o direito fundamental do cidadão, respeitando as respectivas mudanças que a sociedade moderna enfrentou e que ocorreram com o decorrer do tempo, num contexto social e da “sociedade civil”, termo usado por Ackerman e Kant.

Partindo do objetivo sobre a eficácia do FOIA, em sua incorporação e na solução da problemática enfrentada, é possível observar que a adoção do regime democrático não é suficiente para um pleno exercício do direito. Afinal, verificou-se que há lacunas ou “aberturas” nesses regimentos que dão causa a precisar recorrer a meios informais, tornando o mecanismo formal não tomar eficácia plena.

Por fim, com os aludidos argumentos suscitados, é plausível que os governantes continuem acompanhando a sociedade que lhes dá o poder de decisões para o melhor andamento de seus direitos e, quando for preciso, façam as melhorias necessárias para atender ao seu povo conforme suas necessidades e, acima de tudo, com total compromisso e respeito com os mesmos.

Referências



ACKERMAN, John. (Coord.) **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho. Mexico: Siglo XXI Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. – 5º tiragem. Malheiros editores LTDA – São Paulo, 2006.

ARENDDT, Hanna. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Disponível em:
 <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1130009/mod_resource/content/1/A%20condi%C3%A7%C3%A3o%20humana-%20Hannah%20Arendt.pdf>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

ARRUDA, Carmen Sílvia Lima de. **DIREITO A INFORMAÇÃO**: requisito do devido processo legal em um Estado democrático de Direito, 2016. Disponível em <<http://ojs.letras.up.pt/index.php/paginasueb/article/view/1742>>. Acesso em 19 de outubro de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Fronteiras do Pensamento**, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 12 maio 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6a ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986.

_____. **“Democracia”, em SANTILLÁN**. José Fernández (coord.). **Norberto Bobbio**: el filósofo y la política. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. **Diário de um século**: autobiografia. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Vol. 01. 8.ed. Editora Paz e Terra. São Paulo, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOLDMAN, Solomon. **The Words of Justice Brandeis**. New York : Henry Schuman, 1953.

GRAF, Ana Cláudia Bento. **O direito à informação ambiental**. Direito Ambiental em Evolução. Curitiba: Juruá, 1998, p. 24.

HABERMANS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: volume 01 - Tempo Brasileiro, 2003.



HOCH, Patrícia Adriani. **O POTENCIAL DEMOCRÁTICO DO ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E DA TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL.** Revista Mídias e direitos da sociedade em rede – Universidade Federal de Santa Maria, RS – 2015. Disponível em <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/8-5.pdf>>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua:** um projecto filosófico. Tradutor Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 5.ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade:** novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINHO, Ana Pinto. **Internet - Comunicação em Rede.** Org. Ana Pinto Martinho e Branco Di Fátima. Lisboa, Portugal, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=YiDdDAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

MARTINS, Paula Lígia. **Acesso à Informação:** Um direito fundamental e instrumental. Acervo: Rio de Janeiro, 2011, p. 234.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; RAMINELLI, Franciele Puntel. **O Direito ao Acesso à Informação na Construção da Democracia Participativa:** uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook. Periódico SCIELO, 2014. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/07.pdf>>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

PARIZ, Ângelo Aurélio Goncalves. **O Princípio do Devido Processo Legal:** Direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica.** Madrid: Editorial Universitas, 2012.

SCAVO, Davide; VITULLO, Gabriel. **O liberalismo e a definição bobbiana de democracia:** elementos para uma análise crítica. Revista Brasileira de Ciência Política, nº13. Brasília, janeiro - abril de 2014, pp. 89-105. Periódico SCIELO, 2014. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n13/a04n13.pdf>>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

SCHWARTZ, Bernard. **American Administrative Law:** An Overview. Admin. Review, 1996. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AdminRw/1996/2.pdf>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



SILVA, José de Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo** nº 230. Editora Renovar, 2002. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46345>>. Acesso em 01 de janeiro de 2018.