



Gustavo Junqueira

O DIREITO À INFORMAÇÃO DO PONTO DE VISTA PROCESSUAL (JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL)*

17

THE RIGHT TO INFORMATION FROM THE STANDPOINT OF BOTH JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEDURE

Ricardo Perlingeiro

RESUMO

Traz uma abordagem geral e descritiva do sistema de controle jurisdicional das decisões sobre acesso à informação oficial na América Latina.

Entende que o fundamental é estar ao alcance dos interessados um processo efetivo que lhes traga garantias de que o direito de acesso à informação será observado, exceto quando o sigilo for necessário e justificado em parâmetros internacionais de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; acesso à informação, jurisdição administrativa, devido processo legal, América Latina.

ABSTRACT

The author adopts a broad and descriptive approach to the jurisdictional control system of decisions on the access to official information in Latin America.

In his opinion, it is essential that an effective process is kept within the reach of interested parties, so as to ensure them that the right to information shall be observed, except when secrecy is both necessary and justified, in accordance with international human rights standards.

KEYWORDS

Administrative Law; access to information; administrative jurisdiction; due process; Latin America.

* Texto da conferência ministrada no Centro de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Pequim, em Pequim, República Popular da China, no dia 23 de março de 2015.

1 INTRODUÇÃO

Com o tema “o direito à informação do ponto de vista processual (judicial e extrajudicial)”, proponho uma abordagem geral e descritiva do sistema de controle jurisdicional das decisões sobre acesso à informação na América Latina, tendo em vista viabilizar, no futuro, um estudo comparado com o direito administrativo de acesso à informação na República Popular da China.

Os dois primeiros tópicos se referem ao panorama latino-americano do direito de acesso à informação e sua legislação com regras imprecisas que induzem a comportamentos de autoridades administrativas, os quais se sujeitam a um controle de duvidosa efetividade e, por tal razão, beiram a uma imunidade não compatível com o Estado de Direito.

Others v. Chile de 2006, reconheceu a existência de um direito de acesso a informações oficiais – buscar e receber informações – com base no art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe sobre a liberdade de pensamento e de expressão.

Ademais, um significativo desenvolvimento do tema no território latino-americano ocorreu em 2008, com a aprovação dos Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação, da Comissão Jurídica Interamericana da OEA – Organização dos Estados Americanos. Esse documento contém uma declaração de dez princípios que regem o direito à informação, afirmando tratar-se de um direito humano fundamental a ser aplicado a todos os órgãos públicos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – e a todas as

geral de acesso à informação: Bolívia, Costa Rica, Panamá e Paraguai.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, registre-se a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública, que detém grande transcendência sobre o direito latino-americano de acesso à informação e foi aprovada em 2010 pela Assembleia Geral da OEA.

Não é difícil compreender por que tanto entusiasmo com códigos sobre acesso à informação: um ramo do direito que, até o final da década de 90, era praticamente desconhecido da cultura jurídica da maioria dos países; um ramo do direito em que os deveres de prestação do Estado são extraídos diretamente de normas internacionais e constitucionais, e que, por isso, convive com uma ampla margem de interpretação; um ramo do direito diante de uma legislação esparsa e não clara, em que as autoridades públicas aumentam sua margem de apreciação.

A despeito da exitosa sistematização de inúmeras regras em leis gerais de acesso à informação na América Latina, algumas delas não correspondem às expectativas de um código legislativo, especialmente diante da realidade sociopolítica de seus países.

18

A terceira parte se refere à evolução na América Latina, até a presente data, do controle jurisdicional (judicial e extrajudicial) das decisões administrativas, não somente dos seus aspectos de legalidade formal, mas, sobretudo, de legalidade material, isto é, o controle dos aspectos de conteúdo das decisões administrativas, incluindo os poderes administrativos discricionários e a margem de apreciação administrativa.

No quarto tópico, a cláusula do devido processo legal, de influência norte-americana, é contextualizada no direito latino-americano sobre acesso à informação, em confronto com a tradição europeia-continental.

No quinto e último ponto, discorrerei sobre os modelos de controle jurisdicional das decisões sobre acesso à informação no âmbito da OEA – Organização dos Estados Americanos e dos países latino-americanos.

2 PANORAMA LATINO-AMERICANO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão *Claude Reyes and*

informações. Ele também dispõe que as exceções devem ser claras e restritivamente definidas, e que deve ser assegurado um direito de recurso ante um órgão de controle contra a denegação do direito de acesso à informação.

No Brasil, o direito de acesso à informação está previsto na Constituição de 1988, a qual prevê que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado* (art. 5º, XXXIII). A Lei brasileira de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 – reafirma que o acesso à informação é um direito fundamental (art. 3º).

Na América Latina, dos 19 Estados de origem Ibérica, 13 já contêm normas gerais sobre o direito de acesso à informação. São eles: México, Peru, Argentina, Equador, República Dominicana, Honduras, Nicarágua, Chile, Guatemala, Uruguai, El Salvador, Brasil e Colômbia. Dos sete países remanescentes, quatro discutem atualmente um projeto de lei

3 CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E VULNERABILIDADE DA LEGISLAÇÃO SOBRE ACESSO À INFORMAÇÃO

A despeito da exitosa sistematização de inúmeras regras em leis gerais de acesso à informação na América Latina, algumas delas não correspondem às expectativas de um código legislativo, especialmente diante da realidade sociopolítica de seus países.

Faço referência a regras que continuam com um elevado grau de imprecisão e sujeitas a interpretações controvertidas nas mãos de autoridades públicas, quase sempre sem garantias de uma atuação independente.

São exemplos, por excelência, as limitações do acesso à informação que, de um lado, estão normalmente fundadas em interesses privados, como a privacidade, e, de outro lado, no interesse público, como a segurança pública ou a defesa nacional.

Essas regras contêm expressões de difícil delimitação: privacidade, interesse público, segurança pública, defesa nacional... Todas elas exigem das autoridades um esforço permanente de valoração a partir do princípio da proporcionalidade, que está estampado no preâmbulo do art. 40 da citada Lei Modelo Interamericana. Contudo, de fato, o princípio da propor-

cionalidade abre a porta para inúmeras exceções (exceções aos limites à livre informação), que são detectáveis somente no caso concreto pelas autoridades públicas.

Portanto, seria oportuno que os códigos alterassem essas regras mais sensíveis e suscetíveis de interpretação fluida, para que as autoridades públicas se sentissem mais vinculadas a uma exegese literal das normas, propiciando maior segurança jurídica e, de qualquer forma, credibilidade em geral do sistema de acesso à informação.

Os códigos legislativos deveriam antecipar-se, o quanto possível, com interpretações abstratas (definições, esclarecimentos) sobre conceitos jurídicos indeterminados que acabam entregues aos poderes de apreciação das autoridades públicas.

Nesse contexto, na ausência de leis com tais características, o principal ponto de discussão das garantias processuais do direito à informação na América Latina passa a ser a recorribilidade da margem de apreciação das autoridades públicas sobre os conceitos jurídicos indeterminados – frequentemente invocados para restringir o acesso à informação.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL (JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL) DA MARGEM DE APECIAÇÃO ADMINISTRATIVA

Com o surgimento do direito administrativo no séc. XIX, muito se discutiu sobre quais atos emanados pelas autoridades públicas poderiam ser questionados judicialmente. Em um primeiro momento, a partir do direito francês, a solução foi deixar com as próprias autoridades públicas o poder para decidir sobre os conflitos originários de atuações administrativas, entregando aos tribunais judiciais somente o “contencioso administrativo”, este compreendido, à época, como questões de direito privado envolvendo a Administração. Por muito tempo, entendeu-se que o Judiciário se destinava a conflitos de direito privado e o Executivo aos de direito público.

Mais tarde, fins do séc. XIX, os conflitos de direito público deixam de ser solucionados apenas com base no “poder de autotutela administrativa”, para também se sujeitarem a uma jurisdição independente em face das autoridades responsáveis pela decisão impugnada. A essa altura, já não seria tão importante saber se o controle era judicial ou extrajudicial, na medida em que, tanto em um quanto em outro, a independência era uma marca da função jurisdicional. A propósito, tem sido essa a tendência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, ao estenderem aos processos extrajudiciais as garantias do “direito a um processo justo”, dentre as quais a do processo a ser conduzido por autoridades imparciais e independentes.

Entretanto, ao longo do séc. XX, persistiu a dúvida quanto à possibilidade de a jurisdição (judicial ou extrajudicial) alcançar as margens de decisão das autoridades, quais sejam, de um lado, os poderes discricionários e, de outro lado, as margens de apreciação fática e jurídica. Somente há pouco foi pacificada a questão.

No que concerne aos poderes administrativos discricionários, entende-se, atualmente, que eles são controláveis sempre que extrapolarem os limites da lei que os autorizou ou quando eles ofenderem direitos fundamentais ou os princípios da proporcionalidade, igualdade, segurança jurídica e proibição do arbítrio.

Quanto às margens de apreciação administrativa, o seu controle jurisdicional é considerado pleno, sendo impugnáveis

o poder administrativo de cognição dos fatos, o poder administrativo de valoração jurídica dos fatos e o poder administrativo de interpretação do direito.

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO NA AMÉRICA LATINA

Originado na Carta Magna de 1215, segundo a qual nenhum direito ou interesse individual poderia ser restringido pelo Estado sem um julgamento prévio, o devido processo legal procedimental evoluiu nos EUA – a partir das Emendas de 1792 e 1868 – no sentido de que as decisões administrativas restritivas de direitos individuais devem depender da oportunidade de participação prévia dos interessados em um processo justo.

Com efeito, o devido processo legal administrativo corresponde a uma jurisdição administrativa primária, isto é, considera-se necessário um processo efetivo presidido por uma autoridade quase judicial (independente) como condição prévia ao início dos efeitos de uma decisão administrativa restritiva de direitos individuais.

Essa perspectiva norte-americana é a formalmente adotada pela maioria das Constituições dos Estados latino-americanos: Colômbia, Brasil, Venezuela, República Dominicana, Nicarágua, Equador, México, Bolívia, Chile, Peru e Guatemala. A cláusula do devido processo legal também é encontrada na legislação da Argentina e Uruguai.

Contudo, na prática, o direito administrativo de todos esses países encontra-se muito mais vinculado à tradição europeia-continental, em que a jurisdição efetiva é posterior aos efeitos das decisões administrativas, exceto quando diante de um *fumus boni iuris* (aparência do direito) e *periculum in mora* (risco de dano irreparável) de uma pretensão individual contra o Estado.

6 OS MODELOS DE CONTROLE DAS DECISÕES SOBRE ACESSO À INFORMAÇÃO, NO ÂMBITO DA OEA E DOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS

A Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública de 2010 propõe que os Estados latino-americanos adotem um sistema de controle jurisdicional das decisões administrativas sobre acesso à informação, o qual seja concentrado em um órgão extrajudicial e dotado de prerrogativas de independência em relação às autoridades que detêm as informações.

Esse modelo é seguido pelo México, com o Instituto Federal de Acesso à Informação e Proteção de Dados; Chile, com o Conselho de Transparência; Honduras, com o Instituto de Comissários; e El Salvador, com o Instituto de Acesso à Informação Pública.

De fato, o modelo de controle extrajudicial do acesso à informação proposto pela OEA se aproxima da *administrative adjudication* dos EUA, em virtude das prerrogativas quase judiciais que suas autoridades administrativas recursais detêm, porém tal modelo não chega a contemplar uma *primary jurisdiction*. Ademais, apesar do modelo da OEA não restringir o controle judicial das decisões proferidas pelos órgãos extrajudiciais de controle independente, é comum, na prática, os tribunais judiciais reconhecerem a *administrative deference* em favor deles, devido ao alto grau de especialização e credibilidade que possuem.

No entanto, a maior parte dos Estados latino-america-

nos, dentre eles o Brasil, não segue o modelo proposto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Nesses países, de um modo geral, observam-se as mesmas regras aplicáveis às demais atuações administrativas restritivas de direitos individuais, com um procedimento administrativo prévio, conduzido por autoridades sem independência, e sujeito a uma jurisdição judicial, plena e efetiva em momento posterior ao início dos efeitos da decisão impugnada. É o modelo típico do direito administrativo europeu-continentaI que segue enraizado na cultura latino-americana.

No Brasil, a legislação (Lei 12.527/2011) prevê que qualquer interessado pode requerer acesso à informação pública, estipulando ser ônus do órgão responsável fundamentar uma eventual recusa, que desafia um recurso perante uma autoridade hierárquica superior. Tratando-se da Administração Pública Federal, contra a decisão que indefere o acesso à informação cabe ainda um recurso junto à Controladoria-Geral da União, órgão vinculado à Presidência da República, ou também um recurso perante a Comissão Mista de Reavaliação de Informações, que é composta por representantes dos Ministérios e demais órgãos vinculados ao Executivo. Segundo a jurisprudência brasileira, a impugnação e os recursos extrajudiciais são considerados facultativos, sendo autorizado aos interessados invocar, a qualquer tempo, uma jurisdição perante os tribunais judiciais.

7 CONCLUSÃO

A busca por um sistema de acesso à informação eficaz não depende, necessariamente, da opção por um modelo pré-estabelecido no Brasil, na América Latina, nos EUA ou na Europa. É possível que o controle do direito de acesso à informação seja tão efetivo perante autoridades administrativas quanto em face de tribunais judiciais. Poderá igualmente atender à efetividade do processo tanto um controle prévio, quanto um controle *a posteriori* dos efeitos da decisão administrativa inicial.

O fundamental é estar ao alcance dos interessados um processo efetivo – materialmente jurisdicional – que lhes traga garantias de que o direito de acesso à informação será observado, exceto quando o sigilo for necessário e justificado em parâmetros internacionais de direitos humanos. Para tanto, por sua vez, é indispensável que sejam imparciais, independentes e dotadas de capacidade técnica as autoridades responsáveis pela condução de um processo destinado ao controle do direito de acesso à informação.

Quanto mais essas características estiverem presentes em uma autoridade administrativa, menor o campo de atuação de um tribunal judicial; e vice-versa. Ademais, no que concerne à jurisdição administrativa primária ou *a posteriori*, o importante é que os efeitos de uma decisão administrativa sobre o acesso à informação, no caso de risco de dano irreparável, sejam precedidos – sempre – da faculdade de o interessado obter a suspensão daqueles efeitos pelas autoridades administrativas ou tribunais judiciais.

Portanto, na ausência de lei prévia ou falta de clareza em lei, a segurança jurídica referente ao direito de acesso à informação também se fará presente por meio de um processo efetivo. Vale, porém, o registro: quanto mais incisiva a

atuação do legislador, menor esforço terão as autoridades e tribunais judiciais para decidirem sobre o acesso à informação; e vice-versa.

Artigo recebido em 26/5/2015.

Artigo aprovado em 12/6/2015.