

Janaína Cássia Parmagnani Degraf Mateus

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Curitiba

2008

Universidade Federal do Paraná
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito
Janaína Cássia Parmagnani Degraf Mateus

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba
2008

Janaína Cássia Parmagnani Degraf Mateus

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no curso de graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, à comissão formada pelos professores:

Orientador:

Professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, ____ de novembro de 2008.

Agradecimentos:

Ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pelo apoio ao tema de pesquisa escolhido, pela orientação paciente, mesmo em sábados, domingos e feriados, e pela generosidade no empréstimo dos melhores livros.

A todos os colegas da turma de 2008 (turno noite) do curso de Direito da UFPR, pela união e determinação na busca de uma universidade cada vez melhor.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
INTRODUÇÃO.....	1
1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	4
2. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	8
3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	10
3.1 – Publicidade do ato administrativo.....	15
3.2 – Publicidade da atividade administrativa.....	18
3.3 – Publicidade e modelos de Estado.....	20
4. PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	21
4.1 – Evolução da noção de transparência na Administração.....	25
4.2 – Publicidade administrativa no Brasil.....	27
4.3 – Lei de transparência administrativa.....	28
4.4 – Legislação brasileira sobre transparência.....	31
5. PUBLICIDADE E ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA.....	32
5.1 – Efetividade do direito de acesso à informação pública.....	34
6. PUBLICIDADE E PROPAGANDA OFICIAL.....	37
7. MECANISMOS JURISDICIONAIS DE GARANTIA DA TRANSPARÊNCIA.....	39
7.1 – Ações constitucionais.....	39
7.1.1 – Mandado de segurança individual e coletivo.....	40
7.1.2 – Ação Popular.....	42
7.1.3 – Ação Civil Pública.....	42
7.1.4 – Hábeas data.....	44

CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

RESUMO

A presente monografia concentra-se no princípio constitucional da publicidade na administração pública. Busca delimitar e esclarecer o conteúdo jurídico do princípio da publicidade, estabelecido no artigo 37, caput, da Constituição Federal, com o apoio bibliográfico e doutrinário de autores que valorizaram os aspectos principiológicos do direito administrativo. O trabalho também faz um estudo sucinto da força normativa dos princípios constitucionais, além de descrever a repercussão do princípio da publicidade no regime jurídico administrativo.

Analisa-se o direito do cidadão à informação pública e o correlato dever de transparência da administração pública – binômio que resume o conteúdo jurídico do princípio da publicidade. O trabalho também discorre sobre a identidade entre o princípio e a noção de transparência administrativa. Traça-se um breve panorama internacional das principais leis de transparência, e da discussão no Brasil sobre a adoção de lei semelhante. Por fim, descreve os principais mecanismos jurisdicionais oferecidos ao cidadão para a garantia da publicidade administrativa.

Palavras-chave: princípio, publicidade, administração pública, transparência, direito de acesso, informação pública, sigilo.

INTRODUÇÃO

A premissa de que todo ato relevante da administração deve ser tornado público, além de ser jurídica, também é sociológica e política. Faz parte da idéia de contrato social. Os indivíduos concordam em viver em comunidade e cedem parte de suas liberdades em nome de uma organização social maior, o Estado. É coerente que esta organização atue às claras e preste conta de seus atos. Sem conhecimento das ações de seus governantes, não há representação legítima, e por conseqüência, não há democracia.

O princípio da publicidade na Administração, inscrito no caput do artigo 37 da Constituição Federal, traduz esse ideal de pleno conhecimento e controle da atividade estatal. Na prática, entretanto, a cultura da transparência caminha a passos lentos na administração pública brasileira — movida mais pela cobrança da sociedade civil organizada e da imprensa do que pela iniciativa pessoal de agentes públicos e representantes políticos.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco decisivo no processo de transparência da administração brasileira. Em alguns países americanos, como Peru, México e Estados Unidos, a transparência é uma obrigação decorrente de lei. No Brasil, o dever de transparência ocupa o mais nobre espaço do ordenamento jurídico brasileiro: a categoria de princípio constitucional, estabelecido no artigo 37, caput, da Constituição Federal. O direito do cidadão de acesso à informação pública, constante do artigo 5º, XXXIII, da Carta Magna, e o correlato dever de transparência da Administração, formam o conteúdo jurídico deste princípio.

É vital deixar claro que o princípio da publicidade, como enunciado pela Constituição Federal, não é um mero elemento do ato administrativo, quer seja encarado como fator de eficácia ou validade. Interpretar um princípio de forma tão restrita é reduzir e simplificar o texto constitucional.

A publicidade é imposição ampla, para todos os atos da administração pública, e não apenas aos atos administrativos em sentido estrito, como se verá adiante. Afirmar que a mera publicação em Diário Oficial de todos atos administrativos que a lei assim requeira, argumentando que a leitura do Diário Oficial é direito e dever de todo cidadão, é um desserviço à consolidação da cidadania.

Defende-se no presente trabalho a aplicação do princípio da publicidade a todas as espécies de atos da administração – ao contrário do que transparece em parte da doutrina, para a qual a publicidade é exigida apenas dos atos administrativos em sentido estrito. Se assim não fosse, restaria aberto um campo fértil para decisões tomadas às escuras, contra as quais o cidadão não pode resistir ou protestar.

Não se defenderá aqui o radicalismo, a obrigação estatal de divulgar qualquer pequeno ato material, como a troca da cor das paredes de uma repartição pública, num exemplo extremo, mas o dever da administração de estar aberta a dar informações a respeito de qualquer ato, quando assim for solicitado pelo cidadão, e não apenas quando exigido por legislação pontual.

A maioria dos doutrinadores reconhece a importância da publicidade em sentido amplo, mas parte dos autores pesquisados faz uma identificação imediata entre a *publicidade* e a *publicação* do ato administrativo¹.

Afirmar a necessidade de aplicação do princípio da publicidade a todos os atos da administração leva em conta a supremacia do interesse público. Citando a freqüente assertiva das aulas do professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO, de que “o direito administrativo não é direito do Estado, mas direito do cidadão”, é lícito concluir que a dogmática precisa se colocar a serviço da cidadania.

A *transparência* dos atos, aqui tomada como sinônimo de ampla publicidade, viabiliza o contraditório ao cidadão afetado pelo ato. Mas este é apenas um de seus efeitos. O princípio da publicidade é instrumento garantidor do princípio republicano, porque não existe República pautada pelo segredo e pela distância entre administrador e administrado. A publicidade aproxima o cidadão do Estado, porque abre caminho para a participação popular e o controle social, que são conceitos fundamentais das modernas democracias.

Clémerson Merlin CLÈVE afirma que “se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação)”. E acrescenta que “o fazer da Constituição uma *fundamental*

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva: 2007 – pág. 788: “Devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a *publicação/publicidade* dos seus atos.”

law integral pressupõe a construção, pela dogmática constitucional, de categorias suficientes para dar conta, não apenas da violação da Constituição por ato comissivo, como também de seu descumprimento em virtude de ato omissivo”².

A omissão diante do dever de transparência deve ser combatida. Cabe aos operadores do direito encontrar as formas adequadas para garantir o respeito ao princípio da publicidade, na sua forma mais ampla.

² CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1999. p. 209-210

1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, posicionou os princípios gerais do direito como fonte jurídica secundária, ao afirmar, no artigo 4º, que eles deveriam ser usados pelo aplicador do direito “na ausência de lei”. Esse dispositivo delimitador do campo de atuação dos princípios serviu de fundamento à doutrina clássica, para quem os princípios jurídicos eram fontes secundárias do Direito, fontes mediatas, úteis apenas para preencher lacunas da lei (em sentido estrito) e como contribuição para a interpretação legal e de contratos.

O Professor José Afonso da SILVA, contrariando o entendimento da doutrina clássica, afirmou que todas as normas constitucionais, sem exceção, são revestidas de eficácia jurídica, ou seja, de aptidão à produção de efeitos jurídicos, sendo assim todas aplicáveis, em maior ou menor grau.

A abertura da Constituição configura a incompletude e o caráter fragmentário e não-codificador de um texto constitucional. Normas constitucionais abertas são aquelas que contêm um caráter geral e indeterminado, e abrem-se à mediação legislativa concretizadora.³

Normas constitucionais têm graus diferentes de abertura e densidade. Há normas com “campo de conformação” maior ou menor. As normas constitucionais que constituem princípios são normas tipicamente abertas. Demandam um processo de densificação mais profundo, e um comprometimento maior do intérprete para que não incida em arbitrariedade, atribuindo significados a partir de vontades preexistentes (vontade do legislador constitucional, vontade da Constituição).

Para CANOTILHO, falar em *abertura* de uma norma significa que “ela comporta uma delegação relativa a órgãos concretizadores”, ou seja, o legislador infraconstitucional, o juiz e o administrador público, que devem adotar comportamentos alinhados aos preceitos constitucionais. O doutrinador ressalta que dessa delegação também participam todos os cidadãos que fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, seus direitos e deveres. E *densidade*, por sua vez, “aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação”.

O processo de densificação das normas constitucionais não exclui a possibilidade de lacunas, intencionais e não-intencionais, na ordem constitucional.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1993.

Mas a abertura da norma constitucional principiológica não impede a existência de conteúdos “constitucionalmente necessários” e “constitucionalmente impossíveis”. Ao detectar tais conteúdos, o jurista tem certeza de estar fora da “zona cinzenta” de interpretação das normas, no caso, dos princípios⁴.

A questão central é: os princípios constitucionais, enquanto normas abertas da Constituição têm força normativa? Para a doutrina tradicional, normas e princípios se distinguem neste quesito, negando o status normativo aos princípios.

Robert ALEXY distingue a regra do princípio, mas afirma que tanto as regras como os princípios são concebidos como normas.

A base de argumentação dos princípios reside na distinção entre regras e princípios. As *regras* são normas que, quando se cumpre o tipo de fato, ordenam uma consequência jurídica definitiva, isto é, quando se cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente que se faça algo. Portanto podem ser chamados de mandatos definitivos⁵.

As regras, na explicação de ALEXY, são normas que sempre são ou não satisfeitas. Sua forma característica de aplicação é a *subsunção*. Já os princípios normas que ordenam que algo se realize *na maior medida possível*, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Ou seja, os princípios podem se realizar em diferentes graus, em virtude da necessidade de ponderá-los frente à observância de outros princípios⁶.

A maioria da doutrina brasileira defende a normatividade dos princípios, como normas de hierarquia superior às demais, pelos valores que ensejam. “Os Princípios Constitucionais não são os princípios gerais de Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito, único no qual o Direito Constitucional Democrático pode se positivar e se aplicar visando ao ideal de justiça materialmente buscado pela sociedade”⁷

Celso Antonio Bandeira de MELLO adverte que a Constituição não é um simples ideário, uma lista de anseios e aspirações, ou uma carta de propósitos, mas

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 503

⁵ Idem, ibidem.

⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 213

⁷ ROCHA, C. L. A. Obra citada, p. 28.

um conjunto de comandos obrigatórios, imperativamente constituídos, aplicáveis para todos: poder público e cidadãos.

Rui BARBOSA ressaltou que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou ilações. Todas têm força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional”⁸.

É essa também a expressão do pensamento de CANOTILHO, para quem a força normativa da Constituição faz dela uma lei vinculativa, dotada de aplicabilidade e efetividade. Deve ser afastada, portanto, a tese de que a Constituição teria caráter meramente declaratório, ou uma “natureza de simples direção política”, ou “caráter programático despido de força jurídica atual, caracterizadora das verdadeiras leis”. Para ele, a Constituição é um sistema de regras e princípios, sendo as primeiras normas com maior densidade normativa, e os segundos, normas com maior abertura.

Exponentes nacionais dessa linha doutrinária são Clémerson MARTINS CLÈVE, Luis Roberto BARROSO, Carlos Ari SUNDFELD e Carmem Lúcia ANTUNES ROCHA.

Para Carmem Lúcia ANTUNES DA ROCHA, os princípios constitucionais caracterizam-se pela generalidade, primariedade e dimensão axiológica⁹. Por sua generalidade, não se detém aos detalhes de situações fáticas concretas. Pela dimensão axiológica, veiculam valores éticos em seu conteúdo. Pela primariedade, “atuam como estacas da construção jurídica que sobre eles se constrói, e em seus conteúdos se sustenta”.

Os princípios servem de marco para interpretação e integração do texto constitucional. O problema teórico que se coloca é o fato deles serem normas jurídicas sem previsão direta de sanção. Não seguem o modelo clássico de serem formadas por um preceito associado diretamente a uma sanção pelo seu descumprimento. O problema, como se verá, é apenas aparente. Ao tratar da imperatividade e da efetividade das normas constitucionais, Regina Maria Macedo Nery FERRARI, esclarece que as normas constitucionais, em virtude de sua juridicidade, apresentam como traço característico, assim como todas as demais normas jurídicas, a sua imperatividade, ou seja, a obrigatoriedade da obediência de seus comandos por parte das pessoas às quais se dirigem, sejam estas pessoas

⁸ BARBOSA, Rui. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1968. p. 68.

⁹ ROCHA, C.L.A. Obra citada, p. 29-32.

individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público. Para as normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar decorrente de sua posição hierárquica acima das demais normas do ordenamento, que deverão se conformar às primeiras, seja quanto à forma de elaboração (processo legislativo e competência legislativa) quanto ao conteúdo (as matérias devem estar de acordo com a Constituição).

A idéia de que o Direito Constitucional seria um “direito sem sanção” é rejeitada por Regina Maria Macedo Nery FERRARI, com os argumentos de Luis Roberto BARROSO: no Direito Constitucional, as sanções não se reduzem a uma pena ou a uma execução civil. “Nele existe ainda uma outra categoria: a da responsabilidade política, por exemplo, no processo de impeachment”.¹⁰ O descumprimento do dever de transparência, decorrente do Princípio da Publicidade, se enquadra também na responsabilidade política, além da responsabilidade *lato sensu*, dedutível no caso concreto do qual decorrer.

Pacificada a relevância jurídica e a força normativa dos princípios, cabe uma última observação: também é inegável o valor retórico deles. Falando dos princípios da administração pública, especificamente da impessoalidade, Carlos Ari SUNDFELD nos lembra que os princípios não são dirigidos exclusivamente ao legislador na tarefa de criar novas leis, ao operador do direito que os interpreta tecnicamente, mas também traduzem uma forma de retórica, dirigida a todo cidadão, moldando uma consciência social.

Na área jurídica, temos grande desprezo pela idéia de que as normas podem ser elementos de retórica, porque isto nos parece negar que elas tenham efeitos jurídicos. Então, quando se diz que certa norma existe para produzir efeitos retóricos, somos imediatamente tentados a negá-lo, afirmando o seu caráter técnico, sua eficácia imediata, justamente por ser norma jurídica, não um mero discurso. Conquanto seja importante afirmar o efeito imediato das normas, é no entanto uma perda substancial a recusa de que elas, especialmente as constitucionais, também estão postas para produzir impacto retórico.¹¹

Não era a intenção de SUNDFELD, e certamente não é a intenção deste trabalho, negar o conteúdo jurídico do princípio da publicidade, mas de afirmar que

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 81

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Palestra “Processo Administrativo”, apresentada no Seminário de Direito Administrativo de 2003 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP. Disponível em http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/1carlos_ari1.htm. Acesso em 10.12.2007.

ele também é importante como filosofia de uma administração pública cada vez mais aberta ao controle da sociedade.

2. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A Constituição de 1988 inovou o tratamento da administração pública, consolidando sua constitucionalização e estabelecendo a base principiológica sobre a qual foi construído seu regime jurídico. O regime jurídico administrativo pode ser resumido como o conjunto de prerrogativas e sujeições jurídicas a que está submetida a Administração. O binômio “prerrogativas/sujeições” foi desenhado na metade do século passado pela doutrina francesa, que teve Jean Rivero como seu expoente.

As prerrogativas são conferidas à administração porque ela existe para buscar um bem maior, o bem comum. Esta finalidade lhe garante as prerrogativas que a colocam em posição superior às demais pessoas com que se relaciona. Nas relações privadas, caracterizadas pela horizontalidade, todas as pessoas (partes) estão no mesmo nível, sem hierarquia jurídica estabelecida entre elas.

As relações jurídicas em que a administração pública toma parte são, na maioria das vezes, verticalizadas. Como explica o professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “decorrente do princípio ou pressuposto da supremacia do interesse público sobre o privado, a **desigualdade jurídica entre o Poder Público e os cidadãos** é o reconhecimento de que aquele, justamente por representar os interesses coletivos, sob certas condições, atua em posição de supremacia nas relações jurídicas mantidas com o particular”.¹²

As principais prerrogativas foram listadas por Celso Antônio Bandeira de MELLO: autoexecutoriedade, autotutela, poder de expropriar, poder de requisitar bens e serviços, poder de ocupar temporariamente o imóvel alheio, de instituir servidão, aplicar sanções administrativas, alterar e até mesmo rescindir contratos administrativos unilateralmente, impor medidas de polícia, gozar de imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução,

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

presunção de veracidade de seus atos, entre outros¹³. As prerrogativas se confundem com os “poderes” da Administração, ou melhor dizendo, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, os “*deveres-poderes*” da Administração, uma vez que todos os poderes administrativos estão vinculados aos deveres legais atribuídos a ela.

A ordem das palavras neste conceito composto tem um significado claro: os deveres vêm antes dos poderes. Quem bem explica a lição de BANDEIRA DE MELLO é o professor José Roberto VIEIRA. “Não obstante a questionabilidade dessas expressões híbridas perante a Lógica Jurídica, é forçoso reconhecer a irrecusável coerência da proposta desse eminente publicista, uma vez que os *poderes* não passam de simples instrumentos conferidos ao administrador público, de sorte a equipá-lo na incessante procura do atender às finalidades. Aí seus *deveres inafastáveis*”.¹⁴

Os Princípios Constitucionais, implícitos e explícitos, que regem a administração pública, configuram-se como as principais sujeições dessa mesma Administração.

O Princípio da Publicidade inverte a verticalidade das relações entre administração e administrado¹⁵. Em matéria de transparência administrativa, é o cidadão que ocupa a posição superior na relação jurídica, enquanto titular do direito fundamental de acesso à informação pública – como veremos, salvo exceções expressas, toda atividade estatal é considerada juridicamente como informação pública. O administrado toma a posição do “*cidadão-censor*”, expressão de Clémerson Merlin Clève, já que por meio do Princípio da Publicidade, “ele provoca a atuação dos mecanismos de censura sobre os atos ilegais da administração pública”¹⁶.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59

¹⁴ VIEIRA, José Roberto. *Fundamentos Republicano-democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e Não Ululantes*. In: FOLMANN, Melissa (coord.). **Tributação e Direitos Fundamentais: Propostas de Efetividade**. Curitiba, Juruá, 2006, p. 202-205.

¹⁵ Odete MEDAUAR escreveu sobre “a inversão da relação Administração-administrado, em favor deste”, e assegurou que ela “trará conseqüências sobre as práticas predominantes, ensejará discussões sobre insuficiências da atuação administrativa e abrirá novas sendas aos estudiosos do direito administrativo”. In **O Direito Administrativo em Evolução**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 239.

¹⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo.: Acadêmica, 1993. p. 22

3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O conteúdo jurídico do princípio da publicidade pode ser resumido pelo binômio formado pelo direito constitucional do cidadão à informação pública e o dever de transparência da administração pública, decorrente do princípio republicano. É o que se conclui da análise de expoentes da doutrina administrativista brasileira.

A publicidade dos atos da administração era um princípio doutrinário até a Constituição Federal de 1988, quando foi positivada, inserida no caput do artigo 37 do texto constitucional. Mesmo antes de alcançar o status de princípio constitucional administrativo, ela já era considerada um mandamento básico para doutrinadores como Hely Lopes MEIRELLES e Ruy CIRNE DE LIMA. Dar publicidade à atuação administrativa, seja por impulso oficial ou demanda dos administrados, era e continua sendo uma decorrência lógica do instituto da representação que caracteriza o regime republicado.

Para Norberto BOBBIO, a publicidade é, antes, uma decorrência da própria democracia, da forma que o governo público deve ser feito: em público. “O caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao público, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto”, afirmou o autor italiano¹⁷.

CIRNE DE LIMA explica a relação de administração (entre o administrador e a coisa pública) como contraposto à relação de propriedade (entre o dono e a própria coisa). “A palavra administração... designa geralmente a atividade do que não é proprietário – do que não é senhor absoluto... Administração, segundo nosso modo de ver, é a atividade do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado... Na administração, o dever e a finalidade são predominantes... O fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração”.¹⁸

Acrescenta Carlos Ari SUNDFELD que não há lugar para razões, intenções e ações de foro íntimo na relação de administração. “A razão de ser do Estado é toda externa. Tudo que nele se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. pp. 84 e 87

¹⁸ LIMA, Ruy Cirne de. **Princípios de Direito Administrativo**. 6ª edição. São Paulo: RT, 1987. p. 20, 22, e 52.

uma direção exterior. A finalidade de sua ação não reside jamais em algum benefício íntimo: está sempre voltado ao interesse público”¹⁹.

SUNDFELD questiona e também opina sobre o que é interesse público: “o que o ordenamento entende valioso para a coletividade (não para a pessoa estatal) e que, por isso protege e prestigia”. E conclui: “Assim, os beneficiários de sua atividade são sempre os particulares. Os recursos que manipula não são seus: vêm dos particulares individualmente considerados e passam a pertencer à coletividade deles.” Segundo o autor, os atos que a administração produz estão sempre voltados aos particulares, inclusive os atos internos que se constituem em mero estágio para atos finais deles decorrentes.

Em uma figura: falta ao Estado vida interior, faltam-lhe interesses pessoais íntimos. Com os indivíduos é o inverso que ocorre. Sua atividade diz com a liberdade, com a realização de valores íntimos. Por isso, protege sua privacidade, sua correspondência é sigilosa, sua casa é inviolável. **Como o Estado jamais maneja interesses, poderes ou interesses íntimos, tem o dever da mais absoluta transparência.**”²⁰

Fica claro que o administrador não é dono da coisa pública, não age segundo sua vontade, mas segundo a finalidade legal prevista para sua atuação, porque exerce representação do verdadeiro titular do poder estatal, que é o administrado. O dever de expor sua atuação ao controle social, político e jurídico é inerente à relação de administração. O alcance desse dever, como explica MEIRELLES, é amplíssimo:

*“A publicidade, como princípio de administração pública abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos – concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos internos e todos os anais e atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. **Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada**”(grifo nosso).*²¹

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 163

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: RT, 1989. p 83

Afirma Celso Antônio Bandeira de MELLO que, se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público. “O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida”²²

A observação fundamental a respeito do princípio da publicidade na administração pública é que ele não deve ser confundido com o requisito formal de publicação dos atos administrativos. Carmem Lúcia Antunes ROCHA nos auxilia a compreender o tema: “A publicidade que se põe, constitucionalmente, é mais ampla que a que se contém na publicidade oficial, ativada pela administração pública”²³. Na mesma linha, Odete MEDAUAR afirma que a publicidade da atuação administrativa deve ser interpretada no sentido de atuação manifesta, visível, e *não como propaganda nos meios de comunicação*²⁴.

Em relação à forma da publicidade constitucionalmente determinada, está claro que ela não se restringe à propaganda oficial constitucionalmente autorizada nem à publicação de atos em Diário Oficial ou em quadro de edital, como poderia se interpretar a partir de dispositivos da legislação infraconstitucional. A forma da publicidade pode e deve aproveitar os avanços tecnológicos, em especial a internet, além das audiências públicas que também são exigidas na legislação orçamentária, sobre prestação de contas públicas e licitações, mas não apenas nos casos em que tais audiências consistem em exigência legal, mas sempre que houver demanda social para tanto.

Com relação ao conteúdo sobre o qual se deve aplicar o princípio da publicidade, e o conseqüente dever de transparência na administração pública, Carmem Lúcia Antunes ROCHA também esclarece que “este princípio incide sobre a prática dos atos administrativos, *mas não se exaure, nem tem nestes o seu contingente*”²⁵. Da mesma forma, o princípio incide sobre a propaganda oficial, dá seus limites, mas não se confunde com esta publicidade.

Para delimitar os contornos do princípio, talvez seja eficaz comparar seu alcance a três círculos concêntricos, que ilustram suas três dimensões de operação.

²² MELLO, C. A. B. Obra citada. p. 73

²³ ROCHA, C. L. A. Obra citada. p. 244

²⁴ MEDAUAR, O. Obra Citada. p. 237

²⁵ ROCHA, C. L. A. Obra citada. p. 244

No primeiro e menor círculo, está o ato administrativo, coberto pela publicidade no sentido de publicação oficial, como requisito de validade e existência deste ato, quando a lei assim o exigir.

Num segundo círculo, maior que o primeiro, estaria a propaganda oficial, segunda acepção do termo “publicidade”, usado pela Constituição para definir a divulgação de informações sobre programas e serviços relevantes.

No maior dos três círculos, cobrindo os dois primeiros, está o princípio da publicidade, cobrindo toda a atividade estatal, acima dos atos administrativos isoladamente tomados, também acima da propaganda oficial, criando um dever para o administrador de agir às claras e dar conta de sua atuação, não apenas de atos isolados ou de atividades que escolheu divulgar. É um dever permanente, a ser executado sempre que houver exigência legal, mas também sempre que solicitado pelo cidadão.

Na mesma linha de pensamento de Hely Lopes MEIRELLES, segue Carmem Lúcia Antunes ROCHA.

“A Constituição não restringiu o Princípio da Publicidade à atividade administrativa, mas a *todas as funções e atividades estatais* (grifo nosso). Tornou-o assegurado aos indivíduos, que o tem como direito fundamental dotado de garantia específica constitucionalmente instituída. O direito de petição aos Poderes Públicos e o óbvio e incontornável dever de resposta destes ao pedido formulado passaram a ser assegurados com especificidade mais vigorosa e de contornos mais nítidos do que anteriormente positivado”²⁶.

Importante ressaltar que o princípio se espalha à administração indireta, para além dos limites da pessoa jurídica de direito público, e alcança as instituições privadas delegadas de serviços públicos (CF, art, 37, § 3º e art. 175, III) bem como as empresas estatais que exploram atividade econômica (173 §1, III, e § 3º).

O direito fundamental de acesso à informação estatal, e o correlato dever de transparência administrativa, estão presentes em vários dispositivos constitucionais. O artigo 5º da Constituição preceitua, em seu inciso XXXIII, que “todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”. Nesse dispositivo está contemplada não apenas a publicidade *interpartes*, ou seja, referente à relação jurídica entre aquele particular específico, como também *erga omnes*, aberta a qualquer cidadão

²⁶ ROCHA, C. L. A. Obra citada. p. 243

interessado. Fica garantido a todos o direito de receber não apenas informações de seu interesse particular, mas também sobre assuntos de interesse coletivo ou geral (interesse subjetivo público).

No inciso XXXIV, estão assegurados o direito de petição (alínea “a”) e o de “obtenção de certidões de repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (alínea “b”). Considerando que o objeto material perseguido por ambos é informação que a administração produz ou detém, ambos podem ser considerados abarcados pelo direito de acesso à informação pública, do inciso XXXIII.

Já o inciso LXII prevê a concessão de hábeas data tanto para “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante (alínea “a”) quanto para retificação de dados (alínea “b”).

O alcance da publicidade tem pontos de exceção, mas são raros, como explica Carmem Lúcia Antunes ROCHA.

“Somente, pois, em casos especialíssimos pode-se ter como juridicamente aceitáveis as hipóteses de sigilo de determinados comportamentos nos quais o motivo de interesse público comprovado exige o resguardo de informações sobre a prática administrativa. Assim, situações de guerra, por exemplo, em que a publicidade de todas as decisões pode prejudicar a própria sociedade diretamente interessada, motivam a exceção ao princípio”.²⁷

As exceções à publicidade estão constitucionalmente previstas. O ordenamento jurídico não deixa espaço para escolha pessoal do administrador, como se poderia depreender do infeliz comentário do ex-ministro da Fazenda Rubens Ricupero: “O que é bom a gente fatura. O que é ruim, a gente esconde.”²⁸

As exceções constitucionais estão no inciso XXXIII do artigo 5º que protege as informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. O inciso LX também autoriza à lei “restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem”.

²⁷ ROCHA, C. L. A. Obra citada. p. 242

²⁸ Frase do ministro da Fazenda do governo Itamar Franco, dita ao jornalista Carlos Monforte, da TV Globo, durante o intervalo de uma entrevista no dia 1º de setembro de 1994. Sem que Ricupero soubesse, a íntegra da conversa foi transmitida por satélite, o conteúdo da conversa foi captado por antenas parabólicas, e o episódio resultou na demissão do ministro no dia seguinte. Reportagens da época, com o flagrante televisivo, podem ser vistas no site YouTube. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=hZyVbX40YU>>. Acesso em 09.06.2008

No inciso LXXII, alínea “b”, que trata do hábeas data, é facultado que se requeira retificação de dados “por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

O artigo 93 da Constituição Federal, no inciso IX, que impõe publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, autoriza à lei, “se o interesse público o exigir”, a “limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

3.1. Publicidade do ato administrativo

O Princípio da Publicidade alcança todos os atos relevantes da Administração, de qualquer uma das espécies elencadas pela doutrina. Para efeitos didáticos, seguimos a classificação utilizada por Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT²⁹.

Os atos da administração pública podem ser atos administrativos em sentido estrito, atos materiais, atos políticos e atos de direito privado. O Direito Administrativo se preocupa apenas com os atos administrativos em sentido estrito, pois possuem efeitos jurídicos diretos. Os atos materiais, de regra, não possuem efeitos jurídicos, como seria o caso de um médico do sistema público de saúde realizando uma cirurgia, ou um professor de uma universidade pública ministrando sua aula.

Atos políticos são os atos de planejamento de ações públicas, e ainda o veto ou sanção de uma lei, que não se trata de ato administrativo em sentido estrito, mas de um ato político. Odete MEDAUAR destaca que a Constituição de 1988 usa a expressão “ato de governo” para referir-se ao ato emanado da autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo, especialmente no relacionamento com outros Poderes, Estados, organismos internacionais, e ainda na tomada de decisões de alto relevo político³⁰.

A autora recomenda que o ato de governo, ou ato político, seja estudado entre os atos da Administração. Tradicionalmente, afirma-se que os atos políticos

²⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

³⁰ MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 148

fogem ao controle jurisdicional, mas, afirma Odete MEDAUAR, “tal chavão não se sustenta”, reafirmando a possibilidade e a necessidade de controle³¹.

Há ainda os atos de direito privado, por exemplo, no caso da administração pública fazer a locação de um imóvel, situação em que estará submetida às regras do regime de direito privado.

Todas estas espécies de atos da administração estão sujeitas ao princípio da publicidade e, portanto, devem estar abertos ao controle social, por meio da garantia de publicidade. Não há que se indagar se tal ou qual ato deve ter forma pública, em função de exigência legal. A publicidade constitucionalmente prevista no caput do artigo 37 não é apenas um requisito de forma de alguns atos administrativos em sentido estrito. É uma obrigação constitucional para toda e qualquer atividade administrativa.

A confusão entre a publicidade enquanto transparência administrativa e a publicidade como requisito do ato administrativo em sentido estrito surge do estudo dos requisitos ou elementos do ato. O primeiro deles é a existência de sujeito competente, ou seja, atribuição conferida pela lei ao administrador para a prática de atos de determinada matéria. A finalidade é o segundo requisito. Representa o resultado que a administração deve alcançar com o ato. Uma vez que este resultado é previsto legalmente, não há liberdade de decisão para o administrador público, mesmo tratando-se de ato discricionário.

O motivo do ato é seu terceiro requisito. São as razões de fato e de direito que servem de fundamento ao ato administrativo. O objeto do ato é seu quarto requisito. É o efeito jurídico imediato produzido pelo ato, normalmente expresso por um verbo. Tal efeito deve ser lícito, possível, moral e determinado.

Deixamos para o final o quinto requisito ou elemento do ato administrativo, de onde surgem os mal-entendidos a respeito da publicidade. A forma, numa concepção estrita, significa a forma de exteriorização do ato, por exemplo, a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução, etc. Numa concepção ampla, a forma inclui todas as formalidades que devem ser atendidas durante o processo de formação da vontade da Administração, bem como os requisitos de publicidade, neste caso, significando sua publicação em Diários Oficiais

³¹ Idem, p. 149

ou em edital, ou ainda, a notificação dos interessados diretos nos efeitos do ato em questão.

A freqüente confusão entre publicação e publicidade foi tema de artigo e de aulas do professor Antônio Carlos Cintra do AMARAL na pós-graduação da PUC-SP³². Diz ele que a publicação, obviamente, não assegura a publicidade, nos termos da Constituição, mas há exemplos de leis que indicam o contrário. Ele cita exemplos, como a obrigatoriedade de publicação de acórdãos do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o art. 28 da Lei 9.868/99, o STF deve publicar no Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão em ações diretas de inconstitucionalidade ou ações declaratórias de constitucionalidade. O STF cumpre a lei mas, geralmente, ninguém além das próprias partes entende as decisões. A parte dispositiva dos acórdãos não indica o assunto a que se referem. Para AMARAL, há impropriedade na adoção da publicidade *inter partes* em casos que exigiriam, pela importância de que se revestem, a publicidade *erga omnes*.

Às vezes, por outro lado, a lei exige publicidade *erga omnes*, quando o princípio da publicidade estaria atendido apenas com a publicidade *inter partes*. A Lei de Licitações (8.666/93) exige a publicação de decisões sobre qualificação e julgamento de propostas nas licitações, quando, na opinião de AMARAL, seria suficiente a comunicação apenas aos licitantes. A Lei 8.666/93 determina, ainda, a publicação de avisos referentes à realização de concorrências e tomadas de preços. “É freqüente vermos esses avisos publicados e simplesmente não entendê-los, ou entendê-los erradamente, ou por deficiência na comunicação ou por má-fé de que os elaborou. Nesses casos, o princípio da publicidade é descumprido, embora a publicação tenha sido efetuada”³³, afirma o professor.

AMARAL aponta o absurdo a que chegamos na confusão de publicação com transparência administrativa. Há dez anos, no dia 04/12/98, o Diário Oficial da União entrou para o Livro dos Recordes, por ter circulado com 2.472 páginas e peso de 6,1764 quilos. Foi incluído no *Guinness Book* como a publicação diária mais volumosa e pesada do país.

³² AMARAL, Antônio Carlos Cintra. “O Princípio da Publicidade no Direito Administrativo”. In **Revista Brasileira de Direito Público**, número 2, julho a setembro de 2003. Disponível na internet no endereço http://www.celc.com.br/antiores/celc_comentario_00094.htm, em 26/02/08.

³³ Idem, *ibidem*.

3.2. Publicidade da atividade administrativa

Entendemos que o conceito de atividade administrativa é preferível ao de ato administrativo para explicar o alcance do princípio da publicidade. Nessa linha, seguimos o pensamento de Marçal JUSTEN FILHO, que dedicou uma seção de seu *Curso de Direito Administrativo à preponderância do conceito de “atividade” sobre o conceito de “ato”*³⁴.

Para JUSTEN FILHO, o conceito de *ato administrativo* perdeu relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. Não se pretende defender a irrelevância ou inexistência jurídica do instituto do *ato administrativo*, mas o estudo da atuação administrativa de modo global, e não fragmentada em cada ato.

O que se afirma é que o Estado pós-moderno é uma estrutura organizacional vocacionada a produzir atos em massa, não a promover atos isolados. Somente é possível compreender o Estado e a Administração Pública como um conjunto de instituições aptas a produzir atos em massa, para satisfazer grande quantidade de interesses e necessidades que parecem exauríveis.³⁵

O que satisfaz as necessidades coletivas não são atos administrativos isolados, mas a atividade. Dessa forma, a atividade administrativa pode ser conceituada como “conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais, que se desenvolve sob a égide do princípio da legalidade”.

Por fim, cabe dizer que a administração tem duas formas de dar publicidade atos ou atividades: individual (*inter partes*) e difusa (*erga omnes*). A publicidade que atende interesse individual é aquela feita por edital, mas também por informação pessoal, na forma de certidão, vista ou intimação, especialmente para que se oportunize o contraditório e a ampla defesa, como no processo administrativo disciplinar³⁶. A publicidade difusa serve ao controle social sobre a administração.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 137-138.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 207 e ss.

Essa dupla finalidade da publicidade foi explicada por Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a partir do processo administrativo disciplinar: “os atos tornam-se obrigatórios depois de publicados – a publicidade como condição de eficácia”. E acrescenta: “A segunda finalidade é a de esclarecimento ao público sobre os atos da Administração, permitindo-se o controle do exercício da competência disciplinar pela sociedade. Afinal, é interesse de todos que os servidores atuem com eficiência e consoante os parâmetros de condutas exigíveis constitucional e legalmente”³⁷.

3.3. Publicidade e modelos de Estado

Como explica Carmem Lúcia Antunes ROCHA, a instituição da administração pública representa uma passagem de um modelo de Estado no qual o Poder se confundia com a vontade do monarca para um modelo em que o Poder é titularizado pelo povo. Essa passagem marca a criação dos Estados Modernos. No Estado liberal-burguês, a administração deixara de estar vinculada à vontade do monarca, mas era gerida em nome de um “interesse público” abstrato, intangível.

No Estado Social, a noção de obrigação de publicidade começa a ser fortalecida. O povo já não se satisfaz apenas com o agir da administração em nome do interesse público. Busca-se o acesso a todas as informações relativas ao comportamento e desempenho do Estado no exercício de suas funções, inclusive a administrativa. “Não basta pois que o interesse buscado pelo Estado seja público para se ter por cumprido o princípio em foco. Por ele se exige a não obscuridade dos comportamentos, causas e efeitos dos atos da administração pública, a não clandestinidade do Estado, a se esconder, em sua atuação, do povo”³⁸.

A tendência de reduzir o dever de publicidade a um critério de forma, a publicação, quanto de objeto, os atos administrativos *strictu senso*, tem origem na administração pública do século XIX. Odete MEDAUAR explica que o excesso de formalismo da época fez surgir a administração “por documentos”: o que não é documento não existe. “A Administração, assim acaba por fechar-se sobre si própria, por ter vida autônoma, como a reproduzir, nesse âmbito a quase ausência de comunicação entre Estado e sociedade, predominantemente no século XIX. Embora

³⁷ BACELLAR FILHO, R.F. Obra citada. p. 211.

³⁸ ROCHA, C. L. A. Obra citada. p. 240

todo o ideário axiológico norteador das instituições estatais do século XIX valorizasse o indivíduo e seus direitos, o tipo de administração decorrente manteve o indivíduo na condição de súdito”. Citando LAMUSURIER, a autora descreve o cidadão deste modelo como um “administrado-súdito”, um deficiente jurídico, diante das recusas da Administração: recusa de indicar o motivo de suas decisões, recusa de responder requerimentos, recusa de dar vista a documentos administrativos, recusa de executar ordens de pagamento, recusa de editar textos necessários à aplicação das leis; “o segredo público era regra nessa administração de soberania e de comando.”³⁹

A publicidade no Estado Contemporâneo tem uma importância maior do que em qualquer outro momento da história. “Aos poucos, os sistemas de decisão isolada do administrador foram sendo minados pela presença dos cidadãos, a cobrarem não apenas eficiência, mas conhecimento dos motivos, dos fins e dos resultados das práticas públicas”⁴⁰, explica Carmem Lúcia Antunes ROCHA.

Chegamos enfim à era do conhecimento, à sociedade da informação. Informação, agora, é poder. “Quando a informação é do Estado, detentor de poder soberano na sociedade política, a publicidade dos comportamentos públicos e o seu conhecimento pelos cidadãos passam a ser direito fundamental do indivíduo”, afirma a autora⁴¹.

Assim, fica claro que o direito à informação passa por um momento de consagração como direito fundamental. Para sedimentar este direito fundamental, a ordem jurídica oferece o princípio da publicidade.

4. PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA

A Constituição é uma carta do povo, com textos em linguagem leiga, que não necessitam respeitar obrigatoriamente o jargão técnico-jurídico. Portanto é necessário interpretá-la teologicamente, ponderando o espírito por trás das letras. É importante notar que as mesmas palavras são usadas no texto constitucional com

³⁹ LAMUSURIER. “Vers une démocratie administrative: du refus d’ informer au droit d’être informé”. **Revue du droit publique**, set-out. 1980, p 1.239 – citado por Odete MEDAUAR *In Direito Administrativo em Evolução*.

⁴⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. pág. 54

⁴¹ ROCHA, C. L. A. p. 243

diferentes sentidos, conforme o contexto de aplicação. Na interpretação dos princípios constitucionais, o contexto vale tanto, e até mesmo, eventualmente, mais que a literalidade do texto.⁴²

A expressão “publicidade” é exemplo disso. O artigo 37, caput, coloca a Publicidade entre os princípios aos quais a administração pública deve obediência.

O mesmo termo foi usado pelo constituinte com acepção distinta, no parágrafo 1º, que restringe a “publicidade” dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos a ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, “dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. Neste caso, a palavra “publicidade” foi tomada no sentido de propaganda, que segundo o dicionário HOUAISS significa “ação de exaltar as qualidades de (algo) alguém para um número geralmente grande de pessoas; anúncio, reclame”⁴³.

O legislador infraconstitucional trouxe ainda uma terceira variação do termo “publicidade”, que corresponde à necessidade de publicação dos atos administrativos como fator extrínseco de validade e de eficácia do ato. Há bons exemplos desse uso na Lei de Licitações e na Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive com a possibilidade de uso da internet para a publicação de informações.

O Princípio da Publicidade não deve ser confundido com a acepção de propaganda oficial de atos, programas, obras e serviços, nem com o de publicação de atos administrativos que a lei assim exija. Para evitar essa mistura de vocabulário, tornou-se comum falar em “transparência”, ao nosso ver, um termo muito adequado, de fácil compreensão para o cidadão leigo, e que não traz deturpação do conteúdo jurídico e político embutido no princípio constitucional.

Inúmeros autores de grande relevância na doutrina nacional denominaram o princípio da publicidade como princípio da transparência ou identificaram-no com o chamado “dever de transparência”:

Conforme Carlos ARI SUNDFELD, “como a administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o **dever da absoluta transparência**” (*grifo nosso*).⁴⁴

⁴² ROCHA, C. L. A. Obra citada. p. 47.

⁴³ CD-ROM **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Objetiva, 2001.

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio da Publicidade Administrativa: Direito de Certidão, Vista e Intimação”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 199, jan/mar 1995. p. 98

Para Juarez de FREITAS, o princípio da publicidade é o princípio da “**máxima transparência**”.⁴⁵

Celso Antônio Bandeira de MELLO, como já se viu, afirma que o princípio da publicidade consagra “**o dever da plena transparência em seus comportamentos**”.⁴⁶

O professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO explica a origem da origem histórico-terminológica da expressão “transparência” aplicada à atividade administrativa. Ele nos conta que doutrina italiana tem afirmado a existência de um **princípio avançado de transparência**, que deve conduzir a uma administração “*dai casseti aperti*” (de gavetas abertas) ou como uma “*casa di vetro*” (casa de vidro). São expressões clássicas, bem explicadas por Riccardo VILLATTA, traduzidas por BACELLAR FILHO:

O objetivo que se pressupõe perseguir sem incertezas é aquele da administração como ‘casa de vidro’, que nada esconde dos seus observadores. No plano técnico-jurídico, o ponto de partida é o direito de informação, que se afirma existente e protegido no nosso ordenamento constitucional. Tal direito e a relativa garantia constitucional investem a possibilidade de desenvolver uma atividade cognoscitiva (a tutela é do ‘operador cognoscitivo’). O fundamento reside não só no artigo 21 da Constituição, mas nas disposições da Carta Fundamental que tutelam a pesquisa científica, a iniciativa privada, as liberdades fundamentais, o princípio de soberania popular e a democraticidade: em suma, o fundamento está na sua instrumentalidade necessária em relação ao sistema para assegurar as mesmas características delineadas pela Constituição.

O reconhecimento deste direito, cujo objeto seria a fonte da informação, no sentido lato, e cujo conteúdo constituiria a atividade de utilização das fontes, enfatiza a necessidade da plena garantia do direito de acesso aos atos administrativos, pois o grau de realização da publicidade dos documentos relativos ao procedimento administrativo é indicador do estado de democraticidade em que se encontra um determinado ordenamento.

E entre as duas finalidades em abstrato deste direito – controle democrático da administração pela coletividade e tutela dos sujeitos envolvidos no exercício da função administrativa – prevalece, radicalmente, a primeira [...]

E assim o slogan de transformação da administração pública em uma ‘casa de vidro’, expressão usada por Filippo Turati na discussão geral do Parlamento relativa à Lei de 25 de junho de 1908, n. 290, sobre o estatuto jurídico dos empregados civis do Estado, é uma figura de linguagem de conteúdo mítico, já que nem tudo que se passa internamente na administração pode ser visto ao exterior, dada a indispensabilidade do segredo para a conservação do ordenamento. Em outras palavras, a exatidão da proposição: ‘o segredo é próprio do regime autoritário’ deve ser recriminada por sua absolutividade ‘que tende a demonizar todo segredo, tratando-o como uma espécie de pecado capital e opondo-lhe retoricamente o modelo da casa de vidro’. É verdade que um ordenamento democrático, necessariamente, reconhece e garante os segredos merecedores de tutela. [...] Por fim, se se deseja fazer recurso de uma imagem, é mais

⁴⁵ “No que concerne ao princípio da publicidade **ou da máxima transparência**, quer este significar que a Administração há de agir de sorte a nada ocultar e, para além disso, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público”. In FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág. 70

⁴⁶ MELLO, C. A. B. Obra citada. p. 104

correta aquela de uma casa de vidro com muitas janelas fechadas ou passíveis de fechamento.⁴⁷

Segundo o dicionário HOUAISS, “Transparência” é a qualidade do que é “transparente”, ou seja, “que deixa passar a luz e ver nitidamente o que está por trás; límpido, cristalino”. A definição se coaduna com a de “publicidade”, “característica do que é público”⁴⁸.

Há pelo menos um autor brasileiro, porém, que defende a existência autônoma de um princípio de transparência, ao contrário da maioria da doutrina, que trata como iguais o princípio positivo da publicidade o princípio doutrinário, por assim dizer, da transparência.

Wallace Paiva MARTINS JÚNIOR, na obra “Transparência Administrativa”, defende a existência implícita deste princípio no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Tal princípio seria a soma da publicidade, da motivação e da participação Popular, constitucionalmente previstas. Ao nosso ver, esta operação matemática com princípios é desnecessária. Também é dispensável a criação doutrinária de um novo princípio. A publicidade é princípio autônomo. Basta valorizar o que nos é dado pela Constituição

Criar variações dos princípios expressos na Constituição não contribui para a efetivação das normas constitucionais, só serve à banalização das normas de hierarquia superior. Até porque, se tudo é princípio, nada é princípio. Sobre esse subterfúgio, em artigo que reforça a importância do Princípio da Publicidade (que existe, é expresso e é suficiente), o professor Antônio Carlos Cintra do AMARAL, da PUC-SP, comenta:

“Ainda recentemente li parecer jurídico em que se dizia que o instituto da concessão de serviço público só pode ser compreendido à luz da *principiologia jurídica*, expressão que escapa totalmente à minha compreensão. Tudo isso me provoca o temor de acabarmos desaguando em uma verdadeira *principiomania*. Às vezes chego a ter a sensação de

⁴⁷ VILLATA, Riccardo. “La trasparenza dell’azione amministrativa”. **Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo**. Milano, vol.4, p. 532-533, dicembre di 1987 – traduzido e citado em BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p. 205-206.

⁴⁸ CD-ROM **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Objetiva, 2001.

que a palavra *princípio* é empregada com uma certa conotação *mágica*, a fim de reforçar a argumentação e inibir a concordância”⁴⁹.

Para o presente trabalho, assim como para a maioria da doutrina, transparência administrativa é sinônimo da publicidade constitucionalmente exigida, porque a publicidade deve ser interpretada muito além da mera publicação de atos administrativos. Entendemos a publicidade em seu sentido mais amplo, tanto na forma quanto no conteúdo. É preciso ultrapassar a fronteira das páginas dos Diários Oficiais e dos quadros de edital em repartições públicas. A exigência de publicidade deve ser feita para qualquer espécie de ato da Administração, para a atividade estatal como um todo.

4.1. Evolução da noção de transparência na Administração

A primeira referência histórica da regra de transparência administrativa, segundo Odete MEDAUAR, é da Suécia, onde desde o ano de 1776 existe a previsão legal do livre acesso de qualquer indivíduo, sem justificativa no interesse pessoal, a documentos administrativos⁵⁰.

Já no século XX, principalmente nos países mais desenvolvidos, percebe-se o empenho em mudar antigas estruturas e atuações, com a diminuição expressiva do sigilo na administração. É o caso da Suécia, tida como exemplo em matéria de livre acesso a documentos públicos; da Bélgica, nos procedimentos de consulta pública nas desapropriações de certa amplitude e nos projetos urbanísticos; e da França, que a partir de 1978 iniciou a edição de leis destinadas a modernizar a Administração.⁵¹

No direito alemão também está presente a preocupação com a transparência. Da Lei fundamental de Bonn, de 1949, a Corte constitucional alemã extraiu o princípio da segurança, ou da previsibilidade, decorrentes da própria lógica

⁴⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. “O Princípio da Publicidade no Direito Administrativo”. Publicado na **Revista Brasileira de Direito Público**, número 2, julho a setembro de 2003. Disponível na internet em <http://www.celc.com.br/anteriores/celc_comentario_00094.htm>. Acesso em 26.02.08.

⁵⁰ **Direito Administrativo em Evolução**, p. 238 – 240.

⁵¹ Idem, p. 130

do Estado de Direito, que tem como corolário a publicidade dos atos do Estado, além da autoridade da coisa julgada, da precisão e clareza das normas de direito.⁵²

Na França, até 1978, a regra era o segredo na administração pública, com exceções que estabeleciam publicidade. São deste ano duas leis que colocara em marcha um processo de inversão desses valores. Uma lei de janeiro de 1978 previu o direito ao cidadão de conhecer, contestar e retificar dados constantes de bancos de dados administrativos. Outra lei, de julho de 1978 determinou o livre acesso a documentos públicos, excetuando aqueles que tratam de segurança nacional, política externa, moeda, vida privada e prontuários médicos.

Posteriormente, a França criou uma entidade independente encarregada de auxiliar e orientar o cidadão, a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (CADA). Em 2000, a Lei 321, que trata dos direitos do administrado, estabeleceu a obrigação de que a administração organize acesso simplificado às normas de direito, com a possibilidade de emprego da informática e da internet. Também estabeleceu o livre acesso às decisões e documentos jurídicos, como os estudos técnicos de impacto de projetos-de-lei e decretos, para que o cidadão possa avaliar com antecedência os efeitos das medidas. Os pontos mais importantes da lei francesa talvez sejam o direito do cidadão conhecer a identidade dos agentes administrativos e o acesso do cidadão às contas públicas das autoridades administrativas e das entidades subvencionadas por recursos públicos.

MEDAUAR aponta outros marcos históricos posteriores da evolução da noção de transparência em outros países da Europa. Na Itália, a Lei 241, de 1990, fixou normas sobre o direito de acesso aos documentos administrativos dentro do processo administrativo. Na Inglaterra existe um código, o *Code of Practice*, de 1997, que obriga a administração a publicar análises relevantes para o fim da adoção de políticas e as informações sobre o funcionamento dos serviços públicos e a liberar informações sobre políticas e decisões administrativas.

A origem da idéia de transparência na administração na Europa também foi tratada pelo doutrinador português Luís Filipe Colaço ANTUNES, no ensaio sob o título “Mito e Realidade da Transparência Administrativa”⁵³, comentado pelo professor Antônio Carlos Cintra do AMARAL, da PUC-SP⁵⁴.

⁵² Idem, ibidem.

⁵³ Em seu ensaio sobre o princípio da publicidade, publicado em 1990, em número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso

Segundo o autor português, a noção de transparência administrativa, que segundo ele, surgiu em meados da década de 1970 como reação contra o segredo, aproveitando a imagem da “casa de vidro”, que a doutrina italiana usou para descrever uma administração democrática.

Essa reação contra o segredo é muito presente no Brasil de hoje. O ministro Carlos Britto, do Supremo Tribunal Federal, classifica este sentimento como “santa curiosidade”: “Estamos vivendo uma idade média, por paráfrase com a idade média. É natural que tudo venha a lume porque é próprio da democracia que todos se tomem dessa santa curiosidade pelas coisas do poder, pelas coisas que dizem respeito a toda coletividade. A democracia é um regime de informação por excelência”⁵⁵

4.2. Publicidade administrativa no Brasil

No Brasil, o fortalecimento da noção de transparência é certamente mais recente do que na Europa ibérica. Governados por um regime de exceção até meados da década de 80, só depois do fim da ditadura militar, dos Atos Institucionais, e após a retomada das eleições democráticas, é que os brasileiros começaram a recuperar o controle social da administração pública e a exigir publicidade mais ampla dos atos administrativos.

Rodrigues Queiró, AMARAL alertou que a transparência, assim como a propriedade física de mesmo nome, é suscetível de gradação:

A transparência designa inicialmente a propriedade de um corpo que se deixa atravessar pela luz e permite distinguir, através da espessura, os objectos que se encontram por detrás. Falar neste sentido de transparência administrativa significa que, por detrás do envelope formal da instituição, se perfilam relações concretas entre indivíduos, entre grupos que o observador exterior está em condições de compreender. Mas a transparência é susceptível de gradação: um corpo pode ser realmente transparente, isto é, **límpido**, pondo a nu com nitidez os objectos que ele cobre, ou apenas **translúcido** se não permite distinguir com nitidez os objectos, ainda que seja permeável à luz; ou ainda **diáfano**, se a luz que ele deixa filtrar não permite senão distinguir as formas dos objectos. É perceptível, então, que opacidade e transparência não se excluem pura e simplesmente, antes existem entre elas graus, mediações, ou mais exactamente que se combinam segundo uma mistura variável.

Nessa gradação, obviamente, o ideal é que a Administração seja límpida, que o administrador não tenha poder de voluntariamente escolher o que será ou não levado ao conhecimento geral. Isso porque não é facultado ao administrador agir segundo sua vontade e conveniência pessoal.

⁵⁴ AMARAL, A. C. C. Obra citada.

⁵⁵ Citação do ministro Carlos Britto, em sessão do STF, para julgamento do MS-MC 24832.

A Constituição de 1988 é o marco jurídico mais importante da publicidade na administração brasileira, de onde decorreram bons exemplos infraconstitucionais. Vejamos os exemplos apontados por Odete MEDAUAR⁵⁶.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (8.666/93) estabelece que são acessíveis ao público os atos do processo licitatório, salvo quanto ao conteúdo das propostas até sua abertura (art. 3º, § 3º). Permite que qualquer pessoa acompanhe as sessões do processo licitatório (art. 4º), e que qualquer cidadão obtenha cópia dos termos do processo licitatório e do contrato que dele decorrer (art. 63).

No campo do direito administrativo ambiental, a transparência se efetiva na realização de audiências públicas e na publicidade de todas as etapas do licenciamento ambiental para determinado projeto construtivo, especialmente na divulgação que deve ser dada ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA-Rima). É o que se depreende do art. 225 da Constituição Federal, § 1º, IV, e do decreto 99.274/1990, art. 17, §4º, e da resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) 237/1997, art. 3º.

A autora destaca ainda a reforma administrativa promovida pela emenda constitucional 19/1998, que mudou a redação do art. 37, §3º, II, encarregando o legislador de disciplinar em lei o acesso do cidadão a registros administrativos e informações sobre os atos de governo. Essa remissão do constituinte a uma lei de transparência abre caminho à defesa da criação de uma lei geral de transparência, ainda inexistente.

4.3. Lei de transparência administrativa

Num Estado que adota a forma de República, gerenciado por uma administração adjetivada como *pública*, elencar a *publicidade* como princípio basilar, entre os demais princípios do caput do artigo 37 da Constituição, pode parecer redundante. Para a maioria dos Estados modernos, a Publicidade também tem natureza de princípio administrativo fundamental, mas sua inclusão no sistema normativo é considerada supérflua. Mas não no Brasil. Odete MEDAUAR explica: “Somente nos Estados em que a falta de publicidade foi causa de males muito

⁵⁶ **Direito Administrativo em Evolução**, p. 240.

graves, explica-se e justifica-se a expressa indicação daquele princípio na norma constitucional”.

Se o ordenamento jurídico brasileiro já nos oferece um princípio constitucional de Publicidade na Administração, que serve de base ao regime jurídico administrativo, haveria necessidade de regulamentação deste princípio para sua efetivação? Precisamos da edição de uma Lei de Transparência para a administração pública brasileira?

Para alguns setores da sociedade, a criação de uma lei específica para o acesso a informações públicas seria um dos mais importantes antídotos contra a corrupção e o abuso de autoridade. A proposição foi feita pela primeira vez ao Congresso Nacional em 2003 pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), fruto da realização de um seminário internacional promovido em Brasília, sobre Direito de Acesso a Informações Públicas.

Em 25 de novembro de 2004 foi criado formalmente, na sede do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Fórum em Defesa do Direito de Acesso a Informação Pública. O Fórum mantém um portal de internet (<http://www.informacaopublica.org.br>) com pesquisas e estudos sobre o direito de acesso no Brasil e no mundo. O levantamento mais recente, sob o título de “*Global Survey 2006 – Freedom of Information around the world*”⁵⁷, indica que, há dois anos, já havia 69 países com leis de transparência (ou instrumentos normativos distintos, em especial nos países do sistema da *common law*). O Brasil continua fora dessa lista.

A referência mundial neste tema é a lei de liberdade de informação nos Estados Unidos, que ficou conhecida como FOIA, sigla para *Freedom of Information Act*, assinada pelo presidente Lindon Johnson em 1966, depois de uma década de luta da imprensa norte-americana em conjunto com organizações da sociedade civil. Depois de promulgada, a FOIA passou a beneficiar milhões de pessoas, que ganharam acesso a documentos e informações do governo. A FOIA tornou-se um instrumento de controle social muito eficaz na fiscalização cidadã sobre a atuação dos governos.

De acordo com levantamento da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), o governo federal dos Estados Unidos recebe anualmente uma

⁵⁷ Disponível em <<http://www.informacaopublica.org.br/global2006>>. Acesso em 02 de maio de 2008.

média de três milhões de pedidos de informações com base nessa lei. Os requerentes pagam apenas os custos de papel e fotocópias dos documentos ou dados requisitados. O acesso foi simplificado ainda mais depois da internet. O presidente Bill Clinton assinou, em 1996, uma atualização da FOIA, incorporando as facilidades oferecidas pela rede mundial de computadores e arquivos digitais. Os pedidos de jornalistas chegam apenas a 4% do total. Portanto, essa não é uma lei que os jornalistas promovem ou reivindicam em benefício próprio, mas em proveito da sociedade.

Nos últimos anos, países de todos os continentes têm adotado leis dessa natureza, em democracias recentes e nas mais antigas; tanto em países ricos quanto em países menos desenvolvidos. Na América Latina, a Colômbia foi pioneira, mas vários outros países já adotaram ou estão discutindo uma lei desse tipo.

Talvez o caso mais interessante seja o do México, onde estudantes, advogados e jornalistas iniciaram um movimento conhecido como Grupo Oaxaca (organizações da sociedade civil em defesa do direito de acesso), que foi bem-sucedido na reivindicação de maior publicidade da atividade estatal, e conseguiu forçar o poder público a propor, discutir e aprovar a Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, instrumentalizada pela criação de um instituto que dá apoio ao cidadão na exigência de informação em face da Administração.

O Instituto Federal de Acesso à Informação Pública (IAFA) é uma organização mantida pela federação mexicana que dá orientação sobre os procedimentos de requisição para cada tipo de informação governamental. Também analisa casos em que o acesso à informação já tenha sido negado, faz a intermediação do pedido em casos excepcionais, e esclarece sobre as possibilidades de defesa judicial do direito de acesso.

4.4. Legislação brasileira sobre transparência

No Brasil, existe desde 2003 um projeto de lei, de autoria do deputado federal Reginaldo Lopes, para a adoção de uma lei nacional de transparência, regulamentando o direito constitucional de acesso à informação pública, previsto pelo

art. 5º, XXXIII, especialmente no que diz respeito ao prazo que os órgãos públicos teriam para prestar as informações.

Atualmente existe apenas legislação esparsa tratando do direito de acesso a informações estatais. Nas duas leis mais importantes referentes ao assunto – as leis 9.784/99 e 8.159/91 – garante-se que qualquer informação, dado, documento, processo, contrato ou ato da administração pública é de acesso público, sendo garantido a qualquer pessoa seu conhecimento irrestrito, exceto nos assuntos aos quais as leis conferiram publicidade limitada (Lei número 9.784/99, arts. 2º e 46; Lei número 8.159/91, arts. 1º, 5º, e 22). Em verdade, as leis com profundidade das condições de sigilo, mas nenhuma condição instrumental que garanta o direito de acesso.

A Lei número 8.159/91 estabelece que o direito à informação (art. 1º) implica na obrigação das instituições públicas de fornecer informações, a qualquer cidadão, de interesse particular próprio, coletivo ou geral, constantes de documentos em arquivos, no prazo legal e sob pena de responsabilidade.

É feita exceção para informações sejam imprescindíveis à segurança social e estatal, bem como da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 4º). Se a divulgação colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado, a inviolabilidade da intimidade, privacidade honra e imagem de particulares, também haverá sigilo (art. 23, parágrafo 1º).

A restrição de acesso não é perpétua. Existe prazo máximo para sua extinção: 30 anos, no caso de sigilo imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (art. 23, parágrafo 2º); 100 anos, para sigilo referente à honra e imagem de pessoas (art. 23, parágrafo 3º), ambos prorrogáveis uma só vez, por igual período. É possível pedir em juízo a exibição reservada de documento sigiloso, se for indispensável para defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte (art. 24). A matéria foi regulada pelo decreto número 2.134/97.

A Lei número 9.784/99 também estabelece o direito de informação como regra geral e direito fundamental do cidadão. A Lei estabelece prerrogativas de ciência e acompanhamento da tramitação de processos administrativos em seja reconhecido como interessado. Poderá ter vista de autos, além de obter cópias de documentos e das decisões proferidas (arts. 3º, III, e 46).

Acrescente-se ainda a lei 11.111/2005, que regulamentou a parte final do caput do inciso XXXIII do artigo 5º da CF, dispendo sobre as informações “cujo sigilo

seja indispensável à segurança da sociedade e do Estado”, criando uma comissão federal para a análise da sigilosidade das informações. Assim como a legislação anterior sobre a matéria, regrou o segredo, sem oferecer instrumentos para a garantia do acesso à informação pública.

5. PUBLICIDADE E ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

O Estado Democrático de Direito, como preceitua o artigo 1º da Constituição brasileira, é devedor de uma prestação geral de direitos fundamentais, uma vez que consignou como fundamento a dignidade da pessoa humana – matriz de todos os direitos fundamentais.

O direito de acesso à informação pública, ou seja, aquela referente ou em poder do Estado, é direito fundamental expresso na Constituição, no artigo 5º, inciso XXXIII, que preceitua: “todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”.

Portanto, o Estado não pode escapar ao dever de conceber e executar políticas públicas de acesso à informação produzida ou mantida pela Administração, por conta do dever de transparência decorrente do princípio da publicidade.

Nesse dispositivo está contemplada não apenas a publicidade *interpartes*, ou seja, referente à relação jurídica entre aquele particular específico, como também *erga omnes*, aberta a qualquer cidadão interessado. Fica garantido a todos o direito de receber não apenas informações de seu interesse particular, mas também sobre assuntos de interesse coletivo ou geral (interesse subjetivo público).

No inciso XXXIV do artigo 5º estão assegurados o direito de petição (alínea “a”) e o de “obtenção de certidões de repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (alínea “b”). Considerando que o objeto material perseguido em ambos casos é informação que a administração produz ou detém, ambos podem ser considerados abarcados pelo direito de acesso à informação pública, do inciso XXXIII, na forma de um direito-gênero, do qual os demais são espécies.

Como destaca o professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO, quando a Constituição refere-se à certidão para “defesa de direito”, não atribui competência ao agente administrativo para apreciação da existência ou não de violação do direito

alegado pelo particular ou para emitir juízo de valor sobre a expedição ou não da certidão. “Não lhe cabe qualquer julgamento sobre o mérito: não está autorizado a realizar pré-exame do direito do requerente. Se a obtenção de certidão pode ser para fim de “esclarecimento de situações” está confirmada a sua autonomia para ter direito à certidão basta o seu pedido.”⁵⁸

Como ressalta Wallace Paiva MARTINS JÚNIOR, o direito de acesso à informação não supõe o exercício posterior de direito conexo ou decorrente, tampouco supõe a titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido, nem a indicação de sua finalidade⁵⁹.

Logicamente, ambos os direitos – à informação e de certidão – devem ser exercitados em busca de uma informação específica. Não se pode, em nome do princípio da publicidade, requisitar “todas” as informações disponíveis sobre “todos” os assuntos da Administração, um pedido materialmente inviável.

O direito de acesso à informação é direito difuso, porque abrange interesses de particulares, interesses coletivos e interesses gerais. Pode ser exercido frente a instituições públicas de todas as esferas da Administração, seja direta ou indireta, bem como as instituições privadas delegadas de serviços públicos e estatais que exploram atividade econômica.

Segundo MARTINS JÚNIOR, a gratuidade do direito à informação é “ponto luminoso da democracia”. Essa é a previsão da Lei número 9.265/96, com os objetivos específicos de instrução de defesa ou denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública, garantias individuais e defesa do interesse público (art.1º,III). Além desta previsão legal, outro argumento em defesa da gratuidade é a equiparação com o direito de petição e de certidão. Ambos têm a gratuidade garantida expressamente no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXIV.

O direito de acesso à informação é realizado mediante a provocação do interessado, e concretiza outras garantias fundamentais do cidadão, como a participação popular⁶⁰.

⁵⁸ BACELLAR FILHO, **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 207, e SUNDFELD, **O Princípio da Publicidade...**, p. 106.

⁵⁹ MARTINS JR., Wallace de Paiva. **Transparência Administrativa – Publicidade, Motivação e Participação Popular**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 108

⁶⁰ Sobre o tema, consulte-se SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

5.1. Efetividade do direito de acesso à informação pública

A práxis mostra que o direito de acesso à informação pública, corolário do princípio constitucional da publicidade na Administração, só existe no discurso estatal, por tratar-se de uma norma constitucional programática, ainda não regulamentada⁶¹.

A falta de regulamentação do dispositivo leva à falta de efetividade deste direito. Resta aos interessados e aos juristas a construção analógica de soluções para a falta de um procedimento padrão, com prazos e condições, para o fornecimento das informações albergadas pelo princípio da publicidade. Em reportagem da edição impressa do jornal *Gazeta do Povo*, publicada em 27 de agosto de 2008, uma advogada e três professores de Direito apresentaram diferentes visões sobre o procedimento adequado⁶².

Para a advogada Carla Kapstein — procuradora de um candidato a prefeito que buscava informações sobre valores de contratos da administração pública em três áreas determinadas: coleta de lixo, fiscalização eletrônica de trânsito e propaganda institucional — o prazo para o fornecimento das informações públicas deve ser calculado a partir da Lei do Processo Administrativo no âmbito da administração federal (máximo de 30 dias), reduzido a um sexto (máximo de cinco dias). Isso por se tratar de período de campanha eleitoral e, de acordo com a advogada, haveria aí uma proporção entre a redução dos prazos jurisdicionais da justiça eleitoral em relação à justiça comum. Trata-se de “ginástica” jurídica, um raciocínio tortuoso para tentar acelerar a satisfação do direito.

A professora de Direito Administrativo Vivian Lima Lopes Valle admite o máximo de prazo de 30 dias da Lei de Processo Administrativo, mas ressalta que diversos estatutos de servidores, das esferas estaduais e municipais, estipulam prazos de 60 a 120 para o fornecimento de informações.

Para o professor Edson Isfer, há outra argumentação possível, a aplicação do prazo previsto na lei 9.051/95, que dispõe sobre o direito de obtenção de certidões – com a finalidade específica de defesa de direitos e esclarecimento de

⁶¹ FERRARI. **Normas Constitucionais...**, e SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas Constitucionais Não Regulamentadas - Instrumentos Processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁶² ALVES, Flávia. “Moreira parte para a Guerra por dados da Prefeitura” in **jornal Gazeta do Povo**, Caderno Vida e Cidadania, pág 5, edição impressa de 27 de agosto de 2008.

situações. O prazo é de 15 dias, improrrogável, contado do registro do pedido no órgão expedidor. Isfer afirma que, sem regramento específico, qualquer argumento pode ser sustentado.

Sem regulamentação do prazo, a efetividade do direito de acesso à informação pública é estatisticamente reduzida. A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) realizou duas pesquisas nacionais, em 2007 e 2008, sobre a efetividade do direito de acesso; o primeiro com os três Poderes dos governos estaduais, e o segundo com as Administrações das capitais brasileiras⁶³. Uma rede de jornalistas voluntários de todos os estados brasileiros fez os levantamentos, que deixaram claras as dificuldades para que um cidadão consiga informações públicas.

Os dados solicitados às 26 prefeituras e câmaras das capitais referiam-se a salários de prefeito, secretários, vereadores e chefes de gabinete no legislativo; lista de funcionários beneficiados por verbas de representação e valor gasto com diárias de viagens oficiais nos últimos quatro anos.

Foram enviados dois tipos de cartas com pedido de informação. Na primeira correspondência, enviada em 18 de março de 2008, a presidente da Abraji, Angelina Nunes, explicou que a instituição formataria um banco de dados digital para uso dos jornalistas associados, portanto precisaria das informações até o dia 7 de abril. Depois desse prazo, outra carta foi enviada, desta vez invocando a Constituição Federal e a legislação nacional sobre acesso a informações públicas.

O objetivo da Abraji era lembrar os administradores da vigência do princípio da publicidade e da garantia constitucional do artigo 5º, XXXIII. A carta também citava a lei 11.111/2005, o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa e o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apenas as câmaras municipais de Belo Horizonte e Vitória, e também a prefeitura de Vitória, forneceram os dados pedidos. O Legislativo municipal de Porto Alegre também forneceu informações, porém incompletas. O restante das instituições pesquisadas, 92,4%, não forneceram informação alguma. Oito órgãos (duas câmaras e seis prefeituras) responderam ao e-mail ou ao telefone, mas não enviaram qualquer dado. A Câmara de São Paulo encaminhou uma coletânea de cópias de leis que legitimam esses gastos, mas não informou valores.

⁶³ A íntegra das pesquisas está disponível em <<http://www.abraji.org.br/mapa>>. Acesso em 6 de julho de 2008.

A experiência inicial da Abraji, em 2007, testou a transparência das administrações estaduais. Foram consultados gabinetes de governadores, Assembléias Legislativas e Tribunais de Justiça estaduais, além de Secretarias de Justiça e de Segurança. Aos tribunais, assembléias e aos governadores, foram solicitados os valores de diárias pagas em viagens oficiais. Às secretarias, foram solicitados dados sobre vagas nas cadeias, pessoas presas por regime prisional, efetivo da polícia por município e efetivo lotado em outros Poderes. O primeiro contato com as instituições era feito por telefone, de forma amigável. Na ausência de resposta, o segundo contato era formalizado por carta, citando-se a garantia constitucional do art. 5, XXXIII.

Das 125 instituições consultadas, 75% não responderam; 21% responderam parcialmente, e apenas 4% responderam integralmente as informações públicas solicitadas. As instituições que sequer deram uma razão para a omissão representaram 52% do total. Outras 6% alegaram “razões estratégicas” para negar o acesso às informações, e 12% das instituições ainda manifestaram críticas ao pedido de informações.

Outra pesquisa de 2007, da organização não-governamental Transparência Brasil, serve de indicativo sobre o desrespeito ao direito constitucional de acesso a informações públicas. O estudo “Gutenberg em bits – breve panorama dos Diários Oficiais brasileiros” mostrou que as Administrações estaduais ainda não usam a tecnologia a serviço do princípio da publicidade. Dos 26 estados brasileiros, 21 publicam o Diário Oficial na internet. Porém, em apenas sete deles a busca de informações é global e gratuita. A versão digital dos Diários Oficiais, portanto, é uma mera “modernidade cosmética”, nas palavras do coordenador do estudo e presidente da Transparência Brasil, Cláudio Abramo. Na maioria dos casos, a consulta é restrita às edições da semana ou do mês, e o custo de pesquisa pode custar até R\$ 12 por hora de acesso⁶⁴.

São dificuldades como essas que fundamentam a defesa de adoção de uma lei de transparência, que assegure o direito de acesso à informação pública. Para Wallace Paiva MARTINS JÚNIOR, é indispensável a edição de legislação que discipline a acessibilidade aos dados e registros da Administração, que ela tenha produzido ou armazene a partir de informação fornecida pelos administrados. Para o

⁶⁴ A íntegra do estudo Gutenberg em Bits está disponível no site da ONG Transparência Brasil, em <<http://www.transparencia.org.br>>. Acesso em 28.03.2008.

autor, que dedicou sua tese de doutoramento ao tema da transparência, “a anomia e a dispersão normativa são contrárias ao bom funcionamento administrativo e aos direitos dos administrados”, em especial ao direito de acesso à informação.

6. PUBLICIDADE E PROPAGANDA OFICIAL

O princípio da publicidade engloba outra acepção da palavra “publicidade”: a propaganda oficial ou institucional. Como já se viu, o mesmo vocábulo foi usado pela Constituição para definir tanto o princípio quanto a prerrogativa do administrador de oferecer ao público explanação ampla de alguma atividade específica, programa ou serviço público, ou ainda como forma de prestação de contas dessa atividade.

Segundo o texto constitucional, a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter **caráter educativo, informativo ou de orientação social**, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. O uso dessa prerrogativa para fins de promoção pessoal do agente (ou qualquer outro fim diferente dos previstos acima) configura desvio de finalidade por ofensa, não apenas ao princípio da publicidade, mas evidentemente também à impessoalidade e à moralidade que devem pautar a atuação administrativa.

A própria Constituição dá uma lista de vedações na propaganda oficial, no art. 37, § 1º: o uso de “nomes, símbolos ou imagens” que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Carmem Lúcia Antunes ROCHA ressalta que este rol não é exaustivo, mas meramente exemplificativo. A criatividade humana, que tem na propaganda um campo fértil, certamente poderia encontrar outras formas, além destas, para fazer da divulgação oficial um instrumento de promoção pessoal do administrador, obviamente inconstitucional⁶⁵.

A principal finalidade da norma é impedir que o administrador tenha benefícios políticos, especialmente eleitorais, empregando dinheiro público em divulgação publicitária, o que tipifica-se em ato de improbidade administrativa —

⁶⁵ ROCHA, C. L. A. pp. 244 e 254

tipificação que não é objeto específico do presente estudo, mas que tem relação direta com as diversas limitações previstas pelo ordenamento jurídico:

Com essa preocupação em mente, a Lei Eleitoral (9.504/97) tipificou como crime o uso de símbolo, frases ou imagens, associadas ou similares às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista (art. 40). Também cria uma proibição quase absoluta para o administrador, que não poderá fazer propaganda oficial durante os três meses que antecedem as eleições, exceto a publicidade de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado ou no caso de necessidade pública grave ou urgente.

A mesma lei proíbe condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nas eleições (art. 3º). O inciso VII proíbe, no ano eleitoral, antes do período de três meses que antecede as eleições, que as despesas com publicidade oficial excedam a média dos gastos nos três anos anteriores, bem como a média do ano anterior. O desrespeito ao disposto configura ato de improbidade administrativa (art. 73, §7º).

Em resumo, dentro do regime jurídico administrativo, a propaganda oficial deve ser encarada mais como uma sujeição do que como uma prerrogativa da Administração.

7. MECANISMOS JURISDICIONAIS DE GARANTIA DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da publicidade é concretizador da garantia fundamental do cidadão de acesso às informações sobre a atuação do Estado. Comportamentos clandestinos ou indevidamente sigilosos da administração pública, bem como a publicidade travestida de propaganda pessoal dos administradores, são afrontas ao Princípio da Publicidade. No primeiro caso, o ilícito caracteriza-se pela falta de transparência, enquanto no segundo, há abuso na prerrogativa de publicidade administrativa. Ambos ferem direitos subjetivos fundamentais, individuais e coletivos.

Carmem Lúcia Antunes ROCHA explica os remédios jurisdicionais à disposição do cidadão brasileiro. Para a falta de transparência, oferece-se o hábeas data e o mandado de segurança. Para o abuso da prerrogativa da propaganda governamental, há ação popular e a ação civil pública.

7.1. Ações constitucionais

O direito de ação está previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV. É dever do Estado dar ao cidadão instrumentos para exercício desse direito, e dar tutela efetiva aos direitos levados a juízo.

Aprofundar o estudo das ações constitucionais não é o objetivo do presente trabalho, mas vale analisar sucintamente os instrumentos referidos pela doutrina.

7.1.1. Mandado de segurança individual e coletivo

O mandado de segurança tem previsão constitucional, no art. 5º, LXIX, regulado pelas leis 1533/51 e 4348/64. É ação destinada a proteger direito líquido e certo, não amparável por “habeas corpus” ou “habeas data”, em caso de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente no exercício e atribuições do Poder Público.

É um meio de limitação ao exercício de autoridade pública contra atos ilegais ou abusivos. Presta-se à obtenção de provimentos jurisdicionais declaratórios ou constitutivos negativos ou positivos, e eventualmente condenatório. A doutrina criou uma categoria específica para o tipo de provimento do mandado de segurança, de natureza mandamental, que conjuga efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios, inclusive com a ameaça de uma sanção criminal. O provimento do mandado de segurança contém uma determinação a ser obedecida pela autoridade pública. Pela natureza constitucional, há suspensão imediata dos efeitos do ato atacado, ou ainda a expedição de medida liminar quando a demora até a decisão final ensejar a possibilidade de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

É remédio constitucional assemelhado ao *writ*, do sistema jurídico da *Common Law*, por ser instrumento de garantia de natureza sumária. É meio de proteção para direito subjetivo individual, e não de interesse da sociedade, ao menos não diretamente, por isso é essencial que o impetrante demonstre existência de relação jurídica que lhe confira o direito subjetivo a uma prestação do Estado, por exemplo, à informação em poder da administração pública.

Existe também previsão constitucional para mandado de segurança coletivo, no artigo 5º, LXX, para a defesa de interesses coletivos, ou seja,

transindividuais, indivisíveis, e com titulares determináveis por um grupo ou categoria de pessoas que guardem relação jurídica base, entre si ou com a parte contrária na ação do mandado de segurança, conforme a descrição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90). A sentença do mandado de segurança coletivo produz efeitos *erga omnes*.

Foi em sede de mandado de segurança, com decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de medida cautelar no MS 26.920/DF. No interessante caso em tela, o senador impetrante (José Almeida Lima) alegou – e obteve – direito ao voto secreto na comissão de ética do Senado, em votação de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar, com base no art. 55, § 2º, da Constituição. O sigilo do voto foi assegurado pela relatora ministra Carmem Lúcia Antunes ROCHA, como absoluta exceção, confirmando, porém, o amplo alcance do princípio da publicidade:

A norma constitucional excepciona, assim, a aplicação do princípio da publicidade - ínsito ao regime democrático e à forma republicana de governo e, ainda, à transparência política que domina todas as formas de atuação dos órgãos e entes do Poder Público - impondo a adoção do voto secreto pela maioria absoluta dos membros da Casa. Vê-se, assim, que as imposições contidas na norma "voto secreto" e "maioria absoluta" referem-se, exclusivamente, à decisão da perda do mandato pela Casa competente, vale dizer, pelo plenário do órgão. **Cuida-se de norma excepcional, insista-se, pois o princípio que informa o sistema constitucional vigente - democrático e republicano - é o da publicidade dos atos do Poder Público e dos comportamentos daqueles que compõem os seus órgãos.** Como afirmei em escrito sobre aquele princípio, "não basta, pois, que o interesse buscado pelo Estado seja público para se ter por cumprido o princípio em foco. Por ele se exige a não obscuridade dos comportamentos, causas e efeitos dos atos da administração pública, a não clandestinidade do Estado, a se esconder do povo em sua atuação. A publicidade ... é que confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambigüidade diante das práticas (estatais) conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento da confiança que o cidadão tem de depositar no Estado. **A publicidade resulta, no Estado Contemporâneo, do princípio democrático.** O poder é do povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Brasileira), nele reside, logo, não se cogita de o titular do poder desconhecer-lhe a dinâmica. ... o princípio da publicidade reforça-se mais ainda em casos como o brasileiro. Tendo sido a República a opção da sociedade brasileira sobre a sua forma de governo, a publicidade passa a fundamentar a institucionalização do Poder segundo aquele modelo. Por isso a publicidade nomeia o Estado brasileira, que é uma "República Federativa". ... Considerando-se que a Democracia que se põe à prática contemporânea conta com a participação direta dos cidadãos, especialmente para efeito de fiscalização e controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que o princípio da publicidade adquire, então, valor superior ao quanto antes constatado na história, pois não se pode cuidar de exercerem os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado. Não se exige que se fiscalize, se impugne o que não se conhece" (Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1993, p. 240). O princípio informador do modelo estatal da República Democrática, constitucionalizado no Brasil em 1988, é o da publicidade e a ele se submetem todos os comportamentos estatais. **Daí ter-se por exceção, constitucionalmente expressa, a adoção do regime secreto**

de votação para a decisão da perda de mandato do parlamentar (Deputado ou Senador), o que somente se dá pelo Plenário da respectiva Casa.

Fica claro, todavia, que a exigência de informações não-sigilosas em poder da Administração tem no mandado de segurança uma via processual adequada, visto que o acesso é um direito líquido é certo, requisito número um do referido instrumento.

7.1.2. Ação Popular

A ação popular é remédio processual de controle exclusivo da regularidade da atividade administrativa. Foi instituída pela lei 4717/65, que sofreu alterações posteriores, e foi constitucionalmente prevista no artigo 5º, LXXIII. Visa a proteção de interesse difuso e objetivo de qualquer cidadão, para obtenção de provimento jurisdicional de anulação de ato praticado por agente estatal – ou, ainda, particular que receba recursos públicos – que seja lesivo ao patrimônio, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A ofensa ao princípio da publicidade pode atacar os valores protegidos pela ação popular, especialmente no que tange ao patrimônio público e a moralidade administrativa. A divulgação da atividade estatal com a meta de promoção pessoal do administrador, pretensamente em nome do princípio da publicidade, sem dúvida lesa o patrimônio público e a moralidade administrativa, embora trate-se de termo jurídico indeterminado que reveste valores éticos sedimentados em determinada época e determinada sociedade.

Sem dúvida, tal ato de promoção pessoal, travestido de publicidade constitucionalmente autorizada, pode ser atacado por meio de Ação Popular, que tem como objetivo a obtenção de provimento jurisdicional de anulação de ato, ou atividade, no caso de uma campanha publicitária, que é resultado de diversos atos administrativos.

7.1.3. Ação Civil Pública

Instituída pela lei 7437/85, a Ação Civil Pública guarda similaridades com a ação popular, mas não se trata de ação exclusiva para controle da atividade administrativa. Tem como objetivo obter provimento jurisdicional condenatório, de

obrigação de fazer ou não fazer, em virtude de danos morais e patrimoniais gerados contra interesses difusos ou coletivos indicados em lei. É ação reservada para pessoa jurídica estatal, ou órgão estatal, Ministério Público e associações privadas, sob certos requisitos de constituição.

Cabe Ação Civil Pública quando houver dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor não patrimonial (artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

Foi em sede de Ação Civil Pública, com decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 472.489/RS, que o direito de certidão parcial referente ao tempo de serviço foi garantido aos segurados da previdência social em face do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), em nome do princípio da publicidade. Diz o acórdão:

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIV, "b", garante ao segurado a obtenção de certidões perante as repartições públicas, com a finalidade precípua de defesa de seus direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Não é lícito ao INSS a restrição ao cidadão de obtenção de certidão parcial de tempo de serviço, baseada em norma regulamentar que importa óbice ao exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Ademais, não existe no ordenamento pátrio lei em sentido estrito que impeça o segurado de obter mencionada certidão. Com precisão, o jurista Celso de Mello (José Celso Mello Filho. Constituição Federal Anotada. 2ª edição. Saraiva. p. 488) aponta os pressupostos necessários para a utilização do direito de certidão: legítimo interesse (existência de direito individual ou da coletividade a ser defendido); ausência de sigilo e "res habilis" (atos administrativos e atos judiciais são objetos certificáveis). Cumpre ressaltar que a Lei 8.213/91 não estabelece restrição em nenhum dispositivo quanto à exigência de que as certidões expedidas pelo setor competente do INSS devam abranger o período integral de filiação à previdência social, por isso, não cabe a regulamento impor esta restrição. **Não assiste à autarquia federal tal esfera de poder discricionário.** Portanto, não há no ordenamento jurídico pátrio, lei que impeça o segurado de obter certidão parcial do tempo de serviço que tem averbado em seu favor, constituindo-se o art. 130 do Decreto 3.048/99 em **verdadeiro óbice ao exercício de um direito constitucionalmente garantido**, que extrapola os limites que lhe são próprios, configurando abuso do poder regulamentar.

O mesmo acórdão reproduz voto do Ministro CASTRO MEIRA, Relator, quando do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 554.960/RS:

"No caso em exame, **o direito que se pretende garantir** - obtenção de certidões de tempo de serviço - **é inerente ao princípio da publicidade** e é um dever de probidade e moralidade que o constituinte impôs ao administrador, **pois diz respeito à necessidade de transparência da atuação do Estado**, a quem é imposta, por força do artigo 5º, inciso XXXIV, da Carta Magna, a prestação de informações aos administrados sobre seus direitos. Desta forma, partindo-se do entendimento de que o inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal é um direito fundamental, assegurado pela Constituição, que pode ser reclamado por meio de ação civil pública. No caso, a ação civil pública, em

verdade, se constitui em uma das garantias instrumentais dos direitos assegurados pela Constituição Federal”.

7.1.4. Hábeas data

O hábeas data não é garantia da publicidade *erga omnes*, mas consagra o direito ao acesso, ao conhecimento e à retificação de dados pessoais, obtidos por meio de processo administrativo ou judicial, bem como o direito de anotação de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, que esteja sob pendência judicial ou administrativa. Está previsto na lei nº 9.507/97. A lei considerou de caráter público, em seu artigo 1º, § 1º, todo e qualquer registro ou banco de dados com informações transmissíveis a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária. A lei criou um processo administrativo próprio para acesso, retificação ou anotação (previsto nos artigos 2º, 3º e 7º da lei), além de disciplinar a ação judicial própria do hábeas data.

CONCLUSÕES

O princípio da publicidade está expresso no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988. O texto constitucional desenhou um cenário de plena transparência na administração pública, com pontos isolados de segredo, justificado por razões excepcionais de segurança da sociedade e do Estado. Duas décadas depois, vê-se justamente o oposto: um mar de obscuridade, com pequenas brechas iluminadas por onde o cidadão tenta, e nem sempre consegue, obter informações produzidas ou guardadas pela administração.

O conteúdo jurídico do princípio da publicidade assenta-se sobre o binômio formado pelo direito fundamental de acesso à informação pública, inscrito no rol do artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXIII, e o correlato dever de transparência da administração, decorrente do princípio republicano.

A publicidade cumpre finalidade instrumental de controle do cumprimento dos demais princípios explícitos – legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência – e princípios implícitos impostos à administração. Sem informação a respeito da atuação administrativa, garantida pela publicidade, é inviável saber se esta atuação é legal, impessoal, moral e eficiente.

A interpretação das regras constitucionais sobre publicidade deve levar em conta a imprecisão lingüística do legislador. A aplicação do termo “publicidade” pode ser entendida em três acepções distintas. De forma mais restrita, entende-se a publicidade como necessidade de publicação de atos administrativos como requisito de formal, quer seja de validade, eficácia ou de existência. Existe ainda a publicidade oficial, entendida como propaganda oficial para a divulgação de atos, serviços, campanhas, programas e obras públicas. As duas formas de publicidade estão sujeitas e abrangidas pelo princípio da publicidade – a terceira e mais ampla acepção do termo.

O princípio da publicidade consagra a forma republicana de governo. Quem administra não é dono e deve prestar contas de sua atuação. Por isso o administrador público tem o dever permanente de prestar informação de seus atos ao legítimo “dono” da *res publica*, que são os cidadãos, seja por iniciativa própria ou sempre que solicitado. Toda informação produzida ou em poder da administração está sujeita de ser tornada pública, salvo as exceções constitucionalmente previstas, quando o sigilo for necessário à segurança do Estado e da sociedade, ou no

respeito às garantias de intimidade e privacidade de terceiros, situações em que os valores juridicamente protegidos deverão ser sopesados e avaliados no caso concreto. O mais importante é que não cabe ao administrador decidir arbitrariamente quais atos merecem ou não ser franqueados ao conhecimento do público.

Não pairam dúvidas sobre a existência do direito fundamental de acesso à informação pública, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXIII. Sua efetividade na prática, porém, esbarra na falta de regulamentação dos prazos para o fornecimento da informação requisitada e responsabilidades pelo atendimento. O legislador pátrio, até o momento, não regulou tal direito, deixando o Brasil em posição de atraso em relação a 69 países onde existem leis nacionais de transparência que instrumentalizam o direito de acesso. É inegável a relevância do princípio constitucional, mas, por se tratar de uma obrigação positiva imposta à administração, é inegável também a necessidade de densificação do conteúdo do princípio por meio da regulamentação – prevista na Constituição, mas até agora não atendida. Existe projeto de lei nacional, estacionado na Câmara Federal, e projetos isolados em alguns estados brasileiros em diferentes estágios de produção legislativa. Seria oportuno estudá-los num próximo trabalho. Também seria necessário aprofundar o estudo da força cogente do princípio da publicidade sobre os particulares prestadores de serviços públicos. É certo que o princípio aplica-se aos terceiros, mas falta uma delimitação do alcance desse dever.

Por fim, vale a pena destacar que o princípio da publicidade dá ao cidadão o poder-dever de controle público. Nas palavras inspiradoras de Odete MEDAUAR:

É possível que a efetividade da transparência seja encarada com ceticismo, pois está na contracorrente de longa tradição e de hábitos moldados pela regra do segredo administrativo. Deve-se considerar, no entanto, que a inversão da relação Administração-administrado, em favor deste, trará conseqüências sobre as práticas predominantes, ensejará discussões sobre insuficiências da atuação administrativa e abrirá novas sendas aos estudiosos do direito administrativo”⁶⁶.

⁶⁶ O Direito Administrativo em Evolução. p. 239

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de ESTÚDIOS Constitucionales, 1993.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. O Princípio da Publicidade no Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, número 2, julho a setembro de 2003. Disponível em <http://www.celc.com.br/anteriores/celc_comentario_00094.htm>. Acesso em 26/02/08.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3ª edição . São Paulo. Editora Saraiva, 2007

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARBOSA, Rui. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne de. **Princípios de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1987.

MARTINS JR., Wallace de Paiva. **Transparência Administrativa – Publicidade, Motivação e Participação Popular**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**. 11^a ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2^a ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a ed., São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas Constitucionais Não Regulamentadas - Instrumentos Processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa: Direito de Certidão, Vista e Intimação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 199, p. 98, jan/mar 1995.

_____. Conferência sobre Processo Administrativo, no **Seminário de Direito Administrativo** Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/1carlos_ari1.htm>. Acesso em 26.02.2008.

VIEIRA, José Roberto. República, in Fundamentos Republicano-democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e Não Ululantes. In: FOLMANN, Melissa (coord.). **Tributação e Direitos Fundamentais: Propostas de Efetividade**. Curitiba: Juruá, 2006.