Número 23 – julho/agosto/setembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Professor no Curso de Especialização em Direito Administrativo na PUC/SP (pós-graduação "lato sensu"). Diretor do CELC – Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos (São Paulo). Consultor e parecerista em Direito Administrativo.

O Direito brasileiro está construído na conformidade do *"modelo kelseniano"*, ou seja, como um ordenamento hierarquicamente escalonado de normas jurídicas. No primeiro escalão, estão as normas constitucionais. No segundo, as normas legais, inclusive as constantes de medidas provisórias. No terceiro, estão os atos administrativos, as decisões judiciais e os negócios jurídicos. As normas de escalão inferior têm seu fundamento de validade nas de escalão imediatamente superior. Em outras palavras: as normas legais devem ser produzidas em conformidade com a Constituição, assim como os atos administrativos, decisões judiciais e negócios jurídicos devem ser produzidos em conformidade com as normas legais.

Ainda de acordo com **Kelsen**, distinguem-se **aplicação** e **observância** do Direito. O legislador, ao produzir leis, **aplica** a Constituição. O agente administrativo, o juiz e o contratante privado, ao produzirem atos administrativos, decisões judiciais e negócios jurídicos, respectivamente, **aplicam** as leis. Todos nós, inclusive o legislador, o agente administrativo, o juiz e o contratante privado, **observamos** as normas componentes do ordenamento jurídico. Isto é: devemos conduzir-nos de acordo com o que elas determinam.

Os princípios jurídicos são normas explícita ou implicitamente contidas na Constituição. Eles orientam e disciplinam a interpretação e aplicação do Direito. Não existe conflito entre os princípios jurídicos, que devem ser *"objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso"*, como nos diz o constitucionalista português **J. J. Gomes Canotilho** (*"Direito Constitucional",* 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 190).

Os princípios do Direito Administrativo são aqueles referidos ao exercício da função administrativa. A função administrativa é uma função **terciária**, exercida pelo agente estatal na produção de atos administrativos (normas jurídicas de terceiro escalão), que, em sentido estrito, contêm comandos previstos abstratamente em normas legais.[1] Os atos administrativos são, portanto, normas **concretas**, em regra **individuais**, que aplicam normas **abstratas**, em regra **gerais**, contidas nas leis. A função administrativa é atividade típica, mas não exclusiva, do Executivo, assim como a função legislativa é função típica, mas não exclusiva, do Legislativo. Este produz também atos administrativos, e não apenas leis, assim como o Executivo produz também normas legais (medidas provisórias), e não apenas atos administrativos.

É importante notar que a expressão *"Direito Administrativo"* é equívoca. Ela é utilizada ora no sentido de conjunto (subsistema) de normas que regulam o exercício da função administrativa, ora no sentido de conjunto (subsistema) de proposições jurídicas descritivas dessas normas. A rigor, o Direito Administrativo é o conjunto (subsistema) de normas. Ao conjunto (subsistema) de proposições jurídicas dever-se-ia denominar, mais corretamente, *"Ciência do Direito Administrativo"*. Vale notar que não tem sentido dizer-se que o Direito Administrativo, em qualquer de suas acepções, é **autônomo**. O conjunto de normas que regulam o exercício da função administrativa é destacado do sistema normativo apenas para efeito de conhecimento (científico) e conseqüente aprofundamento do estudo. O Direito é **uno**.

Os princípios constitucionais do Direito Administrativo estão explicitados no art. 37, *"caput"*, da Constituição. São eles: **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência**. Além desses, podem ser extraídos da Constituição pelo menos dois princípios: o da **isonomia** (arts. 2º, IV, e 5º) e o da **economicidade** (art. 70). Devemos precaver-nos, porém, contra a *"banalização"* dos princípios jurídicos, que resulta da subdivisão de princípios em dois ou mais subprincípios, como, por exemplo, é o caso do *"princípio da finalidade"*. A *"finalidade"* está ligada à **legalidade** do ato administrativo, na medida em que é critério de interpretação da norma legal. A partir do texto legal, o intérprete deve buscar um *"sentido"* na norma que melhor atinja sua finalidade (**interpretação finalística ou teleológica**), sem esquecer que ela integra um sistema (**interpretação sistemática**) e deve ser analisada em sua *"ratio"* (**interpretação lógica**). Um exemplo de *"banalização"* dos princípios nos é dado pelo Anteprojeto de Nova Lei de Contratações da Administração

[1] Sobre a função administrativa como uma das funções estatais **terciárias** (a outra é a jurisdicional), veja-se meu *"Extinção do Ato Administrativo"* (São Paulo, RT, 1978, pp. 13 e ss.). A partir de uma concepção kelseniana, entendo que o agente estatal, no exercício da função administrativa, produz normas de terceiro escalão que se caracterizam: *a)* por serem passíveis de revisão pelo Judiciário; e *b)* por se destinarem, em regra, à realização dos deveres jurídicos. Já no exercício da outra função terciária, ou seja, a jurisdicional, o agente estatal produz normas que se caracterizam: *a)* por serem definitivas, insuscetíveis de revisão, fazendo *"coisa julgada";* e *b)* por se destinarem, em regra, à atuação da sanção. Este conceito de função administrativa foi reafirmado em meu *"Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos"* (São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 30 e ss.).

Pública, divulgado em 2002 pelo Ministério do Planejamento, que, em seu art. 5º, elenca nada menos que **16 princípios**. [2]

O exercício da função administrativa visa ao atendimento do *"interesse coletivo primário"*, noção desenvolvida pela doutrina jurídica italiana e trazida para a doutrina jurídico-administrativa brasileira sobretudo por **Celso Antônio Bandeira de Mello**. O *"interesse coletivo primário"* é o interesse da sociedade, que se sobrepõe ao interesse da Administração (*"interesse público secundário"*) e ao interesse privado, também secundário. A função administrativa corresponde ao **poder-dever**, atribuído ao agente administrativo pelo ordenamento jurídico, para realizar o *"interesse coletivo primário"* (ou, na concepção de **Celso Antônio**, o **dever-poder**).

Duas cautelas devem ser tomadas em relação a essa noção. Primeira: não existe a *"sociedade como um todo"*, ou o *"conjunto da sociedade"*. Há **segmentos sociais**, com interesses diversos e muitas vezes conflitantes. O Direito tem por função assegurar a paz social. Mas isso não significa **eliminar** conflitos, e sim permitir a convivência harmônica, em sociedade, de indivíduos e grupos que têm interesses diversos e até mesmo conflitantes.[3] Segunda: o *"interesse coletivo primário"* compreende os interesses secundários. *"Os interesses públicos e os interesses privados estão implicados entre si até o ponto em que qualquer interesse público é, também, interesse privado"* (**Jesus**

---

[2] Muitos dos princípios elencados nesse anteprojeto já estão contidos na Constituição. Outros se superpõem, como o princípio da "*celeridade"*, que está contido no da **eficiência**. Outros, ainda, sequer consigo saber o que significam, como é o caso do princípio do *"justo preço".* Curiosamente, faltou mencionar o princípio constitucional da **economicidade**. Já que o anteprojeto elencou 16 princípios, nada impediria que fosse acrescentado um 17º...

Há poucos dias, li relatório da área técnica de um tribunal de contas, em que o autor se refere, várias vezes, ao *"princípio da modicidade da tarifa",* nas concessões de serviço público. Na verdade, o que existe é uma **norma**, contida no art. 6º da Lei 8.987/95, que pode ser assim descrita: *"A concessionária deve prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários".* E esse conceito normativo (*"serviço adequado")* é definido, no § 1º do mesmo artigo, como *"o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade da tarifa".* Se *"modicidade da tarifa"* fosse um **princípio,** seríamos levados a elencar mais sete outros, quais sejam, os da *"regularidade", "continuidade", "eficiência", "segurança", "atualidade", "generalidade"* e *"cortesia",* todos contidos no princípio mais amplo de *"serviço adequado"*.

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

[3] Diz **Agustín Squella** (*"Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos",* 2ª ed., Mexico, Distribuciones Fontamara, 1998, p. 35) que o Direito *"consegue evitar a guerra hobbesiana de todos contra todos"*, mas que essa paz *é "uma paz relativa".* Acrescento: o conflito existe e continua a existir. O Direito disciplina esse conflito. Ou como diz **Francesco Carnelutti** (*"Como náce el Derecho",* Santa Fe de Bogotá, Temis, 2000, p. 25): *"Assim, onde impera o direito desaparece a guerra e em seu lugar entra o delito".* Mas isto, acrescenta **Carnelutti**, não quer dizer que desapareça a guerra, mas sim que ela muda de nome.

González Pérez, *"El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo"*, 3ª ed., Madrid, 1999, p. 40).

Seção 1.01 O Princípio da Publicidade

Ao abordar o **princípio da publicidade**, valho-me basicamente da exposição de **Luís Filipe Colaço Antunes**, em excelente ensaio sob o título *"Mito e Realidade da Transparência Administrativa"* (separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró – Coimbra, 1990).

O autor português parte da noção de **transparência** administrativa, que segundo ele surgiu em meados da década de 70 **como reação contra o segredo**. Essa noção está ligada à de *"casa de vidro"*, imagem que se aplica à Administração democrática. Diz **Colaço Antunes** (p. 7):

> *"Uma Administração opaca infantiliza, uma administração transparente esclarece e tranquiliza."*

Mas a transparência é suscetível de graduação (p. 12):

> *"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 profilam relações concretas entre indivíduos, entre grupos, que o observador exterior está em condições de compreender. Mas a transparência é susceptível de graduação: 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".*

Ainda segundo **Colaço Antunes**, a transparência abrange a **comunicação**, a **publicidade** e a **proximidade**.

Uma Administração que se **comunica** é aquela que *"aceita dar a conhecer o sentido de suas decisões".* A noção de **publicidade** está ligada à

Administração *"que deixa transparecer aos olhos de todos a sua lógica interna de organização e de funcionamento, uma verdadeira 'casa de vidro' "*. Já a **proximidade** existe quando a Administração *"adere à sociedade, ao ponto de toda a distância entre elas se evaporar"*. [4]

Outra distinção básica, acentuada por **Colaço Antunes**, é entre a publicidade *"erga partes"* e a *"erga omnes".* Analisa as legislações alemã e francesa e conclui (p. 52):

> *"Em resumo, diríamos que, enquanto a legislação alemã se ocupa essencialmente dos actos pertinentes ao procedimento e limita a garantia de acesso às partes (do referido procedimento), que tenham um interesse juridicamente relevante, o direito francês preocupa-se em afirmar a publicidade* ***extra partes****, através de um direito de acesso de todos os membros da colectividade, válido para todos os documentos administrativos."*

A noção da publicidade *"erga omnes"* está, por sua vez, ligada à de **direito subjetivo público**. Acrescenta ele (p. 40):

> *"Com a referida reforma, o sistema jurídico francês aparece orientado no sentido de reconhecer, como regra fundamental, o acesso directo aos documentos administrativos para qualquer pessoa, ainda que na ausência de um interesse específico. Vem, assim, a delinear-se não um direito de acesso funcional ou instrumental ao contraditório, mas antes um direito subjectivo público ao controlo da gestão pública e dos comportamentos administrativos nos aparelhos do poder."*

Busquemos trazer essas noções para o Direito brasileiro. Não nos esqueçamos que trabalhamos, como cientistas ou operadores do Direito, com o ordenamento jurídico posto no País. Todo Direito é positivo. A expressão *"Direito positivo"* é pleonástica. [5]

---

[4] A este passo, recordo uma afirmação do sociólogo alemão **Karl Mannheim**, em seu clássico ensaio sobre *"La Democratización de la Cultura"* (*"Ensayos de la Sociología de la Cultura",* Madrid, Aguilar, 1957, p. 285): *"O que mais muda em todo o curso da democratização é a distância social entre a minoria (governante) e o homem da rua".* Acrescenta (p. 293): *"Com efeito, o que caracteriza fundamentalmente uma cultura como aristocrática ou democrática depende, em primeiro lugar, de suas normas de distância vertical. A democratização quer dizer, essencialmente, uma redução da distância vertical".* Pessoalmente, entendo que é nesta noção de **proximidade** que se alicerça a **transparência**. Quanto maior a **proximidade** – e menor a distância social entre ela e o homem da rua – mais se aproxima a Administração da imagem da *"casa de vidro"* e melhor *"faz conhecer o sentido de suas decisões".*

[5] **Norbert Hoerster** (*"En defesa del positivismo jurídico"*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1992, p. 21) escreve que não tem sentido contrapor ao Direito positivo o Direito moralmente aceitável, ou seja, o que os jusnaturalistas chamam de *"direito propriamente dito".* Nem sentido tem,

A Constituição Federal impõe, em vários incisos de seu art. 5º, o dever da transparência estatal.

Vejamos.

De acordo com o inciso XXXIII, *"todos têm 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 *"erga partes",* como também a *"erga omnes".* Assegura-se a todos não apenas receber informações de seu interesse particular, mas também sobre assuntos de interesse coletivo ou geral (direito 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"*).

Já o inciso LXXII prevê a concessão de *"habeas data*", tanto *"para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante"* (alínea *"a"*), quanto *"para retificação de dados"* (alínea *"b"*).

Mas a *"casa de vidro"* não é totalmente translúcida, como alerta **Colaço Antunes**. Por mais transparente que seja o ordenamento jurídico de um país, há sempre um espaço reservado, **excepcionalmente**, para o segredo.

Nesse sentido, o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição protege as informações *"cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".*

No mesmo art. 5º, encontramos o inciso LX, que autoriza à lei *"restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem."*

Ainda no art. 5º, o inciso LXXII, alínea *"b"* (*"habeas data"*), faculta que se requeira retificação de dados *"por processo sigiloso, judicial ou administrativo".*

Por último, mencione-se o art. 93, inciso IX, que impõe a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário e autoriza a 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".*

Assim, a Constituição brasileira impõe, **como regra**, a **transparência**, indispensável ao Estado democrático. **Excepcionalmente**, porém, admite o sigilo, ou seja, autoriza que a *"casa de vidro"* se torne opaca, em maior ou menor grau.

---

tampouco, supor que haveria Direitos positivos que sequer seriam ordens jurídicas. Assim, o conceito de *"direito positivo"* é, para o autor alemão, um pleonasmo.

Antes de encerrar esta exposição, julgo necessário fazer uma observação que me parece importante.

É comum a confusão entre **publicidade** e **publicação**. A publicação, por si, não assegura a publicidade. Vejamos alguns exemplos práticos.

De acordo com o art. 28 da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal deve publicar no DOU a parte dispositiva do acórdão referente a decisão em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. O STF cumpre a lei, efetuando as publicações. Só que, em regra, quase ninguém entende as decisões publicadas, porque elas não contêm o assunto a que se referem. Este exemplo ilustra não apenas a insuficiência da **publicação**, como também a impropriedade da adoção da **publicidade** *"erga partes"* em casos que exigiriam, pela importância de que se revestem, a publicidade *"erga omnes".* O que vale é que o site do STF na Internet elucida quaisquer dúvidas sobre o assunto. Mas, é claro, somente para quem tem computador conectado à Internet, o que é ainda minoria no Brasil.[6]

No sentido contrário, a Lei 8.666/93 exige a publicação de decisões sobre qualificação e julgamento de propostas nas licitações. Prioriza-se, com isso, a publicidade *"erga omnes",* quando a rigor seria mais eficaz a publicidade *"erga partes"* (comunicação às 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 quem os elaborou. Nesses casos, o princípio da **publicidade** é descumprido, embora a **publicação** tenha sido efetuada.

Curiosamente, em 05/12/98 o jornal *"O Estado de S. Paulo"* publicou notícia sob o título *"Diário Oficial volta a bater recorde de páginas".* Diz a notícia que o DOU circulou no dia anterior com 2.472 páginas **e peso de 6,1764 quilos**. Por isso, foi incluído no Guiness Book como a publicação diária mais volumosa (e certamente de maior peso). Disse o diretor-geral da Imprensa Nacional na época que isso resultava do fato de que *"estamos vivendo a plenitude de um amplo processo democrático do Estado".* Pelo menos aparentemente, ele não teve a intenção de fazer humor.

[6] Não ignoro o imenso potencial da Internet como instrumento de transparência administrativa e até mesmo de democratização do poder. Só afirmo que, no momento, o acesso à Internet ainda não foi democratizado em nosso País.

CONCLUSÃO

Concluo enfatizando que a **publicidade**, como diz **Colaço Antunes**, inclui-se em uma noção mais ampla, que é a da **transparência**, esta abrangendo, ainda, a **comunicação** e a **proximidade**. A Administração Pública brasileira tem o dever de não apenas respeitar o **princípio da publicidade**, inscrito no art. 37 da Constituição, mas de ser **transparente**. É ingênua, porém, a afirmação de que a Administração deve ser uma *"casa de vidro"* totalmente translúcida. Nenhuma Administração, em nenhum país, corresponde a essa imagem. O que nos cabe é exigir que a relativa opacidade de seus atos respeite os limites impostos pela Constituição e pelas leis, em estrita obediência à estrutura escalonada das normas jurídicas.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Publicidade no Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Publicidade no Direito Administrativo. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 09-16, jul./set. 2003