

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE E PROPAGANDA DO GOVERNO

*Marcos Antônio Striquer Soares**

RESUMO

Analisa a dimensão constitucional do princípio da publicidade, como publicidade obrigatória e necessidade de publicação ou comunicação, como publicidade obrigatória sem necessidade de publicação ou comunicação, havendo aí a possibilidade de publicidade resumida. Constata-se a possibilidade da proibição de publicidade, bem como a publicidade desnecessária ou impossível. Por fim, analisa o art. 37, § 1º da Constituição onde é encontrada a publicidade autorizada ou propaganda dos órgãos públicos.

Palavras-chave: Princípio da Publicidade. Propaganda. Princípio Republicano. Princípio Democrático.

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE ADVERTISING AND PROPAGANDA OF THE GOVERNMENT

ABSTRACT

64 It analyzes the constitutional dimension of the principle of the advertising, as obligator advertising and publication necessity or communication, as obligator advertising without publication necessity or communication, having there the possibility of summarized advertising. It is evidenced possibility of the prohibition of advertising, as well as the unnecessary or impossible advertising. Finally, it analyzes art. 37, § 1º of the Constitution where the advertising authorized or propaganda of the public agencies is found.

Keywords: Principle of the Advertising. Propaganda. Republican Principle. Democratic Principle.

1 PUBLICIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS: A PUBLICIDADE COMO ATO DE DIVULGAR, DE TORNAR PÚBLICO

Por estranho que pareça às gerações mais novas, a publicidade referente a bens e interesses públicos, no Brasil, somente nos últimos anos, vem ganhando a importância exigida pelo princípio republicano. Antes da Constituição de 1988, embora a publicidade fosse exigida, ela não tinha a dimensão atual.

Conferir a este princípio expressão constitucional, como ocorre no sistema jurídico brasileiro, tem explicação histórica. A marcha dos fatos da história nacional deixou marcas de uma administração privada praticada no Estado com os recursos do povo e, pior ainda, com a esperança do povo em que o

* Mestre e doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP; professor de Direito Constitucional na UniFil; professor de Direito Constitucional na graduação, na especialização e no mestrado em Direito Negocial da UEL.



quanto praticado era feito para atendimento de suas necessidades mais primárias. (...) Por isso, a falta de limites bem definidos ou bem respeitados entre o público e o privado, no desempenho estatal das atividades administrativas, justifica a inclusão expressa da publicidade como princípio constitucional da Administração (ROCHA, 1994, p. 239).

A partir da década de 50, acentuando-se nos anos setenta, surge o empenho em alterar a tradição de ‘secreto’ predominante na atividade administrativa. A prevalência do ‘secreto’ na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado. A Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa (MEDAUAR, 2004, p. 149-150).

Na pesquisa bibliográfica, realizada para este trabalho, foram encontradas poucas linhas sobre o tema em textos mais antigos, vindo a figurar com mais freqüência em textos posteriores a 1988.

A origem da palavra “publicidade” é encontrada no Dicionário de Comunicação de Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Barbosa (1998, p. 481), com sentido jurídico, e designa, a princípio, o “ato de divulgar, de tornar público”, vindo a adquirir, no século 19, também um significado comercial: qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços, através de responsabilidade de um anunciante identificado. Portanto, na origem, a expressão tem um sentido jurídico e significa ato de divulgar, de tornar público. Somente depois é que veio a adquirir o sentido comercial utilizado como sinônimo de propaganda.

O significado original do termo, registrado com sentido jurídico, permanece até hoje no campo da Ciência do Direito. Quando se fala em “publicidade”, nesta seara do conhecimento, esta-se referindo ao “ato de divulgar, de tornar público”. Este fato é de fundamental importância para este estudo, pois quando a lei impõe ao administrador público o dever de publicar algo, não lhe impõe o dever de fazer propaganda, mas, simplesmente, de divulgar algo.

A publicidade, no âmbito dos órgãos públicos, é exigência expressa da Constituição brasileira, em diversos dispositivos. Contudo, conforme já se pode detectar pelos textos acima citados, o termo tem mais de um significado. No *caput* do art. 37, ela aparece como “princípio”. No art. 84, IV, onde se encontra a competência do presidente da República para “fazer publicar as leis”, a publicidade é exigida como condição de aperfeiçoamento da lei produzida pelo Estado. Já no art. 93, IX, o qual determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”, excetuado o interesse público, a publicidade não tem nenhuma das características anteriores: não é um princípio e, embora seja necessária para não haver nulidade do julgado, não é o tipo de publicidade – ao menos no sentido exposto no dispositivo – que exija publicação (uma das formas de publicidade). O §1º, do art. 37, traz outro tipo de publicidade, muito diferente das examinadas, trata-se de propaganda dos órgãos públicos. “Publicidade” na Constituição de 1988 é, portanto, conceito polissêmico, ou seja, a expressão é utilizada, conforme explicação de Canotilho e Vital Moreira, em sentidos diversos no texto constitucional, cabendo ao intérprete precisar a “intenção” (sentido) com que esses conceitos são utilizados nos vários preceitos da Constituição. “Perante cada utilização de um conceito polissêmico haverá que analisar cuidadosamente qual o sentido que lhe cabe nessa circunstância” (CANOTILHO e MOREIRA, 1984, p. 48). Deve-se, portanto, examinar as possibilidades de significado do termo “publicidade”.



2 PUBLICIDADE OBRIGATÓRIA: A PUBLICIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E COMO REGRA CONSTITUCIONAL

A Constituição brasileira, conforme visto, traz a exigência de publicidade em diversos dispositivos constitucionais. Em cada um deles, contudo, podem-se encontrar características de princípios ou de regras. Esta bipartição das características da norma jurídica vem sendo afirmada em Direito Constitucional: princípios e regras têm sido apresentados como espécies de norma,¹ é a posição aceita por grande parte da doutrina atualizada, encontrada nos estudos mais recentes sobre o assunto. Paulo Bonavides (202, p. 228-266) traz o desenvolvimento das idéias que culminaram nessa teoria (princípios e regras como espécies de normas). Conforme apresente características de “princípio” ou de “regra”, a exigência de publicidade terá efeito diferente no mundo jurídico.

O “princípio constitucional” é a norma jurídica caracterizada como base do sistema jurídico, dotada de um alto grau de abstração, contém pouca densidade semântica e maior conteúdo axiológico, dependente da ação do intérprete para sua aplicação, e tem como função expressar valores do povo e do Estado², dar unidade e harmonia ao sistema jurídico e orientar a interpretação da Constituição. Para se entender a publicidade dos órgãos públicos, deve-se destacar que o princípio é norma jurídica e, como tal, produz efeitos jurídicos, obrigando a todos; tem alto grau de abstração e pouca densidade semântica, o que indica vários significados e várias possibilidades de interpretação e aplicação, exigindo a intermediação do intérprete, o qual utiliza a lei, a sentença, o ato administrativo, o contrato e, até mesmo, o costume para dar vida ao princípio constitucional.

As regras constitucionais são normas jurídicas de maior densidade semântica e de aplicação direta, sem necessidade de qualquer intermediação entre ela e o fato disciplinado, já que são dotadas de conteúdo axiológico, a ser determinado pelo intérprete.

De um modo geral, tratar de publicidade, no âmbito de órgãos e funções públicas, é falar de publicidade obrigatória. Em princípio, tudo o que diga respeito aos órgãos públicos e suas respectivas funções deverá ter publicidade, transparência. Duas exceções podem ser apresentadas: a publicidade proibida por determinação da Constituição e a publicidade desnecessária, das quais se tratará adiante. Interessa, neste instante, esclarecer as exigências de publicidade, ou melhor, os casos de “publicidade obrigatória”.

As exigências de publicidade obrigatória devem ser divididas em duas possibilidades: publicidade “com divulgação obrigatória” e publicidade “sem divulgação obrigatória”. Ainda que a doutrina trate o assunto de um modo genérico, percebe-se que, em alguns casos, o Poder Público não tem obrigação de proceder à publicação ou comunicação de dados retidos em seus departamentos; outras vezes, pelo contrário, o aperfeiçoamento do dado retido nos órgãos públicos depende de veiculação dele aos interessados.

1 Canotilho explica: “Salienta-se, na moderna constitucionalística, que à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais. Ao mesmo tempo, aponta-se para a necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa. [...]. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*).” O autor abandona esta distinção, preferindo outra: “(1) – as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) – a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas” (*Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p.154-166).

2 Explicando a titularidade da soberania, Miguel Reale escreve: “A soberania é substancialmente da Nação e só juridicamente é do Estado, o que quer dizer que, *socialmente* (mais quanto à fonte do poder), a soberania é da Nação, mas *juridicamente* (mais quanto ao exercício do poder) a soberania é do Estado” (*Teoria do Direito e do Estado*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 157).

2.1 A publicidade como princípio constitucional e a desnecessidade de publicação ou comunicação

A publicidade como princípio contém a exigência genérica de publicidade (dar a público, veicular, informar, prestar contas). Tudo o que se refere ao Estado exige publicidade e a ausência desta é exceção encontrada na própria Constituição. A publicidade, como princípio constitucional, serve de orientação para todo e qualquer comportamento do Estado. “Comportamento” aqui tem um conteúdo importante, pois significa tudo que o Estado, ou parte dele, faz que envolva ação ou reação.³ Envolve o conjunto de atitudes e reações dos órgãos públicos, do Estado em face do meio social.⁴ “Comportamento”, aqui, envolve inclusive a omissão, já que a omissão, no Direito, pode caracterizar-se como falta de ação ou uma reação indevida diante de uma imposição de lei. A doutrina tem utilizado os termos “atividade e atos da administração ou atos estatais”, entre outros, para expressar esse conjunto de ações e reações dos órgãos públicos. Sem descartar estes, prefere-se aquele termo, por ser mais abrangente.

Da Constituição brasileira podem ser extraídos os seguintes princípios referentes à publicidade: da “publicidade” (art. 37, caput – afeto à função administrativa); da “publicidade e motivação das decisões judiciais e administrativas” (art. 93, IX e X – afetos ao Poder Judiciário e às funções jurisdicional e administrativa); do “direito à informação” (art. 5º, XXXIII, pelo qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – é importante ressaltar que tal direito não se restringe à informação somente de interesse do indivíduo, mas também de interesse coletivo ou geral); e da “publicidade dos atos processuais” (art. 5º, LX, pelo qual a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem).

A publicidade como princípio não impõe a divulgação pelo Diário Oficial ou outro meio qualquer de publicidade⁵, de tudo o que diga respeito ao Estado a todo e qualquer indivíduo. Exige, sim, a disponibilidade das informações, a possibilidade de acesso às informações a todo e qualquer cidadão. Quando surge uma lei impondo a publicidade de certo comportamento do Estado, de contrato, por exemplo, nasce a regra jurídica.

Tratando do processo administrativo, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 84) asseveram: salvo as ressalvas estabelecidas e as decorrentes de razões de ordem lógica, o processo administrativo deve ser público, acessível ao público – ao público em geral e não apenas às partes diretamente envolvidas. Salvo determinação regular de tramitação sigilosa, nada pode impedir a vista de autos ou mesmo a obtenção de certidões.

3 No Dicionário Houaiss encontra-se: “2. tudo que um organismo, ou parte dele, faz que envolva ação e resposta à estimulação [...]. 3. reação de um indivíduo, de um grupo ou de uma espécie ao complexo de fatores que compõe o seu meio ambiente [...]” (Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 777).

4 No Dicionário Aurélio encontra-se: “conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social” (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 441).

5 Geraldo Ataliba esclarece: “Publicar um ato é fazê-lo público. A publicação mais solene que há está em mandá-lo para o Diário Oficial. Entretanto, não seria possível, nem necessário, que todos os atos administrativos fossem publicados. Muitos despachos – por circunstâncias que se ligam aos processos em que se produzem, esfera de interessados, ou outras razões – embora sejam públicos, não vão para o DO. Entretanto, públicos que são, por definição, consideram-se publicados no instante que são praticados.” Na página seguinte, completa o autor: “como todo ato administrativo é público (do conhecimento do povo, por definição) não se requer saia no Diário Oficial. Publicado ele já foi desde que prolatado. [...] O que dá eficácia ao ato é sua prolação e inserção num processo administrativo. Não a publicação no DO. Isto só se requer para atos normativos ou atos externos” (Eficácia de ato administrativo – publicação, *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 25, n. 99, jul./set. 1991, p. 19 e 20).



Muitas das atividades dos órgãos públicos, portanto, não são publicadas ou comunicadas à sociedade ou aos cidadãos e isto não fere o princípio da publicidade. Pelo contrário, o princípio dá à Administração Pública a orientação de transparência, o que vale dizer disponibilização dos dados ali retidos à sociedade. No entanto, não impõe a divulgação de tudo o que ocorre no interior dos órgãos públicos. Esses dados, que não são de publicação obrigatória, mas ficam disponíveis à consulta da sociedade, dependem da solicitação de interessado, cabendo ao Estado prestá-los nesse instante. O agente público é obrigado a prestar a informação solicitada conforme os dados constantes do órgão público, sem omissão alguma, sob pena de ser responsabilizado criminalmente⁶, além da punição administrativa cabível.

A possibilidade da legislação infraconstitucional exigir expressamente a publicação ou comunicação de determinados atos (por exemplo, as regras sobre citação e intimação contidas no Código de Processo Civil) nasce dessa exigência genérica de publicidade dos comportamentos dos órgãos públicos, ou, precisamente, do princípio da publicidade. O legislador ordinário pode, portanto, criar as regras jurídicas referentes à publicidade com base no princípio da publicidade contido na Constituição. Se o princípio da publicidade traz a obrigação genérica de disponibilização de dados, de transparência dos órgãos públicos, a criação de regra cobrando publicação ou comunicação será legítima.

Enquanto princípio constitucional, a publicidade tem o conteúdo desta espécie de norma jurídica, anteriormente referida como norma jurídica, caracterizada como base do sistema jurídico, dotado de um alto grau de abstração, com pouca densidade semântica e maior conteúdo axiológico, e dependente da ação do intérprete para sua aplicação, tendo como função expressar valores do povo e do Estado, dar unidade e harmonia ao sistema jurídico e orientar a interpretação da Constituição.

Além disso, o conceito de princípio dado por Celso Antônio Bandeira de Mello é bastante significativo para a compreensão da publicidade como tal: princípio

68

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (2001, p. 771-772).

Assim, a publicidade como princípio constitucional não impõe a publicação e a comunicação de todo e qualquer ato dos órgãos públicos, mas exige que estes o tenham como orientação de todo e qualquer comportamento, pois, como princípio, a exigência de publicidade é núcleo do sistema jurídico, a partir do qual surgirão todos os demais comportamentos dos órgãos públicos. Não é a exigência de publicação de um ato tal ou qual, mas a disponibilidade das informações, a possibilidade de acesso às informações às quais todo e qualquer cidadão tem direito.

São relevantes, ainda, as explicações de Lucia Valle Figueiredo (2004, p. 62): “decisões secretas, editais ocultos, mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecida de pouquíssimos), não atendem, de forma alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da Administração”. Depois de tudo o que foi dito sobre princípios constitucionais, devemos concordar com a autora, visto que estes argumentos são importantes para orientar o aplicador da lei. Significa que o intérprete deve privilegiar sempre a publicidade. Como princípio constitucional, a publicidade tem essa marca indelével.

6 O artigo 299 do Código Penal dispõe: Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.



2.2 A publicidade como regra constitucional e a necessidade de publicação ou comunicação

A publicidade terá caráter de “regra jurídica” sempre que houver exigência de publicação ou comunicação do comportamento do órgão público. Isto é, decorre de imposição encontrada em norma jurídica. Esta pode trazer a exigência de publicação ou comunicação⁷ (formas de publicidade) ou pode falar, também, em publicidade, genericamente, mas impondo a divulgação dessa determinada manifestação do órgão público de modo específico, por exemplo, com divulgação no Diário Oficial.

A Constituição, em algumas passagens, apresenta regras exigindo publicidade. Podemos classificar como regra constitucional o art. 5º, XXXIV, letra b (que autoriza o “direito de obtenção de certidões em repartições públicas”), o art. 84, IV (impõe ao presidente da República o dever de “fazer publicar as leis”) e o art. 8º, da lei complementar nº95/98 (que contém a exigência de publicação das leis). Em outros casos, a exigência de publicação ou comunicação (a regra de publicidade) vem fixada em legislação sem *status* constitucional (nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, por exemplo). Nestes casos, a regra tem fundamento no princípio da publicidade, com origem constitucional.

Note-se que a publicidade como regra jurídica, obrigatória em razão de imposição de norma jurídica, deve cumprir o mínimo do que for determinado na norma. Contudo, para respeitar ao princípio da publicidade, para atender à exigência de transparência implícita no princípio, a publicidade advinda de imposição de regra deve ser o mais amplo possível, podendo os termos estritos da determinação da lei ser insuficiente. O princípio da publicidade exige que a interpretação amplie o máximo possível as possibilidades de divulgação dos comportamentos do Estado. Assim, a interpretação da regra jurídica que impõe determinada publicidade deve ser ampliada no sentido de dar maior efeito a essa regra.

2.3 Publicidade resumida

69

A publicidade dos atos dos órgãos do Estado pode ser resumida. Isto tem sido encontrado em lei (lei 8.666/93, com a redação dada pela lei 8.883/94 – arts. 21 e 61, § 1º) e, inclusive, na Constituição de São Paulo⁸. Contudo, tal possibilidade não abrange todos os comportamentos do Estado: “as leis, códigos e outros atos normativos (regulamentos, instruções, regimentos) devem ser publicados integralmente”(GASPARINI, 2001, 119).

O enorme número de editais de concursos e licitações a serem publicados determina que se divulgue, nos meios oficiais, apenas resumos daqueles eventos, definindo-se, sempre, onde e quando se poderão obter todos os dados que interessam ao público e que, portanto, têm que ser a ele acessíveis. Não se rompe, por aqui, o princípio da publicidade por meio de publicações em meios oficiais. Apenas não se pode exigir que os custos com aquelas divulgações completas dos atos onerem os cofres públicos (ROCHA, 1994, p. 246).

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello explica que publicação e comunicação são formas de publicidade (*Ato administrativo e direito dos administrados*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 47). No mesmo livro, p. 52, o autor apresenta três modalidades de comunicação: a citação, a notificação e a intimação.

⁸ Constituição do Estado de São Paulo, art. 112: *As leis e atos administrativos externos deverão ser publicados no órgão oficial do Estado, para que produzam os seus efeitos regulares. A publicidade dos atos não normativos poderá ser resumida.*



A publicidade resumida não fere o princípio da publicidade (tampouco os princípios republicano e democrático). Ela serve para evitar gastos excessivos, desde que tenha como conteúdo básico – a publicação oficial – o mínimo de informações necessárias para que o povo saiba do que se trata, o local onde o documento pode ser encontrado na íntegra e, ainda, estar, a íntegra do documento, disponível ao cidadão para consulta (respeitando-se a imposição do “direito à informação”, art. 5º, XXXIII da Constituição, pelo qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado).

Examinando os contratos, Bernardo de Souza (1999, p. 66) explica:

[...] só razões práticas e relevantes de economia fizeram com que não se exigisse a publicação dos contratos, em sua íntegra, na imprensa oficial. Esta homenagem à economia pública, entretanto, não pode redundar em franquia ao segredo, em desatenção ao princípio constitucional da publicidade, nem em violação do direito fundamental de acesso à informação.

Leon Frejda Szklarowsky, num estudo sobre as diversas peculiaridades que envolvem a publicidade dos contratos administrativos, esclarece que a lei de licitação mandou publicar todos os contratos, exceto aqueles cuja licitação foi dispensada: “quer a lei que se publiquem todos os contratos ou seus aditamentos, qualquer que seja o valor ainda que desonerados; entretanto avisa que há uma ressalva, que não pode ser preterida” (1996, p. 97) – da licitação dispensada⁹. Demócrito Ramos Reinaldo (1998) adverte, porém, que constitui prática inconstitucional a publicação, nos órgãos oficiais, de decisões administrativas de tal modo resumidas que impeçam ao povo, em geral, e ao Ministério Público, em particular, cientificar-se de seu conteúdo. “Publicar uma “*decisão*” ou um ato administrativo sem um mínimo de justificação que possibilite a compreensão [...] equivale a não publicar”.

70

Conforme já salientado por Lucia Valle Figueiredo (2004, p. 62): “mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei”, não atende, de forma alguma, à transparência da Administração. O respeito às exigências de publicidade prescritas em lei responde ao princípio republicano e ao princípio democrático e impõe uma interpretação que dê maior eficácia a estes princípios. Significa que o intérprete deve privilegiar sempre a publicidade, especialmente quando houver dúvida na aplicação da “regra” jurídica.

3 PUBLICIDADE PROIBIDA

Conforme se viu, a publicidade nas diversas atividades do Estado brasileiro, desempenhada por seus mais diversos órgãos, é exigência expressa da Constituição. Este é o princípio, esta é a orientação fundamental, é a orientação geral que atinge todas as situações e todas as pessoas. Contudo, “situações existem nas quais a prévia divulgação das ações a serem empreendidas pode torná-las inúteis” (FERRAZ e DALLARI, 2001, p. 83) ou a divulgação de informação pode comprometer direito do responsável por ela ou de terceiros. A Constituição abre, assim, exceções a essa orientação geral, permitindo o sigilo.

⁹ Maria Garcia assevera: “A publicidade é elemento da essência do processo licitatório: se a lei busca preservar o atendimento ao princípio da isonomia no acesso dos interessados à realização das obras, serviços e todas as modalidades *ad negotia* dos particulares com a Administração Pública e, por outro lado, garantir a seleção ou escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público – a publicidade dos atos desse processo demonstra-se de fundamental importância.” Depois de analisar o princípio da publicidade, a autora passa a coteja-lo com as diversas passagens da lei de licitação onde consta exigência de publicidade (Censura e comunicação social, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n.34, jan./mar. 2001, p. 10 e seguintes). Hely Lopes Meirelles é rigoroso, quando trata da publicidade da licitação: “Não há, nem pode haver, licitação sigilosa. Se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contratado com dispensa da licitação. Nunca, porém, haverá licitação secreta, porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos e a possibilidade de conhecimento de todas as propostas abertas e de seu julgamento” (*Licitação e contrato administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 27).



Registram-se os seguintes dispositivos do art. 5º da Constituição Federal que impõem restrições à publicidade – trata-se de regras constitucionais: o inciso XXXIII, na parte final, autoriza o sigilo, como exceção à exigência de publicidade, para os casos em que “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; o inciso LX trata da publicidade dos atos processuais, autoriza restrições à publicidade “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; o inciso XIV, pelo qual é assegurado a todos o acesso à informação, resguarda o “sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; o inciso XXXVIII, letra *b*, reconhece a instituição do júri e assegura “o sigilo das votações”. O art. 93, IX, na parte final também autoriza o sigilo no Judiciário como exceção: “podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Ainda pode ser incluído neste rol o art. 53, § 6º, pelo qual os “deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações”.

Para Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 179) o

sigilo, a autorizar a denegação da informação ou da certidão, só se justifica em duas situações, de caráter excepcional: quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (ex.: sigilo com relação aos planos militares, em tempo de guerra) ou quando a publicidade violar a intimidade de algum particular (ex.: sigilo, em relação a terceiros, dos dados clínicos de pacientes internados em hospital público). Afora esses casos, quem solicita informação ao Estado tem o direito de obtê-la, o que é mera decorrência da cidadania.

De qualquer modo, o cidadão tem direito de receber informações do Estado¹⁰, ou por meio do Diário Oficial, ou nos balcões dos órgãos públicos, quando solicitada. A negação de publicidade somente pode ser aceita quando fundamentada na própria Constituição.

As leis infraconstitucionais podem apresentar proibição de publicidade¹¹, desde que estejam adequadas às exceções previstas na Lei Maior. Tratando das exceções feitas à publicidade, Geraldo Ataliba explica que o princípio republicano não permite, nem tolera a existência de ato administrativo secreto: “as ressalvas que o art. 5º da Constituição faz são as mais estritas e, como exceção, devem merecer interpretação restritiva” (1991, p. 18-19). Enfim, todo e qualquer dispositivo infraconstitucional que excepciona a exigência de publicidade somente pode ser aceito se e na medida em que estiver adequado às exceções permitidas pela própria Constituição¹².

71

10 Ainda cabem outras passagens da literatura jurídica para corroborar essa lição: Embora voltado para o campo processual, o texto de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco diz claramente: “Mas o sigilo só pode ser temporário, enquanto estritamente necessário, não podendo sacrificar o contraditório, ainda que diferido” (*Teoria geral do processo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 70). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pode ocorrer que, em certas circunstâncias, o interesse público esteja em conflito com o direito à intimidade, hipótese em que aquele deve prevalecer em detrimento deste, pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual” (*Direito administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 75).

11 Citamos a seguir, apenas como exemplo, alguns dispositivos infraconstitucionais que apresentam exceções à exigência geral de publicidade: Art. 198 do Código Tributário – sigilo de informações com vistas ao melhor desempenho da arrecadação fazendária; Art. 155 do Código de Processo Civil – segredo de justiça; Art. 20 do Código de Processo Penal – sigilo no inquérito policial; Art. 792, § 1º do Código de Processo Penal – restrição a publicidade de audiência, sessão ou ato processual; Art. 8º da lei 9.296, de 24-07-96 – referente a interceptação telefônica.

12 Tratando da publicidade do contrato administrativo, Hely Lopes Meirelles explica: “a publicação do contrato é formalidade exigida pelas normas administrativas, como consectário da natureza pública dos atos da Administração, salvo os que forem previamente considerados sigilosos por razões de segurança nacional. Esclareça-se desde logo que os contratos resultantes de licitação não podem ser sigilosos, porque, se o fossem, seriam firmados com dispensa de licitação. Mas a licitação e o contrato podem ter anexos classificados como sigilosos em qualquer grau, casos em que esses documentos só serão entregues aos licitantes e contratados mediante compromisso de manutenção de sigilo” (*Licitação e contrato administrativo*, p. 178).



4 PUBLICIDADE DESNECESSÁRIA

Conquanto a publicidade seja regra indispensável, a partir dos princípios republicano e do Estado democrático de direito, é possível aceitar alguns casos em que não seja necessária, por ser impossível ou absolutamente irrelevante. Para Celso Ribeiro Bastos (1992, p. 45), a publicidade, caracterizada como divulgação das decisões administrativas, não é exigida quando as decisões administrativas têm interesse exclusivamente interno.

Explica Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 43)¹³ que, apesar de normalmente a formalização do ato administrativo ser escrita, “pode haver atos administrativos revelados de outra forma: verbal ou mímica. Ocorrerá quando a índole dos atos (ordens para assuntos rotineiros, gestos de um guarda de trânsito) reclame estas formas de expressão. Referem-se normalmente a atos que requerem execução imediata”

Régis Fernandes de Oliveira (1980, p. 33-34) traz passagem esclarecedora:

Costuma a doutrina falar em atos não produtores de efeitos jurídicos (por exemplo, convites, comunicações etc.). Tais atos, efetivamente, não podem ser tidos como administrativos, uma vez que não produzem qualquer efeito jurídico. Mas, se a lei lhe atribui qualquer relevância (efeito) será tido como ato administrativo. Por exemplo, um parecer, ainda que facultativa sua adoção, quando previsto, é requisito de legitimidade de procedimento, sempre que sua audiência seja obrigatória. [...] Não há, pois, necessidade que o ato interfira em esfera jurídica de terceiro. Mesmo os atos internos são tidos como administrativos, uma vez que produzem efeitos jurídicos. Assim, as ordens dadas de superior a inferior hierárquico constituem-se atos administrativos. [...] O ato pode, pois, ser introverso ou extroverso, alcançando o simples âmbito interno da administração ou repercutindo na esfera jurídica de terceiros. Necessário, no entanto, para ser qualificado como ato administrativo que o sistema normativo lhe atribua alguma relevância.

72

Assim, não terão, portanto, publicidade, atos não-escritos (ordens verbais, sinais ou gestos) quando não realizados em público; trata-se de publicidade impossível. Alguns comunicados internos (com alcance no âmbito interno da administração), não-caracterizados como atos administrativos (e não-incorporados a um processo administrativo), serão, alguns deles, absolutamente irrelevantes fora dos órgãos públicos, mas terão importância tão somente para a tramitação interna das decisões da administração.

Também será desnecessária a publicidade quando o indivíduo, antes da publicação ou comunicação, praticar o ato exigido. É o que ocorre, por exemplo, quando a parte se manifesta no processo depois da juntada da sentença, mas antes ainda de sua publicação – desde que não haja direitos indisponíveis em jogo. Em circunstâncias como esta, o gasto público será desnecessário.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello também faz referência a atos administrativos produzidos por sinais (como, por exemplo, o sinal de trânsito) e cartazes convencionais (como por exemplo, os indicadores de mão e contramão), mas não têm interesse direto pelo nosso trabalho, no que diz respeito à publicidade desnecessária, por isto não há que citá-los no corpo do texto.



5 PUBLICIDADE AUTORIZADA: PROPAGANDA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

A última espécie de publicidade que ainda precisa ser exposta é a publicidade dos órgãos públicos, prevista no § 1º, do art. 37 da Constituição. Ali se encontra um tipo totalmente diferente de publicidade. Não se trata de princípio da publicidade, uma vez que este está inserido no *caput* do mesmo art. 37. É uma regra constitucional, mas não impõe ao Estado a publicidade de tais atos, como condição de seu aperfeiçoamento, ou seja, mesmo que a Administração não torne públicas aquelas obras que está realizando, referidas no § 1º, do art. 37, elas existirão e tomarão o devido espaço no mundo real e também poderão gerar conseqüências no mundo jurídico, obviamente. É regra jurídica que não impõe uma publicidade, mas “autoriza” a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

O dispositivo constitucional em questão não impõe a publicação ou comunicação (formas de publicidade) de todos os atos, programas, obras, serviços e campanhas, porque isto seria inviável economicamente. Por outro lado, esse dispositivo também não obriga a Administração a deixar as informações disponíveis para quem as procure nos balcões dos órgãos públicos, pois esta idéia provém do princípio da publicidade que já consta do *caput* e não está sendo repetida no § 1º. Consta ali uma permissão para a Administração veicular informações referentes a seus atos, programas, obras, serviços e campanhas sempre que entender necessário levá-las a público, não para divulgar simplesmente, mas cumprindo objetivos específicos.

Os objetivos dessa publicidade indicam a necessidade de interação dos órgãos públicos com a sociedade, em vista de um ponto específico, uma obra, por exemplo. O objetivo pode ser educar, informar ou orientar a sociedade. A interação, nesse caso, não é mera transmissão de dados, mas pressupõe a necessidade da comunicação de um interesse do governo, isto é, para o bom andamento dos serviços públicos surge a necessidade da sociedade receber tais informações, caso contrário não será preciso levá-las a público. Essa necessidade de interação indica que a publicidade em questão não é mera divulgação de dados, mas tem por fim incutir na mente das pessoas tais dados seja para educar, seja para informar ou ainda para orientar a sociedade. Nessa condição, pode-se denominá-la de propaganda dos órgãos públicos, posto que ela tem sempre, no fundo, ao menos uma intenção persuasiva.

O § 1º, do art. 37 da Constituição também contém uma regra constitucional. Ele possibilita a “publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos os quais deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social”. O dispositivo em questão determina comportamento específico, não é dotado de alto grau de abstração e exige ação determinada, ou seja, a divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá perseguir uma dentre três finalidades possíveis: educar, informar e/ou propor orientações sociais.

Tanto o objeto da publicidade como os objetivos propostos não possuem alto grau de abstração, pelo contrário, são verbetes com conteúdo específico e com significado aferível por interpretação literal. É regra jurídica, portanto, com grau de abstração reduzido e aplicação direta,¹⁴ tem “observância imediata, não necessitando para sua aplicação de qualquer regulamentação” (GASPARINI, 2001, p. 129) (tem conteúdo semântico suficiente para incidir diretamente sobre a realidade social). Esta convicção também é encontrada na jurisprudência¹⁵.

14 A regra jurídica inscrita no § 1º, do art. 37 da Constituição é norma jurídica de eficácia plena, nos termos da classificação da aplicabilidade das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva: “são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais, a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentem suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados”. Em seguida, o autor completa: estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo *aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular (Aplicabilidade das normas constitucionais, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 101.*

15 “AÇÃO POPULAR – Propaganda e publicidade oficial de município – Artigo 37, § 1º, da Constituição da República – Aplicação – Norma de eficácia plena – Desnecessidade de regulamentação – Recurso não provido” – 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, JTJ/SP, LEX, v. 166, mar. 1995, p. 9.



O § 1º do art. 37 da Constituição também é exemplo de regra jurídica bastante carregada de conteúdo axiológico. Ao indicar a publicidade como *meio* de divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas, e ao estabelecer certos objetivos a serem atingidos (educação, informação ou orientação social), essa regra transmite valores protegidos pela sociedade, os quais devem ser protegidos pela via judicial, quando não observados. A publicidade, no caso, enquanto instrumento de condução dos interesses do Estado, é meio para busca de certos objetivos de governo – objetivos do povo, também, portanto - quais sejam: a educação, a informação ou a orientação social, todos surgidos das decisões de governo que afetam diretamente o povo.

Por outro lado, Eros Roberto Grau (1997, p. 92) explica que é impossível imaginar, de antemão, todas as circunstâncias possíveis de aplicação de uma regra, por isso é que elas são enunciadas em linguagem de textura aberta, configurando, mercê da abstração e generalidade que as caracterizam, um esquema formal potencialmente idôneo a compreender um número indefinido de casos, sob a única condição de que tais casos sejam redutíveis a tal esquema. Não se pode esquecer, então, que as normas são, por definição, genéricas e abstratas. Princípios e regras seguem essa linha, sendo possível afirmar, no entanto, que aqueles possuem grau de abstração muito elevado e pouca densidade semântica, ao passo que estas têm menor grau de abstração e maior densidade semântica. Especialmente quanto à regra do § 1º, do art. 37, em questão, a situação não é diferente, ela tem textura aberta para incidir sobre um número indefinido de pessoas e abranger inúmeras circunstâncias reais, ela incide imediatamente sobre o fato concreto. Somente se podem aceitar dois tipos de atos intermediários entre tal dispositivo e sua realização no mundo dos fatos: o ato administrativo e/ou uma decisão judicial (quando da correção de ato administrativo irregular).

6 SÍNTESE DAS ESPÉCIES DE PUBLICIDADE

74 Depois de tudo o que foi estudado sobre a publicidade, no âmbito dos órgãos públicos, é possível concluir dizendo que, por vezes, encontra-se na Constituição brasileira a exigência de publicidade como princípio, por vezes como regra. De qualquer modo, quando se fala em publicidade dos órgãos públicos deve-se enquadrá-la em uma das seguintes possibilidades:

1- Como “publicidade obrigatória” (esta espécie contém duas subespécies: a “publicidade obrigatória com necessidade de publicação ou comunicação”, ou seja, com divulgação pelo órgão oficial de imprensa ou por comunicação direta ao interessado – é regra jurídica; e “publicidade obrigatória sem necessidade de publicação ou comunicação”; isto ocorre sempre que a informação ficar à disposição do povo nos órgãos públicos – é princípio constitucional. Quando obrigados a divulgar seus atos, os órgãos públicos poderão fazer “publicidade resumida”);

2- Como “publicidade proibida” – decorre de disposição expressa da Constituição, sendo regra constitucional;

3- Como “publicidade desnecessária ou impossível”;

4- Como “publicidade autorizada”, qualificada como propaganda dos órgãos públicos ou propaganda governamental – também é regra constitucional.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Eficácia de ato administrativo – publicidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.25, n.99, p.14-21, jul./set. 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992. t.3, v.3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1984.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCIA, Maria. Censura e comunicação social. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n.34, p.99-104, jan./mar. 2001.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REINALDO, Demócrito Ramos. A publicidade dos atos e decisões administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.87, n.751, p.91-93, maio 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUZA, Bernardo de. A publicidade dos contratos da administração pública. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v.1, n.1, p.47, jan./mar. 1999.



SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A publicidade e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p.85-102, abr./jun. 1996.