

**O princípio constitucional da publicidade da Administração Pública:
o dever de informar e o direito de proteção à imagem e à intimidade
à luz da teoria dos papéis sociais¹.**

Luis Manuel Fonseca Pires

Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Autor, dentre outros artigos e livros, da obra *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, pela Campus-Elsevier (finalista do Prêmio Jabuti 2009).

Introdução.

O princípio constitucional da publicidade da Administração Pública representa inequívoca conquista que cumpre – ao menos no plano hipotético – os anseios de um regime democrático que deve primar e conduzir-se pela *transparência*.

Mas neste início de terceiro milênio, em meio ao evoluir da revolução dos meios de comunicação principiada nas últimas décadas do século passado, acreditamos oportuno refletir sobre a escorreita conformação que esta norma jurídica – o princípio da publicidade – deve externar.

Pois a escalada da tecnologia da comunicação tem proporcionado o que se convencionou denominar de *sociedade da informação e do risco*².

Em outras palavras, se a ordem constitucional da República Federativa do Brasil inaugurou com a Constituição Federal uma nova era que transpôs a obscuridade e o descaso

¹ Originalmente publicado pela editora Fórum, do Brasil, na Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, v. 3, p. 205-226, 2010.

² É o jurista português, José Eduardo Figueiredo Dias, quem utiliza esta expressão em invocação ao termo “sociedade do risco” do sociólogo alemão Ulrich Beck (*Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, p. 615). Retornaremos ao tema, explicando-o com mais vagar, no tópico III. 1.

com a informação e a transparência, por outro lado é necessário não deixar que a norma assecuratória desta conquista – o princípio da publicidade – transmute-se em algo do direito fundamental de proteção à imagem e à intimidade.

Desde logo, portanto, convém destacarmos que o objeto deste estudo não será outro senão analisarmos algumas referências que devem ser consideradas em busca da concretização do princípio constitucional da publicidade da Administração. Isto é, pretendemos propor a reflexão de alguns informes que contribuem à lídima definição da ansiada transparência da Administração Pública – com outros termos: como atender à publicidade a ser observada pelo Poder Público sem a violação a outros direitos fundamentais, sobretudo o direito de proteção à imagem e à intimidade.

Para isto anotaremos, com brevidade, noções que são fundamentais para posteriormente trabalharmos com o nosso tema central. Iniciaremos, então, com a consignação das premissas necessárias: algumas noções do princípio constitucional da publicidade da Administração Pública (I) e proporemos a adoção da teoria dos papéis sociais na seara das relações do Poder Público (II).

Por fim, cuidaremos do tema central deste nosso estudo: os contornos e os limites do princípio constitucional da publicidade da Administração Pública (III), o que pretendemos fazê-lo com a consideração do dever de informar, corolário do princípio constitucional da publicidade (III. 1), e ainda do direito de proteção à imagem e à intimidade (III. 2). Diante do conflito possível que pode existir entre o princípio constitucional da publicidade da Administração Pública e o direito de proteção à imagem e à intimidade – o que caracteriza a contemporânea *sociedade da informação e do risco* – formularemos algumas propostas de soluções possíveis, o que para tanto laboraremos com alguns breves exemplos a ilustrar o tema.

Iniciemos, então, o estudo.

I – Noções do princípio constitucional da publicidade da Administração Pública.

O princípio constitucional da publicidade da Administração Pública não se encontra cerrado em um único dispositivo. A despeito de sua explícita prescrição no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 como um dever a ser observado pela Administração Pública Direta e Indireta de todos os entes federativos a sua imperatividade pode ser reconhecida da interpretação sistemática da ordem constitucional.

São diversos os direitos fundamentais que prescrevem a transparência da Administração Pública.

Qualquer pessoa pode, em princípio, exigir dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse da sociedade³, e independentemente do pagamento de taxa é possível obter certidões em repartições públicas para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal⁴, pois o exercício do direito a uma tutela judicial efetiva⁵ pode depender destas informações. A eventual recusa, por parte do Poder Público, em realizar o princípio da publicidade e prestar informações enseja a quem prejudicado demandar perante o Judiciário⁶ o cumprimento deste dever jurídico. É um dever, portanto, que como regra geral se impõe a todos os Poderes do Estado⁷.

É possível, portanto, definir o princípio constitucional da publicidade, como se depreende do texto normativo relacionado, de acordo com a precisa síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello: é “(...) o *dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos*”⁸. É a *transparência* que determina a iniciativa a ser assumida pelo Poder Público de prestar informações, ou de pronto oferecê-las quando solicitadas pelos administrados. A *transparência* reclama, na elaboração de seu significado na seara do direito público, a divulgação oficial das atividades, atos e decisões da Administração Pública.

Em um regime democrático de direito é encarecida a noção de *função*, da expressão *função pública*, como o cumprimento de misteres em nome de terceiros, em nome da coletividade. E ao bem agir em *representação* da sociedade os agentes públicos devem informar, antes, durante e após as suas atividades como estão gerindo o patrimônio público.

O argentino Roberto Dromi⁹ diz que a publicidade é um predicado da ética pública. E com razão, pois é pelo princípio da publicidade, ainda, que outros direitos fundamentais têm condições de realizarem-se, como pode acontecer com o princípio da isonomia, como lembra Lúcia Valle Figueiredo¹⁰ – decerto, apenas pela *publicidade* da atividade do Poder Público é possível aferir se a Administração Pública trata os iguais do mesmo modo, se não fere o

³ Art. 5º, XXXIII, primeira parte.

⁴ Art. 5º, XXXIV, *b*.

⁵ Art. 5º, XXXV.

⁶ Novamente, art. 5º, XXXV, e ainda o inciso LXXII, *a*.

⁷ Como a exemplo se tem do comando do art. 93, IX.

⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 102.

⁹ *Derecho administrativo*, p. 227-229.

¹⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 62.

princípio da igualdade ao conceder privilégios e benesses diferenciadas a alguns. Por tudo isto, enfim, a *publicidade* torna-se condição de eficácia dos atos da Administração Pública¹¹.

Para parcela da doutrina o princípio constitucional da publicidade abarcaria, ainda, a vedação de promoção pessoal do agente público, nos termos do art. 37, § 1º, da Constituição Federal¹², mas entendemos que esta inteligência melhor se amolda ao *princípio da imparcialidade*. Preferimos reservar ao princípio da publicidade o sentido de dever do Poder Público de proceder com *transparência*, o que representa a imperiosa necessidade de divulgar oficiosamente as suas ações e prontamente disponibilizá-las quando solicitadas por qualquer pessoa.

É por meio das informações divulgadas e disponibilizadas que a sociedade controla o cumprimento do mandato público, que se permite a fiscalização do Poder Público e dos seus agentes, que se confere real sentido ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo¹³ e, em razão disto, aqueles que exercem o poder atuam como servidores, isto é, exercem uma *função* – um dever em nome, no caso, da coletividade.

De tal sorte, o princípio da publicidade apenas se cumpre se, como ensina Diógenes Gasparini¹⁴, a informação decorre de publicação de órgão oficial, e não por notícia divulgada pela imprensa, ainda que o programa ou a instituição mantenha alguma relação com o Governo, como acontece com a *Voz do Brasil* transmitida por rádio.

Mas se o princípio constitucional da publicidade, em última análise, é norma permeada no sistema constitucional, deve admitir, em regime de exceção, o seu afastamento para, em hipóteses *concretamente* justificáveis, atender a outros comandos igualmente previstos na Constituição Federal. É o que dispõe o art. 5º, XXXIII, em sua parte final ao conceber, ao menos hipoteticamente, que o sigilo – que se contrapõe à publicidade – é admissível quando “(...) *imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”. A exceção reproduz-se em uma situação específica, igualmente prevista no ordenamento constitucional, no art. 37, § 3º, II, ao se determinar que a lei ordinária deve disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública, e no tocante ao acesso a registros administrativos e demais informações sobre os atos de governo é necessário observar o inciso XXXIII do art. 5º, o que envolve, é claro, a possibilidade de sigilo.

¹¹ É a posição de José Cretella Júnior, *Das licitações públicas*, p. 138.

¹² Conforme Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 87.

¹³ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

¹⁴ *Direito administrativo*, p. 11.

A previsão constitucional é compreensível. Não há direito absoluto – sequer a vida, pois a legítima defesa e as hipóteses de aborto são exemplos disto. Portanto, é fácil considerar como exemplo de recusa legítima de prestar informações uma situação na qual o administrado pretende obter, da polícia militar, informes sobre a quantidade de armas do batalhão, qual a estratégia adotada para a distribuição do policiamento pela cidade, quantos policiais encontram-se em exercício durante os turnos da manhã e da noite e outras informações mais que não devem ser repassadas a qualquer interessado sob pena de comprometer a segurança pública. Apenas investigações e requisições realizadas por órgãos e Poderes competentes para tanto, como o Ministério Público e o Judiciário, ou mesmo solicitações feitas pelo Chefe do Executivo, máxima autoridade hierárquica dentro do Executivo, podem concretamente justificar o retorno do dever de cumprir o princípio constitucional da publicidade, ou ao menos determinar que com eles seja compartilhada a informação sigilosa para que se avalie a sua pertinência.

A exemplo disso lembramos a Lei 8.159/90 que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados. Prescreve esta lei que é dever do Poder Público a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos¹⁵, que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações, contidas em documentos de arquivos, de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, mas ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, e ainda à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas¹⁶. Em seu art. 23 prescreve que por Decreto serão fixadas as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos, e em seu § 2º que o acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado é restrito por um prazo máximo de trinta anos a contar da data de sua produção, e que este prazo pode ser prorrogado, por uma única vez, por igual período, e que o acesso aos documentos sigilosos referentes à honra e à imagem das pessoas é restrito por um prazo máximo de cem anos a contar da sua data de produção¹⁷.

Esta lei confirma a nota de *excepcionalidade* do sigilo, tanto quanto às *razões* que o fundamentam (em síntese, a segurança pública e a proteção à imagem e à moral) quanto pelo *tempo* a imperar a reserva de informação (pois o sigilo não pode ser indefinido). E mesmo durante o período de sigilo é expressamente prescrito o que de outra forma não poderia ser – sob pena de inconstitucionalidade –: pode o Poder Judiciário, em qualquer instância,

¹⁵ Art. 1º.

¹⁶ Art. 4º.

¹⁷ § 3º.

determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte¹⁸.

Outra referência ao sigilo advém da Lei 11.111/05. Dispõe esta norma que o acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral é ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado¹⁹. Mas em seu art. 6º, ao se reportar aos prazos de sigilo que acima reproduzimos do art. 23 da Lei 8.159/91, é categórico ao afirmar que os documentos classificados no mais alto grau de sigilo tornar-se-ão de acesso público.

Resta-nos esclarecer, ainda, que esta norma – o princípio da publicidade – é aplicável, como dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a todos os Poderes, de todos os entes da federação, e em relação ao Executivo abrange ainda as pessoas da Administração indireta, como as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A única ressalva que deve ser feita diz respeito a estas duas últimas. As empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas ou para a prestação de um serviço público ou para a exploração da atividade econômica, e neste último caso, e apenas em relação às informações que se referem à atividade-fim, como exemplo as que tratam do bem de consumo produzido, de suas técnicas de produção, comercialização etc, não é exigível a publicidade, pois nesta circunstância as estatais devem sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme dispõe o art. 173, § 1º, II da Constituição Federal.

Mas no que se refere às outras atividades de suporte das estatais que exploram atividades econômicas, tal como acontece com a contratação para a edificação de uma filial ou ampliação ou reforma de unidades já existentes, ou a contratação de empregados e outras inúmeras atividades do gênero, incide amplamente o princípio constitucional da publicidade.

¹⁸ Art. 24.

¹⁹ Art. 2º. É verdade que em seu § 2º o artigo 6º dispõe sobre a possibilidade de antes de expirada a prorrogação do prazo a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo provocar, *de modo justificado*, a manifestação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que avalie se o acesso ao documento ameaça a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País, casos em que a Comissão pode manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular. De todo modo, a intensidade de justificativa deve ser mais acentuada, e as hipóteses para esta indefinida prorrogação reduzem-se ainda mais (apenas se houver ameaça à soberania, à integridade territorial nacional ou às relações internacionais do País).

Derradeira anotação de ordem geral é que sendo a publicidade a regra, a sua violação, se não encontrar respaldo nas exceções vistas, pode caracterizar, se houver dolo do agente público, um ato de improbidade administrativa – previsto no art. 11, IV, da Lei 8.429/92.

II – A teoria dos papéis sociais e o princípio constitucional da publicidade da Administração Pública.

Porque o tema do nosso estudo cuida de confrontos possíveis entre interesses particulares – o direito de proteção à imagem e à intimidade dos cidadãos – e interesses públicos – o dever de informar do Estado – é que nos parece de significativa importância fazermos referência à *teoria dos papéis sociais*. A teoria dos papéis sociais é informe que auxilia o intérprete a identificar qual a real necessidade subjetiva dos sujeitos em conflito e, com isto, clareia os verdadeiros valores e fatos que devem ser perquiridos junto ao sistema jurídico.

Podemos considerar, segundo a teoria a que aludimos, que é possível identificar na sociedade inúmeros “papéis sociais”. Vale dizer – como uma informação objetiva –, há infindáveis *núcleos* de ações e comportamentos que são preenchidos, amiúde, por indivíduos.

Tanto como uma *personagem* em sua vida pessoal – como pai, marido, mulher, filha etc –, ou na profissional – como médico, empresário, trabalhador braçal ou desempregado –, ou na social – como integrante de uma associação, como sócio de um clube, em participação de atividades em praças e parques públicos etc –, como ainda nas infinitas *áreas de relacionamento* – lazer, educação, trabalho, família etc. – que se intercomunicam e, ao mesmo tempo, representam o palco de atuação destas *personagens*, há, no mundo fenomênico, estes *núcleos de imagens (personagens) e ações e comportamentos (áreas de relacionamento)*.

Pela *teoria dos papéis sociais*, portanto, há diversos *núcleos* que enfeixam, em *cada caso concreto*, considerando qual *personagem* que se trata e em qual *área de relacionamento* se encontra, características próprias e objetivas.

A esses *papéis* as pessoas aderem espontaneamente.

Não a um ou a outro exclusivamente, mas aos diversos e ao mesmo tempo tal como o homem que ao mesmo tempo em que é *pai* também é um *empresário* e *integrante da associação do bairro* em que mora.

E é por isso que o ser humano deve a esses *papéis* amoldar-se, não transformá-los ao seu talento, à imagem que idealiza para si, *mas ao que a sociedade conhece e espera*, pois isto é insito à condição de viver em sociedade.

Luis Recaséns Siches afirma que o sujeito pode viver três classes de modos de conduta: a) propriamente individual; b) não individual (interindividual); c) coletivo. Sob esta última é que o sujeito vive como “(...) titular de um ‘*papel*’ ou de uma ‘*função*’ (...)”, algo “(...) ‘*comum, tipificado, anônimo, geral* (...) como sujeito de um círculo ou grupo”²⁰.

E o mundo do direito – prossegue o autor – pertence mesmo ao âmbito do modo e dos nexos coletivos da vida humana. O direito, diz ele, é um conjunto de modos coletivos da existência humana, logo, o sujeito dos modos coletivos de conduta não é o homem autêntico, o ser humano individual, mas um *papel*, uma *personagem*²¹.

Percebe-se, nessa ordem de idéias, que o conceito de cada *papel social* é essencialmente mutável – aliás, como o próprio Direito.

A propósito do tema, Luiz Antônio Rizzato Nunes, com muita propriedade, esclarece a respeito:

Para essa teoria dos papéis sociais, o que vale é o dado objetivo da escolha. Não se está – isso não importa para o papel social – pensando na motivação que levou à escolha (...) nem na capacidade ou condição da pessoa que escolheu (...) nem ainda nos interesses que geraram a seleção (...). O que vale é a seleção objetivamente operada”²².

E prossegue o professor, pouco mais adiante, ao remate oportuno:

O indivíduo é uma soma de papéis e por vezes esse indivíduo, enquanto ser real, confunde-se com os papéis que exerce. O indivíduo é simultaneamente pai, filho, irmão, estudante, profissional, político, torcedor, etc. num composto de papéis sociais. E nesse ponto podem estar papéis sociais públicos e privados, nem sempre sendo fácil distinguir quando o comportamento social real é de um ou de outro²³.

Consideraremos, ainda, que a *intimidade* é a esfera mais íntima da pessoa humana, revelada por seus sentimentos mais circunscritos, introspectivos, e, circundando-a, há a *privacidade*, afeita à vida no âmbito familiar e amistoso; e secundando estas duas, tendo-as

²⁰ *Introducción al estudio del derecho*, p. 32.

²¹ *Op. cit.*, p. 34.

²² *Comentários ao código de defesa do consumidor – Direito Material*, p. 32.

²³ *Ibidem*, p. 33.

em seu diâmetro, por tanto com maior largueza ainda, há o *relacionamento público*, que se refere à interação social.

A maior ou menor proteção do ordenamento jurídico a cada uma dessas esferas da individualidade (*intimidade, privacidade e relacionamento público*) acontece na proporção do *papel social* que o indivíduo exerce *em cada caso concreto*, justificando-se, portanto, quando, a título de exemplo, para um empregado numa empresa da iniciativa privada há maior proteção à sua privacidade do que tem um funcionário público em cargo de chefia, mas este, por outro lado, mais proteção goza do que um agente político.

São *papéis sociais* diferentes, o que justifica tratamentos diferenciados na medida em que

(...) cada um exerce papel diferente, a cada momento, e tem que obedecer às regras específicas de seu papel. Assim, no ambiente do lar exerce o papel que lhe cabe no seio da família. Ao atuar profissionalmente tem que se comportar conforme as regras do ambiente de trabalho (...) Já nas atividades de lazer, tem outros parâmetros para seu comportamento. Conforme o papel, na sociedade diferenciada, o ser humano deve protagonizar corretamente o personagem, por isso vai variar de indumentária, conforme o local, e a imposição do papel, tanto quanto vai se comportar conforme as regras de cada conjunto social, que será composto por diferentes seres humanos, como protagonistas²⁴.

Cumpra identificar, portanto, em cada caso concreto, quais são os *papeis sociais* exercidos pelos partícipes da relação jurídica e se estes *papéis* justificavam suas atitudes.

Numa relação entre o Poder Público e o administrado é possível divisar, por exemplo, que o aplicador do direito deve considerar, ao interpretar as limitações administrativas, que por terem como fundamento jurídico o regime jurídico administrativo²⁵ para o cumprimento da função administrativa a teoria dos papéis sociais é elemento que ampara a hermenêutica jurídica por permitir a melhor compreensão da posição dos sujeitos envolvidos.

Façamo-nos mais claros: para ponderar a constitucionalidade de uma limitação administrativa, para avaliar a legitimidade de uma ação concreta do Poder Público a pretexto de observar uma norma geral que traceje uma limitação administrativa, para saber se há realmente apenas a conformação de um direito ou algum sacrifício – que neste último caso pode ensejar alguma indenização –, ou mesmo para constatar algum ato arbitrário, mostra-se ser de grande valia ponderar os papéis sociais em pauta.

²⁴ Renam Lotufo, *Curso avançado de direito civil*, p. 21, v. I.

²⁵ Mencionamos exemplos que cuidamos em outra obra (*Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006).

O papel social do Poder Público é mesmo de titular de um interesse público primário, defende, no caso concreto, um interesse da coletividade, ou atua como particular com o fito de atingir interesses que apenas mediatamente refletem os anseios coletivos?; ou o papel social que representa em dada situação revela que persegue os interesses particulares de algum integrante de sua estrutura?

Um exemplo: pretende o Poder Público realizar, sem qualquer tradição em anos anteriores, uma festa pública de ingente proporção tendo como mote prestigiar alguma classe profissional determinada, e tudo isto em ano de eleição, e sendo o atual Chefe do Executivo integrante desta classe; percebe-se, neste exemplo dado, que a despeito das dificuldades de investigar a vontade subjetiva dos agentes públicos é possível identificar, ao menos reconhecer indícios, de que o Executivo não cumpre seu papel social, mas sim se propõe a propalar os interesses eleitoreiros de seu representante. Isto porque não é papel social da Administração Pública voltar-se com exclusividade a um grupo restrito, atuar concretamente em benefício de determinados administrados, sem igualdade de condições em relação a outros grupos, e tudo com a associação deste comportamento ao fato do agente público que promove o evento pertencer ao mesmo grupo e ainda ser candidato à reeleição.

De outro lado, se um indivíduo pode ter o legítimo interesse de opor-se à intenção de seu vizinho de ingressar em seu lar para combater algum foco de desenvolvimento de insetos que transmitam doenças graves como a dengue, o mesmo não pode ocorrer, diante do perigo concreto, se o pretendente for o Poder Público, pois na relação que há com ele o papel social do indivíduo é de quem deve subordinar-se ao interesse geral de colaborar em exterminar o desenvolvimento das causas de contágio.

Quer-nos parecer que oportunas a estas reflexões são as seguintes considerações do administrativista argentino Héctor Jorge Escola quando trata das ações que compõem a vida privada e que passam a afetar a ordem e a moral públicas: *“Na liberdade pessoal, assim considerada, é possível distinguir a existência de duas esferas ou modalidades: uma, que constitui a vida privada, a vida íntima de cada pessoa; e outra, a liberdade comum, que é a qual até agora nós temos nos referido”*²⁶. A distinção é feita porque, nas lições do doutrinador, o que ele denomina de “poder de polícia” não tem campo ou legitimidade quando se trata da “esfera sagrada da vida privada”, mas é possível se estas ações transcendem para atingir a “liberdade comum”²⁷.

²⁶ *Compendio de derecho administrativo*, p. 895, v. II.

²⁷ *Ibidem*, p. 896.

Note-se, noutro exemplo pautado no chamado “rodízio de veículos” da capital de São Paulo, que a despeito da impossibilidade de um particular impingir a seu par que circule com o veículo dele em certo dia da semana, o Poder Público, por sua vez, tem a legitimidade de assim agir e o destinatário deve suportar porque o seu papel social de administrado (isto é, em relação com o Poder Público, o titular do interesse coletivo) é diferente do papel social de um sujeito titular de direitos privados em conflito com outro sujeito também titular de interesses protegidos pelo direito privado.

Em suma, não desconsideramos nem dispensamos – ao contrário, deve ser o ponto de partida do intérprete – toda a doutrina de Direito Administrativo sobre o regime jurídico administrativo e a função administrativa, mas sugerimos, de forma ancilar, a consideração da *teoria dos papéis sociais* em vista a auxiliar o aplicador do direito, sobretudo quando se trata – como é o caso do presente estudo – do conflito entre o *dever de informar* – por parte da Administração Pública, como consectário do princípio da publicidade – e o *direito de proteção à imagem e à intimidade* do administrado.

Retornaremos ao tema mais adiante (III. 3).

III – Os contornos e os limites do princípio constitucional da publicidade da Administração Pública.

Se existe o dever de *transparência* que determina a divulgação de atos e fatos referentes à Administração Pública e aos seus agentes, cumpre-nos compreender o sentido e o alcance deste princípio – da publicidade – de modo a não afligir, como dissemos alhures (I), outros direitos fundamentais.

A seguir, então, demarcaremos estes comandos normativos distintos – de um lado, o princípio da publicidade e o dever de informar (III. 1), do outro, o direito de proteção à imagem e à intimidade (III. 2) –, para em seguida, com a consideração da teoria dos papéis sociais que vimos no tópico precedente (II), propormos algumas soluções possíveis com a ilustração de alguns casos práticos.

III. 1 – O dever de informar: a sociedade da informação e do risco.

Como vimos (I), o princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*) impõe à Administração Pública o dever de transparência que implica o dever de informar, e a este princípio relacionam-se ainda outras normas como integrantes de sua interpretação sistemática²⁸. Mas a par desta análise de um princípio que compõe o regime jurídico administrativo convém lembrar outras normas constitucionais que regem, de um modo geral, a liberdade da comunicação mesmo entre particulares. Recordamos os princípios da *liberdade de pensamento*²⁹, da *liberdade de comunicação e opinião*³⁰ e do *direito de informar e de ser informado*³¹.

Mesmo se não houvesse, portanto, o explícito princípio constitucional da publicidade no *caput* do art. 37, ainda assim, como já asseveramos na primeira parte deste estudo, da leitura do regime democrático, marcado por normas que elevam a liberdade de expressão a um *dever* de respeito, recenderia o princípio da publicidade como um *dever de informar* por parte do Estado. Especificamente o art. 5º, XIV, ao dispor que “*é assegurado a todos o acesso à informação (...)*”, não trata de um direito imponível apenas a outros particulares, mas ainda ao Poder Público.

O princípio constitucional da publicidade, como acreditamos que restou bem demarcado no tópico I, é mesmo um *dever de informar* a ser pronto e espontaneamente cumprido pelo Poder Público, o que bem corresponde à lição de José Cretella Júnior³² ao dizer que a vontade do Poder Público deve ser “anunciada aos quatro cantos”.

Mas o que neste tópico aspiramos não é a reprodução do que dissemos anteriormente (I), e sim destacarmos as potenciais conseqüências deste *dever de informar* imputado à Administração Pública.

José Eduardo Figueiredo Dias, a quem fizemos breve referência na introdução deste artigo, recorda que a sociedade contemporânea vivencia um

(...) aumento das situações de devassa da vida privada e da intimidade das pessoas, potenciado pela consagração e garantia do direito à informação em termos cada vez mais amplos, e facilitado pelas novas tecnologias informáticas que aumentam exponencialmente as possibilidades de recolha e posterior acesso a dados pessoais³³.

²⁸ Art. 5º, XXXIII, primeira parte, XXXIV, b, XXXV e LXXII, a.

²⁹ Art. 5º, IV.

³⁰ Art. 5º, IX.

³¹ Art. 5º, XIV e XXXIII.

³² Op. cit., p. 138

³³ Op. cit., p. 616.

Por conseguinte, é preciso atentar para o que o autor lembra que vem sendo denominado de “digitalização dos direitos fundamentais”³⁴ – o risco, perante esta sociedade da informação, diante da constante evolução das tecnologias de comunicação (como é exemplo a *internet*), o risco de menoscabar os direitos fundamentais como a intimidade e a privacidade.

Decerto, o princípio constitucional da publicidade, ao prescrever a transparência como norma de conduta da Administração Pública, exterioriza verdadeiro *dever de informar*, o que em contrapartida franqueia aos administrados de um modo geral, como insistimos em linhas passadas (I), um *direito à informação administrativa*³⁵, mas este dever de informar precisa ser contextualizado com os avanços da tecnologia de comunicação pelos quais passou a sociedade mundial nas últimas décadas e que nos albores do século XXI prenuncia progressos ainda mais marcantes. De tal sorte, compete-nos compreender que a reboco da informação existem, por exemplo, os *riscos* da *internet* que resultam do amplo acesso proporcionado às informações da Administração Pública, os riscos que resultam da capacidade de armazenamento de dados que se projeta exponencialmente, os riscos que resultam da velocidade com que estas informações podem ser difundidas, e por isto exigem atenção sobre o que se encontra à disposição de acesso.

O dever de informar proporciona, portanto, a caracterização de uma sociedade que ao mesmo tempo em que se ufana desta capacidade de acesso às informações ainda se identifica pelos riscos gerados. Destarte, se devemos reconhecer o valor das tecnologias de comunicação que levaram aos píncaros o princípio da publicidade como *dever de informar* – como os sítios (*sites*) oficiais das Administrações Públicas na *internet* –, é fundamental termos a consciência de que são proporcionados *riscos* que exigem as devidas cautelas para evitar o comprometimento dos direitos fundamentais.

Pois afinal, como nos adverte Jesús Gonzalez Perez³⁶, a *transparência* da atividade administrativa é um “dever de conteúdo plural” porque tem duas vertentes: o *dever de informar* e o *dever de calar*. E este último – o *dever de calar* –, por sua vez, exterioriza-se por duas formas: o *dever de segredo* que trata de assuntos concretos aos quais se atribui o caráter de reservados (trata-se de um dever específico) e o *dever de sigilo* que é o dever pessoal de discrição cuja finalidade é evitar causar danos desnecessários tanto à Administração quanto aos cidadãos (trata-se de um dever genérico de discrição).

³⁴ Op. cit., mesma página.

³⁵ Expressão pertinentemente utilizada por José Eduardo Figueiredo Dias, op. cit., p. 620.

³⁶ *Corrupción, ética y moral em las Administraciones Públicas*, p. 93-94.

Mas cuidaremos deste *dever de calar*, no próximo tópico, por outra perspectiva: com fundamento no direito de proteção à imagem e à intimidade.

III. 2 – O direito de proteção à imagem e à intimidade.

O direito de proteção à imagem e à intimidade, de conhecida estatura constitucional³⁷, representa, em palavras que tomamos de empréstimo de José Eduardo Figueiredo Dias ao tratar da intimidade e da privacidade, “(...) um *‘direito de personalidade’* que deve ser considerado como densificação do *‘princípio da dignidade da pessoa humana’*”³⁸.

E que deve ser cuidadosamente considerado diante da prática cada vez mais comum da Administração Pública de usar a *internet* como meio de efetivação do princípio da publicidade. Pois como diz o autor referido³⁹, o desenvolvimento da informática, principalmente da *internet* como “verdadeira auto-estrada da informação”, com as facilidades de armazenamento, acesso e difusão de dados, conduz a proteção da privacidade a uma nova perspectiva, a de que nos encontramos em uma *sociedade do risco e da informação*.

A discussão que emerge, por conseguinte, é a preocupação em equacionar o *princípio da publicidade*, o *dever de informar da Administração Pública*, com os direitos dos administrados de verem preservadas a sua imagem e intimidade – sobretudo porque, como exemplificamos no tópico anterior, a *internet* promove uma vigorosa capacidade de divulgação, e porque a Administração Pública contém sítios oficiais (*sites*) a potencializarem esta publicidade é preciso então definir o alcance legítimo do cumprimento do *dever de informar* sem o comprometimento do *direito de proteção à imagem e à intimidade* dos administrados.

A estas indagações esperamos ao menos bosquejar, no tópico seguinte, algumas respostas que sirvam de linhas condutoras à compatibilidade destas normas constitucionais.

III. 3 – Casos práticos e soluções possíveis diante da teoria dos papéis sociais.

José Eduardo Figueiredo Dias assinala que

³⁷ Art. 5º, V e X.

³⁸ Op. cit., p. 628.

³⁹ Op. cit., p. 632.

A tarefa de harmonização pode igualmente basear-se na afirmação de um conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, que só em concreto podem ser exactamente determinados, apelando de forma mais intensa para a necessidade de recorrer à *ponderação* ao nível do caso concreto para efectuar a restrição de um (ou dos dois) direito (s)⁴⁰.

O que pretendemos propor, e o faremos nas próximas linhas, é o labor com a *teoria dos papéis sociais* para os casos concretos como um dos critérios a serem considerados para a *ponderação* referida por este autor de modo a alcançarmos a pretensão de correção na solução dos princípios em colisão – de um lado, o princípio da publicidade da Administração Pública, e de outro o princípio de proteção à imagem e à intimidade.

Adotaremos, em última análise, a *teoria dos papéis sociais* no procedimento de ponderação na colisão do princípio da publicidade e o dever de informar da Administração Pública com o princípio de proteção à imagem e à intimidade.

Exemplifiquemos, inicialmente, com o dever de licitar. É em razão do princípio da publicidade junto à licitação que há o direito assegurado a qualquer interessado de *participar e fiscalizar* os atos da licitação: por meio da *publicidade* que se torna possível promover a competição do maior número possível de pessoas, o que efetiva materialmente o princípio da igualdade, e ainda amplifica as possibilidades de a Administração realizar a seleção e conseguinte contratação mais eficiente às suas necessidades, e quanto à fiscalização é ainda com a *publicidade* dos atos que qualquer pessoa pode averiguar se não ocorrem favoritismos e desvios, o que contribui – este controle – para a efetivação do regime democrático⁴¹.

⁴⁰ Op. cit., p. 628.

⁴¹ Ainda que não haja a necessidade de expressa menção a este princípio constitucional para que o Poder Público cumpra com o *dever de transparência*, a lei de licitações e contratos administrativos é explícita ao reproduzi-lo, em seu art. 3º, *caput*, como um princípio básico a permear todo o processo de licitação e o conseqüente momento da contratação com o vencedor. E torna a mencioná-lo em seu art. 4º ao assegurar a qualquer cidadão o acompanhamento do processo de licitação, e no art. 15, § 2º, ao determinar a publicação trimestral dos preços registrados, no art. 16, *caput*, ao prescrever o dever de dar-se publicidade mensalmente à relação de todas as compras feitas pela Administração, no art. 21, § 4º, ao exigir nova publicação em caso de modificação do edital, no art. 34, § 1º, ao exigir a divulgação do registro cadastral e a sua disponibilidade a quaisquer interessados, no art. 53, § 4º, ao explicitar que o edital deve ser “amplamente divulgado”, entre outros dispositivos. Claro que durante as etapas do processo de licitação há momentos em que, pela natureza da própria atividade, é impossível franquear o acesso ou o acompanhamento concomitante dos interessados, como é o caso da averiguação dos documentos e o

Pois a teoria dos papéis sociais, ao explicitar que o participante de uma licitação apresenta-se, na relação com o Poder Público, como uma *personagem* em interação pública com outros administrados (isto é, numa *área de relacionamento* que se sujeita aos interesses de uma coletividade), a sua *intimidade* e *privacidade* submetem-se a constrições mais intensas do que em outras relações jurídicas, *outros papéis sociais*.

Com a teoria dos papéis sociais, a informar e conduzir o procedimento de ponderação, é possível perceber que, de um modo geral, não podem os participantes de uma licitação, que livremente decidiram aderir a um processo que deve pautar-se pelo princípio da publicidade, reclamar da divulgação, pelos sítios oficiais (páginas da *internet*), de que os seus dados da habilitação e a sua proposta estejam disponíveis ao acesso de qualquer administrado.

O não-cumprimento do princípio de proteção à imagem e à intimidade do interessado justifica-se pela necessidade do cumprimento do princípio da publicidade, pois o administrado que participa da licitação assume, ao ingressar no processo de licitação, o *papel social* de um interessado em substituir o Estado na execução de uma tarefa, e por isto deve à sociedade prestar contas, tal como o Estado deve fazê-lo, o que é a comprovação definitiva de que o princípio da publicidade justifica, em razão do *papel social* ao qual adere o participante da licitação, o não-cumprimento da proteção à imagem e à intimidade do participante.

juízo das propostas. Sem dúvida alguma os atos anteriores e posteriores, como a abertura de envelopes e divulgação dos resultados com seus critérios e conclusões devem ser públicos, mas os atos de avaliação de documentos e de julgamento e classificação das propostas demandam o isolamento dos integrantes da comissão responsável. Igualmente, o princípio da publicidade não abrange o momento de apresentação das propostas, pois se as propostas fossem apresentadas já abertas não se garantiria a igualdade entre os interessados uma vez que estaria em posição de vantagem quem conhecesse a proposta do outro concorrente antes de apresentar a sua. Mas com o encerramento da fase de apresentação todos terão acesso às propostas de todos os interessados tão logo elas sejam abertas e classificadas. É nestes termos, a propósito, que dispõe o art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93. Por isto, a violação do *princípio do sigilo das propostas* – da fase de *apresentação* das propostas – não apenas pode invalidar toda a licitação como ainda tipificar os crimes previstos no art. 94 da própria lei de licitações e contratos administrativos e no art. 326 do Código Penal. Por último, convém registrarmos que as publicações devem ser resumidas, nos termos dos arts. 21, § 3º, 38, II, 40, § 1º, 61, parágrafo único, todos da Lei 8.666/93, pois a publicação não se confunde com a publicidade; a publicação resumida, portanto, não viola o princípio da publicidade porque o inteiro teor do edital deve ser disponibilizado na repartição competente (o que assegura a plena publicidade), e com isto a divulgação (por meio da publicação) atinge o seu objetivo de promover a publicidade ao se limitar a divulgar os aspectos essenciais do processo de licitação.

É esperado, como papel social de concorrentes de uma licitação, que os documentos referentes à sua habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal⁴², que a sua proposta, mesmo quando fundada na “melhor técnica” ou “técnica e preço”⁴³, sejam informes disponibilizados, durante o processo de licitação e em seus momentos adequados, a qualquer sujeito que queira conhecer, pois a *transparência* é dever que impera no exercício de qualquer função pública – e de todo e qualquer administrado que espontaneamente adira ao *papel social* de participar da pretensão de execução de uma parcela desta função.

Por isto, é legítima a divulgação, pela Administração Pública, das razões de recusar a habilitação de um interessado, ainda que para isto informe da existência de ações contra ele, como é legítima a divulgação de irregularidades na estrutura jurídica da empresa, como é legítima a divulgação das razões de não ser a proposta técnica do interessado adequada à realização daquela atividade, entre outros exemplos mais.

Pois a tudo isto – à publicidade, à exposição – o administrado espontaneamente adere porque é o *papel social* a ser objetivamente assumido, mesmo que não exista a expressa manifestação de vontade ao ingressar no processo de licitação. Pouco importa, então, a ausência de termo escrito no qual o administrado interessado no certame expresse a sua concordância com ter a sua imagem e intimidade expostas publicamente, pois a adesão a este consentimento é consectário natural do *papel social* assumido de interessado de participar do processo de licitação.

É inerente à *transparência* que deve permear a atividade do Poder Público a possibilidade de controle por qualquer administrado, o que exige, por conseguinte, o não-cumprimento do princípio de proteção à imagem e à intimidade dos interessados na licitação *na medida necessária e pertinente* desta participação no certame.

Com estas últimas considerações, podemos divisar, por outro lado, algumas situações que passam a deixar de justificar o cumprimento prevalecente do princípio da publicidade em detrimento do princípio de proteção à imagem e à intimidade, pois enquanto não se trata do interessado, enquanto não se trata de informação que interessa à habilitação e ao julgamento das propostas, e quando não houver mais interesse nas informações porque se encerrou o processo de licitação com a sua homologação e adjudicação do bem ao vencedor, deve retornar o princípio de proteção à imagem e à intimidade para restringir a publicidade destas informações específicas. Exemplificamos: não se justifica, em princípio, a disponibilidade de

⁴² Art. 27 da Lei 8.666/93.

⁴³ Art. 46.

acesso, nos sítios oficiais, de dados pessoais dos sócios das empresas interessadas, como os seus endereços residenciais e números de registro geral e de contribuintes, ou os dados pessoais dos profissionais que compõem a capacitação técnico-profissional⁴⁴, pois não se pode confundir a personalidade jurídica da empresa que participa como interessada na licitação com a dos seus sócios e empregados; como não se justifica a disponibilidade, nos sítios oficiais, dos dados pertinentes à habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira, de regularidade fiscal dos que não lograram vencer a licitação quando já houve a homologação, adjudicação do bem e o vencedor, tendo firmado o contrato, iniciou a sua tarefa. Lógico que, neste caso, é preciso compreender que há um prazo a ser aguardado para que a Administração Pública retire do *site* as informações dos interessados – mas, convém lembrar, ainda assim a Administração Pública deverá manter em seus arquivos, físicos e virtuais, todas as informações de todos os concorrentes, tanto para sujeitá-las a oportuno controle por outro órgão público, como o Tribunal de Contas ou o Ministério Público, como para apresentá-las a qualquer interessado que solicitar, por força do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal.

É oportuno sintetizar para destacarmos: a cautela a ser adotada, em última análise, é a exclusão de informações que não interessam à licitação – seja porque impertinentes aos interessados, seja porque a licitação encerrou-se – apenas dos sítios oficiais, e isto porque, como insistimos durante toda esta exposição, em virtude do amplo alcance de difusão de informações que se promove com a *internet*, o que não exclui o dever de que todos os informes permaneçam, ainda quando encerrada a licitação, junto aos arquivos da Administração Pública.

Outros exemplos, agora sobre a relação entre a Administração Pública e os servidores públicos.

Consideremos, à guisa de exemplo, que a pretexto de cumprir o art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal a Administração Pública demita servidores públicos após o procedimento de avaliação periódica de desempenho. Acresçamos às reflexões que os servidores demitidos ingressem com ações que reconheçam a ilicitude da demissão – sejam quais forem os fundamentos, como a ausência de lei complementar, ou porque não houve critérios claros e objetivos para a avaliação, ou porque não houve motivação a preceder as conclusões lançadas.

Pois bem. Diante deste contexto engendrado a ilustrar o tema de estudo consideremos ainda que os agentes públicos reintegrados ao cargo ingressem, então, com ações de indenização contra o Poder Público nas quais pretendem o específico reconhecimento do dano moral por ofensa à imagem.

⁴⁴ Art. 30, § 1º, I.

Do quanto exposto é forçoso reconhecer que os servidores públicos estão submetidos a avaliações, estão sujeitos, por determinação constitucional, a terem o seu desempenho apurado em procedimentos da Administração Pública. De tal sorte, e ainda que a Administração Pública tenha utilizado uma metodologia equivocada ou não tenha fundado seu comportamento em norma reconhecida pelo sistema jurídico como apta a legitimar a ação, ainda assim, se não houver qualquer indício de que tenha procedido de má-fé ou para dolosamente perseguir os servidores públicos, não há que se sustentar qualquer dano à imagem ou à intimidade dos servidores reintegrados.

Pois sustentar o dano moral em tal hipótese é desconsiderar o papel social que o servidor público exerce. A invalidação do ato de demissão não implica lógica e necessariamente na existência de um dano moral, e não há esta relação de inferência porque o dano moral ocorre quando o sujeito é submetido a uma situação que rompe com os padrões objetivos que podem ser esperados como inerentes a uma rotina normal. Em outras palavras, o dano moral evidencia-se quando a pessoa que se diz ofendida realmente se sujeitou a uma situação concreta que destoa de sua rotina possível, dos acontecimentos esperados dentro daquele padrão de comportamento no qual se encaixa – leia-se: do que é inerente ao seu *papel social*.

Ora, ser submetido a uma avaliação de desempenho é absolutamente normal junto a qualquer atividade laborativa, e trata-se de expediente ainda mais desejável quando se trata do exercício de alguma função pública. Se a Administração Pública falha em sua atuação quanto ao procedimento de avaliação de desempenho que culmina com a demissão do servidor, se esta ilicitude é reconhecida por decisão judicial, então a reparação do ilícito é realizada com a recondução da situação à ordem jurídica vigente na medida em que o servidor é reintegrado ao cargo e recebe todos os proventos pelo período em que ficou afastado. Mas este contexto não produz, por si só, o dano moral.

E isto porque no papel social do agente público realmente se encontra o dever de ser avaliado e ter a sua situação funcional divulgada pela imprensa oficial. Portanto, a demissão após a avaliação de desempenho insatisfatória, e mesmo por outros fundamentos jurídicos, como a demissão a bem do serviço público – após o processo administrativo disciplinar –, ainda quando estas decisões administrativas sejam invalidadas judicialmente não ensejam o direito à indenização por danos morais porque, insistimos, o direito à imagem do servidor público deve ser conformado com o papel social que ele exerce, e o papel social desenhado a quem atua em uma função pública é mesmo a publicidade destes atos que, embora viciados (desde que não tenham sido praticados por má-fé), integram a rotina da Administração Pública.

Estas considerações igualmente se aplicam a um sério equívoco por parte da Administração Pública que a imprensa nacional deu cobertura há algum tempo: os cartões corporativos. O empenho da verba pública, ainda quando os gastos são feitos pelas autoridades que se encontram no ápice da escala hierárquica, não pode ser omitido do controle público, não pode furtar-se ao princípio da publicidade. As despesas com restaurantes, aluguéis de veículos, hospedagem *devem* ser divulgadas porque o papel social exercido pelo agente público é o da representação do interesse coletivo. Não há, portanto, que se argüir o direito à imagem ou à intimidade, a pretensão de resguardar a privacidade, pois enquanto no exercício de uma tarefa pública o sujeito que ocupa o cargo é mandatário da sociedade.

Não são suas atribuições públicas que devem amoldar-se aos seus hábitos, seus interesses, às suas particulares leituras de como deve comportar-se. Ao inverso, é o agente público, enquanto detentor do cargo, que deve ajustar-se ao que é esperado como *papel social* de quem cumpre uma missão pública. É o agente público, enfim, que deve agir de modo a compatibilizar-se com as prescrições normativas, sobretudo – como no caso – com o comando constitucional do princípio da publicidade da Administração Pública que então impõe e justifica o *papel social* a cada agente público de atender à transparência ao divulgar à sociedade como, quando e por que comprometeu o recurso (público) que lhe foi destinado.

Todos estes exemplos, é claro, não esgotam a matéria. Mas acreditamos que ilustram a importância que a *teoria dos papéis sociais* representa no procedimento de ponderação do princípio constitucional da publicidade da Administração Pública.

Bibliografia.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 181 ed. Rio de Janeiro: Forense.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, in *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2001.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Material*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

PEREZ, Jesús Gonzalez. *Corrupción, Ética y Moral em las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa, S.A. 1970.