

Alessandro Dantas Coutinho

Ronald Krüger Rodor

Manual de

Direito

ADMINISTRATIVO

VOLUME ÚNICO

2^a

edição

.....
Revista,
atualizada
e ampliada

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2

REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS INFORMADORES

Sumário: 2.1. Introdução - 2.2. princípio da supremacia do interesse público - 2.3. princípio da indisponibilidade do interesse público - 2.4. Demais princípios que orientam a atividade administrativa: 2.4.1. Princípio da legalidade; 2.4.2. Princípio da impessoalidade; 2.4.3. Princípio da moralidade; 2.4.4. Princípio da publicidade; 2.4.5. Princípio da eficiência; 2.4.6. Princípio da motivação; 2.4.7. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade; 2.4.8. Princípio da segurança jurídica; 2.4.9. Princípio da autotutela.

2.1. INTRODUÇÃO

A atividade administrativa é voltada, direta ou indiretamente, à busca do *interesse público*. Essa expressão é chave no Direito Administrativo e, por conta dela, desse fim a ser alcançado, ao Estado foi conferido um regime jurídico diferenciado que o possibilita alcançar sua meta de maneira mais eficiente.

Esse *regime jurídico administrativo ou público*, como é conhecido, é composto por um conjunto de normas que irão nortear as atividades estatais, ou de seus delegados, na busca do interesse público. São normas distintas daquelas que orientam as relações existentes entre os particulares.

Existem dois princípios fundamentais que compõem a alma do Direito Administrativo: a) *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*; e b) *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

Tais princípios são fundamentais a ponto de o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, com razão, afirmar que “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”¹.

Passemos a nos deter sobre cada um deles.

1. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 57.

2.2. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Por este princípio percebe-se que o Ordenamento Jurídico conferiu um tratamento diferenciado ao Estado, *o qual é possuidor de uma série de prerrogativas e poderes diferenciados*. Tudo isso, repita-se, *como meio de alcançar, satisfazer, zelar pelo interesse público de forma mais eficaz*.

Podemos demonstrar essa supremacia sob três planos diferentes: material, processual e contratual.

No *plano material* verifica-se uma série de atributos que os atos praticados pelos agentes públicos possuem, como, por exemplo: *a) presunção de legitimidade do ato; b) presunção de veracidade do ato; c) imperatividade do ato; d) autoexecutoriedade etc.*

No *plano processual* percebe-se que, quando a Fazenda Pública² está em juízo, goza de uma série de prerrogativas, tais como: *a) prazo em dobro para se manifestar nos autos (art. 183 do CPC); b) intimação pessoal de seus procuradores no processo (art. 183, § 1º, do CPC) e desnecessidade de apresentação de instrumento de mandato para que aqueles atuem (art. 9º da Lei 9.469/1997); c) processo de execução próprio de seus créditos (Lei 6.830/1980); d) impenhorabilidade de seus bens; e) pagamento de suas dívidas, quando decorrentes de condenação judicial, quitadas pela sistemática de precatório (art. 100 da CF/1988).*

Por fim, até sob análise do *plano contratual*, percebe-se uma série de prerrogativas que o Poder Público possui quando firma contratos administrativos, cujas cláusulas neles inseridas comportam a possibilidade de: *a) alteração unilateral; b) rescisão unilateral; c) poder de fiscalização; d) poder de aplicar penalidades motivadas ao contratado; e) aplicação mitigada do princípio da exceção de contrato não cumprindo etc.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, em artigo específico sobre o tema, com a maestria que lhe é peculiar, doutrina que, “para ficarmos apenas com o direito administrativo, podemos dizer que o princípio da supremacia do interesse público está na base dos quatro tipos de atividades que se compreendem no conceito de função administrativa do Estado: serviço público, fomento, intervenção e polícia administrativa. E para quem considera a regulação como nova modalidade de função administrativa do Estado, é possível afirmar, sem receio de errar, que o princípio do interesse público também está na base desse tipo de atividade e faz parte de seu próprio conceito”.

Em seguida, assinala que “... a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado”.

De fato, não há como falar em direito administrativo e em gestão pública sem a existência desse princípio. É fácil imaginar! O poder de polícia é decorrente desse princípio, pois o Estado limita, condiciona e restringe direitos e interesses de terceiros em prol do

2. Entendem-se por Fazenda Pública, nesse contexto, as pessoas jurídicas de direito público que compõem a estrutura organizacional do Estado, ou seja: União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas de Direito Público.

3. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 48, 2004, p. 63-76.

interesse público. Daí, pergunta-se: como fiscalizar o trânsito com eficiência e apreender veículos de pessoas que estejam embriagadas, que estejam colocando em risco a vida de terceiros? Como reprimir a venda de medicamentos adulterados? Como reprimir a venda de produtos alimentícios estragados? Como embargar uma obra feita fora da conformidade legal? Só para ficarmos em alguns exemplos.

Nota-se que, sem o poder de polícia, que é fundado no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, não haveria como ter controle sobre atividades privadas potencialmente perigosas ou geradoras de risco. A vida em sociedade seria um caos e teríamos um sistema muito próximo à anarquia!

Por fim, registre-se que *referido princípio é implícito* no ordenamento pátrio, porém, indubitavelmente reconhecido no direito administrativo.

2.3. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O Estado Brasileiro adotou a forma republicana de governo. República significa “coisa pública”, coisa de todos nós. Inclusive, o parágrafo único do art. 1.º de nossa Carta Magna prescreve que “todo poder emana do povo”.

Ocorre que o povo, verdadeiro titular do poder, dono da “coisa pública”, não tem como administrá-la, razão pela qual o Ordenamento Jurídico criou toda uma estrutura organizacional para geri-la. É a chamada “Administração Pública” em sentido amplo.

Essa ampla estrutura administrativa, formada pelos Municípios, Estados, União, seus órgãos, sua Administração Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista), é dirigida por um contingente humano que são os “agentes públicos”.

Esses agentes estão administrando algo que não é deles e é por essa razão que não podem gerir os interesses públicos como o fazem na gestão de seus interesses privados.

Daí se extrai o princípio da indisponibilidade do interesse público!

Nesse sentido, são preciosas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ sobre o tema:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever na estrita conformidade do que predispuser a intentio legis”.

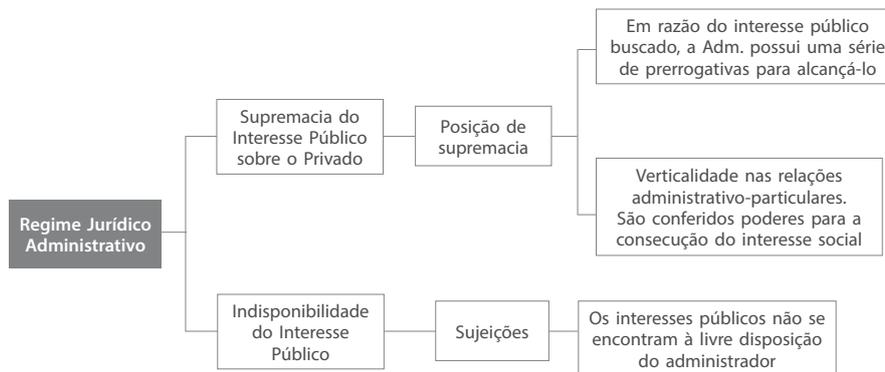
Como decorrência da indisponibilidade do interesse público há a exigência de concursos públicos para a seleção de pessoal, de licitações para contratações de bens, serviços, obras, alienações, de ação regressiva em face de servidor que causou danos a terceiros e, por consequência, o Estado veio a ser condenado a reparar aqueles, etc.

4. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 76.

Podemos também, fazendo coro às preciosas lições da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dizer que o regime administrativo se resume a duas palavras: **prerrogativas e sujeições**.⁵

Além dos princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade dos interesses públicos, verdadeiras “pedras de toque” do Direito Administrativo, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, existe, de forma expressa ou implícita, uma série de outros princípios que orientam a conduta da Administração Pública.

Passemos agora a nos preocupar com eles.



2.4. DEMAIS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Existem diversos princípios que norteiam a atividade administrativa. Alguns estão expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, outros são princípios constitucionais implícitos extraídos das normas constitucionais e, por fim, existem diversos princípios infraconstitucionais explícitos e implícitos, conforme passaremos a expor.

Começemos com aqueles previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, com a seguinte redação:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

A explícita previsão desses princípios no texto constitucional demonstra a fundamental importância que eles têm.

2.4.1. Princípio da legalidade

Como é cediço, o Brasil adotou a forma republicana de governo. República vem de *res publica*, o que significa coisa pública, coisa de todos, de todo o povo. Por isso o parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal enuncia que todo poder emana do povo.

5. Direito Administrativo, 27ª, p. 61.

Ocorre que não tem como o povo, verdadeiro titular do poder, administrar essa “coisa pública”, razão pela qual o ordenamento jurídico criou toda uma complexa estrutura com o objetivo de gerir e administrar todo esse aparato. Trata-se da Administração Pública, matéria afeta à temática da “organização administrativa”.

Assim, existe um conjunto de entes, entidades, órgãos e agentes que serão responsáveis pela gestão da coisa pública. Ocorre que, da mesma forma que se passa no direito privado, para que uma pessoa represente outra é necessário que aquela esteja munida de poderes para tanto, o que, no direito privado, se concretiza por instrumento de mandato, uma procuração. Via de regra, apenas nesses termos teria uma pessoa legitimidade para representar outra.

Acontece que não seria viável que cada um do povo, verdadeiro titular do poder, tivesse que outorgar uma procuração a cada agente público para que este agisse em seu nome na busca dos interesses da coletividade. Seria necessário algo como uma “procuração geral”, em que todos, de uma só vez, atribuíssem legitimidade para os agentes públicos. Daí a criação de nosso sistema representativo, em que o povo elege seus representantes que irão legislar em prol da sociedade. Eis a “procuração geral” atribuindo legitimidade aos agentes públicos.

Por isso que a Administração Pública só pode agir se houver lei autorizando ou determinando a conduta. Por outras palavras: o desenvolvimento das atividades administrativas está subordinado à lei, o que significa que a Administração apenas pode agir se houver legitimidade – leia-se lei.

Como averba Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. Por isso, acertada é a conclusão do saudoso Seabra Fagundes⁷ quando afirma que “administrar é aplicar a lei de ofício”.

Conclui-se disso que a ausência de lei (omissão legislativa) significa que o administrador não pode agir, mesmo que tal conduta não seja proibida. Em resumo: a atividade só pode ser realizada se expressamente prevista em lei como permitida ou obrigatória.

E nesse ponto é que difere o princípio da legalidade para a Administração e o particular, pois a este tudo é permitido, desde que não haja proibição legal em sentido contrário, ou seja, em caso de omissão, o particular poderá agir, uma vez que o art. 5.º, II, da CF/1988 enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, comando que desponta como uma garantia constitucional do cidadão.

O desenvolvimento concreto da atividade administrativa resulta na prática do ato administrativo, que, conforme veremos mais adiante, é formado por cinco elementos (ou requisitos). São eles: competência, forma, motivo, objeto e finalidade. *Se administrar é aplicar a lei, todos os elementos devem estar previstos em lei.*

O fato de em alguns casos a lei conferir certa margem de liberdade para que o administrador decida no caso concreto qual a conduta mais adequada a ser tomada não é

6. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79.

7. *O controle jurisdicional dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4-5.

exceção ao princípio da legalidade, *mas a possibilidade de exercício do poder discricionário*, que, em razão do princípio em comento, deve respeitar os limites legais.

Cita-se o caso da prova física em um concurso para ingresso na Polícia Militar. Normalmente, as leis que regulamentam a carreira possuem a previsão de que, dentre as provas às quais os candidatos irão se submeter, existe a avaliação física. A previsão legal existe, porém cabe ao gestor decidir, pautado em parâmetros razoáveis e proporcionais, quais exercícios físicos serão exigidos e qual será a quantidade mínima necessária à aprovação na atividade.

Ocorre que muitas vezes o gestor, ao realizar um concurso, exige requisitos restritivos de acesso ao cargo público sem a correspondente previsão legal. Nesse caso, a violação ao princípio da legalidade possui norma ainda mais específica, que se encontra insculpida no art. 37, I, da CF, segundo a qual “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

É o que por vezes ocorre em relação ao exame psicotécnico, em que o administrador, seja por despreparo, seja por uma malícia que não queremos acreditar, insere essa exigência no edital para o provimento de cargos, cuja lei de criação e que apresenta os requisitos de acesso a este não exige a aprovação no referido exame psicossomático.

Repugnando comportamentos dessa natureza, os tribunais superiores sistematicamente têm decidido que é pressuposto para a exigência válida do exame psicotécnico que este possua previsão legal⁸.

O Supremo Tribunal Federal já até editou a Súmula Vinculante 44 (conversão da Súmula 686) tratando da matéria, em que ficou pacificamente decidido que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”⁹.

Outro ponto que merece nossa atenção e que é uma burla ao princípio da legalidade é *delegação disfarçada de poder*. Aqui, matéria que é reservada à lei é delegada pelo próprio legislador para ser disciplinada por decreto ou outro ato normativo. Apesar de o próprio legislador ter delegado a disciplina da matéria ao Executivo, o fato é que certos comportamentos só podem ser disciplinados por lei, pois o comando normativo do art. 5.º, II, da CF é claro ao enunciar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão por meio de lei*.

8. Veja-se os seguintes julgados. No *Supremo Tribunal Federal*: AgRg-AI 658.527-1 (813), 1.ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 20.02.2009; AI 529.219-AgR, 2.ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 26.03.2010; AI 676.675-AgR, 2.ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 25.09.2009. No *Superior Tribunal de Justiça*: AgRg-REsp 977.773/DF, Proc. 2007/0201213-9, 5.ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 29.03.2010; REsp 1.046.586/DF, Proc. 2008/0075253-9, 5.ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 29.03.2010; AgRg-AgRg-REsp 773.288/DF, Proc. 2005/0133056-2, 6.ª T., Rel. Min. Celso Limongi, DJ 01.02.2010.
9. Além da necessidade de lei prevendo o referido exame, é necessário que este seja baseado em critérios objetivos e científicos, que o seu resultado, com as razões da inaptidão, seja de conhecimento do candidato, possibilitando a este a impugnação do resultado na via administrativa. A ausência de qualquer um desses requisitos fulmina a validade do exame.

Por isso, está vedado ao legislador delegar ao Executivo a competência para dispor sobre infrações¹⁰, sanções¹¹, obrigações, quando for regulamentar uma lei, pois, como o próprio nome já sugere, o objetivo do poder regulamentar é apenas sistematizar, complementar a lei para que ela tenha fiel execução, não cabendo ao ato normativo regulamentar, que é ato secundário, derivado, inovar onde a lei não criou.

Nesse sentido, porém em caso diferente, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.462 MC/PA – TP, cuja relatoria coube à Min. Ellen Gracie, ficando o julgamento ementado da seguinte forma:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. Tributário. Autorização legislativa que dá ao Poder Executivo a prerrogativa de conceder, por regulamento, os benefícios fiscais da remissão e da anistia. Princípios da separação dos poderes e da reserva absoluta de lei formal. Art. 150, § 6.º da Constituição Federal. 1. Ocorrência, no caso, de atuação ultra vires do Poder Legislativo, consubstanciada na abdicação de sua competência institucional em favor do Poder Executivo, facultando a este, mediante ato próprio, a prerrogativa de inovar na ordem jurídica em assunto (liberalidade estatal em matéria tributária) na qual a Constituição Federal impõe reserva absoluta de lei em sentido formal. Precedentes: ADI 1.247-MC, DJ 08.09.95 e ADI 1.296-MC, DJ 10.08.95, ambas de relatoria do Ministro Celso de Mello. 2. Presença de plausibilidade jurídica na tese de inconstitucionalidade e de conveniência na suspensão da eficácia do dispositivo atacado. 3. Medida liminar concedida” (STF, ADI 3.462-MC-PA-TP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 21.10.2005).

10. “Administrativo e constitucional. Anulação de auto de infração. Ibama. Imposição de multa. Portaria n.º 267-P/88. Decreto-Lei n.º 289/67. Ilegalidade das penalidades impostas. Não recepção pelo art. 25 do ADCT. I – São ilegais as multas impostas com base em portarias, por não encontrarem respaldo no ordenamento jurídico vigente. Isto porque, o ato administrativo não pode criar obrigações ou impor penalidades, sob pena de infringência ao princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a teor do disposto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal. II – A delegação de competência prevista no Decreto-lei n.º 289/67 perdeu a eficácia jurídica com a edição da Emenda Constitucional 11/78 (art. 3.º) e não foi recepcionada pelo art. 25 do ADCT, da Constituição de 1988. III – A Portaria n.º 267-P, de 05/9/88 – IBDF, não pode subsistir, quando dispõe sobre penalidades administrativas, na medida em que fundada na delegação de competência contida no diploma legal não recepcionado pela Constituição de 1988. IV – O Ibama não dispõe de expressa previsão legal para punir o ilícito administrativo, eis que as Leis n.º 7.735/89 e n.º 8.005/90 não descrevem infração ou penalidade administrativas, prescindindo de complementação na forma de lei (em sentido formal), consoante o princípio da legalidade (art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal de 1988). V – A Portaria n.º 267-P/88 IBDF, por sua vez, viola o princípio da reserva legal, porque somente a lei pode descrever infração e impor penalidade. Aplicação de multa decorrente de contravenção penal cabe, exclusivamente, ao Poder Judiciário. VI – Apelação cível e remessa necessária improvidas” (TRF-2, AC 9902057357/RJ 99.02.05735-7, 5.ª T. Esp., Rel. Des. Fed. Antonio Cruz Netto, j. 09.09.2009, DJU 16.09.2009, p. 59).
11. Ao que parece esta regra tem sido excepcionada quando se trata de agências reguladoras. O STJ no julgado AgRg no AREsp 825.776/SC, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, entendeu que “**não há violação do princípio da legalidade na aplicação de multa previstas em resoluções criadas por agências reguladoras, haja vista que elas foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação.** (Julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

Por fim, podem-se registrar algumas situações excepcionais que temporariamente afastarão o princípio da legalidade, como, por exemplo, o Estado de Defesa (art. 136 CF), o Estado do Sítio (arts. 137/139), visto que são instituídos por meio de Decreto do Chefe do Executivo e farão algumas restrições aos direitos e garantias dos cidadãos, que, em situação de normalidade, só poderiam ser feitas por lei. E, ainda, podemos falar da Medida Provisória, que, apesar de não ser lei em sentido formal, é uma espécie legislativa (art. 59, V, CF) e tem, nas matérias que pode dispor, os mesmos efeitos (art. 62, CF).

2.4.2. Princípio da impessoalidade

Como sabido, a Administração deve atuar voltada para alcançar o interesse público, sendo essa a única razão pela qual possui uma série de prerrogativas e poderes diferenciados.

Note-se que a Administração é impessoal. Quando o agente está em ação, em verdade, quem está agindo é o Estado, que possui como contingente humano seus agentes. Porém, pela teoria do órgão – que é baseada na imputação –, a conduta praticada pelo agente é imputada ao Estado.

Assim, quem está fazendo obras não é o gestor, é a Administração, que naquele momento está sendo gerida por aquele agente público. Quem faz apreensão de drogas não é o policial, mas sim a polícia, órgão desconcentrado do Estado.

É por conta disso que o princípio da impessoalidade veda a promoção pessoal do agente à custa da Administração, sendo, portanto, proibida vinculação de símbolos e imagens de agentes à gestão para que não haja confusão, pois os feitos são da Administração e não do agente.

Inclusive, o art. 37, § 1.º, da CF/1988, é claro ao enunciar que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”¹².

O agente, quando está atuando, o faz na condição de Estado e é por isso que a responsabilidade civil é imputada a ele (Estado) e, assim, a vítima deve demandar contra a pessoa jurídica estatal à qual o agente público pertence¹³. Exemplificando, em caso de dano causado pela Polícia Militar, a vítima deve propor demanda contra o Estado da Federação a que o órgão da Polícia Militar pertence¹⁴.

12. A Lei 6.454/1977 (art. 1.º) veda atribuir o nome de pessoa viva ou que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava, em qualquer modalidade, a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta.

13. Recentemente, o STJ voltou a admitir a possibilidade de demandar *também em face do servidor*. Para maior aprofundamento, remetemos o leitor para o capítulo de Responsabilidade Civil do Estado.

14. *Isso porque a Polícia Militar é órgão público e, por isso, não pode responder a ações judiciais, cabendo à parte interessada ajuizar a ação em face da pessoa jurídica a que pertence o referido órgão, o que é baseado na teoria da imputação. Veja decisão sobre o assunto: “Teoria do Órgão. Imputação do ato administrativo à pessoa jurídica. De acordo com a Teoria do Órgão é a pessoa jurídica que pratica o ato administrativo, sendo o agente expressão da vontade estatal” (TRT-1, RO 2304009820065010341/RJ, 3.ª T., Rel. Marcos Palácio, j. 17.04.2013, Data de Publicação: 29.04.2013). Ainda: “Processo civil. Órgão público. Estrutura administrativa despersonalizada. Ação ordinária. Ilegitimidade passiva. Emenda à petição inicial. Impossibilidade. Recurso de agravo improvido. De-*

Sob essa óptica, apesar de não utilizar especificamente esse fundamento, correta foi a decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁵ ao não admitir a possibilidade de a vítima ingressar com ação diretamente em face do agente, entendendo aquele Pretório que este é parte ilegítima para responder perante a vítima, apenas podendo responder em face do Estado, que, por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público, tem o dever de ingressar com ação de regresso contra o servidor.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ e parte da doutrina entendem que é possível a vítima demandar diretamente contra o servidor. Tal situação só é possível quando há culpa ou dolo por parte do servidor, pois a Constituição só admite a ação de regresso do Estado contra o servidor em caso de culpa ou dolo. Assim, se o servidor pode ser demandado pelo Estado, não teria problema de sê-lo diretamente pela vítima.

Agora, se analisarmos melhor, perceberemos que a responsabilidade é do Estado, que posteriormente fará uso de seu direito de regresso contra o servidor.

Tanto é verdade que, mesmo na visão do STJ, apenas será possível demandar diretamente contra o servidor em caso de conduta culposa ou dolosa deste, sendo que, em caso de ato lícito – e o Estado também responde por dano decorrente de conduta legal –, a vítima apenas poderá propor ação em face do Estado e sob nenhuma circunstância em face do agente público, porém a questão ainda é controversa na doutrina.

Outro enfoque dado ao princípio da impessoalidade liga-se ao fato de que está vedada qualquer conduta do gestor voltada para outro fim que não a satisfação do interesse coletivo, sob pena de desvio de poder e ilegalidade da conduta. Isso porque as prerrogativas

cisão unânime. 1 – *Numa Ação Ordinária, a indicação de Órgão Público, mesmo o auto de infração indicando a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco como responsável pelos atos dos seus agentes, trata-se de erro grosseiro, pois – pacificamente – reconhece-se a ausência de personalidade jurídica do referido complexo de competências administrativas, sendo – portanto – vício de natureza peremptória, inaplicável a teoria da encampação, pois afeta ao mandado de segurança.* 2 – Recurso de Agravo Improvido. 3 – *Decisão Unânime*” (TJPE, Ag 1.949.377/PE 0004024-43.2011.8.17.0000, 8.ª Câm. Cível, Rel. José Ivo de Paula Guimarães, j. 24.03.2011).

15. A decisão foi proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 327.904-1/SP, Rel. Carlos Britto, j. 15.08.2006, cuja decisão ficou resumida na seguinte ementa: “Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do Estado: § 6.º do art. 37 da Magna Carta. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6.º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. *Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular*”.
16. O Superior Tribunal de Justiça admite tal possibilidade. Veja trecho da decisão “... 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado” (STJ, REsp 1.325.862/PR 2011/0252719-0, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.09.2013, DJe 10.12.2013).

que foram conferidas aos gestores lhes foram dadas para que estes atuassem focados no objetivo de alcançar e satisfazer o interesse público.

Por essa razão, são proibidas condutas voltadas a prejudicar¹⁷ ou beneficiar terceiros, sendo que a meta deve ser sempre a busca do interesse coletivo, o bem comum. Portanto, reprovável, sob o ponto de vista da impessoalidade, a prática de desapropriação com o objetivo de prejudicar inimigo, a remoção de servidores como forma de punição etc.

Ainda, influenciado pelo princípio da impessoalidade e para garantir que o agente não perca o foco, o ordenamento jurídico prevê, na Lei 9.784/1999, normas de *impedimento* e *suspeição*, que são hipóteses em que o agente público não pode agir, *pois há uma presunção de que não agirá com imparcialidade*, o que poderá ensejar a quebra da impessoalidade estatal.

Nesse sentido, prescreve o art. 18 da referida lei que: “é impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I) tenha interesse direto ou indireto na matéria; II) tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III) esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro”.

Por fim, entendemos oportuno registrar aqui importante valorização do princípio em comento com a edição da *Súmula Vinculante 13*, que *veda o nepotismo*. Segundo prescreve o referido verbete sumular, “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

A edição da súmula, em evidência, além de ter sido influenciada pelo princípio em análise, também o foi pelo primado da moralidade.

Contudo, é necessário advertir que o *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento do *AgRg-MC-RCL 6.650-9*, entendeu que a proibição contida na referida súmula não alcança o provimento de cargos políticos.

17. Veja-se trecho de recente decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes “... 1. O art. 37 da CF/88 estabelece que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. 2. *Pelo princípio da impessoalidade, a Administração deve tratar a todos os administrados sem discriminações. Tal princípio se assemelha ao da finalidade quando se enfoca o interesse público do ato, consubstanciando desvio de finalidade toda atitude que resulta em favoritismos ou perseguições.* 3. A conduta do Superintendente da Polícia Federal de Mato Grosso do Sul, ao determinar a realização de barreira policial com o único objetivo de armar flagrante para apanhar o autor, que se deslocara com a família em viagem para Ponta Porã/MS, traduziu evidente retaliação ao servidor, materializando-se o vício do desvio de finalidade a invalidar o ato administrativo. 4. Correta a sentença que determinou a anulação do ato administrativo de cassação de aposentadoria do policial Itamar José Rangel e o pagamento das quantias devidas desde a inativação do referido servidor, devidamente corrigidas...” (STF, ARE 786.213/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.12.2013, DJe-022, Divulg. 31.01.2014, Public. 03.02.2014).

A título de exemplo, não violaria a Súmula Vinculante 13 a nomeação do irmão do prefeito para o cargo de Secretário de Saúde, da esposa do Governador para o cargo de Secretária de Finanças e do filho do Presidente para o cargo de Ministro dos Transportes. É necessário, contudo, que os nomeados sejam do ramo e qualificados para a função, conforme asseverou o STF.

O referido julgamento ficou ementado da seguinte forma:

“Agravo regimental em medida cautelar em reclamação. Nomeação de irmão de Governador de Estado. Cargo de Secretário de Estado. Nepotismo. Súmula Vinculante n.º 13. Inaplicabilidade ao caso. Cargo de natureza política. Agente político. Entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 579.951/RN. Ocorrência da fumaça do bom direito. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante n.º 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12/10/2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido” (STF, AgRg-MC-RCL 6.650-9 (333), Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21.11.2008).

Ainda, no julgamento da ADI 3745, foi declarada inconstitucional lei estadual que permitia a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de até dois parentes das autoridades estaduais, além do cônjuge do Governador. (ADI 3745/GO, rel. Min. Dias Toffoli, 15.5.2013. (ADI-3745)

Outro julgado importante do STF é que norma que impede nepotismo no serviço público não alcança servidores de provimento efetivo. O caso levado à análise do Excelso Pretório foi baseado no art. 32, VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo, o qual enuncia que é *“vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil”*.

O Supremo entendeu ser constitucional a norma, porém, atribuindo uma interpretação conforme à Constituição. Entendeu no sentido de o dispositivo ser válido somente quando incidir sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento. Por outras palavras: essa proibição não pode alcançar os servidores admitidos mediante prévia aprovação em concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo, haja vista que isso poderia inibir o próprio provimento desses cargos, violando, dessa forma, o art. 37, I e II, da CF/88.¹⁸

Outro caso interessante julgado pelo STF está relacionado ao questionamento se há ou não nepotismo se a pessoa nomeada possui um parente no órgão, mas sem influência hierárquica sobre a nomeação.

Nesse último caso, o servidor público teria sido nomeado para ocupar o cargo de assessor de controle externo de Tribunal de Contas de Município. Nesse mesmo órgão,

18. STF. Plenário. ADI 524/ES, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/5/2015 (Vide Informativo 786)

seu tio, parente em linha colateral de 3º grau, já exerceria o cargo de assessor-chefe de gabinete de determinado. *A Turma observou que não haveria nos autos elementos objetivos a configurar o nepotismo, uma vez que a incompatibilidade dessa prática com o art. 37, “caput”, da CF não decorreria diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento fosse direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém com potencial de interferir no processo de seleção.* Assim, em alguma medida, violaria o princípio da impessoalidade — princípio que se pretendia conferir efetividade com a edição do Enunciado 13 da Súmula Vinculante — vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público somente em razão da existência de relação de parentesco com servidor que não tivesse competência para selecioná-lo ou nomeá-lo para o cargo de chefia, direção ou assessoramento pleiteado, ou que não exercesse ascendência hierárquica sobre aquele que possuísse essa competência. Ressaltou que, na espécie, não haveria qualquer alegação de designações recíprocas mediante ajuste. Além disso, seria incontroversa a ausência de relação de parentesco entre a autoridade nomeante — conselheiro do tribunal de contas — e a pessoa designada. Ademais, ao se analisar a estrutura administrativa da Corte de Contas não se verificara a existência de hierarquia entre os cargos de chefe de gabinete da presidência e de assessor de controle externo.¹⁹

Por fim, lembremos que em caso recente de enorme repercussão, um ministro do STF chegou a conceder medida liminar em mandado de segurança para suspender a posse, como ministro de Estado, de um ex-presidente da República, supostamente por reconhecer no ato evidente desvio de finalidade, já que teria como objetivo, única e exclusivamente, garantir prerrogativa de foro à referida pessoa, a fim de que não respondesse criminalmente, no âmbito da Justiça Federal de primeira instância, por atos pretéritos por ele praticados. A existência de tão alto grau de interferência em ato privativo da mais importante autoridade política do país, revela como a Corte tem dado preponderância à aplicação concreta do princípio em exame.²⁰

2.4.3. Princípio da moralidade

Pelo princípio da moralidade o administrador deve agir com honestidade, lealdade e boa-fé. Muitas vezes o ato aparenta ser legal, porém é feito com desonestidade, em meio a conluios, o que nulifica a conduta.

Se analisarmos a história evolutiva do referido princípio, constatar-se-á que ele surgiu inicialmente como uma das formas para o controle jurisdicional do desvio de poder.

É importante registrar que *o fato de o administrador seguir a lei não significa, necessariamente, que agiu com moralidade.* A conduta de acordo com o princípio da moralidade até se presume, pois, em razão do atributo da presunção de legitimidade do ato administrativo, há a presunção de que o ato foi feito corretamente. Ocorre que uma coisa é a presunção, outra bem diferente é afirmar que o ato feito de acordo com a lei também foi feito com esteio na honestidade, lealdade etc.

19. Rcl 18564/SP, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 23.2.2016. (Rcl-18564) (inf. 815)

20. A decisão foi proferida no MS 34.070/DF, cujo julgamento, infelizmente, restou prejudicado, tendo em vista a revogação do ato de nomeação.

Na prática, analisando-se a casuística, é possível aferir que a maioria dos casos tratados pela jurisprudência como de violação à moralidade administrativa também viola a legalidade em algum aspecto, ainda que não necessariamente de lei administrativa expressa, posto que a conduta, por vezes, só tem enquadramento como ilícito civil ou penal.

É importante termos em conta que a moralidade e a ética também condicionam, ou deveriam ao menos condicionar, o trabalho do legislador, de modo que os princípios axiológicos também servem de fundamento para a criação das normas jurídicas. Dessa forma, na maioria das vezes, embora não necessariamente, aquilo que é ilícito será também, em alguma medida, imoral.

O próprio STF, ademais, já se valeu da invocação do princípio para avaliar o próprio trabalho legislativo, conforme restou decidido na ADI-MC 2.661²¹, em que se examinava texto de lei estadual autorizativa da transferência de disponibilidades de caixa do Estado do Maranhão para bancos privados. Na ocasião, o relator fez importantes considerações sobre o princípio em questão, que vale a pena citar:

“O princípio da moralidade administrativa. Enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico. Condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. – A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3.º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado”.

Abstraindo-se essa dificuldade do não enquadramento da conduta tida por imoral em nenhum tipo de vedação jurídica preexistente, o fato é que existem diversas condutas que podem ser praticadas pelo administrador que possuem aparência de regularidade, em vista do ordenamento administrativo correspondente, mas estão eivadas do vício da imoralidade, pois visam, quase sempre, um fim escuso, desonesto. Por exemplo, nos autos de um concurso público todos os atos aparentemente estarão de acordo com a lei, não havendo, por isso, qualquer ilegalidade, porém, e isso não constará no processo, pode ser que o gabarito da prova tenha sido antecipado a algumas pessoas, em flagrante ato de desonestidade. Assim, apesar da aparente legalidade, quanto às formalidades do certame, se descoberta a antecipação do gabarito, o concurso será anulado por violação ao princípio da moralidade.

É claro que o ato considerado é ímprobo, além de ser criminoso. Estamos exemplificando apenas em vista da legalidade administrativa estrita. Se considerarmos a legalidade de maneira ampla, pouquíssimas situações serão consideradas violadoras tão somente da

21. Pleno, Rel. Min. Celso de Mello.

moralidade administrativa. No máximo, o fundamento da violação ao princípio da moralidade seria meramente um reforço de argumentação para a invalidação do ato. Aliás, parece ter sido exatamente essa a orientação adotada pelo STF no RE 206.889/MG²², em que se considerou imoral a conduta de vereadores aumentarem os próprios salários na legislatura em curso, o que já era vedado à luz da própria CF (art. 29, V).

Caso típico de imoralidade, ainda que não contivesse vedação expressa em lei alguma, era o da prática de nepotismo, embora esta também configure malferimento ao princípio da impessoalidade.

Hipótese interessante foi a do exame, pelo STJ, da alegação de ilegalidade na fixação, pela Administração Pública Federal, de limite temporal para deferimento de segunda ajuda de custo a servidor, visto que não prevista tal limitação no art. 53 da Lei 8.112/1990. Nesse caso específico, a Corte entendeu pela validade da medida limitadora, posto que obedecia aos princípios da moralidade, razoabilidade, impessoalidade, eficiência e economicidade administrativas²³.

Ainda, é importante ficar claro que o ato imoral pode ser discricionário ou não, pois a questão é a intenção em fraudar a lei.

A importância dada ao princípio é tão grande que atos que atentem aos deveres de honestidade e lealdade são tipificados como atos de improbidade, sujeitando o seu infrator às penas da Lei 8.429/1992, tais como: suspensão dos direitos políticos, perda do cargo ou função etc.

Como se isso tudo não bastasse, a Carta Magna reservou um instrumento a mais de controle da observância desse princípio. É o caso da *ação popular, remédio constitucional cabível contra ato lesivo ao princípio da moralidade administrativa*, conforme prescreve o art. 5.º, LXXIII, da CF, cuja legitimidade ativa é de todo e qualquer cidadão.

Dentre outros fundamentos, já foi utilizado o princípio da moralidade em ações populares com o objetivo de anular licitações fraudulentas. Registre-se, a título de informação, o julgamento do Recurso Especial 579.541/SP, que ficou ementado da seguinte forma:

“Administrativo. Ação popular. Procedimento licitatório. Desobediência aos ditames legais. Contrato de quantia vultosa. Designação da modalidade ‘tomada de preços’ no lugar de ‘concorrência pública’. Inserção no edital de cláusulas restritivas do caráter competitivo do certame e estabelecimento de cláusulas que permitiram preferências e distinções injustificadas. Desvirtuamento do princípio da igualdade entre os licitantes. Ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativas. Lesão ao erário público configurada. Nulidade. Preservação do posicionamento do julgado de segundo grau. 1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito, à cidadania e à construção de uma sociedade

22. 2.ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.03.1997.

23. STJ, 1ª Seção, REsp 1.257.655/CE (repetitivo), rel. Min. Herman Benjamin, j. em 08/10/2014 (*Informativo 569, de 17 a 30 de setembro de 2015*).

justa e solidária. 2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio. 3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, 'A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração', RDA 38/40). 4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. 6. Recursos especiais improvidos" (STJ, REsp 579.541/SP, 1.ª T., Rel. Min. José Delgado, DJU 19.04.2004).

Por fim, vale registrar que o STJ e o STF entendem que não é necessária a comprovação de dano econômico para manejar ação popular que vise combater ato violador ao princípio da moralidade.

"Processual civil. Administrativo. Ação popular. Ausência de lesividade material. Ofensa à moralidade administrativa. Cabimento. Loteamento tipo residencial. Transformação em tipo misto. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Divergência entre julgados do mesmo tribunal. Súmula 13/STJ. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. 1. A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e REsp 552.691/MG, DJ 30.05.2005). 2. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5.º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular. 3. Sob esse enfoque manifestou-se o STF: 'o entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LI do art.

5.º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.' (RE n.º 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.08.1999). 4. (...). 13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido" (STJ, REsp 474.475/SP, Proc. 2002/0108946-1, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ 06.10.2008).

2.4.4. Princípio da publicidade

Como ficou demonstrado, o Estado Brasileiro adotou a forma republicana de governo. República provém do latim *res publica*, o que significa “coisa pública”, algo comum, de todos nós.

Vimos, contudo, que, apesar de se tratar de bem comum, “coisa pública”, sua gestão não é feita pelo povo, verdadeiro titular do poder, conforme enuncia o art. 1.º, parágrafo único, do Texto Constitucional.

Existe toda uma estrutura administrativa, formada por pessoas jurídicas, órgãos e agentes que será responsável pela gestão desses interesses públicos. Trata-se, como observamos, da chamada “Administração Pública”.

Tendo em vista que lhe compete a administração de interesse alheio, o interesse público, *deve essa Administração prestar contas de suas condutas com o legítimo e verdadeiro titular do poder: o povo.*

É nesse sentido que o princípio da publicidade desponta como aquele que determina ao gestor prestar contas com a coletividade, ser transparente, pois, ao fim e ao cabo, administra algo que é da coletividade.

A publicidade do ato, da conduta, da atividade é condição de sua eficácia. Por outras palavras, significa dizer que o ato apenas produzirá seus efeitos após a devida publicidade, que pode ser veiculada por diversos meios, conforme a forma que prescrever a lei.

2.4.4.1. Formas de publicidade

Em se tratando de atos de prestação de contas, de interesse geral, sem caráter convocatório, o meio adequado à publicidade é por publicação em *Diário Oficial*.

Se, além do que foi exposto, o ato possuir caráter convocatório, ou seja, caso ele objetive clamar à sociedade para que participe de algum certame, como é o caso de publicidade do edital de concurso e de licitação, ou queira “ouvir” a opinião pública sobre certo assunto, a exemplo das audiências públicas, a publicidade deve ser reforçada por meio de publicação em jornal de grande circulação²⁴.

24. Veja, a título de exemplo, o que dispõe o art. 21 da Lei de Licitações quanto à publicidade do edital: “Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)II – no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação

Isso porque não se trata de publicidade meramente informativa e de prestação de contas, mas de publicidade que objetiva, também, convocar a coletividade para que participe de algo, como é o caso dos concursos públicos e licitações. Nesse caso, o caráter convocatório do ato – edital – determina uma publicidade diferenciada.

Ainda, deve-se lembrar que o Estado está em ligação direta e permanente com a sociedade, especialmente quando exerce o poder de polícia, sendo que, em muitas ocasiões, suas decisões repercutem diretamente na seara de seus membros. Frente a isso, e tendo em conta que a Constituição assegura que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, somado ao fato de que “a todos são assegurados a ampla defesa e o contraditório em processo administrativo ou judicial”, é necessário que a publicidade de atos restritivos de direitos seja levada diretamente ao conhecimento do prejudicado.

Por isso, *para atos que aplicam penalidades*, que imponham obrigações, o meio adequado de publicidade é a intimação ou notificação pessoal.

Inclusive, em matéria de trânsito, regra que deveria valer para todos os procedimentos de aplicação de sanções administrativas, são necessárias duas notificações, conforme prescreve a *Súmula 312 do Superior Tribunal de Justiça*, o que está em consonância com o disposto nos artigos 281 e 282 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro):

“No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”.

Apenas no caso de não ser possível fazer a comunicação via notificação pessoal é que será admitida, residualmente, a intimação via *Diário Oficial*²⁵. O STJ admitiu a validade, no entanto, apenas da comunicação via Diário ou pela Internet, nos casos de exclusão de contribuinte do REFIS (Programa de Recuperação Fiscal), conforme assentado na Súmula 355, por entender que a própria Lei daria tal respaldo, conquanto a Lei 9.964/2000 remeta à regulamentação a disciplina da questão (art. 9º, III).

2.4.4.2. Relatividade do princípio

Apesar de o dever de publicidade, transparência e prestação de contas ser a regra, *não é absoluto. Em certas circunstâncias, a publicidade é mais prejudicial do que o sigilo.*

dada pela Lei 8.883, de 1994)III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)”

25. Nesse sentido, por exemplo, o STJ já assentou, em processos administrativos fiscais, que cabe ao contribuinte informar ao Fisco a mudança de seu endereço. Do contrário, empreendida a tentativa de notificação pessoal e frustrada esta, não há nulidade na realização da notificação por edital (STJ, REsp 809.910/PE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática proferida em 10.06.2008). Em outras oportunidades, foi assentado que a notificação por edital só tem cabimento quando o contribuinte estiver em local incerto e não sabido (v.g., STJ, AgRg no REsp 1.138.662, 1.ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 17.12.2009).

Por outras palavras: a publicidade é mais danosa que o sigilo, razão pela qual, no embate entre os princípios que se encontram em rota de colisão, prevalece, em certos casos, a interpretação que conduz à não publicidade do ato.

É o que acontece, com muita frequência, quando se trata de assuntos de segurança interna ou defesa nacional. Os locais, dias e horários em que serão realizadas blitz de trânsito ou policiais não são previamente divulgados, apesar de ser uma conduta premeditada.

Assuntos ligados à segurança nacional também podem excepcionar a regra da publicidade, bem como os ligados à intimidade das pessoas.

2.4.4.3. Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)

Com o objetivo de regulamentar diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que dispõem sobre acesso à informação (arts. 5.º, XXXIII, 37, § 2.º, II, e 216, § 2.º), foi editada em 2011 a chamada “Lei de Acesso à Informação” (Lei 12.527).

O objetivo fundamental da lei não era disciplinar o acesso do cidadão a seus dados pessoais ou informações sobre si existentes em bancos de dados públicos, o que já era devidamente resguardado pelo instrumento do *habeas data*, regulado na Lei 9.507/1997, e previsto no inciso LXXII do art. 5.º da Carta Magna.

O que se visou, na verdade, foi garantir o exercício pleno da cidadania, com a efetiva participação do cidadão no controle da administração pública, principalmente no aspecto referente aos gastos públicos, sem a necessidade de qualquer intermediário.

A lei é de caráter nacional, aplicando-se indistintamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 1.º), embora seja resguardada a possibilidade de edição de normas específicas pelos entes políticos estaduais e municipais, principalmente no que concerne às formas de acesso à informação (art. 45). Sua incidência abrange tanto a chamada “administração direta”, ou seja, todos os órgãos dos diferentes Poderes, incluindo cortes de contas e Ministério Público, quanto à “administração indireta”, compreendendo autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, e, além destas, também entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes da Federação.

Em consonância com a finalidade precípua da lei, que é possibilitar a participação do cidadão no controle de gastos públicos, também as entidades privadas que recebem recursos públicos, diretamente ou por subvenção, estão sujeitas à sua normatização, embora apenas na parte referente aos recursos repassados (art. 2.º).

Para seus efeitos, a lei se preocupou em definir (art. 4.º):

- **Informação:** *como sendo os dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato. Ou seja, tanto faz se o dado foi apenas recebido ou se já foi recebido e analisado. Em qualquer caso, se puder ser utilizado para produção e transmissão de conhecimento, é considerado informação. Também é irrelevante seu formato, meio ou suporte. A informação pode ser um escrito, um áudio, uma fotografia ou um vídeo. Pode ser digital ou analógica, e estar em diferentes suportes, como o papel ou o microfilme, um CD ou DVD, ou ainda num pen drive ou em hard disk;*

- **Documento:** unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato. Assim, a lei chama de documento não o conjunto de todas as informações registradas num banco de dados, mas apenas a unidade de registro de informações;
- **Informação sigilosa:** aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança do Estado. Reconhece-se, assim, que existem informações sensíveis, que dizem respeito à segurança, inclusive nacional, cujo acesso deve ser restringido, embora apenas temporariamente. Não existe, desta feita, informação perpetuamente sigilosa;
- **Informação pessoal:** aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Portanto, não se considera informação pessoal aquela relacionada à pessoa jurídica ou à pessoa formal (espólio, condomínio etc.);
- **Tratamento da informação:** conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;
- **Disponibilidade:** qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados. Como visto, nem toda informação estará disponível, como no caso da sigilosa. Pode acontecer, também, de a informação não estar disponível por não ter sido devidamente tratada, caso em que deve ser oportunizado seu acesso em prazo razoável;
- **Autenticidade:** qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;
- **Integridade:** qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;
- **Primariedade:** qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

2.4.4.3.1. Gestão, acesso e divulgação da informação

Uma das preocupações básicas que o poder público deve ter para garantir o direito constitucional de acesso à informação é manter um bom sistema de gestão documental.

Essa questão não se limita ao acesso à informação propriamente dito, mas também à sua preservação, inclusive para fins arquivísticos e de preservação histórica.

O art. 216, § 2.º, da CF/1988 enuncia que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

No que tange à preocupação da gestão documental para fins arquivísticos, a legislação brasileira já havia mudado substancialmente de orientação desde a aprovação da Lei 8.159/1991²⁶, que aprovou a Política Nacional de arquivos públicos e privados, criando o Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ, órgão colegiado, vinculado ao Arquivo Nacional, além do Sistema Nacional de Arquivos – SINAR.

A partir dessa lei foram consagrados alguns conceitos já bastante difundidos no âmbito da arquivologia e gestão documental como o de arquivo de guarda permanente, além da previsão de criação em cada órgão da Administração Pública Federal de uma

26. Regulamentada pelo Decreto 4.073/2002.

comissão permanente de avaliação de documentos (CPAD). A preocupação com a gestão documental não se resume aos órgãos do Poder Executivo, devendo abranger também os dos poderes Legislativo e Judiciário²⁷.

Em vista dessa nova legislação, o descarte de qualquer documento, inclusive de processos judiciais arquivados, deve seguir uma série de trâmites de avaliação documental, ficando inviabilizado o descarte de qualquer documento enquadrado como de preservação permanente. Disposições legais que autorizavam o descarte sem maiores preocupações de preservação arquivística, como a Lei 7.627/1987²⁸, estão claramente em contraste com as novas orientações sobre o tema.

A nova lei faz menção à gestão documental por uma razão óbvia. É que não há adequado acesso à informação sem uma boa política de gestão documental.

Entretanto, a nova lei vai além, dizendo que a própria gestão da informação deve ser transparente, propiciando-se amplo acesso a ela, bem como sua divulgação (art. 6.º, I, da Lei 12.527/2011).

O poder público também deve garantir a proteção da informação, garantindo sua disponibilidade, autenticidade e integridade (art. 6.º, II, da Lei 12.527/2011).

O legislador também se preocupou em dar grande amplitude ao conceito de “acesso à informação”, de modo que o conceito abrange a orientação sobre procedimentos de acesso (art. 7.º, I), a informação sobre o conteúdo, ainda que os documentos não estejam em arquivos públicos (art. 7.º, II), direito de informação também quanto ao que foi produzido ou custodiado por pessoa física ou entidade privada decorrente de vínculo mantido com o poder público (art. 7.º, III), informações sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades públicas, inclusive relativas à sua política, organização e serviços (art. 7.º, V) e pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos (art. 7.º, VI). A informação a ser acessada deve ser primária, íntegra, autêntica e atualizada (art. 7.º, IV).

Mesmo quando a informação é parcialmente sigilosa, garante-se o acesso à parte não acobertada pelo sigilo, por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo (art. 7.º, § 2.º).

A lei estabelece que é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (art. 5.º).

Informações de interesse coletivo ou geral devem ser divulgadas pelos órgãos públicos independentemente de requerimentos, em locais de fácil acesso (art. 8.º, *caput*). No âmbito federal, o Decreto 7.724/2012 regulamentou a matéria para os órgãos do Executivo,

27. O Conselho Nacional de Justiça tem mostrado preocupação com o tema, tendo constituído em seu âmbito o Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário – PRONAME. No âmbito da Justiça Federal, a matéria está regulamentada pela Resolução 318/2014, do Conselho da Justiça Federal – CJF, inclusive com o estabelecimento de “tabelas de temporalidade” de documentos, judiciais e administrativos. No âmbito da Justiça do Trabalho, foi criada, dentro do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, uma Coordenadoria de Gestão Documental (Ato CSJT 105/2012).

28. Essa lei dispõe sobre a eliminação de autos findos nos órgãos da Justiça do Trabalho. Os tribunais que a têm aplicado têm recebido diversas críticas dos órgãos responsáveis por políticas de gestão documental.

adotando, em seu art. 7º, a lógica da “transparência ativa”, elencando-se uma série de informações que já devem ser obrigatoriamente disponibilizadas ao público.

Também restou estabelecido na lei que os órgãos e entidades públicas devem utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que disponham para a divulgação, sendo obrigatória a manutenção de sítios oficiais na Internet para essa finalidade (art. 8º, § 2º), o que é parcialmente ressalvado no caso de municípios com menos de 10.000 habitantes (art. 8º, § 4º), que somente estarão obrigados a manter informações referentes à execução orçamentária e financeira conforme prazos e critérios definidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 73-B).

Uma questão sensível diz respeito aos salários, vencimentos e subsídios de servidores públicos, tendo havido uma grande resistência inicial, principalmente de algumas entidades sindicais, quanto à divulgação dos valores e respectivos beneficiários. Chega-se ao cúmulo de se defender o sigilo sob o argumento de proteção à intimidade, o que não merece o menor crédito, visto que os valores nominais são previstos em lei e devem ser de conhecimento de todos. A transparência, no caso, permite o controle público, inclusive, de eventuais benefícios concedidos ou pagos à margem da lei, o que, obviamente, não deve ser resguardado por sigilo algum.

Alguns órgãos têm criado dificuldades indiretas ao acesso à informação, como a exigência do preenchimento prévio de cadastros e de justificativas para o acesso, o que, inclusive, é expressamente vedado na Lei (art. 10, § 3º).

2.4.4.3.2. Procedimento da Lei para o acesso à informação

A lei trouxe algumas regras gerais a respeito do procedimento a ser observado no pedido de acesso à informação, estabelecendo, primeiramente, que o requerimento pode ser formalizado por qualquer interessado, bastando que haja identificação deste e a especificação do que pretende obter de informação (art. 10, *caput*).

O requisito da identificação não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação (art. 10, § 1º). Assim, o que a lei veda é apenas o anonimato no pedido, até para não inviabilizar o serviço a ser prestado. Basta que a pessoa decline seu nome e forneça o número de algum documento de identificação válido para que se tenha por preenchido o requisito de identificação. Qualquer outra exigência, como formação educacional, profissão ou endereço residencial parece ser desnecessária para os fins almejados, até porque, dependendo da informação a ser obtida, e do tipo de exigência feita para identificação do requerente, pode haver a caracterização de uma tentativa de coibir ou dificultar o acesso.

A Lei preconiza que os órgãos públicos facilitem o acesso pela rede mundial de computadores (Internet), ao menos quanto aos pedidos de encaminhamento (art. 10, § 2º). Deve-se reconhecer, no entanto, que num país onde existem mais de cinco mil municípios, alguns em estado de absoluta indigência financeira, essa regra é de difícil implementação para todos os entes municipais.

De qualquer modo, ainda que não haja disponibilidade da informação na internet, ou não tenha a pessoa como acessar tal tecnologia, deve a repartição disponibilizar a informação por outro meio e, de preferência, de maneira imediata. A imediatidade está prevista no art. 11, *caput*, da Lei 12.527/2011, e deve ser a regra.

Por evidente, nem sempre será possível o acesso imediato ou mesmo a decisão autorizativa ser proferida de imediato. Nesses casos, devidamente justificados, o órgão ou entidade deverá proferir a decisão no prazo de 20 dias, dizendo se tem ou não a informação, se pode ou não dar o acesso, declinando os motivos da recusa, se for o caso, e comunicar a data, o modo e o local do acesso (art. 11, § 1.º e incisos). A Lei ainda autoriza a prorrogação do prazo por mais dez dias, desde que justificada (art. 11, § 2.º).

A Lei ainda estabelece que, sem prejuízo da segurança e da proteção das informações, os órgãos e entidades podem disponibilizar os meios para que o requerente proceda à pesquisa (art. 11, § 3.º), algo muito comum em se tratando de instituições já voltadas para a finalidade de guarda de informações, como os arquivos públicos e bibliotecas públicas. Nos demais casos, desde que haja uma estrutura de pessoal e de tecnologia minimamente desenvolvida, seria bastante recomendável a instituição de centros de pesquisa e documentação (CPDOC)²⁹, algo que poderia ser feito, por exemplo, nos arquivos dos tribunais, nas casas legislativas e nos órgãos de gestão de pessoal, mormente em nível ministerial e das secretarias de governo estaduais. No caso dos municípios de médio e pequeno porte, seria recomendável a formalização de convênios com entidades voltadas para as áreas de arquivologia e gestão documental para a implantação de sistemas de pesquisa.

Estando a informação disponível ao público por meio de acesso universal, como, por exemplo, um formato digital que pode ser acessado pela Internet, fica o órgão dispensado de proceder ao fornecimento direto ao requerente, bastando que comunique tal disponibilidade. Ressalva-se, apenas, a situação daquele que declara não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos (art. 11, § 6.º).

A Lei também determina que o acesso à informação seja gratuito (art. 12), ressalvando-se apenas o valor referente ao custo para a reprodução do documento, garantida a gratuidade, mesmo nesse caso, na hipótese em que a pessoa se declara hipossuficiente (art. 12, parágrafo único).

Existe, não obstante, a preocupação com a integridade do documento em que se encontra a informação, posto que este pode ter valor histórico ou mesmo estético. Nessa hipótese, deve ser oferecida cópia deste ao requerente, com certificação de que ela confere com o original (art. 13, *caput*).

A Lei 12.257/2011 ainda prevê a possibilidade de recurso, no prazo de dez dias, para o caso de ser negado o acesso à informação requerida (art. 15, *caput*). Esse recurso deve ser dirigido à autoridade hierarquicamente superior à que exarou a decisão impugnada, tendo ela cinco dias para decidir (art. 15, parágrafo único).

Ainda existe a previsão de recurso, na esfera federal, à Controladoria-Geral da União³⁰, no caso de negativa por parte de órgãos do Poder Executivo (art. 16). E, de eventual negativa da CGU, existe a possibilidade de recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações – CMRI (art. 16, § 3º)³¹.

29. O Decreto 7.724/2012 preconiza a criação de SIC's (Serviços de Informações ao Cidadão), com o objetivo de atender e orientar o público quanto ao acesso à informação; informar sobre a tramitação de documentos nas unidades e receber e registrar pedidos de acesso à informação (art. 9.º).

30. A CGU foi substituída pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle pela Medida Provisória 726, de 12/05/2016, convertida na Lei 13.341/2016.

31. A **CRMI** já editou sete súmulas sobre temas afetos à sua competência, valendo citar as seguintes: **Súmula 1** – *Caso exista canal ou procedimento específico efetivo para obtenção da informação*

As regras procedimentais, principalmente as relativas a recursos, serão mais adequadamente disciplinadas em legislações próprias, no caso dos Estados e Municípios. Quanto aos recursos, o próprio art. 45 da Lei 12.257/2011 prevê a complementação das disposições pelos demais entes federativos. Entendemos, no entanto, que outros aspectos procedimentais poderão ser objeto dessa regulamentação específica, não cabendo ao Executivo federal, em seu decreto regulamentador (art. 42), dispor sobre assuntos de interesse específico dos demais entes federativos.

O próprio Decreto 7.724/2012, como visto, se limitou a regulamentar a matéria no âmbito do Poder Executivo federal.

2.4.4.3.3. Restrições de acesso à informação

Obviamente, existem situações em que deve ser resguardado o sigilo, seja por questões de segurança nacional, seja por necessidade de preservação da intimidade de pessoa determinada.

Assim, por exemplo, informações que existam em bancos de dados públicos que disponham sobre aspectos da intimidade do cidadão, que são igualmente resguardados pela Constituição Federal, como os documentos acobertados por sigilo bancário, fiscal, telefônico etc., só podem, em princípio, ser acessados pelo próprio cidadão, ou requisitados por ordem judicial.

Não é a toa que o legislador estabeleceu, no art. 22 da Lei 12.257/2011, que “o disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público”. Portanto, a Lei de Acesso à Informação não revoga as disposições sobre segredo de justiça previstas nas leis processuais, sigilo profissional, como no caso de médicos e advogados, tampouco as referentes a segredo industrial, previstas na Lei 9.279/1996.

Quanto às questões afetas à segurança da sociedade e do Estado, a nova legislação alterou substancialmente a matéria referente à classificação dos graus de sigilo, prevendo três categorias:

- a) *ultrassegredo, cuja classificação é feita apenas pelo Presidente da República, vice-Presidente da República, ministros de Estado e autoridades com a mesma prerrogativa (secretários especiais da Presidência), comandantes gerais da Marinha, Exército e Aeronáutica e chefes de missões diplomáticas e consulares permanentes no exterior;*
- b) *segredo, cuja classificação é feita pelas autoridades mencionadas no item “a”, bem como pelos titulares de autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista. Entende-se que o termo “titulares”, utilizado pelo legislador, corresponde aos seus dirigentes máximos;*

*solicitada, o órgão ou a entidade deve orientar o interessado a buscar a informação por intermédio desse canal ou procedimento, indicando os prazos e as condições para sua utilização, sendo o pedido considerado atendido;***Súmula 5** – Poderão ser conhecidos recursos em instâncias superiores, independente de competência do agente que proferiu a decisão anterior, de modo a não cercear o direito fundamental de acesso à informação;**Súmula 6** – A declaração de inexistência de informação objeto de solicitação constitui resposta de natureza satisfativa.

- c) reservado, cuja classificação é feita pelas autoridades mencionadas nos itens “a” e “b”, bem como os que exerçam funções de direção, comando ou chefia, nível DAS 101.5, ou superior, do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores, ou hierarquia equivalente, conforme regulamentação específica de cada órgão ou entidade.

Foi prevista a possibilidade de o Presidente e o Vice-Presidente da República delegarem a competência de classificação de informação em ultrassecreta e secreta (art. 27, § 1.º). No caso de classificação de informação como ultrassecreta, feita pelos comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica ou por chefes de missões diplomáticas e consulares permanentes no exterior, é necessária a sua ratificação pelos respectivos ministros de Estado (Defesa e Relações Exteriores), conforme estatuído no art. 27, § 2.º, da Lei.

Notou-se uma clara preocupação do legislador com a abertura de arquivos secretos do Regime Militar, tendo-se estabelecido, inclusive, que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso” (art. 21, parágrafo único).

Foram estabelecidos, como na legislação anterior, prazos máximos para a restrição de acesso à informação, a vigorar conforme o grau, a saber: a) 25 anos para a ultrassecreta; b) 15 anos para a secreta; c) 5 anos para a reservada (art. 24, § 1.º).

Alternativamente a esses prazos, pode ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação (art. 24, § 3.º).

A classificação em grau de restrição de acesso não é feita arbitrariamente, devendo a informação estar enquadrada em alguma das hipóteses previstas no art. 23 da Lei, como pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional (inciso I) ou oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País (inciso III).

A Lei também contém requisitos que a decisão e classificação deve conter (art. 28), além de prever mecanismo de reavaliação da classificação, que pode dar ensejo à reclassificação ou mesmo à desclassificação da restrição ao acesso (art. 29), matéria a ser mais bem detalhada em regulamento.

No âmbito federal, o *Decreto 7.845/2012* tratou de disciplinar a matéria, criando procedimentos para o credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo no âmbito do Poder Executivo federal, dispondo, ainda, sobre a criação do Núcleo de Segurança e Credenciamento, vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

O decreto regulamentar prevê, ainda, que toda informação classificada em qualquer grau de sigilo ou o documento que a contenha receberá o Código de Indexação de Documento que contém Informação Classificada – CIDIC (art. 50).

2.4.4.3.4. Informações pessoais

Embora o acesso a informações pessoais constantes de bancos de dados públicos seja muito bem resguardado na legislação que regulamentou o *habeas data*, a Lei 12.527/2012

também dispôs sobre o tema, mas com enfoque mais direcionado à restrição de acesso às informações pessoais por parte de terceiros.

De início, é difícil entender a lógica da regra prevista no art. 31 da Lei, visto que informações pessoais constantes de bancos de dados públicos que afetem a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas já estão resguardadas constitucionalmente.

Observamos, no entanto, que, eventualmente, as informações em questão, embora pessoais, podem dizer respeito a pessoas públicas, sendo legítimo imaginar que, num exercício de ponderação de interesses, prevaleça o referente à publicidade.

A própria Lei, no § 4.º do art. 31, estabelece que essa restrição não poderá ser invocada “com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância”.

Ainda assim, aparentemente cedendo a forte lobby de certas autoridades da República, o legislador criou uma restrição de acesso extraordinária, “independentemente de classificação”, e com o prazo máximo de inacreditáveis 100 anos, para proteger, ao menos em vida daquelas, certas biografias para lá de questionáveis (art. 31, § 1.º, I). Quanto a essas informações, apenas agentes públicos legalmente autorizados e a própria pessoa a que elas se referirem terão acesso, salvo, quanto a terceiros, se houver autorização expressa daquela.

Registre-se, por oportuno, importante julgado do Supremo Tribunal Federal no ARE 652.777/SP³², afetado pela sistemática de Repercussão Geral, no qual decidiu-se que “*é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.*”

2.4.5. Princípio da eficiência

Trata-se de princípio de grande importância e que foi inserido expressamente no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional 19/1998.

Pelo princípio da eficiência, busca-se do agente o seu maior rendimento funcional possível, seja na função que for. Assim, por exemplo, em um setor de contratações, o princípio será homenageado quando: a) for feita uma boa especificação do objeto que se pretende contratar; b) se descreve produtos com qualidade; c) não são exigidos requisitos impertinentes e desarrazoados a título de habilitação, o que pode induzir a uma pequena competitividade na licitação e, por consequência, uma contratação não tão vantajosa etc.

Em matéria de seleção de pessoal, o princípio é utilizado quando se faz um concurso compromissado, em que efetivamente se avalie o potencial dos candidatos de forma que se possa ter uma presunção de que os aprovados possam contribuir no desempenho das atividades administrativas.

Em matéria de responsabilidade civil, o princípio orienta ao agente agir com cautela e técnica, para que o Estado não seja alvo de ações indenizatórias com o objetivo de reparar economicamente os danos decorrentes de condutas dolosas ou culposas de seus agentes etc.

32. ARE 652.777/SP, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 23/4/2015, acórdão publicado no DJe de 1º/7/2015