



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES**

PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E A PROMOÇÃO PESSOAL DO GOVERNANTE.

JULIANA GONÇALVES DE LIMA

Matrícula 0251534

Fortaleza-CE

Novembro, 2008

JULIANA GONÇALVES DE LIMA

PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E A PROMOÇÃO PESSOAL DO GOVERNANTE.

Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Deborah Sales Belchior

JULIANA GONÇALVES DE LIMA

PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E A PROMOÇÃO PESSOAL DO GOVERNANTE

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC.

Apresentada em: 19/11/2008.

BANCA EXAMINADORA

Deborah Sales Belchior (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Francis Menezes dos Santos

Universidade Federal do Ceará - UFC

Gustavo César Machado Cabral

Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Fátima e Tarcísio, que, apesar de todas as dificuldades, sempre me apoiaram em meus estudos, incentivando-me e servindo-me de exemplo.

À minha avó, Maria do Carmo, que me cobre de afetuosas atenções e em cujas orações diárias, sempre pede por minha proteção.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, nos quais encontro o suporte da minha vida e as minhas mais fortes motivações existenciais. Obrigada por todas as demonstrações de amor que recebi durante a vida. Devo-lhes todos os ensinamentos que tanto necessito para o sucesso na mais difícil de todas as jornadas, a vida.

À minha orientadora, Dra. Deborah Sales Belchior, exemplo de profissionalismo, da qual tive a honra de ser aluna e estagiária. Obrigada pelo meu aprimoramento profissional e pelas inestimáveis palavras de incentivo e carinho.

Agradeço, ainda, aos amigos Francis Menezes, de quem fui estagiária, e Gustavo César pelo apoio e por terem aceitado o convite para comporem a Banca examinadora do presente trabalho.

Por fim, agradeço aos meus amigos que compreenderam minha ausência e minhas angústias e aos que me ajudaram para que fosse possível a criação deste trabalho

“Não basta ter belos sonhos para realizá-los. Mas ninguém realiza grandes obras se não for capaz de sonhar grande. Podemos mudar o nosso destino, se nos dedicarmos à luta pela realização de nossos ideais. É preciso sonhar, mas com condição de crer em nossos sonhos; de examinar com atenção a vida real; de confrontar nossa observação com nosso sonho; de realizar escrupulosamente nossa fantasia. Sonhos, acreditem neles”.
(Lênin)

RESUMO

A realização da publicidade institucional do Governo é prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988, na norma 37,§1º e deve ser efetuada com altos objetivos educativos e informativos. Entretanto, o que vem ocorrendo é a propaganda pessoal dos governantes, o que deve ser coibido pelo Poder Judiciário, mantendo a publicidade dentro dos limites da legalidade. Diferenciar o que é publicidade lícita, da propaganda que desvia do perfil traçado na Carta Magna é um desafio para todos. Este trabalho visa buscar elementos para caracterizar a propaganda ilícita, percorrendo um caminho que vai desde o estudo dos princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade até as jurisprudências pátrias. Por fim, tecem-se comentários acerca dos mecanismos processuais mais adequados para o processamento dos Administradores Públicos que violam a norma constitucional que regula a publicidade oficial.

ABSTRACT

The fruition of Public institutional advertisement is previewed in Brazil's Federal Constitution of 1988, art. 37, § 1º and should be made with educational and informational purposes. However what's happened is the personal use of the public institutional advertisement by the politicians, what should be repressed by the legal authorities, in order to maintain public advertising under the limits of the law. Differentiating between what is lawful and what deviates from the profile legally outlined in the Constitution is a challenge for everyone. This essay's aim is to seek elements to distinguish illegal advertisement, starting from the study of the constitutional principles of impartiality and advertising, to the analysis of Brazilian Courts' decisions. At last, comments are made on the most suitable legal procedures to sue public authorities who break the constitutional laws that regulate Public Institutional Advertisement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

A publicidade é notoriamente um dos meios mais eficientes de difusão e de divulgação de fatos, produtos, serviços e ideologias produzidas pelo ser humano.

A publicidade oficial tem como função divulgar atos, projetos, programas, obras, serviços e campanhas promovidas por órgãos públicos e deve ser efetuada com propósitos informativos e educativos. É exatamente o que não vem ocorrendo em nosso país. Cada governante vincula sua gestão a uma marca específica e usualmente aparece como “ator” da publicidade, principalmente nos períodos pré-eleitorais. Os propósitos constitucionais da Publicidade Oficial vêm sendo desvirtuados, servindo a propaganda institucional de propaganda pessoal em favor dos governantes

As Constituições Brasileiras, anteriores à promulgada em 1988, não tratavam acerca da Publicidade oficial. Não havia nenhuma restrição à publicidade oficial, gozando as autoridades e servidores públicos de ampla discricionariedade para utilização das dotações orçamentárias e dos meios de propagação das atividades governamentais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, consagrou-se a regulamentação. O legislador constituinte de 1988 estabeleceu, através do § 1.º, do art. 37, limitações aos objetivos da publicidade dos órgãos públicos.

A nossa Carta Magna teve como objetivo moralizar a publicidade pública e não vedá-la. Permite a publicidade calcada no Estado Democrático de Direito, instituído pela nova ordem constitucional. Entretanto, veda a publicidade eleitoral, ou seja, que visa o endeusamento dos governantes e que visa à conquista de votos.

Ciente disso, o presente trabalho analisará as condutas praticadas pelos Administradores no que concerne à Publicidade Oficial, diferenciando a propaganda institucional ilícita da lícita, analisando quando o administrador desatende o comando do art. 37, §1º, da CF e os meios judiciais de correção, fazendo cotejamento com as jurisprudências pátrias.

Quanto aos objetivos, a pesquisa tem como finalidade proporcionar maiores informações sobre o assunto, facilitando a delimitação e análise do tema em comento.

Frente aos desafios da temática proposta, pretende-se, então, relatar as reflexões empreendidas acerca do assunto sob a estrutura básica desta monografia, que se encontra organizada em três capítulos, distribuídos da forma a seguir exposta:

Discorre-se no 1º capítulo sobre os princípios informativos do Direito Administrativo com status constitucional e seus derivados no tocante à Publicidade Institucional.

No 2º capítulo, abordaremos sobre a Publicidade Estatal e os vícios delineadores da promoção pessoal, narrando-se sobre as condutas praticadas pelo agente público tidas como reprováveis pelo ordenamento jurídico pátrio e a influência da mídia, bem como as condutas permitidas.

No 3º capítulo, expõem-se os meios judiciais da correção do desvio estatal, analisando os meios hábeis para controlar os atos que desvirtuam os preceitos da Publicidade Administrativa

Por fim, no trabalho em certame, nos posicionaremos de forma a clarear os caminhos a serem adotados por aqueles que buscam garantir a efetiva aplicação das normas vigentes, almejando sempre a fiel aplicação dos princípios e normas

constitucionais e administrativas ao caso concreto, de forma a elevar a moral e estima da sociedade tão desacreditada em nossos governantes.

2 ASPECTOS GERAIS DOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

"Uma dissolução geral dos princípios e boas maneiras destruirão mais certamente a liberdade da América do que um batalhão inteiro de inimigos comuns".

(Samuel Adams)

Primeiramente, é imperioso distinguir princípio de regra. Segundo Robert Alexy, regras e princípios são subespécies de normas, haja vista que ambos dizem o que deve ser, têm caráter deontológico e podem ter teor de ordem, permissão ou proibição. Desta feita, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois subtipos de normas.

No que concerne à regra, Dworkin afirma que esta seria aplicável, na forma do "tudo ou nada", ou seja, se uma regra é válida, deve ser aplicada da maneira como preceitua, não ocorrendo interpretação restritiva, nem ampliativa.

Porém, em um caso concreto, em um provável conflito entre os princípios, estes devem ser ponderados e sopesados de forma a compatibilizá-los, e, apesar da aplicação de um deles, os outros permanecerão igualmente válidos.

Princípios, segundo Alexy, apresentam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa, então seria “máxima ou dever de otimização: fim a ser buscado na máxima medida, dentro das possibilidades de fato e de direito” ¹.

Dessa forma, quando ocorrer uma colisão entre os princípios, o valor decisório será dado àquele que tiver maior peso relativo ao caso concreto, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de menor peso.

Canotilho diferencia princípio de regra por aquele ter maior grau de abstração, menor determinabilidade, maior grau de fundamentalidade dentro do sistema, pela proximidade da idéia de direito e pela natureza normogênica.

Os princípios são um grupo de proposições que dão validade a um sistema. Os princípios subdividem-se em: 1) *onivalentes*, ou seja, os que valem para qualquer ciência. O professor Diógenes Gasparini dá como exemplo o princípio de não-contradição, que veda quando uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo;² 2) *plurivalentes*, isto é, os que se aplicam a um grupo de ciências; 3) *monovalentes*, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência. Estes podem ser: a) *gerais* que são aqueles que só valem para um ramo de uma dada ciência, como é o caso do princípio da supremacia do interesse público, que só é aplicável no Direito Público; b) *específico*, que são os que valem apenas para uma parte de um ramo de certa ciência como, por exemplo, o princípio da continuidade do serviço público, que só é verdadeiro para o Direito Administrativo.

Em regra, os princípios não são positivados. Estes apenas são mencionados, como faz o art. 37 da Constituição Federal, que enumera os princípios norteadores da administração pública, quais sejam: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, este último acrescentado em 1998 à nossa Carta Magna por força da Emenda Constitucional de número 19. Quando são positivados são denominados de normas principiológicas.

Outros princípios informadores das atividades da Administração Pública são implicitamente insculpidos no texto constitucional de 1988, ocorrendo a decorrência lógica das disposições constitucionais.

¹ (CF)ALEXY, apud, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro:Renovar, 2002, pág. 251.

² GASPARIINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pág.6.

A lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo na esfera federal, enumerou os princípios da legalidade, da eficiência, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.

2.1 Princípio da Legalidade

Este princípio é considerado como o principal instrumento garantidor dos direitos constitucionais, notadamente, ao tratar de reger e limitar a atuação estatal.

Na Administração Pública brasileira, é tido como o precedente dos demais princípios. Valorizar o princípio da legalidade não significa desprestigiar os demais, criando uma hierarquia entre os princípios, o que não ocorre de maneira nenhuma, estaria apenas revalorizando o ordenamento jurídico como um todo.

Diferentemente do particular que não está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, o agente público deve necessariamente praticar ato determinado ou permitido por lei em sentido lato. Dessa forma, atos praticados sem a observância dessa regra são inválidos, não podendo produzir efeitos.

O Princípio da Legalidade teve a sua inspiração no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e se tornou realidade após a adoção do Estado Democrático de Direito. Cumpre trazer a baila o aludido artigo, *in verbis*:

A liberdade consiste em fazer tudo que não prejudica a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que assegurem aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei. (negritou-se)

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o referido princípio implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde aquele que ocupa o mais alto cargo até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de realização das finalidades normativas.³

³ MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23 ed., São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007, p. 57/58.

Tal princípio, noutras palavras, é a máxima garantia do indivíduo frente ao poder e, por isso mesmo, respeitá-lo é respeitar os demais princípios. O contrário também é verdade, logicamente. Norberto Bobbio faz contundentes defesas ao referido princípio, nos seguintes termos:

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático senão, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente por não ter dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.(negritou-se)⁴

O respeito às leis, por si só, não é suficiente para que se tenha um Estado Democrático de Direito, mas inegavelmente este é o ponto crucial, sem o qual não se consegue avançar na efetivação de uma democracia.

Este princípio é, portanto, o ponto de partida para a compreensão do Estado Democrático de Direito e do papel da administração na persecução de seus objetivos.

Resta óbvio que a Administração Pública, sujeita ao princípio da Legalidade, não tem o poder ou a competência para praticar atos em desconformidade com a lei. A sua vontade ou a de seu agente é a da lei. O administrador público, agindo nessa condição, não deve ter vontade própria, nem mesmo quando atua no exercício de faculdade discricionária. A manifestação de vontade do agente deve espelhar a vontade estatal.

2.2 Princípio da Juridicidade

Há, atualmente, uma tendência à mudança no conteúdo do princípio da legalidade do Estado Democrático de Direito. Na visão "pós-positivista", os princípios passaram a ser considerados verdadeiras normas, o que acarretou uma redefinição do conceito de legalidade. Esta não mais se refere tão somente à observância da lei,

4

(CF) BOBBIO, Norberto, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 4 ed., Editora Paz e Terra, pág. 171.

mas também a todo o ordenamento jurídico, com destaque especial para os princípios que ganharam força normativa.

Os princípios, na visão jusnaturalista, não eram dotados de normatividade. Possuíam tão somente uma função de auxiliar na interpretação das normas. Já a corrente juspositivista, esta passou a utilizá-los como uma função subsidiária, preenchendo as lacunas da lei, de forma a garantir a plenitude do ordenamento jurídico.

Era imperioso reconhecer a normatividade dos princípios, haja vista que eles conformam a unidade do sistema jurídico. O princípio da juridicidade consiste, pois, na conformidade do ato não só com as leis, decretos, atos normativos inferiores, mas também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Engloba o princípio da legalidade e acrescenta a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil, verificamos a introdução do princípio da juridicidade com a positivação dos princípios regedores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: "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".

Nesse diapasão, Germana de Oliveira Moraes propõe a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade:

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

A moderna compreensão filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.⁵ (negritou-se)

⁵(CF) MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004. pág. 24

Neste sentido, a jurisprudência pátria, já reconhece a força normativa dos princípios:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei. 2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada. 4. Recurso especial improvido.⁶

Desta forma, a jurisprudência brasileira e a própria Constituição Federal impõem à Administração Pública o dever de atuar com observância àqueles princípios. Desta feita, reconhece-se também a existência de outros princípios gerais de direito que vinculam a atuação do administrado além daqueles mencionados na Constituição.

2.3 Princípio da Publicidade

Este princípio é mais uma diretriz da Administração Pública direta e indireta (as sociedades de economia mista e as empresas públicas somente se subordinam a esses princípios se prestadoras de serviço público) e diz respeito à obrigação de dar publicidade, levar ao conhecimento de todos os seus atos, contratos ou instrumentos jurídicos como um todo. Isso dá transparência e confere a possibilidade de qualquer pessoa questionar e controlar toda a atividade administrativa que deve representar o interesse público, por isso não se justifica, de regra, o sigilo.

Consoante Juarez Freitas, o *caput* do artigo 37, pode ser designada assim como princípio da máxima transparência e:

Quer significar que a Administração há de agir de sorte a nada ocultar e, para além disso, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público⁷

Em determinados casos, porém, pode ser relativizado esse princípio nas hipóteses em que o interesse público ou segurança justificarem. A própria CF/88

⁶

REsp 510259 / SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 19 set. 2005.

⁷ (CF) FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997., pág. 70.

prevê diversas exceções desde que prévia e justificadamente sejam assim declarados pela autoridade competente. Vejamos algumas, todas presentes no art. 5º:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado.

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Há outras regras da legislação infraconstitucional que conferem sigilo em casos especiais: art. 20 CPP, que trata dos inquéritos policiais, o art. 155 CPC, que trata do segredo de justiça e o art. 3, § 3º, da Lei 8.666/93.

A publicação somente surtirá efeitos desejados se forem feitas pelo órgão oficial, que é o jornal, público ou privado, que se destina à publicação de atos estatais. Dessa forma, não basta a mera notícia veiculada na imprensa falada, escrita ou televisiva do ato praticado pela Administração Pública. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 71.652, decidiu que mesmo que a divulgação dos atos estatais ocorra em programas dedicados a noticiar assuntos ocorridos ao seu dia-a-dia, como ocorre com a *Voz do Brasil*, não seria válido, tendo em vista que o ato administrativo somente começa a produzir seus efeitos depois de publicado no respectivo Órgão Oficial.

Pedimos vênias para citar o voto do Ministro Carlos Thompson Flores:

Antes não ficou demonstrado e de forma inequívoca, tivesse o firmatário do ato impugnado seu conhecimento oficial.

Acresce que, ainda que divulgado na chamada “Hora radiofônica do Brasil” daquela noite, não seria bastante, e datando da mesma era, tudo indica já tivesse expedido, como bem acentua o parecer.

De resto, a orientação doutrinária dominante é que, em tais circunstâncias, o ato administrativo somente começa a produzir seus efeitos depois de publicado, e no respectivo Órgão Oficial.⁸

Diógenes Gasparini ensina que a publicidade dos atos, contratos e outros instrumentos jurídicos da Administração direta, indireta e fundacional deve atender outras exigências legais, como é, por exemplo, o número de publicações. Assim, o ato para qual a lei exige, por exemplo, publicação durante 3 dias consecutivos, se ocorrer apenas uma publicação ou se acontecerem as 3, mas em dias alternados, não estará regularmente publicado. O princípio em comento não será atendido, também, se a lei prescrever que, além de uma publicação em órgão oficial, o ato deve ser afixado no quadro de edital e a remessa de cópia do ato para determinada entidade que congrega interessados a quem o ato se destina.

O art. 37, § 1º da Constituição Federal de 1988 configura-se como uma adequadora e ao mesmo tempo limitadora do princípio da publicidade. Limitadora, não proibindo o administrador a publicação de qualquer espécie de publicidade, mas permitindo, somente, aquela que for de caráter informativo, educativo e de orientação social e adequadora no sentido em que determina à publicidade oficial a obediência também à máxima da impessoalidade, se não vejamos:

"§ 1º 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. (grifou-se)

Em suma, diante da consagração da publicidade como princípio geral da Administração Pública, salvo as exceções previstas na Contestação e na legislação infraconstitucional, tudo deve ser informado à sociedade.

2.4 Princípio da impessoalidade

O princípio em epígrafe, nos moldes que se apresenta atualmente, com a utilização do termo impessoalidade, foi previsto pela primeira vez no texto constitucional da Carta Magna de 1988.

⁸ RE 71652 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, DJ 16-08-1971.

Há duas vertentes do princípio da impessoalidade. Primeiramente, os atos praticados pelo Poder Público estariam absolutamente relacionados com a finalidade pública. Noutras palavras, a administração deve ter como escopo o fim social. Já a outra vertente, é decorrência do posicionamento entre doutrinadores renomados em associar o princípio da impessoalidade ao princípio geral de isonomia. Por outro lado, há ainda o sentido do princípio da impessoalidade, que demonstra que os atos e provimentos administrativos devem ser necessariamente imputáveis ao órgão ou à entidade da Administração Pública e nunca ao Agente Público, haja vista o fato de este sempre agir em nome daquele.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que:

Outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.⁹

Alexandre Rosa e Affonso Ghizzo Neto afirmam que:

Impessoalidade é exigência do Estado Democrático de Direito, sem que a administração possa fazer concessões especiais/pessoais, salvo as discriminações positivas definidas por Lei (negros, índios, mulheres, objetivando garantir a isonomia), devendo tratar todos os indivíduos de forma geral. Neste princípio cabe esclarecer que os atos são imputados ao Estado enquanto instituição e não aos governantes eventualmente de plantão, meros agentes públicos. A Lei de Improbidade Administrativa possibilita a responsabilização dos agentes públicos que personalizam sua administração. Não existem mais (ou não se pode deixar que exista) donos do Poder.¹⁰

O povo brasileiro tem dificuldade com a máxima da impessoalidade. Tal personalismo encontra-se arraigado em nossas origens.

O sociólogo Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra *Raízes do Brasil*, afirma que está no patrimonialismo de nossa burocracia, iniciada com a tradição portuguesa, igualmente patrimonial e acentuadamente familiar, como razão para esse desrespeito à impessoalidade. Para a administração “patrimonial”, diferentemente da burocracia “pura”, a Administração apresenta-se como assunto de seu interesse particular, as funções, os empregados e os benefícios auferidos

⁹(CF) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11 ed., São Paulo: Atlas, 1999, pág. 71.

¹⁰(CF) NETO, Affonso Ghizzo; ROSA, Alexandre. **Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001, pág. 36.

relacionam-se a direitos pessoais dos funcionários e não a interesses objetivos, como acontece no Estado burocrático¹¹.

Consoante o supra mencionado sociólogo, o administrador “patrimonial” não compreende a distinção entre os domínios do público e do privado.

A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, embora não tenha mencionado expressamente o princípio em comento, o aludiu, indiretamente, em seu artigo 2º, inciso III e nos artigos 18 a 21:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

Art. 18. 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.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

Podemos afirmar que tais regras “concretizam” a impessoalidade. Cumpre ressaltar que as disposições acima aludidas concernem apenas o aspecto

¹¹ Holanda, Sérgio Buarque de, **Raízes do Brasil**, 26º Ed. São Paulo: Companhia das letras, 1998. pág. 146.

“subjetivo” da impessoalidade, não tratando do aspecto “objetivo” do princípio da impessoalidade.

Na jurisprudência pátria, o princípio da impessoalidade não vem recebendo a atenção devida, talvez pela pouca dedicação a uma hermenêutica principiológica. Nos poucos julgados, há a tendência de associar ou enumerar o princípio da impessoalidade com os demais princípios insculpidos ou não no art. 37, *caput*, da CF, como os da isonomia, da moralidade e da legalidade.

Neste palmilhar de idéias, confirmam-se os acórdãos abaixo:

153003491 – JCF.37 JCF.37.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – Fixação de cartazes, vinculando atos e provimentos administrativos com a pessoa do administrador. Propaganda do índice de aprovação da gestão do apelante na prefeitura, na proximidade do ano eleitoral. Ofensa ao parágrafo 1º, do art. 37, da Constituição Federal. Violação aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da legalidade e da razoabilidade. Improbidade que atenta contra os princípios administrativos. Desnecessidade da ocorrência de efetivo prejuízo aos cofres públicos. Pena de suspensão dos direitos políticos pelo período de três anos. Mínimo legal. Aplicação proporcional. Recurso improvido. (TJPR – ApCiv 0110408-1 – (19634) – Paranavaí – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Conv. Lauro Laertes de Oliveira – DJPR 04.02.2002) (grifo nosso)

EMENTA Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. Art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal. 1. O *caput* e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. 2. Recurso extraordinário desprovido.” (RE 191668 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, PUBLIC 30-05-2008).

O princípio da impessoalidade é uma concretização dos princípios da igualdade e da legalidade. Isso significa que deve haver ausência de subjetividade do administrador. A sua efetivação garantiria eficácia social a um preceito altamente provedor de uma das deficiências marcantes em nossa sociedade.

2.5 Princípio da moralidade e da probidade administrativa

No que tange ao princípio da moralidade e da probidade administrativa, ressalta-se que são os princípios que exigem da Administração Pública um comportamento não só legal, mas também em conformidade com os preceitos da honestidade e da ética. No caso deste princípio, o desenvolvimento da atividade estatal nunca deverá ser rodeado por obscuridades ou favorecimentos, bem como deve ser pautado na lealdade e boa-fé, restando certo que o interesse público sempre deverá permanecer imaculado.

Nesse diapasão, cumpre imperioso mencionar a lição do professor José dos Santos Carvalho Filho, quando trata da forma como deverá proceder o agente público no exercício de suas funções:

Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhor condição oferece para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio.

A improbidade acarreta vários efeitos para o administrador. Além de ter suspensos seus direitos políticos, submete-se à perda da função pública, à indisponibilidade de seus bens e à obrigação de ressarcir o erário público pelos danos que cometeu, sem contar a ação penal que terá de responder. Tais efeitos estão expressos no art. 37, § 4º, da Constituição.¹² (negritou-se)

Dessa forma, resta cristalino uma série de condutas que, em caso de descumprimento, dará ensejo à responsabilização nos moldes previstos em legislações específicas, tais quais, a Lei de Improbidade Administrativa e as Leis de Crimes de Responsabilidade.

2.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade não é prevista expressamente em nossa Carta Magna, contudo, esse princípio pode ser auferido, implicitamente, de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o princípio integra o ordenamento constitucional brasileiro e constitui princípio indissociável na atuação do Poder Executivo.

¹²(CF) CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, pág. 18/19.

A Administração Pública quando atuar no exercício discricionariamente deverá atuar de maneira racional e conforme ao senso comum das pessoas, de certo que as condutas distanciadas desse limite são ilegais.

A lei outorgando o exercício da discricionariedade ao agente público não lhe concedeu poderes para agir a seu gosto e sim lhe impôs o encargo de agir tomando a melhor providência que satisfaça o interesse público a ser perseguido.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. ¹³(negritou-se)

Apesar de o princípio da razoabilidade apresentar pontos comuns com o princípio da proporcionalidade, com ele não se confunde. Assim como o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição de 1988, mas pode ser extraído de forma esparsa do texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, vem indicando como base desses princípios o postulado do devido processo legal.

O inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei federal n.9.784/99 prevê que os processos administrativos deverão observar a adequação entre os meios e os fins, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides defende que:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo, em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. (negritou-se)¹⁴

¹³(CF) MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23 ed., São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.pág. 99.

¹⁴ (CF) BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pág.395.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma maneira de conter o excesso de poder, haja vista que a Administração Pública somente deve atuar quando imprescindível para alcançar seus fins, devendo esta atuação processar-se de maneira equilibrada, sem excessos.

Este princípio se subdivide em três subprincípios: adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para a sua consecução. A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio gravoso ou oneroso capaz de produzir o fim pugnado pela norma em questão. No que concerne ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, significa que deve ser adotada determinada conduta quando as vantagens a serem perseguidas superam as desvantagens. Há, nesse caso, um sistema de valoração, na medida em que, ao se garantir um direito juridicamente protegido por determinada norma, apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.

A aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, no tocante à publicidade institucional, vem sendo adotada pelas Cortes Brasileiras, vejamos:

153003491 – JCF.37 JCF.37.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL

– Fixação de cartazes, vinculando atos e provimentos administrativos com a pessoa do administrador. Propaganda do índice de aprovação da gestão do apelante na prefeitura, na proximidade do ano eleitoral. Ofensa ao parágrafo 1º, do art. 37, da Constituição Federal. Violação aos princípios da moralidade

administrativa, da impessoalidade, da legalidade e da razoabilidade e proporcionalidade. Improbidade que atenta contra os princípios administrativos. Desnecessidade da ocorrência de efetivo prejuízo aos cofres públicos. Pena de suspensão dos direitos políticos pelo período de três anos. Mínimo legal. Aplicação proporcional. Recurso improvido.¹⁵

Por fim, cumpre salientar que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não obstante sejam utilizados para controlar a discricionariedade administrativa, não se tratam de controle do mérito administrativo. O ato que macula

¹⁵ TJPR – ApCiv 0110408-1 – (19634) – Paranavaí – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Conv. Lauro Laertes de Oliveira – DJPR 04.02.2002.

a razoabilidade e proporcionalidade é ilegítimo e não meramente inconveniente e inoportuno, e deve ser anulado.

3 A PUBLICIDADE ESTATAL E OS VÍCIOS DELINEADORES DA PROMOÇÃO PESSOAL

"A boa moral pede que ponhamos a coisa pública acima das pessoais."

(Machado de Assis)

3.1 A publicidade administrativa

A Publicidade Administrativa é comumente denominada de Publicidade Institucional do Governo e é prevista na Constituição Federal, que dispõe em seu art. 37, §1º, *in verbis* :

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

(....)

"§ 1º 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. (grifou-se)

A norma acima é um produto da condensação de dois princípios constitucionais, o da publicidade e o da impessoalidade. A regra busca

compatibilizar o dever do Estado de informar à sociedade, com a máxima transparência, os atos administrativos e a omissão do Estado de atos que se consubstanciam na impessoalidade.

Impõe a Constituição que a Publicidade Estatal deve ser inspirada pela necessidade de informação, educação ou orientação social. Por ela, deve a Administração mostrar suas realizações, tais como atos, programas, obras, serviços e campanhas, sendo vedada a publicidade que caracteriza promoção pessoal.

Além da interpretação de cunho principiológica, mediante a natureza da hermenêutica constitucional do art. 37, § 1º, o constituinte optou pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam, “caráter educativo, informativo e de orientação social”, “nomes, símbolos ou imagens” e “promoção pessoal”. O legislador constitucional, no lugar de formular uma norma mais genérica, preferiu elencar os interesses que, públicos, poderiam ser objeto de publicidade. Desta feita, além da publicidade da Administração Pública ser pautada no princípio da impessoalidade, deve também ser de caráter educativo, informativo e de orientação social.

A publicidade governamental deve atender, a um só tempo, dois requisitos, um finalístico, ou seja, deverá possuir um fim educativo, informativo ou de orientação social, e outro formal, de modo que não contenha nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal do agente público.

Neste palmilhar de idéias, é imperioso citar a lição do professor J. CRETELLA JR, no que tange ao correto entendimento do caráter educativo, informativo e de orientação social da publicidade dos atos estatais:

O caráter educativo, informativo ou de orientação social da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos é imposição da regra jurídica constitucional. O Chefe do Executivo, ao inaugurar escola ou biblioteca, dará especial ênfase ao empreendimento, assinalando a importância educativa do ato. Do mesmo modo, será educativa e informativa toda publicidade em torno da importância da instalação de postos de saúde e de vacinação para enfrentar surtos epidemiológicos¹⁶ (Negritou-se).

¹⁶ (CF) CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense,, vol. IV, p. 2.252/2.253.

A professora Judith Martins Costa, em sua obra intitulada de "Publicidade e Ação Administrativa - Interpretação do art. 37, § 1º, da Constituição Federal", orienta como deve ser interpretada a publicidade estatal de cunho informativo:

Terá caráter informativo quando a sua finalidade for a de informar a população, exemplificativamente, sobre um serviço que é posto à sua disposição, ou uma obra que lhe será de utilidade, ou uma campanha realizada em benefício da própria comunidade. Aí se incluem, também, as campanhas para a divulgação de produtos do Município ou Estado (v. g., a "Festa da Maçã, da Uva, Pêssego, Vinho" etc.) ou de incentivo ao turismo, uma vez que essas atividades, além de atraírem divisas, servem, também, para informar a população de outras regiões acerca de eventos úteis à produção, ao comércio, ou ao lazer. Informações úteis à população, portanto.¹⁷

Também na obra supracitada, a Autora afirma que orientação social é aquela que objetiva a conscientização da população acerca de fatos ou valores relevantes para a comunidade. Já a publicidade com escopo educativo é aquela atividade que deve ser desenvolvida pelo poder público no sentido de propiciar o desenvolvimento integral do homem.

A publicidade é reconhecida como requisito de eficácia dos atos e contratos administrativos. Podemos afirmar que a publicação de atos administrativos tornou-se obrigatória, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Decreto nº 572 de 12.07.1890¹⁸

Na esfera da Administração Federal, a publicidade estatal passou a ser regulada com a expedição do Decreto de nº. 24.651, de 10 de julho de 1934, que criou o Departamento de Propaganda e Difusão Cultural, subordinado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Esse Departamento foi revogado pelo Decreto-Lei n. 1.915, de 27 de dezembro de 1939, que criou o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), subordinado diretamente ao Presidente da República, tendo como objetivo maior centralizar, coordenar, orientar e superintender a propaganda nacional, interna e externa.¹⁹

¹⁷ (CF) Costa, Judith Martins, **Publicidade e Ação Administrativa** - Interpretação do art. 37, § 1º, da Constituição Federal", RDP 97/166-170, pág. 168.

¹⁸

Souza, Larissa de Carvalho de. **Os princípios gerais das licitações**, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1028. Acesso em 24/08/2008.

¹⁹ Araújo, Anildo Fábio de, **Publicidade Oficial**, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=356>, acesso em 24/08/2008.

O Decreto n. 2.004, de 11 de setembro de 1996, regulamenta o assunto. Os Decretos de nº. 785/93 e 921/93 foram expressamente revogados pelo art. 17, do Decreto n. 2.004/96. Em seu artigo 1.º, Parágrafo único, aduz que é vedada a publicidade que, direta ou indiretamente, caracterize promoção pessoal, de autoridade ou de servidor público. A contratação de agência de propaganda obedecerá à legislação em vigor, com prévia licitação.²⁰

As Assembleias Legislativas dos Estados Federados, exercendo o poder constituinte decorrente, elaboraram as respectivas Constituições Estaduais, promulgando-as em 1989. Observando os princípios estabelecidos na Constituição Nacional, os Estados reproduziram em seus Textos Fundamentais os princípios básicos da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade). Todos os Estados consagraram, nas Cartas Regionais, seus símbolos oficiais. Quanto à publicidade dos órgãos públicos, quase todos os Estados suplementaram as disposições do § 1º, do art. 37, da Carta Magna.²¹

Consta da doutrina que o princípio da publicidade estatal significa que:

"por ele se exige a não obscuridade dos comportamentos, causas e efeitos dos atos da Administração Pública, a não clandestinidade do Estado, a se esconder, em sua atuação, do povo. É que o exercício ético do poder exige que todas as informações sobre o comportamento público dos agentes sejam oferecidas ao povo"²²

Também é esclarecido pela doutrina que:

é graças à publicidade dos atos administrativos que se podem estabelecer mecanismos de controle da gestão pública. Neste sentido, o princípio da publicidade funciona como princípio fiscal da observância dos demais²³.

A Administração Pública necessita levar ao povo o conhecimento de suas realizações, sendo inviável o silêncio sobre esses feitos, pois isso é o que afasta o mau administrador do bom.

²⁰ Idem

²¹

Ibidem

²²

(CF) ROCHA, CÁRMEM LÚCIA ANTUNES, **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, Ed. Del Rey, 1994, p. 240.

²³ (CF) PAZZAGLINI FILHO E OUTROS, citados por MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA, **Interesses Difusos em Espécie**, Ed. Saraiva, 2000, p. 91.

Pelo o que podemos verificar, o direito de informar ao público os acontecimentos e os empreendimentos da Administração Pública é algo que encontra autorização e respaldo na Lei infraconstitucional e no Texto Constitucional.

3.2 Difusão social da promoção pessoal dos governantes

Como pudemos esclarecer anteriormente, os Governantes têm o dever de informar todos os atos praticados em sua gestão, salvo exceções previstas em lei, e tem o direito de fazê-lo através da publicidade encontrada nos meios de comunicação social, de modo que a divulgação alcance as mais distantes camadas sociais. Entretanto, o que vem ocorrendo é a publicidade institucional do Governo realizada de maneira que caracteriza a promoção pessoal do governante.

Resta claro que na Publicidade oficial ocorre a exaltação pessoal da figura do governante. Seria ingênuo negar que a publicidade institucional do Governo se desenvolve associando-se a obra realizada ao nome do Administrador. Se assim não fosse, certamente não se realizaria da forma tão intensa e elaborada pela qual se dá, disputando as agências especializadas as altas contas oficiais da propaganda.

Em relatório feito por auditorias na área de publicidade, aprovado em novembro de 2006 pelo Tribunal de Contas da União, aponta prejuízo aos cofres públicos estimado em R\$ 106,2 milhões. Foram investigados gastos de publicidade de 17 órgãos ou empresas da administração pública num período de cinco anos, entre 2000 e 2005.²⁴

Em 2006, os gastos com propaganda estatal federal passaram de R\$ 1 bilhão pela primeira vez na história do Brasil. O valor consumido pelos órgãos da administração direta e indireta chegou a R\$ 1.015.773.838.²⁵

²⁴ Disponível em www.tcu.gov.br, acesso em 30/10/2008.

²⁵

Disponível em <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/abril-2007/lula-bate-recorde-e-gasta-mais-de-r-1-bilhao-em-publicidade/>, acesso em 30/10/2008.

Contudo, em 2007, foram gastos 18,5% a menos do que em 2006 com a propaganda estatal. Em 2008, a Secom (Secretaria de Comunicação Social), estima o aumento dos gastos estatais com a publicidade oficial, aproximando-se do recorde registrado em 2006.²⁶

Para 2009, a União aumentará em 32% o valor gasto com publicidade, bem acima da inflação prevista para este ano que é de 6,5%.²⁷

O impacto dos *mass-media* (sistemas organizados de produção, difusão e recepção de informação, que são geridos, por empresas especializadas na comunicação de massas de uma nação) afeta as formas tradicionais de relação entre os governantes e os cidadãos. Tal idéia foi exposta por SERVAN-SHREIBERA, em o *Estado Espetáculo*²⁸. (citação)

A prática de atos visando a promoção de personalidades é tradicional no Brasil e no mundo, onde os Governantes se devotam a apresentar as ações típicas do Governo em forma de show. Esse comportamento é resultante do sistema unipessoal de governo existente no país.

Como foi abordado no início deste trabalho, o governante age como um “ator” e, para permanecer em notoriedade, se faz estar em constante espaço nos meios de comunicação. Sua ligação com os eleitores se faz através de elementos de caráter afetivo.

Utiliza-se dos meios de comunicação de massa, que formam a imagem do político, e é fazendo uso desses meios que o agente político procurará a identificação com algum arquétipo que o caracterize como o “grande pai” ou do herói.

A propaganda política é utilizada como uma empresa organizada para influenciar a opinião pública e dirigi-la. A amplitude de sua influência avultou de tal

²⁶

Gazeta mercantil, disponível em www.gazetamercantil.com.br, acesso em 30/10/2008.

²⁷

Revista veja, editora abril, em 07/09/2008.

²⁸

SERVAN, Shereiber. “ *O Estado- espetáculo*”.Difel, 1976.

maneira no Século XX, que se impõe falar de um salto qualitativo, mesmo que a intenção do propagandista e certos procedimentos seus tenham, em regra, permanecido inalterados desde a origem das sociedades políticas. Políticos, estadistas e ditadores, de todos os tempos, procuraram estimular o apego às suas pessoas e aos seus sistemas de governo

A propaganda política moderna não é simplesmente o uso das técnicas de difusão destinadas às massas. Ela precedeu a invenção da maior parte dessas técnicas. Seu aparecimento coincide com o dos grandes mitos que arrastam um povo

Napoleão afirmou que um Governo deve preocupar-se, sobretudo, em obter a opinião favorável da população: "Para ser justo, não é suficiente fazer o bem, é igualmente necessário que os administrados estejam convencidos. A força fundamenta-se na opinião. Que é o Governo? Nada, se não dispuser da opinião pública."

Hitler deve-lhe, essencialmente, suas vitórias, desde a tomada do poder até a invasão de 1940. Esses dois Estadistas são dois gênios da propaganda e ambos proclamaram a supremacia dessa moderna arma.

Hitler chegou a afirmar que: "A propaganda permitiu-nos conservar o poder, a propaganda nos possibilitará a conquista do mundo".

No decurso da Segunda Guerra Mundial, a propaganda acompanhou sempre e, algumas vezes, precedeu os exércitos. A Wermacht possui, na Rússia, "companhias de propaganda". Ela fez mais para a conversão da China ao comunismo do que as divisões de Mao-Tsé-Tung.

O Ex-Presidente americano Jonh Kennedy foi talvez quem mais utilizou essa forma de provocar admirar admiração pessoal pelo cultivo da imagem.

Aqui no Brasil, a exaltação da imagem pessoal ocorreu mais fortemente no Governo de Getúlio Vargas, no qual houve um aumento dos atos pessoais, visando engrandecer a pessoa do Presidente da República e demais membros de Poder.

Fernando Collor de Mello, que ficou conhecido como o “caçador de marajás”, cuidou da exaltação de sua figura pessoal, fazendo um eficiente trabalho de construção da imagem baseada no mito do pai-herói, criando, assim, a ilusão de que era bastante qualificado para administrar os negócios públicos.

O mencionado Presidente era, constantemente, “surpreendido” praticando esportes, pilotando potentes motocicletas ou *jet-skis*. Ele, muitas vezes, chegou a ser comparado ao herói americano Indiana Jones.

Tudo isso é absolutamente difuso na sociedade. O Governante sempre buscou e busca obter uma sólida relação com os seus administrados, a se converter em dividendos políticos ou votos.

É difícil para o Administrador divulgar atos da administração, ainda que seja de maneira comedida, buscando fins educativos, informativos ou de orientação social, que não logre, de qualquer forma, por mínimo que seja, uma promoção pessoal. É praticamente impossível não mencionar uma obra sem aludir, ainda que indiretamente, ao seu autor, tal a íntima associação que existe entre certas realizações da Administração Pública e a pessoa do administrador. No Ceará, em exemplo dado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Napoleão Nunes Maia Filho, a eletrificação do interior do Estado vincula à pessoa do Governador Virgílio Távora, o Canal do Trabalhador remete à pessoa do Governador Ciro Gomes e a construção do novo Aeroporto Pinto Martins alude à pessoa do Governador Tasso Jereissati. A publicidade dessas obras é inevitavelmente captada, mesmo subliminarmente, como promoção pessoal dos gestores que as realizaram.²⁹

É extremamente difícil o administrador não ter o aproveitamento político da publicidade oficial. Entretanto, o administrador apenas poderá auferir da publicidade institucional um aproveitamento indireto. Se uma divulgação foi tomada em consonância com a finalidade do poder exercido e favoreceu, indiretamente, a imagem do Governante, não haverá desvio de finalidade do princípio da publicidade.

²⁹ MAIA FILHO, NAPOLEÃO NUNES, **Estudos Tópicos de Direito Eleitoral**, disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17450/1/Limita%C3%A7%C3%A3o_Publicidade_Institucional.pdf. Acesso em: 24/10/2008.

Desta feita, se uma campanha publicitária apenas menciona o nome da autoridade responsável pelo ato, obra ou serviço, a que se dá a divulgação, não caracteriza, por si só, violação ao art. 37, §1º da Constituição Federal. É preciso que seja uma verdadeira propaganda pessoal da autoridade, uma publicidade que visa convencer a sociedade de que ele é o melhor administrador.

Nesse palmilhar de idéias, corroborando o entendimento ora exposto, apresenta-se o seguinte julgado do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, emergindo do acórdão a seguinte ementa:

Ação Popular – Publicação paga pelo Erário Público de matéria informativa sobre realizações da Administração Municipal, com as pessoas dos administradores referenciadas – Promoção pessoal indemonstrada, a qual não exsurge manifesta no texto publicado, onde prepondera a matéria informativa, de interesse dos munícipes – Inteligência do artigo 37, *caput* e § 1º, da Constituição da República e artigo 2º da Lei n. 4.717, de 1965 – Ação improcedente – Recursos improvidos³⁰.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem utilizando o “critério da ênfase” para verificar se o conteúdo da campanha publicitária está enfatizando a obra ou serviço ou a pessoa que a realizou. Se na análise for verificado que a ênfase tenha sido a pessoa, a publicidade consistirá em autopromoção e terá violado o art. 37, § 1º da Constituição Federal de 1988.

O Colendo Superior Tribunal Justiça, em decisão do processo que tratava de acusação de utilização de direito de resposta em programa eleitoral com característica de promoção pessoal pelo Governador do Estado da Bahia na época, o Sr. Antônio Carlos Magalhães, assentou que, na verificação da ilicitude na realização de publicidade institucional, é o conteúdo da matéria que define a ocorrência da violação do art. 37, § 1º da Constituição Federal:

Constitucional e Processual Penal. Administração Pública. Limite da publicidade dos atos, programas, obras e serviços. Se na avaliação do conteúdo da matéria publicitária, quando deve-se verificar se a ênfase esta posta na obra ou serviço, ou na pessoa que os realizou, e não se vislumbra a existência de Informes Publicitários que extrapolem os limites permitidos pela constituição, o inquérito deve ser arquivado³¹.

O Ministro José de Jesus Filho acolheu em seu voto parecer da Procuradoria da República:

³⁰ BONIFÁCIO/SP: TJSP, Apelação Cível nº 260.445-1

³¹ Inq. 85-BA, Rel. Min José de Jesus, DJU 30.08.93, p. 17.255.

“No exame da questão deve-se observar, antes do mais, que a Lei Maior não proíbe, propriamente, a publicidade, de caráter informativo, dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos veda, apenas aquela que visa à promoção de autoridades ou servidores públicos. Assim, o fato de em determinada campanha publicitária mencionar-se o nome da autoridade ou do servidor público responsável pelo ato, obra ou serviço a que se dá divulgação,

não caracteriza, por si só, infração ao dispositivo no art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Isto porque a norma tem por objeto coibir o abuso, a promoção de cunho nitidamente pessoal, a autopromoção, e não exigir modéstia daquele que, julgando haver bem desempenhado sua missão, presta contas à comunidade a que está a serviço, divulgando as realizações de seu governo ou de sua administração. Assim, na avaliação da matéria publicitária, há de se levar em conta a utilidade pública da divulgação: deve-se verificar se a ênfase está posta na obra ou serviço, ou na pessoa que os realizou.”³²

Também o Tribunal Superior Eleitoral tem o entendimento neste mesmo prisma. Confira-se:

"1. A veiculação de logomarca ou slogan na publicidade institucional de Governo só constitui abuso de poder político, para fins de inelegibilidade, quando configura propaganda pessoal

2. Não enseja inelegibilidade por abuso de poder político ou por uso indevido de veículos ou meios de comunicação a publicidade e boletim informativo sobre as atividades de Governo, a não ser quando configura propaganda pessoal³³

A violação do art. 37, § 1º da CF ocorrerá, portanto, quando fizer publicidade de maneira que a mensagem a ser percebida pelo receptor esteja vinculada em seu mérito à realização, na medida em que se tem a exaltação ou elogios ao Administrado pagos pelas finanças públicas.³⁴

O que vai definir se a publicidade oficial é pessoal ou não, é a maneira pela qual se vincula a atividade administrativa à autoridade. É preciso que seja realizada uma análise para depreender se a informação dos atos, obras ou serviços públicos prepondera a finalidade pública ou a pessoalização do Administrador.

É imperioso, ainda, verificar se a publicidade utilizada é meio adequado, necessário e proporcional para atingir os fins almejados. Como exemplo, Júlio César

³² *Idem.*

³³ RESPE 15297 – Rel. Costa Porto, publ. DJU 06/11/1998, Página 85.

³⁴ Celso Ribeiro Bastos, apud, Finger, Júlio César, Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da Administração Pública, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2006.

Finger afirma ser desproporcional e desnecessário o fato de uma campanha ser excessivamente intensa em rádio, televisão e jornais para divulgar uma prestação de contas de um pequeno município do interior, na hipótese de a informação ser de interesse somente daqueles munícipes.³⁵

A utilização de *slogans* ou de logomarcas que busquem identificação pessoal com o administrador ou com o partido ao qual é filiado é um expediente que caracteriza a promoção pessoal vedada constitucionalmente. Os Poderes Públicos devem utilizar, na publicidade oficial, somente símbolos oficiais, tais como bandeira, brasão, armas e hino, de modo correto e impessoal, e o nome do ente ou órgão público, Governo Federal ou Estadual ou Municipal, Prefeitura ou Câmara Municipal, Ministério ou Secretaria de Educação, de Saúde, do Trabalho, etc. na veiculação de suas atividades.

Um exemplo de propaganda ilícita é o caso da Prefeita Municipal de Fortaleza, Luizianne Lins, que ficou conhecida pelos eleitores com o apelido de “loira do PT”. Essa designação constava inclusive em seus adesivos e nos *jingles* da campanha de 2004, que tinha como slogan “Fortaleza Bela”. Mesmo após a sua consagração nas urnas e de sua posse, continuou a projetar na publicidade institucional o símbolo com o slogan “Fortaleza Bela” que a identificam, levando aos cidadãos a mensagem clara e direta de que a atuação do Estado está atrelada à prefeita, transmitida com o símbolo e o nome de sua própria campanha “Fortaleza Bela”.

Em representação judicial promovida pelo PSDB, alegou-se que a utilização do slogan “Fortaleza Bela” com as cores vermelho e amarelo, representariam o Partido dos Trabalhadores, ao qual a aludida prefeita é filiada, e faria alusão à tonalidade dos cabelos de Luizianne, caracterizando, assim, promoção pessoal.

Em decisão proferida em 15 de maio de 2008, o juiz eleitoral da 117ª zona eleitoral, o Dr. Emanuel Leite Albuquerque, observou que o slogan “Fortaleza Bela” foi o mesmo da campanha de Luzianne Lins para prefeita e depois foi incorporada à

³⁵ Finger, Júlio César, *Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da Administração Pública*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2006.

sua administração, e isso, segundo o Eminentíssimo Juiz, representava uma exaltação à pessoa da prefeita:

Compreendo, então, que diferente do brasão da Prefeitura desta cidade de Fortaleza, capital do Estado, que representa a própria Administração Municipal, o slogan "Fortaleza Bela", adotado para a atual gestão, representa a administração da sra. Prefeita, Luizianne de Oliveira Lins, retrata e destaca a sua pessoa como administradora e política. É esta a realidade fática estampada nos prédios públicos municipais, nas praças, nas placas de construção de obras, nos veículos, na divulgação de eventos sociais, calendários, nas consultas públicas, e outros, até mesmo nas vestes utilizadas por alguns servidores. ³⁶ (negritou-se).

Outro caso semelhante ao acima exposto foi o da Prefeitura do Município de Ronda Alta, no Rio Grande do Sul, no qual havia a inserção do símbolo que fazia alusão ao Partido dos Trabalhadores no material de expediente da Prefeitura, bem como a inserção da expressão "Administração dos Trabalhadores". Com base no art. 37, § 1º, da CF, a decisão da ação popular foi assim proferida:

Ação popular. Publicação de adesivo e material de expediente com símbolo e expressão alusivas a partido político. Nulidade do ato (CF-88; Lei nº 4.717/65, art. 1º, parágrafo único, "c"). Não é possível mandar publicar, às expensas do Município, adesivo e material de expediente com símbolo e expressão alusiva ao partido político do Prefeito. Procedência da ação. Apelação provida. ³⁷ (negritou-se).

Entendeu-se, nesse julgado, que havia propaganda ilícita que favorecia ao partido do prefeito e à pessoa do agente político às custas do patrimônio Público.

Outra forma de publicidade oficial ilícita é a que inclui nomes de autoridades viva em bens da Administração Pública. Aliás, a nível federal, essa conduta ofende, de forma incontestável, ao disposto nos arts. 1º. e ss., da lei n. 6.454/77:

"LEI Nº 6.454, DE 24 DE OUTUBRO DE 1977.

Dispõe sobre a denominação de logradouros, obras serviços e monumentos públicos, e dá outras providências.

Art 1º É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da Administração indireta.

Art 2º É igualmente vedada a inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas indicadores de obras ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública direta ou indireta.

³⁶ Processo nº 127/2008, 117ª ZONA ELEITORAL DE FORTALEZA, Juiz Emanuel Leite Albuquerque.

³⁷ Apelação Cível nº 592059299, 1º Câmara Cível, TJRS, rel. Des. Araken de Assis, pub. Em 6/10/92.

Art 3º As proibições constantes desta Lei são aplicáveis às entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais.

Art 4º A infração ao disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis a perda do cargo ou função pública que exercerem, e, no caso do artigo 3º, a suspensão da subvenção ou auxílio.

Art 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 24 de outubro de 1977;156º da Independência e 89º da República.

ERNESTO GEISEL “

Atribuir nome de pessoa ainda viva a logradouros e obras públicas, por mais merecido que possa ser, acarreta uma autopromoção e uma atitude personalista. Seria uma medida em contradição com o princípio da impessoalidade, que deve prevalecer nas ações do Estado. A homenagem pode, às vezes, cometer desatinos e afronta aos princípios legais, morais e éticos.

Em decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi julgada procedente ação popular movida contra o Município de Estância Turística da Barra, pois os nomes de autoridades foram inseridos em viaturas oficiais, bancos de jardim e placas indicativas de obras do Município.³⁸

AÇÃO POPULAR - Propaganda oficial com intuito de promoção pessoal - Violação ao artigo 37, § 1º, da Constituição da República - Ocorrência - Estampa de nomes e imagens em cadernos, panfletos e veículos municipais - Ato lesivo à moralidade administrativa - Prejuízo aos cofres públicos - Recurso não provido. A regra (artigo 37, § 1º, da Constituição da República) é bastante rigorosa. Proíbe a aparição da imagem da autoridade e mesmo sua referência por meio de invocação de seu nome.

A publicidade oficial pode ensejar, desde que previamente existente, uma nítida identificação do administrador com algum arquétipo, um campo mais fértil para a exploração simbólica. Essa situação revela-se mais eficaz e de difícil controle. São inúmeras possibilidades de identificação pessoal com o administrador ou com o partido a qual ele é filiado, dificultando, assim, o seu controle. Desta feita, os órgãos controladores terão sérios problemas práticos na fundamentação da decisão.

³⁸ TJSP - Ap. Cível nº 213.273-1 - Promissão - CCIV 7 - Rel. Leite Cintra - J. 14.09.94 - v.u..

Um recurso é analisar o conteúdo comunicado aos administrados, de que forma as informações são veiculadas, com que argumentos são informados, quando a propaganda é realizada e quais são os pontos ressaltados pela propaganda.

Caso seja verificada a existência de pessoalização, ainda que se trate de divulgação de realizações meritórias, sujeitar-se-á o infrator às sanções cabíveis.

3.3 Limitação da Publicidade Institucional no período que antecede ao pleito.

A propaganda oficial da União, dos Estados, dos Municípios e respectivas entidades da Administração indireta, quando estejam os seus cargos eletivos em disputa na eleição, não pode ser veiculada nos três meses que antecedem cada pleito.

A Lei 9.504/97 estabelece limitação de ordem temporal à divulgação da publicidade institucional pública com a seguinte disposição:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

VI - nos três meses que antecedem ao pleito:

(...)

b) com a exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição;

(negritou-se).

Objetiva o legislador ordinário, com a referida restrição, coibir o uso do aparato e dos recursos do Poder Público no período próximo às eleições, evitando,

assim, que se realizem promoções pessoais habilmente disfarçadas em publicidade institucional.

A disposição do art. 73, inciso VI, alínea b, acima transcrita, que excepciona a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, deve ser interpretada em conformidade com a Carta Magna, que garante a publicidade institucional, vedada a utilização de nomes, símbolos ou imagens que possam direta, indiretamente ou subliminarmente, caracterizar a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ante a sua interpretação do conteúdo da norma garantidora da publicidade governamental, afirma que:

"Visa essa norma a impedir que a publicidade governamental sirva de instrumento promocional para a autoridade ou servidores públicos. Ela, assim, não proíbe essa publicidade, seria um absurdo se o fizesse, pois ela é indispensável à informação que o cidadão tem direito a receber (v. art. 5º, XXXIII). Todavia, essa publicidade poderá ter, além desse caráter informativo, também caráter educativo, ou de orientação social.

No desidrato de impedir a personalização, ainda que indireta, dessa publicidade, o texto proíbe o uso de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a divulgação a governante ou servidor determinado.³⁹" (grifou-se)

Apesar de ser necessária essa limitação da lei ordinária, para evitar abuso do Governante aspirante à reeleição, não é concebível que o processo eleitoral venha a imobilizar as atividades administrativas normais dos chefes do Poder Executivo Estadual ou Federal que disputam a reeleição, tendo em vista que vedando a publicidade oficial, poderá acarretar prejuízo à continuidade das políticas governamentais das diversas áreas, principalmente as referentes à saúde e às atividades sociais.⁴⁰

Para se dar aplicação compatível com a Carta Magna ao dispositivo legal inserido no art. 73, VI, b da Lei 9.595/97 e ao mesmo tempo assegurar a necessária continuidade da gestão pública, que não deve ser prejudicada com a disputa

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. 1, Ed. Saraiva, pag. 252.

⁴⁰ MAIA FILHO, NAPOLEÃO NUNES, **Estudos Tópicos de Direito Eleitoral**, disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17450/1/Limita%C3%A7%C3%A3o_Publicidade_Institucional.pdf. Acesso em: 24/10/2008.

eleitoral, faz-se imperioso a distinção entre publicidade institucional do Governo e informação administrativa.

A publicidade institucional do Governo é um meio de propaganda, pela qual busca exercer uma ação psicológica sobre o público, enquanto a informação administrativa é neutra e se completa com a simples comunicação ou notícia trazida ao conhecimento de uma pessoa ou do público, não visando à colheita de efeitos favoráveis.⁴¹

A simples informação ao público de matérias de interesse administrativo não está proibido pelo dispositivo em comento, podendo ser feita a sua divulgação ampla não somente através da publicação no jornal oficial, mas também através da mídia do rádio e da televisão.

Neste sentido, o Colendo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará, apreciando recurso em matéria semelhante ao assunto em apreço, assentou diretriz com esse sentido, ao decidir que são permitidas, mesmo nos três meses anteriores ao pleito deste ano, as comunicações dirigidas às frentes produtivas de trabalho no interior do Estado, pelo rádio e pela televisão, já que tais iniciativas caracterizam-se como necessárias ao programa oficial dos Governos Federal e Estadual de socorro aos agricultores nordestinos⁴².

Muito embora não exista uma limitação aos gastos com propaganda administrativa para cada unidade da federação, a Lei nº 9.504/97, além de proibir sua veiculação nos três meses antes do pleito, veda que os valores concernentes à essa despesa, excedam à média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano anterior à eleição.⁴³

Muitos candidatos à reeleição, pouco antes do pleito, lançam propaganda institucional maciça. Configura-se o desvio de finalidade, devendo a Justiça eleitoral coibir o abuso. A distorção da propaganda oficial, com o fito de promover a pessoa do titular do poder, ou o seu sucessor, mediante o uso da utilização de sua imagem

⁴¹

Idem.

⁴²

Processo 11.091 - Recurso Eleitoral, recorrente: Estado do Ceará; recorrido: Ministério Público Eleitoral.

⁴³ Pinto Djalma, Direito Eleitoral: **Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal, noções gerais**, pág.206 São Paulo, Atlas, 2003.

ou exaltação do seu nome, caracteriza prática que pode ensejar a restituição dos valores desembolsados a expensas do dinheiro público ou até mesmo a própria cassação do registro do candidato à reeleição. Nesse diapasão, segue a dicção do art. 74, da Lei 9.504/97:

“Art. 74 Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

Há uma aparência de inconstitucionalidade no dispositivo, haja vista que acrescenta à norma magna uma restrição de oportunidade que nela não se contém. Entretanto essa aparência tende a desaparecer, se a disciplina constitucional for vista como um sistema, prestigiando a Constituição, na qual se encarta, agora, a reelegibilidade dos gestores.

Será sempre extremamente difícil a dissociação entre as figuras do governante e a do candidato à reeleição, uma vez que essa distinção seria de extrema sutileza, pois as duas qualidades estão insculpidas na mesma pessoa.

Legitimada constitucionalmente a reeleição dos ocupantes dos cargos executivos (art. 14, § 5º da Carta Magna), é imperioso assegurar o máximo de isonomia possível no terreno da disputa entre os candidatos não ocupantes do cargo pleiteado e o candidato à reeleição, sendo compatível esse objetivo a proibição da publicidade institucional, mesmo que seja puramente informativa das ações governamentais, em face, como anteriormente dito, da impossibilidade real de dissociação das figuras do ocupante do cargo da figura do candidato a eleição.

Cumprir salientar que a proibição é restrita ao período de três meses que antecede a realização do pleito, o que é um lapso temporal muito curto, não permitindo que desapareçam do subconsciente do eleitorado as imagens que lhe foram impregnadas antes desse tempo, através da massiva publicidade governamental.

O ideal da Isonomia termina, de certa forma, não se realizando, pelo menos com a amplitude desejada pela igualdade de oportunidades que deve ser

força matriz das disputas eleitorais. Os governantes candidatos serão sempre favorecidos.

3.4 A influência da mídia: os mega-meios de comunicação e noticiários da grande imprensa

A política sempre representa uma disputa ferrenha entre os candidatos em busca de eleitores. Desde a Grécia antiga, os políticos divulgavam suas idéias em praça pública com o fito de conquistar votos, configurando uma forma de propaganda política já nessa época.

A campanha política, portanto, não é um fenômeno recente, já existindo na antiguidade. O que se pode afirmar como novidade, em se tratando de propaganda, é a sua caracterização e destinação na modernidade, principalmente neste século, em virtude do surgimento do que ficou conhecido como “ sociedade de massas”. O que ocorreu foi simplesmente uma evolução, na maneira em que passou a ser realizada, ganhando novos aspectos e meios.

Com o crescimento da população, o modo pela qual os políticos veiculavam suas idéias, em busca de votos, evoluiu para conseguir atingir o maior número de eleitores que passou a existir.

Para essa evolução, concorreram três fatores que modificaram a maneira de se fazer campanha política.

O primeiro é o surgimento da imprensa. A sua invenção teve um impacto tanto na política quanto na sociedade em geral. A partir dela, as idéias deixaram de ser divulgadas oralmente para serem impressas. Sobre a matéria dispõe Osterne Feitosa:

A invenção da imprensa, há 500 anos, democratizou o acesso à informação. Permitiu a difusão de idéias de todo o tipo, mesmo tendo encontrado dificuldade para vencer a oposição e a censura do poder estabelecido. A imprensa, como meio, transmitiu idéias e solidificou conceitos que causaram revoluções religiosas e políticas, derrubaram impérios e sistemas do governo, mudando para sempre a face da humanidade. ⁴⁴

⁴⁴ (CF)Feitosa, Osterne. **Mídia e campanhas eleitorais. Reforma política, novos caminhos para a governabilidade.** Apostila da Fundação Demócrito Rocha, p. 163.

O segundo fator foi o surgimento do rádio e da televisão. Com a invenção da rádio, e posteriormente da televisão, a propaganda política passou a ser transmitida de forma mais rápida e ágil. Esses meios possuem uma maior facilidade de atingir o público, haja vista que é mais fácil de ser assimilada e compreendida do que a propaganda impressa, alcançando o leitor de forma objetiva e efetiva.

O último fator, surgido em um passado recentíssimo, é a *Internet*. Com o advento da rede internacional de computadores, a divulgação de informações ganhou dinamismo nunca antes visto, com um grande número de candidatos utilizando o recurso das páginas da *Internet* para a divulgação de seus feitos.

Esses três fatores acima aludidos possibilitaram a comunicação com as massas de forma rápida e efetiva. Os candidatos passaram a atingir seus eleitores de forma instantânea através de sons, textos e imagens. Atualmente, é possível alcançar as mais diversas camadas sociais do país através dos mais variados meios de comunicação.

O sucesso de muitos programas públicos está sempre condicionado à boa divulgação dos seus resultados, do mesmo modo que as figuras dos governantes têm maior ou menor índice de popularidade de acordo com o favorecimento ou adversidade do noticiário da grande imprensa.⁴⁵

Os Governantes públicos, em regra, procuram cativar a simpatia da imprensa com o objetivo de obter a análise positiva dos jornalistas mais influentes da mídia.

Após o período da Segunda Guerra Mundial, especialmente na década de 60, surgiu nos regimes democráticos uma espécie de publicitário cuja função é “vender” o político à opinião pública. Tal publicitário, denominado de “marqueteiro político”, trata-se do mesmo publicitário que realiza a propaganda comercial, o qual acaba por aplicar as mesmas técnicas de persuasão desta, no intuito de obter votos para os políticos e candidatos a quem presta serviço.

⁴⁵ Filho, Napoleão Nunes Maia, **Temas de Direito Administrativo e Tributário**, Casa de José de Alencar UFC, Fortaleza, 1988.

A mídia é, portanto, o meio pelo qual o eleitor recebe as informações, tornando-se essencial para o sucesso de uma campanha, tendo em vista que sem ela o político não consegue atingir de forma efetiva o seu eleitorado.

Pelo fato de a mídia ser, segundo Osterne Feitosa, “o filtro pelo qual a população toma conhecimento de tudo que aconteceu, de quem é quem no mundo político, de quem faz, de quem pensa⁴⁶”, ela tem o poder de construir ou destruir a imagem de um Administrador Público.

É inegável a influência que a mídia possui na consciência popular. Muitos a chamam de quarto poder. Quanto maior o meio de comunicação e o índice de popularidade do programa, jornal ou revista, maior é a repercussão e a influência na sociedade.

Por conta da parcialidade da imprensa, durante o período eleitoral, a lei estabelece vedações às transmissoras de televisão e assegura o programa eleitoral gratuito, no qual o próprio partido pode divulgar sua ideologia e criar sua imagem. O art. 18, §3º da Resolução n.20.988/02 do Tribunal Superior Eleitoral determina que abusos praticados pela imprensa devem ser apurados por Inquérito Judicial Eleitoral. A lei determina que a imprensa deve ser isenta, independente e servir como transmissora dos acontecimentos aos povo de forma neutra.

É notório que o *marketing* político influencia decisivamente nos processos eleitorais, o que vem acarretando novas interpretações acerca do comportamento eleitoral e do próprio papel da mídia. Até mesmo nos países de tradição democrática as escolhas feitas pelos eleitores têm se pautado em grande parte por fatores não-racionais ou, então, não com a racionalidade que, por lógica, caracteriza a modernidade. A tendência do voto baseado na plataforma ou ideologia política dos partidos ou candidatos é decrescente.⁴⁷

Resta cristalino que a característica de se votar em nomes, e não nos partidos, é própria das sociedades altamente pessoalizadas e de pouca tradição democrática, mas estudos vêm demonstrando que há uma tendência nesse sentido,

⁴⁶(CF) Feitosa, Osterne. **Mídia e campanhas eleitorais. Reforma política, novos caminhos para a governabilidade.** Apostila da Fundação Demócrito Rocha, p. 168.

⁴⁷ É esse também o entendimento de Júlio César Finger em sua obra **Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da Administração Pública**, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

mesmo nos países desenvolvidos. O eleitor de atualmente tem uma afinidade com os políticos, pautada em bases emocionais e afetivas, o que ocasiona a estabelecer relações de admiração, confiança e lealdade, independente de programas partidários. As novas escolhas são decorrentes da expansão da mídia eletrônica, que levou à desestruturação das lealdades anteriormente existentes.⁴⁸

⁴⁸ Silveira, Flávio Eduardo, apud, Júlio César Finger em sua obra **Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da Administração Pública**, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

4 DESVIO DA PUBLICIDADE E O MEIO JUDICIAL DE SUA CORREÇÃO

“Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa-se que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”

(Montesquieu)

4.1 O Poder Judiciário como interventor na Administração Pública

A garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, que prevê que o Poder Judiciário atuará na apreciação de lesão ou ameaça de direito, permite que o judiciário atue sua jurisdição sobre os atos administrativos. Entretanto, há uma limitação: o princípio da separação dos poderes.

Cada poder tem a sua função específica. O Poder Legislativo elabora normas abstratas, gerais e impessoais, o Poder Judiciário aplica o direito ao caso concreto no escopo de dirimir conflitos e o Poder Executivo cuida da gerência dos interesses coletivos.

A constituição Federal de 1988 resguarda a independência e harmonia existente entre os Poderes. Independência significa liberdade no desempenho de seus misteres.

O aparente impasse existente entre a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a garantia de independência dos Poderes é o cerne da problemática do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

No que se refere aos aspectos vinculados, a doutrina e jurisprudência são unânimes em permitir o pleno controle da legalidade desses aspectos. Quanto a isso não há dúvidas. Entretanto, no que tange aos aspectos não vinculados do ato administrativo discricionário, há uma celeuma. Não sendo a discricionariedade uma faculdade ilimitada ao administrador, oportuna é a discussão acerca do cabimento do exame jurisdicional dos atos discricionários.

Em decorrência da constante relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o “direito por regras”, foi perdendo espaço para o “direito por princípios” no constitucionalismo contemporâneo, de tal sorte, que no Antigo Estado Democrático de Direito do Estado Liberal fazia-se o culto da lei, enquanto no Novel Estado de Direito, há o culto à Constituição.⁴⁹

Com a introdução pela doutrina do princípio da juridicidade como uma nova face do princípio da legalidade, norteador da atuação do gestor público, modificou-se a visão do controle jurisdicional dos atos discricionários. Ocorreu uma ampliação no conteúdo da legalidade, que não mais só prescreve a necessidade de obediência à lei em sentido estrito, mas também a todo o ordenamento jurídico. Essa mudança gerou conseqüências no tocante à compreensão do Direito sobre os domínios da atividade administrativa do Poder Público, inclusive da não vinculada, na qual se incluem a discricionariedade e a valoração administrativa de conceitos indeterminados, os quais passaram a ter como parâmetro não apenas o princípio da legalidade, mas também pelos princípios da razoabilidade, da imparcialidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, dentre outros, explícitos ou implícitos na Constituição de 1988.

Sob esse prisma é que o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deve ser analisado. Tais atos deverão ser estudados em todos os seus aspectos, quer sejam atos vinculados (agente competente, forma e finalidade), quer sejam não vinculados (motivo e objeto). A discricionariedade administrativa não pode ser de atuação ilimitada pelo Administrador Público, é imperioso que a Administração obedeça as regras e princípios administrativos.

⁴⁹ Moraes, Germana de Oliveira, **Controle Constitucional da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Dialético, 2004.

Nesse passo, o controle de juridicidade é realizado com base nos princípios constitucionais e princípios gerais do direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, pela mais balizada doutrina e jurisprudência pátria.

O Poder Judiciário, ao controlar o ato administrativo discricionário, no que tange aos aspectos não vinculados, não está interferindo o seara do administrador. Declarando a nulidade do ato em desconformidade com a lei (controle de legalidade) ou com os preceitos constitucionais (controle de juridicidade), está exercendo função jurisdicional, a qual é exercida, preponderantemente, por ele. Portanto, a intervenção do Poder na Administração Pública é imprescindível para adequá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, corrigindo possíveis erros do administrador ou abuso no exercício de seu poder.

4.2 Ação Civil Pública e Ação Popular como meios processuais hábeis para controlar a publicidade estatal

A violação do art. 37,§1º somente se pode verificar no caso concreto, não sendo concebível a imputação genérica ou abstrata de sua ocorrência, haja vista que se trata de um ilícito administrativo que enseja a aplicação de sanção.

A constatação da violação da norma constitucional que veda a promoção pessoal do Governante, através da publicidade institucional da Administração Pública, pode ser alcançada na análise dos requisitos da Administração Pública, que são: a forma de que se revestiu da competência do agente, do motivo determinante da atividade, do seu objeto e da finalidade visada.

A ocorrência de vício ou de defeito em algum dos cinco elementos que formam o ato administrativo é motivo determinante de sua ilegalidade.

A Publicidade que descumpre o que foi determinado constitucionalmente, gerando prejuízo ao Erário, é ilícita e possibilita o ajuizamento de ação popular, conforme o art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, baseado na lesão ao patrimônio público, devendo o Poder Judiciário realizar, dessa forma, a função de controle da Administração Pública.

A doutrina dominante reconhece que a ação popular é o instrumento cabível contra os abusos e desvios cometidos pelas autoridades públicas. Entretanto há doutrinadores que entendem ser cabível, também, a Ação Civil Pública.

Face a controvérsia doutrinária, requer imperioso analisar os dois institutos processuais em comento.

A Ação Popular, segundo José dos Santos Carvalho Filho, “é a garantia de nível constitucional que visa à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.”⁵⁰

A Constituição Federal de 1988 contempla a Ação Popular em seu art. 5º, LXXIII, *in verbis* :

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Já a disciplina infraconstitucional, é regulada pela Lei nº 4.717, de 29/6/1965.

O nome Ação Popular deriva do fato de atribuir a qualquer cidadão brasileiro legitimidade para pleitear a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, mas à coletividade.

Através do referido remédio constitucional, o cidadão defende o interesse público, motivo pelo qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição protege.

O ato lesivo não é somente aquele que causa prejuízo ao erário público, mas, todo ato que ofende os princípios da Administração. Desta feita, para se atacar um ato, não é mais necessária a comprovação do prejuízo econômico, bastando a simples ofensa a um dos princípios que regem a coisa pública. Dessa forma, quando o administrador viola o perfil da Publicidade oficial traçado na Constituição Federal,

⁵⁰(CF) CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. pág. 862.

configurando a publicidade do Governo em promoção pessoal, não mais se cogita da demonstração de prejuízo pecuniário, já que a lesão está na ofensa aos princípios que regem a Administração Pública.

Fazendo menção ao reconhecimento da lesividade decorrente da violação dos princípios constitucionais, possível citar como exemplo uma ofensa aos princípios da Impessoalidade e da moralidade em casos de publicidade oficial, consoante se vislumbra na seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MUNICÍPIO DE FARROUPILHA. AÇÃO POPULAR. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 37, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. FERIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INTEMPESTIVIDADE NA INTERPOSIÇÃO DE UM DOS RECURSOS. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DO MUNICÍPIO DE FARROUPILHA. IMPROVIMENTO DO OUTRO RECURSO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. APELO DO MUNICÍPIO. NÃO-CONHECIMENTO. O prazo para interposição do recurso de apelação contar-se-á da intimação da sentença publicada na imprensa oficial, restando irrelevante, para tal fim, a posterior intimação pessoal de mesmo teor. Precedente. Intempestividade.

2. APELO DE BOLIVAR ANTONIO PASQUAL E OUTROS. IMPROVIMENTO.

2.1. DE ACORDO COM O QUE DISPÕE O ART. 37, § 1º DA CF/88, A PUBLICIDADE DOS ATOS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS DEVERÁ TER CARÁTER EDUCACIONAL, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL, NÃO PODENDO, OUTROSSIM, CONSTAR NOMES SÍMBOLOS OU IMAGENS QUE CARACTERIZEM PROMOÇÃO PESSOAL DE AUTORIDADES.

2.2. Destarte, a utilização do nome do prefeito municipal em material publicitário do município, por si só, já fere os princípios da moralidade e impessoalidade, que devem permear os atos administrativos. Ainda mais quando desse material publicitário consta o nome do partido político dos representantes do município, bem como o folhetim usado pelos mesmos em campanha eleitoral.

APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE FARROUPILHA NÃO CONHECIDA.

APELO DE BOLIVAR ANTONIO PASQUAL E OUTROS NÃO PROVIDO⁵¹.

⁵¹ Apelação cível nº 70015547037, quarta câmara cível, diário de justiça do dia 26/10/2006

Desta feita, conclui-se que para se atacar um ato não é mais necessária a comprovação de perda monetária, bastando a simples ofensa a um dos princípios que regem a coisa pública, porém, sempre com um análise criteriosa de cada caso concreto.

No que tange à Ação Civil Pública, esta é o instrumento judicial cabível para a tutela dos interesses coletivos e difusos. Tal instituto está previsto na Constituição Federal de 1988, quando menciona as funções atribuídas ao Ministério Público. A legitimidade do Ministério Público para intentar a presente demanda judicial deflui, portanto, do artigo 129, inciso III, da Carta Magna, o qual confere a esta instituição a legitimidade para a instauração de inquéritos civis e proposição de ações civis públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, se não vejamos:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...).

O inquérito civil aludido no artigo supra é o procedimento administrativo de competência do Ministério Público que se configura como preparatório da Ação Civil Pública, no qual são colhidos elementos para a sua propositura, semelhante ao que ocorre com o inquérito policial, igualmente preparatório da ação penal.⁵²

O diploma que contém a disciplina da ação é a Lei n.º 7.347/85, que sofreu algumas alterações posteriores. Embora essa lei não contemple de modo expreso o manejo da ação civil pública para a defesa do patrimônio público, diante do dispositivo constitucional citado, vê-se que foram ampliadas as hipóteses de cabimento da ação civil pública para o ministério Público, sendo possível, por essa via, a tutela jurisdicional para proteção do patrimônio público.

Neste palmilhar, Hugo Nigro Mazzilli aduz:

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. pág. 875.

“Contudo, o constituinte de 1988 ampliou as hipóteses de cabimento de ação civil pública para o Ministério Público, por meio da norma de extensão contida no artigo 129, III e § 1º, da Constituição. Hoje, pois, as hipóteses não mais são *numerus clausus*, entretanto, em matéria cível, o Ministério Público jamais tem legitimidade exclusiva para agir.”⁵³

A Lei n.º 8.078/90, denominada de “o Código de defesa do consumidor”, definiu o que seriam os direitos difusos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias e fato”, não restando dúvidas de que a proteção do patrimônio público é um interesse difuso, dada a sua transindividualidade, indivisibilidade e a indeterminação dos seus titulares, possibilitando a propositura da Ação Civil Pública

No que concerne a oposição daqueles que negam compatibilidades entre a ação popular e o objeto da ação civil pública, a jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça afasta qualquer dúvida, admitindo a propositura da ação civil pública para a repressão aos atos de improbidade administrativa. Colaciona-se, pois, o seguinte acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Ação Civil Pública. Atos de Improbidade Administrativa. Defesa do Patrimônio Público. Legitimação ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13). Lei 8.429/92 (artigo 17). Lei 8.625/93 (arts. 25 e 26).

1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (artigo 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso não provido.”⁵⁴

Sobre o tema já teve oportunidade de se pronunciar o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

139028229 JCF.129 JCF.129.III JCF.37 JCF.37.1 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – A d. Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o

⁵³

(CF)MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996. p. 24.

⁵⁴ Resp. nº 154.128-SC, 1ª T., maioria, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 18/12/1998.

Ministério Público está legitimado para promover a ação civil pública, em defesa do patrimônio público (art. 129, III, da Constituição da República). Neste sentido, Embargos de Divergência no RESP nº 107384/RS, julg. 06.12.1999, Rel. Min. Eliana Calmon,

pub. DJ 21.08.2000, p. 89. ADMINISTRADOR PÚBLICO – PUBLICIDADE DE PROMOÇÃO PESSOAL – LESIVIDADE AO ERÁRIO – OBRIGAÇÃO LEGAL DE RESSARCIR AOS COFRES PÚBLICOS EM NOME DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE – O administrador que no exercício do cargo, realiza propaganda institucional com a intenção de se promover pessoal e politicamente, causando lesão ao Erário Público, deve por isso responder, nos termos da legislação, porque tal conduta viola do princípio da moralidade administrativa (art. 37, parágrafo 1º, da CR/1988, c/c artigos 11, caput e 12, inciso III, da LACP). APLICAÇÃO PARCIAL DAS SANÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – As cominações previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser observado o caso concreto, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes. Por isto, revela-se absolutamente correto e consentâneo com o princípio da proporcionalidade da pena que o juiz, diante de uma ilegalidade "qualificada", analise a conduta do agente e opte pela aplicação de sanções proporcionais ao dano causado pelo agente público, como muito bem sopesado pelo d. Juízo sentenciante⁵⁵.

Neste diapasão, Nelson Nery Júnior afirma:

"No sistema anterior, a tutela jurisdicional do patrimônio público somente era possível mediante ação popular, cuja legitimação ativa era e é do cidadão (CF, 5º, LXXIII).

O MP podia assumir a titularidade da ação popular apenas na hipótese de desistência pelo autor (LAP, 9º). A CF 129, III conferiu legitimidade ao MP para instaurar Inquérito Civil e **ajuizar ACP na defesa do patrimônio público e social, melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso**. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela LAP 1º caput e § 1º.⁵⁶

Desta feita, é cabível, também, o manejo da ação civil pública quando há desvio de finalidade no tocante à publicidade oficial, estando esta ação apta para a defesa do patrimônio público.

4.3 A Lei de improbidade e seus efeitos práticos quanto ao desvio da publicidade administrativa

Há dúvidas se a violação, por si só, do art. 37, § 1º, da Constituição Federal pelo administrador público configura ato administrativo de improbidade, ou seja, se a realização da publicidade fora dos limites impostos pelo art. 37, § 1º,

⁵⁵ TJMG – AC 000.236.772-0/00 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Brandão Teixeira – J. 02.04.2002

⁵⁶ (CF) Júnior, Nelson Nery, apud, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, **Improbidade Administrativa**, 2º Ed, Editora Lumen Júris, pág.670.

mesmo quando não causar dano material aos cofres públicos, leva à aplicação das severas penas previstas no § 4º, do mesmo dispositivo, e disciplinadas na lei 8.429/92.

A doutrina costuma dar vários exemplos de propaganda lícita: campanhas de esclarecimento de doenças sexualmente contagiosas, datas de vacinação, inauguração de uma nova escola e assim por diante. A publicidade a ser feita com dinheiro público deve ser objetiva, deve promover o interesse público, deve observar a economicidade, a moralidade e a impessoalidade. Quanto a isto não há dúvidas. O problema surge quando na aplicação da lei de improbidade aos demais casos, especialmente quanto a não observância dos parâmetros constitucionais e à configuração do ato administrativo de improbidade.

A lei de improbidade administrativa é uma consequência do que vem previsto no art. 37, § 4º da CF, que pune a improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na lei nº 8.429/92, que veio regulamentar, posteriormente, a norma aludida.

A Lei de Improbidade nasceu do Projeto de Lei nº 1.446/91, enviada pelo então Presidente da República da época, Fernando Collor de Mello, que necessitava dar um basta às vergonhosas condutas praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções, buscando combater atos que afetem a moralidade e desrespeito à coisa pública.

Entretanto, a aludida lei deixou de definir o conteúdo jurídico de ato de improbidade administrativa. Desta feita, torna-se imperioso definir o que vem a ser esse ato.

A palavra improbidade é proveniente do latim *improbitate* e possui inúmeros significados, tais como, desonestidade, falsidade, deslealdade, imoralidade e corrupção.

Alexandre de Moraes assim define atos de improbidade administrativa:

Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública,

independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público⁵⁷.

O respeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência deve ser um fim a ser buscado pela autoridade pública, bem como todos os demais agentes públicos.

É possível definir, então, que se configura como ato de improbidade administrativa o ato que não observa, devidamente, os princípios constitucionais administrativos basilares, obstando o bom andamento e o respeito à *res pública*.

Conforme a previsão legal, em síntese, os atos que caracterizam improbidade administrativa, segundo os efeitos resultantes, podem ser classificados em três categorias diversas: os que importam enriquecimento ilícito do agente público (LIA, art.9º), os que causam prejuízo ao erário (LIA, art. 10) e os que violam os princípios da Administração Pública (LIA, art. 11).

Tais condutas não são exaustivamente definidas pela lei de improbidade, que não traz, em seus arts. 9º, 10 e 11, o rol dos atos administrativos que podem levar à aplicação das sanções lá previstas. A lei apenas descreve situações que podem ser concretizadas por um número infinito de condutas.

Além dessa ilegalidade qualificada acima referida, deve ser analisada, também, a conduta do agente, tendo em vista cada uma das modalidades da lei. Isso porque o nosso ordenamento jurídico não admite a “responsabilização objetiva” dos agentes públicos. Para que se enquadre o agente público na lei de improbidade, é preciso que haja dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão.

A lei de improbidade visa a responsabilização do agente público. A violação do ordenamento que a lei 8.429/92 visa reprimir deve ser apurada de forma subjetiva. O fator diferenciador entre um ato ilegal e um ato de improbidade está, pois, na conduta do agente, e não na ilegalidade objetiva do ato.

Os atos de improbidade administrativa são infrações de natureza administrativa-disciplinar, impondo aos agentes públicos infratores graves sanções.

⁵⁷(CF) MORAES, Alexandre de .**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, São Paulo:Atlas, 2002, p. 2610.

As sanções previstas pela Lei 8.429/92 são as seguintes: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, o ressarcimento integral do dano, a perda dos bens obtidos irregularmente, a multa civil e a proibição de contratar com Administração Pública e receber benefícios.

Será analisado individualmente, a seguir, o grau e o reflexo das sanções previstas em lei

O exercício dos direitos políticos é garantido constitucionalmente como direito fundamental de todo cidadão. A cassação dos direitos políticos é vedada pela Própria Carta Magna, sendo permitida, excepcionalmente, a perda e a suspensão dos mesmos, nas hipóteses albergadas no art. 15, em seus incisos I, II, III, IV e V.

Entre as hipóteses determinantes da suspensão dos direitos políticos estabelecidas no art. 15 da CF, encontra-se, expressamente, a improbidade administrativa, criando-se uma situação de sanção político-civil.

Na gradação da suspensão dos direitos políticos, o juiz deverá fundamentar a aplicação do grau imposto, sob pena de nulidade da decisão.

No caso de enriquecimento ilícito (LIA, art. 9º), a suspensão poderá variar entre 8 e 10 anos (LIA, art. 12, inciso I). Cuidando-se de lesão ao erário (LIA, art. 10), a variação será entre 5 e 8 anos (LIA, art. 12, inciso II), já na hipótese de violação aos princípios da Administração Pública (LIA, art. 11), a suspensão pode oscilar entre 3 e 5 anos (LIA, art. 12, inciso III).

Imperioso salientar que a suspensão dos direitos políticos não se confunde com a sanção de inelegibilidade prevista na Lei Complementar nº 64/90. A suspensão dos direitos políticos é mais ampla, atingindo a cidadania ativa e passiva, impedindo o direito de votar e ser votado, à medida que a inelegibilidade ataca somente a cidadania passiva.

No que tange à perda da função pública, esta é uma penalidade estabelecida para todos os tipos de atos de improbidade administrativa, ou seja, para os atos que acarretam enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao Erário e violação aos princípios da Administração Pública.

Em casos raros, aplicando o princípio constitucional da proporcionalidade, a sanção pode ser relevada, buscando resguardar o interesse social e sobrevivência familiar.

No tocante ao ressarcimento integral do dano, esta sanção atinge o direito de propriedade do agente público ímprobo que causou danos materiais e morais à administração pública. O ressarcimento integral do dano causado pelo ato de improbidade administrativa, seja qual for sua modalidade de improbidade, é determinado automaticamente na sentença judicial, não havendo necessidade de interposição de ação própria, sendo possível, entretanto, a liquidação nos termos legais.

O ressarcimento integral dos atos que violam os princípios da Administração Pública se refere unicamente ao dano moral. Caso contrário, presente algum dano material, o enquadramento típico seria diverso, restando caracterizado ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito (art. 9º, LIA) ou que cause danos ao erário (art. 10, LIA).

Já a sanção de multa civil, esta não representa reparação moral em favor da Administração Pública, é uma sanção autônoma determinada indistintamente. Poderá implicar na indisponibilidade dos bens do agente público. Na ausência de bens passíveis de execução o agente público ficará provisoriamente liberado da multa civil, observado o respectivo prazo prescricional para execução futura da penalidade, todavia, o julgador não poderá se eximir de aplicar a multa civil na condenação.

Especificamente, com relação ao art. 11 da lei nº 8.429/92, que é o mais relevante para este trabalho, é possível afirmar que a Lei de Improbidade Administrativa objetiva a preservação e o respeito aos princípios fundamentais da Administração Pública contemplados no art. 37 da Constituição Federal. Os agentes públicos estão obrigados a pautar suas condutas conforme os preceitos legais e éticos atinentes ao interesse público e coletivo. Conduzidos por um ordenamento jurídico e ético, o dever de honestidade surge em decorrência do princípio da moralidade. A imparcialidade é dever que tem na sua origem no princípio da impessoalidade. A legalidade a ser observada tem sua raiz no princípio da

legalidade. Por fim, o dever de lealdade à administração Pública exige do agente público, respeitado o ordenamento jurídico e ético, todo o seu esforço e potencialidade para com o exercício de suas atividades profissionais.

Desta feita, quando há existência de um dever legal a ser cumprido, como há no caso do art. 37, § 1º, da CF, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a procura de interesses próprios pessoais. Há sim o dever de buscar um interesse alheio que, no caso, é o interesse público, e que não corresponde, necessariamente, à vontade da entidade governamental ou à vontade pessoal do agente, sob pena de lhe poderem vir a ser aplicadas as sanções previstas na lei de improbidade.

Acima de seus interesses, necessidades e desejos pessoais deve estar o interesse público. Considerando que os deveres de honestidade, de impessoalidade, de legalidade e de lealdade dependem do caráter, da ética, da moral do agente público, é certo afirmar que todos estes deveres estão incluídos no princípio da moralidade que, como já foi afirmado, é princípio que conduz a consciência e o sentimento ético do agente público.

Porém, como saber quando a violação do art. 37, § 1º, da CF configura um ato de improbidade administrativa, com o fundamento no art. 11, da lei 8.429/92?

A improbidade não se confunde com a ilegalidade. A improbidade, prevista no art. 37, § 4º da Constituição Federal, é a inobservância do dever de probidade por quem tinha o dever de atendê-la, constituindo, na forma da lei 8.429/92, uma ilegalidade qualificada por dois aspectos, quais sejam, por uma conduta dolosa, ou imprudente, imperita ou negligente do agente e que corresponda à uma das situações indicadas de forma não taxativa nos arts. 9º, 10 e 11, da lei 8.429/92.

A dúvida maior é saber quando estas condutas, em tese violadoras do dever de probidade administrativa, passam a estar enquadradas na lei de improbidade.

Afirmar que a propaganda deve ser objetiva, promover o interesse público, ser econômica para o Erário Público, observar a moralidade e a impessoalidade, é inconsistente. É preciso que analise, no caso concreto, a conduta do administrador,

somente podendo cogitar a aplicação das penas previstas na lei de improbidade, no caso em que o agente agiu sem um mínimo de razoabilidade na sua conduta. Somente no caso concreto será possível saber se o agente agiu em desacordo com a regra constitucional e, se seu ato se constituiu em ato de improbidade administrativa.

No que se referem aos atos excessivos do poder, bem como a desvirtuação da finalidade, estes não necessitam de uma análise aprofundada sobre a sua descompatibilização com o ordenamento para a anulação dos atos deles decorrentes, e nem de uma análise quanto às más intenções do agente público. Estes atos são ilegais por si só e o vício que o invalida está nele e não na conduta do agente. Entretanto, no caso da aplicação da lei de improbidade, especialmente em se tratando dos deveres impostos pelo art. 11, e ainda que o ato de improbidade também se exteriorize como uma desconformidade objetiva com o ordenamento, é a conduta desonesta do agente que é repreendida pela aplicação das penas da lei de improbidade. O objetivo da lei é penalizar o agente público com uma pena severa pelo desvio deliberado de conduta por ele empreendido, independentemente da ocorrência de dano material ao patrimônio público.

O art. 11, *caput*, da lei 8.429/92 não faz referência direta à ocorrência de dano efetivo ao erário público como condição para aplicação das sanções. Face ao informado, nas hipóteses do art. 11 a lei pressupõe a existência de dano ao patrimônio público, punindo a lesão à moralidade administrativa, a exemplo do que se dá no art. 4º, da Lei da Ação Popular. Tanto assim que o art. 12, inc. III, fala em “ressarcimento integral do dano, **se houver**”.

Nesse passo, a violação da norma descrita no § 1º do art. 37 pode vir a ser um caso de improbidade administrativa, em razão da abertura dada pelo *caput* do art. 11 da lei 8.429/92.

Para que sejam aplicadas as penas previstas no art. 12, inc. III, da lei de improbidade, é necessário analisar a conduta do agente. Essa análise é essencial para a caracterização do ato administrativo de improbidade. Porém a análise dos danos causados pelo ato passa a ser importante para uma mensuração da pena, e não para qualificar o ato em si

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constitucionalização dos princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do direito ensejou que estes parâmetros passassem a ser adotados como diretrizes de atuação do Governante. A força e a importância dos princípios no atual Estado Democrático de Direito são incontestáveis, de maneira que os atos do Administrador Público devem estar pautados nos preceitos e princípios constitucionais.

O princípio da impessoalidade é uma decorrência do modelo de Estado decorrente da modernidade: o Estado Democrático de Direito. É uma consolidação dos princípios da igualdade e da legalidade e tem como significado a ausência de vinculação direta da Administração Pública à pessoa do Administrador, bem como evitar a prática de favorecimentos e de prejuízos intencionais aos cidadãos.

Já o princípio da publicidade consubstancia-se no dever do administrador de ser transparente na máxima medida. Este princípio diz respeito à obrigação do Administrador Público de dar publicidade, levar ao conhecimento de todos os seus atos, contratos ou instrumentos jurídicos. Isso dá transparência e confere a possibilidade de qualquer pessoa questionar e controlar toda a atividade administrativa que deve representar o interesse público.

Em face disso, a Constituição Federal de 1988 prevê a publicidade institucional em seu art. 37, § 1º, que preceitua que *“a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter sempre caráter educativo, informativo e de orientação social, dela não podendo constar símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”*

A norma acima é um produto da concretização dos princípios constitucionais da publicidade e o da impessoalidade. A regra busca compatibilizar o

dever do Estado de informar à sociedade os atos administrativos e a omissão do Estado de atos que se consubstanciam na impessoalidade.

Contudo, o que ocorre em nossa sociedade é a desvirtuação desse perfil traçado na Constituição. A publicidade oficial vem promovendo as pessoas dos governantes, a pretexto de difundir informações a respeito da atividade administrativa do Estado. As notícias das atividades dos Administradores Públicos associam-nos às obras da Administração Pública, criando entre o agente e a atividade um vínculo sólido de identificação.

A promoção pessoal dos Governantes é decorrência dos verdadeiros cultos da personalidade já arraigados na nossa cultura, praticados com a anuência dos cidadãos, tendo em vista que o povo busca nos governantes a figura do “pai herói”.

A maneira como o Administrador informa as suas realizações é que vai caracterizar se a Propaganda oficial é lícita ou não. É preciso que seja realizada uma análise para depreender se a informação dos atos, obras ou serviços públicos prepondera à finalidade pública ou à pessoalização do Administrador. A Publicidade que descumpra o que foi determinado constitucionalmente, gerando prejuízo ao Erário, possibilita o ajuizamento de ação popular e também o ajuizamento da Ação Civil Pública, baseado na lesão ao patrimônio público, devendo o Poder Judiciário realizar, dessa forma, a função de controle da Administração Pública.

Conclui-se, pois, que a aplicação da regra do art. 37,§ 1º exige uma interpretação hermenêutica constitucional, analisando os estruturantes de todo o ordenamento jurídico utilizando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ponderando os princípios da publicidade e o da impessoalidade, a fim de que os cidadãos sejam destinatários de uma publicidade que, em um primeiro momento, vise a educação, informação ou a orientação social e que essa informação não constitua uma promoção pessoal do Governante, na justa medida, além de analisar a conduta ética do Governante e de sua atuação na defesa da primazia do interesse coletivo em relação ao particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ARAÚJO, Anildo Fábio de, **Publicidade Oficial**, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=356>, acesso em 24/08/2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. 4 ed., Editora Paz e Terra.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, Vera Scarpinella. **O art. 37, § 1º, da Constituição Federal, e a Lei de Improbidade Administrativa**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro

de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 de outubro de 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007

COSTA, Judith Martins, **Publicidade e Ação Administrativa - Interpretação do art. 37, § 1º, da Constituição Federal**, RDP 97/166-170

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**” 11 ed., São Paulo: Atlas, 1999.

DOMENACH ,Jean-Marie. **A propaganda política**.São Paulo. Difusão Européia do Livro. 1955.

FEITOSA, Osternes. Mídia e campanhas eleitorais. Reforma política, novos caminhos para a governabilidade. Apostila da Fundação Demócrito Rocha.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. 1 , Ed. Saraiva.

FINGER, Júlio César .**Constituição e Publicidade: sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da Administração Pública** ,1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREITAS, Juarez.**O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**.São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Emerson e Rogério Pacheco Alves, **Improbidade Administrativa**, 2º Ed, Editora Lúmen Júris. 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, **Raízes do Brasil**,26º Ed. São Paulo: Companhia das letras, 1998

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**, 12º Ed, São Paulo, Saraiva 2008.

MAIA FILHO,Napoleão Nunes., **Estudos Tópicos de Direito Eleitoral**,disponível emhttp://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17450/1/Limita%C3%A7%C3%A3o_Publicidade_Institucional.pdf. Acesso em: 24/10/2008.

MAIA FILHO,Napoleão Nunes.**Temas de Direito Administrativo e Tributário**,1º ed,. Fortaleza,Imprensa Universitária,1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de Mattos, **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**, 3º edição, Rio de Janeiro, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23 ed., São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**,Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2º Ed, São Paulo: Dialética, 2004.

NETO, Affonso Ghizzo; ROSA, Alexandre. **Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

PAZZAGLINI FILHO E OUTROS, citados por MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA, **Interesses Difusos em Espécie**, Ed. Saraiva, 2000

PINTO Djalma, Direito Eleitoral: **Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal, noções gerais**, São Paulo, Atlas, 2003.

ROCHA, CARMEM LÚCIA ANTUNES, **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, Ed. Del Rey, 1994.

SERVAN, Shereiber. **O Estado- espetáculo**. Difel, 1976.

SOUZA, Larissa de Carvalho de **Os princípios gerais das licitações**, disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1028. Acesso em 24/08/2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.