

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 O DESVIRTUAMENTO DO DEVER DE DAR PUBLICIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS, CONFIGURANDO SITUAÇÕES DE IMPROBIDADE E DESPÉRCIO DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA
Advogado

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 208.114-1 SÃO PAULO

RELATOR: OCTÁVIO GALLOTTI

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RECORRIDO: ÂNGELO GAMEZ NUNES

EMENTA: AÇÃO POPULAR. Publicação custeada pelo Município de São Paulo. Ausência de conteúdo educativo, informativo, ou orientação social que tivesse como alvo a utilidade da população, de modo a não se ter o Acórdão recorrido como ofensivo ao disposto no §1º do artigo 37 da Constituição Federal. Recurso Extraordinário de que, em consequência, por maioria, não se conhece.

Razões

O comentário a seguir objetiva analisar o problema dos gastos públicos com publicidade, a luz do permissivo constitucional supra descrito. Embora os gastos com publicidade na maioria dos casos estejam respaldados por leis, buscaremos evidenciar que tanto o legislador, quanto o administrador público adotam interpretação indevida do referido dispositivo constitucional, configurando improbidade administrativa, lesão ao Erário, e inobservância dos princípios basilares da Administração Pública e da própria Constituição Federal, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade, a impessoalidade, o interesse público, entre outros.

Comentários

1. Definição

§1º do Artigo 37 da CR/88: 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 imagem que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.

O mandamento da Lei Fundamental em destaque não deixa dúvida sobre a finalidade objetivada pelo Legislador Constituinte, qual seja, a proibição do uso dos recursos públicos para autopromoção política, o que configura desvio de finalidade, percepção de vantagem patrimonial indevida, infringindo, entre outros princípios, a impessoalidade no exercício das disputas democráticas eleitorais. Embora o dispositivo tenha descrição objetiva, não se pode negar, em vista do status constitucional, que também tenha caráter principiológico, resultado da conjugação de princípios que lhe dão substrato, como a moralidade, a legalidade e a já citada impessoalidade. Interpretação comungada com esta idéia tiveram os ilustrados Pretores da Corte Suprema, no Acórdão em análise, quando deixaram de acolher as razões do Recurso Especial, interposto pelo Município de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado em Ação Popular.

2. Interpretação dos Tribunais

Os tribunais de todo país adotam o entendimento de que a publicidade por meio de veículos de mídia não está proibida, ao contrário, a publicidade é dever das administrações, contudo o conteúdo e a finalidade do que se intenta divulgar é que deve sofrer o controle de constitucionalidade, tanto a difusa quanto a concentrada, dependendo do caso. O controle difuso, exercido incidentalmente nas ações julgadas pelos magistrados monocráticos, distribuídos pelo território nacional, terá como objeto principalmente os atos administrativos propriamente ditos. O controle concentrado atacará as leis que forem editadas em desacordo com a disciplina constitucional. Em ambos os casos a análise raramente será de ordem objetiva, demandando, portanto, interpretação, que será sempre influenciada por variáveis ideológicas e políticas. O intérprete pretor deverá invariavelmente buscar a interpretação que realiza a razão e a finalidade da lei, uma vez que estas foram pensadas para realização do valor supremo do justo. Qualquer outra interpretação que se faça estará divorciada da Constituição. Estabelecido este pressuposto, a indagação necessária é se os atos administrativos, ou leis, destinadas a autorizar a veiculação de informações das administrações públicas, servem de fato à utilidade pública, subsumidas nas expressões “caráter educativo, informativo ou de orientação social”. Dificilmente haverá dúvida quanto à primeira, caráter educativo. Campanhas contra a dengue, o cólera, o consumo de bebidas alcoólicas, o uso de preservativo, entre tantas outras, são excelentes exemplos de conteúdo educativo. A expressão caráter informativo carece de objetividade e assim se faz necessário a aplicação de interpretação adequada. Em nosso sentir, “*permissa vênia*”, era desnecessária sua inserção ao dispositivo, pois, o caráter educativo já abarca a significação de informativo. É inegável que o Estado deve despende recursos para informar suas ações e seus gastos, desdobramento do princípio da publicidade, entretanto, a expressão é carecedora de regulamentação, pois não é lícito que os gastos na “publicidade informativa” sejam de vulto desproporcional, de modo

a nos autorizar a julgar que os recursos seriam melhor aplicados em outras atividades. Trata-se de simples análise de bom senso. Nem sempre o Judiciário e a sociedade estão atentos a esta situação, portanto, a interpretação não deve se restringir ao plano objetivo, ou seja, se há permissivo legal para previsão orçamentária de gasto com publicidade informativa, devendo esmiuçar se é moral a destinação de determinado volume de recursos orçamentários para a publicidade. Este exame será imprescindível para distinguir a publicidade que objetiva informar o cidadão, da publicidade que subliminarmente possui conteúdo político partidário, de promoção pessoal, a propaganda propriamente dita que corrompe o juízo crítico do cidadão.

3. Prática da Administração, figura do Administrador Público e crítica da interpretação

Os atos administrativos em geral possuem estrutura de comando normativo, reconhecendo a doutrina os elementos constitutivos do objeto, forma, finalidade, motivo e competência, devendo sempre guardar absoluta conformidade com a ordem legal e constitucional. Assim, o Administrador deverá restringir sua atuação ao cumprimento das leis, a exceção das medidas provisórias, que podem inovar a ordem legal, lembrando que o poder de editar medida provisória é privativo do Presidente da República. Com este pressuposto, seria difícil pensar em brechas na disposição do §1º do artigo 37 da CR que permitissem ao Administrador Público utilizar recursos financeiros em larga escala para propaganda e autopromoção, sob a roupagem de publicidade informativa, no entanto, tem se tornado habitual os cidadãos sofrerem bombardeios maciços deste tipo de publicidade, praticadas pelos três níveis administrativos da Federação. Nos horários nobres da TV, considerados estes os de maior audiência, e por esta razão os de custos mais elevados, veiculam-se os chamados “informativos publicitários” das realizações das administrações municipal, estadual e federal. A lei orçamentária anual deve prever o numerário destinado à atividade de publicidade, mas estará a suposta lei realizando o interesse público? Os atos administrativos que autorizam a publicidade e ordenam a despesa correspondente possuem geralmente fundamento legal, assumindo desta forma uma aparência de constitucionalidade, absolutamente questionáveis na análise da moralidade.

Duas questões exigem resposta: em primeiro lugar qual a real finalidade da publicidade? Em segundo, a conveniência sempre justificará os gastos da Administração? Conveniência e oportunidade de atos são justificativas corriqueiras, mas não podem ser utilizadas em prejuízo dos princípios constitucionais. Conveniência não pode estar divorciada do interesse público, portanto, melhores serventias terão os recursos financeiros se aplicados a setores verdadeiramente carecedores, como a pavimentação de ruas, o conserto de salas de aula das escolas públicas e uma infinidade de destinações que melhor se adéquam a situação de um país com tantos quadros de precariedade. Já a

resposta da primeira pergunta terá uma conseqüência adicional e gravíssima: se há ou não há ocorrência de improbidade administrativa, pois o Administrador que se vale de suas prerrogativas para, através de informes publicitários, exaustivamente veiculados, induzir o cidadão a formar uma imagem de preferência eleitoral, deverá responder por improbidade, uma vez que utilizou a máquina administrativa em seu proveito. O Administrador é um servidor do povo, como também o são seus subordinados. A vontade que realiza não é sua, mas a vontade do povo, portanto, não pode as escondidas fazer valer seus interesses, mascarados de legalidade.

Com base nestas assertivas, a interpretação que reconhece legalidade na utilização desproporcional de recursos públicos com publicidade informativa não possui a profundidade necessária à correta análise de constitucionalidade, pois a ofensa aos princípios é a ofensa no que há de mais fundamental na ordem social, atinge as razões de ser da integração de toda a sociedade.

TJSP – Apelação nº160.666-1/0 -5ª Câmara Cível de Férias “C”, v.u., Rel. Des. Melo Júnior, 7-2-1992: “Não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras e serviços. Aliás, num país como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender por que grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas nem por isso, pode se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de auto-promoção”.

4. Ações Corretivas

A sociedade deve fiscalizar o Poder Público, função própria do Ministério Público, mas não exclusiva deste. A Ação Popular tem sido manejada por cidadãos para correção dos atos administrativos em desconformidade com a prescrição do §1º do artigo 37 da Constituição Federal, como se deu no Acórdão supra descrito. Todavia, o controle de constitucionalidade também se faz a texto de Lei destinada a permitir ao Chefe do Executivo dispor de numerário e, ou, de veículos de imprensa públicos para veicular informação com objetivo de autopromoção. O Judiciário não nega provimento a Ações Diretas de Inconstitucionalidades que objetivam caçar a validade de leis ou disposições de leis desta natureza.

Para tratar a configuração da improbidade administrativa, colaciona-se a instrução de Alexandre de Moraes em sua obra a Constituição do Brasil Interpretada p. 914: “Anote-se que a previsão das hipóteses configuradoras de atos de improbidade, bem como sua

regulamentação e procedimento de responsabilização, foi dada pela Lei nº 8.429/92”.

O desrespeito às regras constitucionais da publicidade enquadra-se nas previsões dos arts. 9º (“Constitui-se ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei”) e 11, I (“Constitui-se ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, legalidade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência da citada lei”).

Conclusão

O Poder Executivo, operador por excelência da Administração Pública, em todos os níveis da Federação, não pode despende recursos elevados com publicidade de qualquer ordem, excluídos aqueles de caráter verdadeiramente educativos, ou, de utilidade pública. Os informes publicitários das obras realizadas configuram desperdício de dinheiro, e, suspeita de autopromoção, o que configura improbidade administrativa, passível de correção por meio de todas as medidas previstas pelo ordenamento pátrio, destacando a Ação Popular, a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. O representante eleito possui o chamado “poder dever”, cujos limites se evidenciam na obediência da vontade dos cidadãos e dos princípios constitucionais, em maior medida que a simples legalidade. Caberá ao próprio Poder Público desenvolver meios razoáveis e baratos de colocar à disposição da sociedade comparativos e estatísticas dos resultados das administrações, pois, somente assim se avançará na eterna luta para consolidar a moralidade e a justiça social.

Referências Bibliográficas

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5. Ed. 0 São Paulo: Atlas, 2005.

BUENO, Vera Scarpinella. O artigo 37, §1º, da Constituição Federal, e a Lei de Improbidade Administrativa, Revista Diálogo Jurídico – Ano 1 – vol. I – nº 6 – Setembro de 2001 – Salvador – BA – Brasil. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-vera-bueno.pdf> Acesso em 23 mai.2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Divulgação das atividades da Administração Pública – publicidade administrativa e propaganda pessoal. RDP, 98:245;

LIMA, Zaira Messias. Moralidade Administrativa Conceito e Controle