

# PUBLICIDADE E AÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (\*)

JUDITH MARTINS COSTA,  
Auditor do Tribunal de Contas do Estado do  
Rio Grande do Sul;  
Professora de Direito Administrativo na Escola  
Superior de Magistratura da Associação dos Juí-  
zes do Rio Grande do Sul — AJURIS;  
Professora de Instituições do Direito da universi-  
dade Federal do Rio Grande do Sul.

## SUMÁRIO

- 1) Princípios informadores da ação administrativa.
- 2) Limites constitucionais à divulgação de obras, atos, serviços, ou campanhas do Poder Público.
- 3) Discernimento entre Publicidade e Propaganda.
- 4) Hipóteses de vedação constitucional.
- 5) Responsabilidade do administrador público.

Administradores públicos, partidos políticos e imprensa têm argüido a questão da **vedação constitucional à publicidade caracterizadora de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos**, haja vista a regra do art. 37, par. 1º, da Constituição Federal, de modo que parece inquestionável a necessidade de serem definidos os parâmetros sob os quais deve ser tratado o polêmico assunto.

Polêmico, à medida em que diz respeito a práticas tradicionalmente arraigadas na esfera pública, tocando em interesses que desbordam, no mais das vezes, dos especificamente “públicos”, por forma a atingir os interesses **privados** de agentes públicos e de parte da imprensa, em certas ocasiões, taticamente aliados.

Polêmico ainda porquanto a introdução de uma nova ordem constitucional provoca, como é natural, dúvidas e perplexidades mormente no período em que os Tribunais, pelo pouco tempo transcorrido desde a promulgação do novo texto, ainda não alcançaram pronunciamento sobre os pontos geradores de dúvidas.

Nesta perspectiva se coloca o presente estudo que, sem a pretensão de exaurir o tormentoso tema — que implica, em última *ratio*, na análise de importante aspecto do relacionamento entre Estado e Sociedade Civil — visa tão somente a fixar alguns pontos, contribuindo, nesta medida, ao estabelecimen-

---

(\*) Este trabalho originou-se de Parecer Coletivo da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, aprovado pelo Egrégio Tribunal Pleno, por unanimidade, em sessão de 09.05.1990, do qual foi relatora a autora.

to de debate por todos os motivos saudável na hora presente.

## 1) PRINCÍPIOS INFORMADORES DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

De início, parece indubitável devam ser bem demarcados os pontos de apoio ao exame ora proposto, os quais se fixarão nos quatro princípios constitucionais informadores da ação administrativa expressamente consignados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal(1) — e igualmente referidos no art. 19, *caput*, da Constituição do Rio Grande do Sul — a saber, os da **legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade**, princípios que, a partir de sua inserção no texto constitucional, tiveram por efeito imediato vincular todo o campo da ação administrativa à sua estrita observância(2).

Tais princípios informadores — dispersos, antes da entrada em vigor da Constituição de 1988 por diversos ordenamentos infra-constitucionais, como, por exemplo, no texto da Lei nº 4717/65 — encontram fundamento e explicação na própria idéia de Administração Pública, polarizada, como se sabe, pela noção de finalidade pública(3), onde avulta, como conceito prepositivo, a regra de **indisponibilidade dos interesses públicos**.

Definiu Josef Esser, em notável monografia, a importância, em tema de interpretação e aplicação do direito, de determinados princípios cuja justificação “*viene de la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva*”, constituindo “*una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en círculo común de problemas*”(4), de forma a conduzir, inclusive à condensação dos valores ético-jurídicos que consignam “*en normas e instituciones concretas y utilizables por el desarrollo judicial de las reglas de aplicación*”(5)

Ora, é justamente princípio que nasce da própria natureza da atividade administrativa o da indisponibilidade dos interesses públicos, pelo qual se quer significar que tais interesses, qualificados como **próprios da comunidade**, e apenas temporariamente confiados à gestão de seus representantes — políticos e administradores — “*não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis*.”(6)

Nessa medida, é assente entre os doutrinadores a convicção de que os interesses públicos não estão submetidos nem mesmo à livre disposição do órgão administrativo que tem o dever de curá-los, porquanto tal gestão deve

(1) 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:”

(2) Cf. Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 78.

(3) Ver Ruy Cirne Lima, “Princípios de Direito Administrativo”, p. 63.

(4) In “Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado”, trad. de Eduardo Valenti Fiol., p. 7.

(5) *Idem*, p. 31.

(6) Celso Antônio Bandeira de Mello, “Elementos de Direito Administrativo”, p. 11.

ser procedida nos estritos limites da lei, estando adstrita, portanto, à idéia de finalidade, e não a de domínio ou vontade(7).

## 2) LIMITES CONSTITUCIONAIS À DIVULGAÇÃO DE OBRAS, ATOS, SERVIÇOS OU CAMPANHAS DO PODER PÚBLICO

É no quadro dos parâmetros estabelecidos por tais princípios que deve ser compreendida a regra do art. 37, par. 1º, da Carta Federal (repetida no art. 19, par. 1º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul), que assim dispõe:

*“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 de servidores públicos.”* (grifamos)

E por que não pode a publicidade caracterizar promoção pessoal ou de autoridades ou de servidores? Justamente porque os interesses públicos em jogo são indisponíveis. Por isso mesmo a Constituição, acolhendo tal proposição — situada, como se observou, no plano prepositivado, como **idéia básica aplicável à integralidade do sistema do direito público** — expressou suas principais decorrências nas idéias de legalidade, impessoalidade, ou isonomia, moralidade jurídica e **publicidade**, esta última dirigida a alguns atos administrativos como condição de sua **eficácia, não infletindo, portanto, como os outros princípios citados, no plano da própria validade do ato(8)**.

## 3) DISTINÇÃO ENTRE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Nesse passo convém distinguir entre os sentidos do termo “publicidade” consignado na cabeça do retrocitado art. 37 e no seu parágrafo primeiro os quais, como é até intuitivo, são completamente diversos, um tendo a conotação escrita de “publicidade”, outro a de “propaganda”.

Tal distinção, aliás, já foi objeto de parecer da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, onde se lê:

*“Não temos no idioma pátrio a distinção, corrente em outras línguas latinas — como a francesa — entre publicidade e propaganda. Esta é vedada. Não aquela.”*

(7) Ruy Cirne Lima, “Princípios de Direito Administrativo”, p. 54.

(8) Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 80.

(9) Refere-se aqui o parecerista à expressão tal como consignada no art. 37, par. 1º.

*A expressão **publicidade** no texto constitucional(9) vem como sinônimo de propaganda, de promoção de agentes ou funcionários públicos, e a Constituição Federal, em bom Direito, a proíbe. Não a reconhece como despesa pública.*

*Já a publicidade como sinônimo de divulgação de atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais não está, nem poderia estar vedada, até mesmo porque numerosos desses atos são de divulgação obrigatória. Outros não o são, cabendo aos poderes públicos julgar da conveniência ou não de dar-lhes publicidade, utilizada aqui a expressão no sentido de comunicá-los ao público.”(10)*

E acrescentamos: nessa hipótese de divulgação não obrigatória dos atos, **incidirá à plenitude a vedação contida na regra constitucional quanto à inserção de símbolos, nomes ou imagens** que caracterizem promoção pessoal dos agentes políticos e/ou públicos.

Temos, assim, quatro situações diversas: a) a que se refere à publicidade, seguida de publicação na **imprensa oficial** de determinados atos administrativos, tais como leis, decretos, atos de nomeação etc., a qual é obrigatória, posto constituir-se em requisito de eficácia do próprio ato; b) a que se refere à publicidade também obrigatória, mas não necessariamente seguida de publicação na imprensa oficial, aí se compreendendo a divulgação que é feita através da afixação, em locais públicos, de avisos ou editais de tomada de preços, por exemplo; c) a que se refere à publicidade, seguida de divulgação na imprensa, sem caráter obrigatório, de atos, obras e serviços, sem que se configure ou sugira a promoção pessoal de quem quer que seja; e d) a publicidade, ou, melhor dito, “propaganda” de agentes políticos ou administrativos que, não raramente, se utilizam de obras ou serviços públicos para, indiretamente, realizarem promoção pessoal.

Esta última hipótese é completamente coibida pela lei, cujo texto é cristalino: “*não pode*”, diz a Constituição, constar dessa publicidade, ou divulgação, **quaisquer nomes, títulos ou imagens** caracterizadoras de promoção pessoal.

E, mesmo nas hipóteses em que a publicidade com caráter não obrigatório é permitida, ainda assim tal divulgação deverá, necessariamente, ter “*caráter educativo, informativo ou de orientação social*”, não podendo em nenhuma hipótese ser desvirtuada desses parâmetros, sob pena de caracterizar-se o vício do **desvio de finalidade**, o qual conduz, como se sabe, à nulidade do ato e à responsabilidade de quem o ordenou.

De maneira que é o próprio texto constitucional que demarca, com cristalina nitidez, os limites a que está sujeito o administrador público no que

(10) Parecer TC n.º 50/89, Rel. Dr. Sérgio José Porto, aprovado pelo Egrégio Tribunal Pleno em 06.12.1989.

concerne à divulgação de seus atos ou obras, ou dos serviços que gere. E é, também, o texto constitucional, em contrapartida, que sanciona a divulgação operada em afronta às suas disposições.

Parece importante lembrar, no que tange ao vício cominado pela lei, que o desvio de finalidade a ser caracterizado sempre que a publicidade desbordar dos lindes constitucionais é **vício de caráter objetivo**(11), pouco importando, pois, a intenção do agente, se agiu de boa ou má-fé, porquanto a invalidade se insere, sempre que o agente, *“servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público”*(12).

Nesta matéria, como se viu, o interesse público estará caracterizado quando a publicidade tiver *“caráter educativo, informativo ou de orientação social”* e só nestas hipóteses. Quando não tiver tal caráter, a divulgação não será, portanto, lícita, posto não harmonizar-se com o texto constitucional. Aliás, quando se fala em harmonia com — ou do — texto constitucional parece importante lembrar que essa matéria — como, aliás, toda e qualquer disposição constitucional — é permanentemente iluminada pela premissa maior consignada no art. 1.º da Constituição Federal, que define a República brasileira como **Estado Democrático de Direito**.

A expressão, por óbvio, não é vã, e quer significar que os valores incorporados consubstanciam exatamente aqueles valores éticos, políticos e jurídicos da democracia representativa e do Estado de Direito, *“Rechtstaat”* consoante a célebre expressão cunhada pela doutrina alemã já no século passado, pela qual se pretende configurar o Estado **conforme a lei**, vale dizer, a atuação estatal subordinada às normas e princípios integrantes do *corpus iuris* vigente.

A conformação desses valores, no que tange à específica atuação da Administração Pública na divulgação de suas realizações **subordina-se**, pois, incontestavelmente, aos valores da democracia e da conformação ao direito **nos limites** traçados pela norma do art. 37, par. 1.º.

Assim sendo, quando terá a divulgação **caráter educativo** ? Quando servir à educação ou formação da comunidade. Por exemplo, a que esclarecer sobre perigos de doenças, campanhas pelo aleitamento materno, ou, ainda, sobre o exercício do direito ao voto, o zelo com os equipamentos públicos, entre outras de semelhante caráter.

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

(11) Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, em *“Desvio de Poder, RDP, v. 69, p. 32: “O que o Direito sanciona no desvio de poder, consoante entendemos, é sempre o objetivo descompasso entre a validade a que o ato serviu e a finalidade legal que por meio dele poderá ser servida (...) donde não é a má fé, nos casos em que haja existido (desvio de poder alheio a qualquer interesse público), nem o intuito de alcançar um fim lícito, por meio impróprio, quando haja sido este o caso (desvio do fim específico), aquilo que macula o ato, e sim a circunstância deste não realizar a finalidade para a qual a lei o preordenara.”*

(12) *Idem*, pág. 28.

benefício da própria comunidade. Aí se incluem, também, as campanhas para a divulgação de produtos do município ou Estado (v.g., a “*Festas 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.

Terá caráter misto, informativo-educativo a transmissão radiofônica de sessões legislativas, **desde que**, devidamente amparada em dotações orçamentárias específicas, não induzir à promoção pessoal de um ou alguns parlamentares ou partidos, isto é, quando não for direcionada à louvação direta ou indireta de quem quer que seja. Observa-se que, nas comunidades do interior do Estado, notadamente, é de utilidade para a população o acompanhamento, por esta via, dos trabalhos legislativos. Os critérios da moralidade, razoabilidade e utilidade pública, evidentemente, conformarão os limites a que estão adstritos os ordenadores de despesa. À evidência, supõe-se ainda, para a licitude de tal procedimento, a conformidade às normas do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

Terá, por fim, o sentido de **orientação social** quando o seu objetivo for o de orientar ou conscientizar a população acerca de fatos e/ou valores relevantes para a comunidade. Assim, v.g. a cidadania, as liberdades públicas, o direito de voto, o patriotismo.

#### 4) HIPÓTESES DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL

Estabelecidos estes limites, fica evidente que as chamadas “prestações de contas à comunidade”, normalmente levadas a efeito por governantes em final de mandato, com o intuito aparente de concretizar a “transparência administrativa” — e, para isto, dando conta, em geral, de obras inauguradas, ou de serviços cuja implementação não constitui mais do que mero **dever** do administrador — desbordam totalmente do conceito constitucional de publicidade lícita.

Assim, por exemplo, a propaganda, paga pelos cofres públicos, do lançamento de projetos, da assinatura de convênios, da inauguração de obras que, muitas vezes, só existem no papel, a cobertura jornalística de viagens de governantes e parlamentares mediante pagamento por órgãos públicos ou entidades da Administração Indireta, práticas cuja habitualidade não as torna menos ilícitas e que, além da afronta à regra constitucional consubstanciam, além do mais, evidente **desvio de finalidade**.

Bem assim o é a prática afrontosa à lei da “compra de espaços” em órgãos da imprensa escrita, falada e televisada a qual costuma ser “ressarcida” pelas empresas de comunicação em períodos pré-eleitorais com o fardo noticiário de tal ou qual agente público ou político.

Igualmente são ilícitos o pagamento, pelo erário, de entrevistas com di-

rigentes públicos e parlamentares, e o pagamento, por via indireta (v.g. pelas empreiteiras que contratam com o Poder Público) de notícias referentes a obras públicas em andamento, ou já concluídas — o que decorre não só dos citados princípios quanto, no Rio Grande do Sul, de regra expressa da Constituição do Estado(13) — além da inserção em jornais, rádios e televisões de “mensagens de apoio” ou semelhantes, a atos dos Governos Federal ou Estadual.

Acresce o fato de que tal tipo de divulgação ilícita, não raro, é ainda operada através da publicação, em revistas e jornais da grande imprensa de “matérias pagas” onde inseridos o nome ou fotografias dos governantes, ou o logotipo da sua administração, ou, ainda, o símbolo do partido político a que pertencem.

Tal prática, além de afrontar o art. 37, par. 1º da Constituição atinge, igualmente, os princípios da moralidade e razoabilidade administrativas, ferindo ainda a **economicidade**, de forma a ensejar plenamente a responsabilidade do administrador ou do agente político.

## 5) RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

O princípio da legalidade ao qual, como se viu, está adstrito o administrador público, possui relevantíssimas conseqüências. Se, por um lado, conduz à própria presunção de legitimidade dos atos administrativos, de outro increve — como a sua própria contrapartida — o **princípio da ampla responsabilidade do Estado**, através do qual este, por seus agentes, se transgressor da legalidade, incorre nas sanções legais previstas à transgressão(14).

Destarte, a publicidade ilícita possibilitará, se lesiva aos cofres públicos, o ajuizamento de Ação Popular (C. F., art. 5º, LXXIII), devendo o Poder Judiciário, quando provocado, realizar, desta forma, a sua relevantíssima função de controle da Administração Pública.

Outro controle, não menos relevante, que poderá ser acionado é o exercido pelos Tribunais de Contas (C. F., arts. 70 e 71), seja por via de sua atividade de índole judicante (C. F., art. 71, II), seja por intermédio de sua atividade administrativa. Aí poderá a Corte de Contas, no uso de sua competência constitucional, realizar *ex officio* inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes do Estado e nas entidades da Administração Indireta que estiverem insistindo em tal prática inconstitucional e lesiva ao Erário, de modo que,

---

(13) Art. 19, par. 1º: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços, e as campanhas dos órgãos e entidades da administração pública, ainda que não custeadas diretamente por esta, deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, nelas não podendo constar símbolos, expressões, nomes ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou de servidores públicos.” (grifos nossos)

(14) Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Elementos de Direito Administrativo”, cit. p. 16.

constatada a ilegalidade poderá aquela Corte promover inclusive as providências tendentes à **sustação** dos contratos de publicidade ilícita (C. F., art. 71, X e par. 1º).

Em suma, entende-se, pois, não ser lícito à Administração Pública divulgar, através de publicação na imprensa, suas obras, serviços, atos ou campanhas quando as mesmas não tiverem caráter educativo, informativo ou de orientação social, nem de forma explícita, nem implicitamente, através de subterfúgios ou de eufemismos, como as aludidas “prestações de contas” ou “compras de espaço” para preenchimento posterior com notícias que, na verdade, visam mais a beneficiar o agente público ou político do que o interesse público. E, em qualquer hipótese, isto é, **mesmo quando** tal divulgação for lícita, por conformar-se aos limites constitucionais acima expostos, não deverá conter a peça divulgatória nenhum nome, símbolo, imagem, marca ou logotipo de agentes políticos ou instituições públicas que caracterizem promoção pessoal, devendo além do mais os **contratos** de publicidade lícita **obedecer, rigorosamente**, às prescrições do Decreto-Lei nº 2.300/86, sob pena de caracterizar-se a responsabilidade do ordenador do ato, passível de punição, nos termos da lei.