

## Publicidade institucional e eleições

Adriana Ap. Storoz Mathias dos Santos\*

Sumário: 1 - Introdução. 2 - Publicidade e Propaganda: distinções e características. 3 O artigo 73 da Lei nº 9504/97. 4 O desvio de finalidade da publicidade institucional em face das eleições e o Poder Judiciário. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas

### 1 - Introdução

Em seus aspectos conformadores, a publicidade institucional mantém indispensável conexão sistemática com a Administração Pública e seus princípios constitucionais. Neste breve ensaio, procurar-se-á estabelecer a distinção entre publicidade institucional na acepção estrita do termo administrativo - e conforme matriz constitucional, da propaganda eleitoral, bem como despertar reflexões acerca de sua utilização em desvio de finalidade quando verificada sua conotação eleitoral. Partindo-se de premissas constitucionais e administrativas, deter-se-á o enfoque sobre o escopo da publicidade institucional e seu desvirtuamento na propaganda eleitoral.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, parágrafo único incorporou o princípio da soberania popular ( ... todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.), e como sua expressão, o direito de sufrágio. Este em seu sentido mais amplo, engloba os direitos políticos tanto ativos ( capacidade eleitoral ativa ou de votar), quanto os passivos (

capacidade eleitoral passiva ou de ser votado), que se materializam por muitos instrumentos tais como o voto, a realização de eleições, o próprio alistamento eleitoral.

Neste diapasão, para se garantir e concretizar o princípio da soberania popular, pela consecução da democracia representativa, é que se realizam eleições, como ressalta José Néri da Silveira (1): a democracia política e representativa encontra, de outra parte, no sistema eleitoral, forma significativa de manifestação de sua legitimidade. Alcançar a imagem cada vez mais aproximada da vontade geral, na eleição dos representantes do povo, há de constituir-se meta fundamental do processo eleitoral. Assim como Fávila Ribeiro (2) é exatamente o sufrágio secreto o instrumento idôneo para viabilizar o alargamento da participação direta, conciliando-as às instituições representativas nas condições existenciais modernas(...)

Com efeito, poder-se-ia até arriscar uma caracterização do fato eleições como instrumental de aferição popular apto a conferir legitimidade aos eleitos como mandatários em sentido amplo. Seria, pois, a forma mais concreta e direta de resposta popular às diretivas exigidas na gestão da res pública.

Neste contexto, faz-se necessário estabelecer mecanismos de garantia e controle da lisura e legitimidade nas eleições, de forma a preponderar a isonomia de condições dos candidatos à representação popular bem como a manter a higidez do sistema de sufrágios, de forma a se permitir que através deles se confira ao eleitos a legitimidade apta e necessária à sua atuação.

É com este intuito de preservação da moralidade, normalidade, lisura e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, ou de cargos na administração direta e indireta que se estabelecem verdadeiras limitações à campanha eleitoral dos pretensos candidatos. Isto se verifica mais detidamente ao se observarem os dispositivos do art. 73 da Lei nº 9504/97 ? que estabelece as condutas vedadas aos agentes em campanha eleitoral - tais como as relativas à proibição de realização de publicidade institucional durante os três meses anteriores ao pleito, tema sobre o qual far-se-á breve estudo através dos dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie, bem como do desenvolver da jurisprudência relacionada, iniciando-se por uma diferenciação básica - em sentido jurídico-eleitoral sobre institutos de publicidade e propaganda. Há que se ressaltar porém, que estes parágrafos aqui apresentados não tem a

pretensão de esgotar a matéria, mas sim de possibilitar a reflexão sobre diversos institutos do Direito Constitucional e Eleitoral tão intrinsecamente ligados.

## 2 - Publicidade e Propaganda: distinções e características

### 2.1 Publicidade: sentido comercial e jurídico

Usualmente os termos publicidade e propaganda são empregados como sinônimos em seu sentido comum e comercial, ou seja, em seu caráter usual, ambos teriam a mesma conotação (de propagar, do latim *propagare*, que significaria multiplicar, espalhar, difundir de maneira a tornar conhecido o que se intenciona), possibilitar ao público o conhecimento do produto ou serviço através de técnicas de convencimento e persuasão.

Com efeito, na acepção jurídica e estrita os termos se diferenciam: publicidade deriva do latim *publicus*, de *publicare*, que significa publicar expor ao público; entende-se, na linguagem jurídica, a condição ou a qualidade de público, que se atribui ou se deve cometer ao atos ou coisas, que se fazem ou se devem fazer.(3)

O termo publicidade em seu sentido jurídico poderia ser sintetizado como a possibilidade de tornar o fato ou ato de conhecimento geral, com maior alcance possível aos destinatários, sem entretanto, utilizarem-se de técnicas de persuasão e convencimento como a da publicidade comercial.

È nesta acepção jurídica que a Constituição Federal de 1988 prescreveu em seu art. 37, § 1º, o princípio da impessoalidade na publicidade realizada pela Administração Pública: 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.

Sob este enfoque, percebe-se que o escopo constitucional da publicidade institucional visa tornar possível o controle e a fiscalização populares acerca das atividades da Administração Pública na consecução do bem comum, isto é, do interesse público. Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (4) ?... os agentes administrativos não são

donos da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, todo poder emana do povo(...).

Por óbvio, portanto, é a conclusão de que a regra geral para a publicidade dos atos da Administração Pública, é a aplicação do princípio da impessoalidade, ou seja, não se utilizando da personificação do agente público pela obra ou do serviço prestado, possibilitando assim, o direito ao esclarecimento e informação dos cidadãos na fiscalização da gestão da res pública. Ademais, apresenta-se neste contexto, uma das facetas do princípio da publicidade, cujo ensinamento de Celso Antonio se traz à colação: consagra-se neste o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam (...)(5)

A impessoalidade estampada no art. 37 citado, diz primeiramente com a finalidade pública que deve direcionar toda a atividade administrativa, sem beneficiar ou prejudicar terceiros, mas a tratá-los da forma mais objetiva e isonômica possível. Em relação ao agente público, contudo, a impessoalidade na Administração é inerente às suas funções. Neste sentido afirma José Afonso da Silva (6) : os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.(...) Logo, as realizações administrativo-governamentais não são do funcionário ou da autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira.? Concluir-se-ia que o agente público é mero instrumento na realização da função administrativa. Assim, não é a sua vontade individual que prepondera, mas sim a vontade geral, pública.

Neste ínterim, verifica-se que a própria Constituição quando prescreve a regra do § 1º do citado dispositivo, dá - como ressalta a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (7) quando cita José Afonso: ? uma consequência expressa a essa regra, quando no §1º do artigo 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção

pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

À toda evidência, observa-se que a publicidade institucional, conforme delineamento constitucional, tem como regra a impessoalidade calcada na possibilidade de fiscalização e controle popular. Para que seja adequada ao interesse público, não deve haver a pessoalidade do ato, isto é, o desvio de sua finalidade com a vinculação direta ou subliminar de servidor ou autoridade à responsabilidade pela obra pública - quando nada mais faz a não ser cumprir com um dever seu para com os cidadãos administrados.

Apesar de a Constituição estabelecer explicitamente seus parâmetros, inúmeras vezes ocorrem desvios de finalidade deste tipo de publicidade. Desvio de finalidade de acordo com a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, ocorre: quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado. Há em conseqüência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada (8). Fazendo a subsunção da publicidade institucional à sua finalidade a de publicidade dos atos administrativos em caráter de informação pode-se perceber que há desvio de finalidade quando utilizada para promover determinado agente candidato na disputa pelo mandato eletivo. Daí o perigo de desviar-se da publicidade oficial para o atingimento de finalidade eleitoral.

Segundo Olivar Coneglian (9) o detentor do poder possui um instrumento legal terrivelmente forte para fazer publicidade. A questão é tão grande, tão valiosa, que os Governos Estaduais possuem verdadeiro batalhão de jornalistas contratados ou nomeados para dar publicidade aos atos oficiais. E continua a analisar o citado dispositivo a Constituição veda a propaganda pela propaganda, a propaganda para ofertar conhecimento, como se tratasse de um produto concorrente com o mercado(...) Algumas publicidades oficiais são descaradamente ilegais(...) Outras buscam disfarçar a ilegalidade.

Após estas preliminares a caracterizar a acepção jurídica da publicidade institucional, passar-se-á a ater-se sobre aspectos da propaganda eleitoral propriamente dita.

## 2.2 Propaganda: sentido comercial e eleitoral

Em um sentido comercial - conforme outrora já exposto, a propaganda comercial genericamente considerada - se caracteriza por utilizar de técnicas de persuasão e convencimento objetivando a compra de um produto ou serviço, à divulgação de uma marca, entre outras tantas finalidades.

Já a propaganda eleitoral *strictu sensu* na definição de Pinto Ferreira (10) é uma técnica de apresentação, argumentos e opiniões ao público, de tal modo organizada e estruturada para induzir conclusões ou pontos de vista favoráveis aos seus enunciantes. É um poderoso instrumento para conquistar a adesão de outras pessoas, sugerindo-lhes idéias que são semelhantes àquelas expostas pelos propagandistas. A propaganda política é utilizada para o fim de favorecer a conquista dos cargos políticos pelos candidatos interessados, fortalecer-lhes a imagem perante o eleitorado, sedimentar a força do governo constituído ou minar-lhe a base, segundo as perspectivas dos seus pontos de sustentação ou contestação

Segundo Fávila Ribeiro, A propaganda é um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão. Despreza a propaganda a argumentação racional, prescindindo do esforço persuasivo para demonstração lógica da procedência de um tema. Procura, isto sim, desencadear, ostensiva ou veladamente estados emocionais que possam exercer influência sobre as pessoas.(11)

No aspecto jurídico-eleitoral, contudo, a propaganda possui fundamento de validade direto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos princípios da liberdade de expressão e pensamento dos indivíduos e dos meios de comunicação social, bem como é também disciplinada pelo Código Eleitoral ( a partir dos arts. 240 e ss ), pela Lei n° 9504/97 e regulamentada por Resolução do Tribunal Superior Eleitoral a cada eleição.

Assim como na acepção comercial, a propaganda eleitoral também objetiva a divulgação de idéias de um candidato, seu programa de governo, suas metas e seu compromisso, e, desde que respeitados os limites legais, também serve de forma de persuasão, de conquista do voto do eleitor.

Joel José Cândido(12) conceitua propaganda eleitoral como uma forma de captação de votos usada pelos Partidos Políticos, Coligações ou candidatos, em época delimitada por lei, através da divulgação de suas propostas, visando a eleição a cargos eletivos.?

Como outrora já referido, num regime democrático de uma sociedade, a única forma legítima de se escolher os representantes do povo e concretizar o princípio da soberania popular é por meio de pleitos eleitorais. Concluir-se-ia que a realização das eleições pelo voto direto é pressuposto de um regime democrático representativo. Logicamente se observa que é com a realização de propaganda eleitoral que Partidos e candidatos poderão ter em mãos o meio mais eficiente a propagar sua plataforma de governo, suas idéias, seus anseios, enfim traçar o panorama e a proposta que pretendem aplicar acaso eleitos. Neste contexto, o Estado não detém a legitimidade de coibir a propaganda eleitoral lícita ( aquela que observa os diplomas legais aplicáveis à espécie) já que o exercício ao direito de propaganda está diretamente ligado ao postulado do Estado Democrático de Direito. Cabe ressaltar, porém, que o exercício do direito de propaganda não é ilimitado/absoluto: deve obedecer a um disciplinamento legislativo específico com vistas à preservação da higidez do processo eleitoral, evitando abusos e desvios de finalidade e sujeitas ao controle de seus pressupostos pela Justiça Eleitoral.

Neste viés, e segundo o ensinamento de Joel Cândido, seriam aplicáveis à propaganda eleitoral ( ou política como gênero) os seguintes princípios: da legalidade corolário da igualdade/isonomia de oportunidades de expor suas idéias, da liberdade de expressão na forma que a lei dispuser, o princípio da responsabilidade de partidos e candidato pela propaganda, e do controle judicial da propaganda pela Justiça Eleitoral, até pelo exercício de seu poder de polícia.

Ocorre porém que o direito à propaganda eleitoral é comumente analisado sob amparo da plenitude do princípio da liberdade de expressão, em detrimento ao princípio da isonomia, justamente princípios corolários em matéria eleitoral e que deveriam manter convivência harmônica entre si.

Com este argumento, comumente se observam nas defesas (13) das empresas de comunicação social, enquanto transgressoras de dispositivos da Lei n° 9.504/97 e demandadas junto à Justiça Eleitoral: não se faz uma análise de compatibilidade necessária entre o direito à liberdade de expressão em seu caráter absoluto e ilimitado e a necessária

igualdade de participação dos candidatos em sua programação - consentâneas de um Estado de Direito Democrático. A questão fora enfrentada pelo TRE/PR, no Acórdão nº 23964/00, cujo trecho transcrito do voto do Relator Dr. Joel Paciornik resolve a questão: "parece-me que em matéria de propaganda eleitoral se está igualmente diante de diversos princípios constitucionais que entram em choque, como os da liberdade de comunicação e expressão e o da garantia de tratamento isonômico entre os concorrentes a cargos eletivos. Cabe ao intérprete, no caso o julgador, estabelecer a relação de prevalência afastando a aplicação de um deles em defesa da manutenção do outro que na hipótese concreta pareça mais relevante e que importe em menor restrição para o direito da outra parte.

Estabelece-se assim, um conflito de interesses ou fenômenos de tensão como diria o professor Canotilho (14) que poderá ocorrer em uma Constituição compromissória com diferentes interesses como a de 1988, devendo preponderar em casos de aparente antinomia, o princípio da unidade hierárquico-normativa(15) da Constituição. Partindo-se desta premissa, exercitando-se a dialética entre liberdade/igualdade, poder-se-ia concluir pela preponderância de um princípio em determinado caso concreto, e não o rechaçá-lo de pronto de modo a afastar sua incidência. Neste aparente conflito a questão que se estabelece é: dever-se-ia analisar a propaganda sob o signo da liberdade em seu caráter absoluto e desmedido - como no Estado Liberal mínimo ou dever-se-ia objetivar a busca pela igualdade substancial/material prescrita pela Constituição, onde cada indivíduo tem a dignidade de sentir-se igual aos seus semelhantes? Penso que neste conflito aparente ( aparente pois são resolvidas pela preponderância de um princípio em relação ao outro) de normas aplicáveis a solução mais adequada seja determinar a relativização da liberdade de expressão (não como censura prévia anterior (16), em preponderância da isonomia, da paridade de condições, balizando-se por outros princípios constitucionais que entendidos em conjunto, resolvem a antinomia.

Assim, tem-se que a liberdade de expressão não pode ser compreendida em seu caráter absoluto, isto é, sem parâmetros para seu exercício, já que em termos de campanha eleitoral as limitações legais que se estabelecem não visam cercear o direito à liberdade de informação/expressão, mas simplesmente a condicionar seu exercício aos limites legais que objetivam a promoção de condições igualitárias aos diferentes candidatos e facções políticas.



Portanto, o fiel da balança penderá neste caso, ao princípio da igualdade material de oportunidades aos candidatos em desfavor da plena liberdade de expressão. Isto porque, ao admitir-se a preponderância à liberdade de expressão em seu caráter pleno e absoluto, poderia ocorrer que candidatos mais afortunados, tivessem a possibilidade de utilizarem-se indevidamente dos meios de comunicação social, mediante abuso do poder econômico. Não se quer dizer aqui que à Justiça Eleitoral caiba a função de censor prévio da propaganda eleitoral em sentido material ( já que uma atitude dessa colidiria frontalmente com princípios constitucionais de mais alto quilate), mas sim na forma de se estabelecer uma paridade de oportunidades aos concorrentes.

Em síntese, observa-se que o locus democrático idealmente previsto para a divulgação de idéias e programas, até de forma persuasiva - desde que respeitados os limites legais - é o das campanhas eleitorais. A propaganda eleitoral lícita é a realizada por meio da divulgação de propaganda na imprensa escrita, na propaganda eleitoral gratuita, de outdoors, cartazes, santinhos, etc... e não a utilização em desvio de finalidade da publicidade institucional constitucionalmente estabelecida (onde são descumpridos seus pressupostos, quais sejam, a publicidade de caráter informativo e educativo, impessoal, ou seja, sem vinculação da pessoa do agente público ou de símbolos de seu governo), desigualando as condições de disputa dos candidatos.

Precisamente foi com este escopo ? de evitar o desvio de finalidade da publicidade institucional em detrimento à participação isonômica dos candidatos aos pleitos eleitorais ? que fora inserido na Lei n° 9.504/97 o artigo 73 ? que trata das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, tema sobre o qual se passará a tecer algumas considerações.

### 3 O artigo 73(17) da Lei n° 9504/97

Com efeito, observando-se as disposições do artigo 73 da Lei n° 9504/97, verifica-se um extenso rol de condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais, concebidas a fim de evitar a desigualdade de oportunidades entre os candidatos que

poderiam utilizar-se da máquina administrativa em benefício próprio, e com o objetivo maior de preservação de lisura, higidez e legitimidade do pleito.

A justificativa para essa regra geral proibitiva baseia-se na possibilidade de uso indevido dos meios de comunicação social - não com o intuito de informação ou esclarecimento ao cidadão e contribuinte nos moldes prescritos pelo princípio da impessoalidade do § 1º do artigo 37 - mas sim como o meio mais eficiente de divulgação das obras em benefício de um candidato, tendo nítida finalidade eleitoral.

Ademais, o art. 73, quer conferir a mesma possibilidade ou melhor condição aos candidatos na disputa eleitoral, de maneira a efetivar-se a igualdade substancial e material constitucional, impedindo assim, a indevida utilização pelos administradores (agravado ainda pelo instituto da reeleição com a EC 16 (18)), das estruturas administrativas em seu proveito, em detrimento do interesse público constitucionalmente tutelado. Quer o artigo 73 bem como outros diplomas legais efetivar a paridade de condições entre os candidatos estabelecida no princípio da isonomia constitucional.

Em relação à publicidade, o inciso VI , ?b?, do artigo 73, veda que nos três meses que antecederem o pleito seja realizada a denominada ?publicidade institucional? dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos federais, estaduais ou municipais. Ressalva, porém, que a mesma poderá ser autorizada pela Justiça Eleitoral em caso de grave e urgente necessidade pública (19) ( art. 73, VI, ?b?), ou ainda quando se tratar de produtos ou serviços que tenham concorrência no mercado.

Na realidade, a Constituição ao prever no art. 37, § 1º a publicidade das obras o fez de forma a imaginar a atuação proba do administrador em prol do interesse público. Entretanto, inúmeros são os casos de desvirtuamento desse dispositivo legal, daí a necessidade de um regramento infraconstitucional a reafirmar a norma fundamental e conferir-lhe maior aplicabilidade. Ressalte-se, porém, que não se quer afirmar que a norma do art. 37 não possui aplicabilidade: na realidade - como José Afonso da Silva (20) ? toda norma constitucional tem uma eficácia mínima. Ocorre que na seara eleitoral, se fez necessária essa vedação expressa inspirada no espírito constitucional de preservação do interesse público em detrimento ao individual, porque indevidamente utilizado de forma ?eleitoreira?. Em verdade, dever-se-ia obediência direta ao dispositivo do art. 37 e, caso descumprido ou desvirtuado, aplicar as sanções cabíveis.

Portanto, a regra geral é a de vedação da realização da publicidade institucional (qual seja, aquela concebida para a divulgação de obras, serviços pela Administração Pública, como realizações de um governo) nos três meses anteriores ao pleito para evitar sua indevida utilização.

A exceção é a possibilidade de realização deste tipo de publicidade (desde que cumpridos e demonstrados cabalmente os pressupostos de gravidade/urgência e necessidade pública), que levadas ao conhecimento da Justiça Eleitoral - competente para a aferição da presença das condições permissivas - poderá autorizar ou não a veiculação da referida publicidade. Esta ressalva legislativa vem de encontro à necessidade da continuidade da função administrativa (já que a Administração não pode parar na consecução do interesse público).

Adriano Soares da Costa (21) ao comentar o art. 73, em específico este inciso sobre a proibição de publicidade institucional argumenta: "com isso, evita-se que haja manipulação do eleitorado através de propagandas públicas, nas quais o que se pretende é a realização de uma divulgação subliminar de informações favoráveis a determinados candidatos ou partidos políticos. Excetuam-se: a) a propaganda de serviços e produtos que tenham concorrência no mercado e b) a publicidade oficial em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. Ainda nesses dois casos, não poderá haver veiculação de mensagem tendente a beneficiar candidatos à reeleição ou ligados ao governo, fugindo a sua finalidade legal."

Importante ressaltar que as sanções cabíveis em caso de inobservância do que reza o artigo 73, VI, b, aplicam-se aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. O descumprimento às vedações acarreta a suspensão imediata da conduta vedada (quando ainda possível), bem como sujeita os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR. Além disso, a Lei 9.504/97, em seu art. 74, dispõe: "Configura abuso de autoridade, para fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar n. 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." Em julgado recente o TRE/PR decidiu:

EMENTA - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL ? ART. 74, LEI 9.504/97  
IMPROCEDÊNCIA ? RECURSO ? AUSÊNCIA DE PROVA.

A configuração do abuso de autoridade previsto no art. 74, da Lei 9.504/97, exige a comprovação de que a publicidade institucional possua caráter eleitoral.

ACÓRDÃO Nº 25.772

Vistos, relatados e discutidos os autos citados, ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte desta decisão.? ( Acórdão nº 25772/02, Rel. Dr. Guilherme Luiz Gomes, RE 1873, julgado em 27.06.02)

4 O desvio de finalidade da publicidade institucional em face das eleições e o Poder Judiciário

A Justiça Eleitoral constitui-se no ?juiz natural da propaganda eleitoral?, isto é, competente para conhecer e julgar de matéria relativa à propaganda eleitoral.

Com efeito, não há como se afastar a incidência da jurisdição eleitoral na tutela do processo eleitoral. Entretanto, em termos de publicidade institucional a Justiça Eleitoral terá competência para processo e julgamento quando esta publicidade desviar de sua finalidade tendo nítida conotação eleitoral, ou ainda quando afrontar o dispositivo do art. 73, VI, "b" da Lei nº 9.504/97. Caso contrário, isto é, se a publicidade institucional não observar seus pressupostos constitucionais e administrativos e não for utilizada com conotação eleitoral, caberá à Justiça comum (22) o processo e julgamento das ações acaso ajuizadas, como uma ação popular ou uma ação de improbidade administrativa ( Lei nº 8.429/92). É o que se comumente verifica dos julgados que adiante se apresentarão. Competirá (23) à Justiça Eleitoral a apreciação dos atos de promoção com caráter pessoal dos agentes públicos, no âmbito, da propaganda institucional, desde que realizadas em período de campanha eleitoral e, que tenham conotação eleitoral, de forma a se aferir se houve interferência no resultado das eleições ou ainda a caracterização do abuso de autoridade, como reza o art. 74 da Lei nº 9504/97.

Inobstante estabelecidos os pressupostos constitucionais caracterizadores da publicidade institucional, isto é, dever de publicidade da Administração dos atos/fatos/serviços com caráter informativo e educativo, sem utilizar-se para isso de símbolos, logotipos ou marcas que identifiquem o agente ( que estabeleceriam a presunção de personalidade no caso), muitas vezes ocorre desvio de finalidade deste tipo de publicidade utilizando-a como verdadeira propaganda eleitoral, veja-se:

Jurisprudência Tribunal Superior Eleitoral:

?Ementa PROPAGANDA ELEITORAL.

NAO SE CONFUNDE COM A PROPAGANDA INSTITUCIONAL, REGENDO-SE POR NORMAS DISTINTAS.

A INFRINGENCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, PARAGRAFO 1 DA CONSTITUICAO ATRAI A INCIDENCIA DO QUE SE CONTEM NO ARTIGO 74 DA LEI 9.504/97.

Decisão POR UNANIMIDADE, O TRIBUNAL CONHECEU DO RECURSO E LHE DEU PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AFIRMOU SUSPEICAO O SENHOR MINISTRO EDUARDO ALCKMIN?(24)

E ainda

?Ementa AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO POR ABUSO DE PODER. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. ARTS. 73, VI, B, E 74 DA LEI N° 9.504/97. ART. 37, § 1°, DA CF.

D) O que o art. 73, VI, b, da Lei n° 9.504/97, veda é a autorização de propaganda institucional nos três meses que antecedem o pleito.

O dispositivo não retroage para alcançar atos praticados antes destes três meses.

II) A violação ao art. 37, § 1º, c/c o art. 74 da Lei nº 9.504/97, pela quebra do princípio da impessoalidade, possui contornos administrativos.

Deve ser apurada em procedimento próprio, previsto na Lei nº 8.429/92.

Verificada a ocorrência da quebra deste princípio administrativo, é que se poderá apurar seus reflexos na disputa eleitoral.

III) O art. 74 se aplica somente aos atos de promoção pessoal na publicidade oficial praticados em campanha eleitoral.

Agravo improvido.? (25)

E do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná:

?Ementa 1) Os fatos que dizem respeito ao artigo 40 da lei 9504/97, tem natureza penal e por isso a iniciativa processual penal deve ser do Ministério Público.

2) Uma cor determinada, que lembra uma riqueza produzida no município (cor laranja que lembra a produção da fruta cítrica) ao compor a publicidade institucional municipal, gera a proibição do uso dessa cor por candidato em campanha eleitoral, tendo em vista que é um símbolo incorporado ao patrimônio imaterial do poder público. Essa prática encontra proibição no artigo 73, inciso VI, letra "b" da Lei 9504/97.

3) Uma bandeira, cuja cor, além de lembrar uma riqueza produzida no município, está incorporada á sua publicidade institucional, não pode ser utilizada por candidato em campanha eleitoral, tendo em vista que é símbolo incorporado ao patrimônio imaterial do poder público. Essa prática encontra proibição no artigo 73, inciso VI, letra "b" da Lei 9504/97.?

4) O candidato não pode associar símbolo de seu uso particular com símbolo de propriedade do poder público para fazer campanha eleitoral, pois infringe as regras do artigo 73, inciso VI, letra "b" da lei 9504/97.? (26)

e mais

Ementa Propaganda institucional. Desvirtuamento de sua finalidade.

É parte ilegítima para figurar no feito aquele que não demonstra tenha sido atingido pela decisão atacada.

Se, de ofício, poderia a MM. Juíza ter concedido a medida, independentemente de qualquer manifestação dos órgãos atingidos, bastando a tanto se verificasse conotação eleitoral da propaganda em questão, é de se entender desnecessária a citação das pessoas mencionadas como litisconsortes, não ocorrendo a alegada nulidade.

A litispendência só ocorre quando na reprodução de ação anteriormente ajuizada ocorrer a tríplice identidade e não ter sido prolatada decisão no processo anterior.

A competência da Justiça Eleitoral para o presente feito, porque imprimidos contornos eleitorais a propaganda oficial, e conferida pelo Código Eleitoral e Lei n.º. 9100/95.

Desde que os autos demonstram ter sido desvirtuada a finalidade de propaganda institucional, fugindo aos parâmetros estabelecidos na constitucional federal, porque houve desvio de sua finalidade, esta propaganda deve ser coibida, porque contraria a lei maior e aos demais dispositivos legais.

Recurso conhecido e improvido (27)

E do Tribunal Regional Rio Grande do Norte

?Ementa AGRAVO EM REPRESENTAÇÃO - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL - REJEIÇÃO - PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA EM VEICULAÇÃO TELEVISIVA - PUBLICIDADE INSTITUCIONAL DESCARACTERIZADA.

1. O processo tem seu curso normal quando os atos de citação e intimação são alcançados com precisão.

2. A publicidade institucional, prevista no artigo 37, § 1º da Constituição federal, quando não revestida dos caracteres educativo, informativo ou de orientação social, porque traz nomes, símbolos ou imagens de pré-candidato, fica descaracterizada, resultando em propaganda eleitoral extemporânea em favor do beneficiado.

3. A aplicação de multa (Lei nº 9.504/97, artigo 36, § 3º).?(28)

No mesmo diapasão dos julgados acima trazidos à colação, inúmeros outros fazem a verificação dos princípios que regem a publicidade institucional e da eleitoral, de forma a considerar irregular a propaganda "pseudo-institucional" que se desvie de sua finalidade essencial, tendo conotação eleitoral.

## 5 ? Conclusão

Como anteriormente mencionado, não se teve com este brevíssimo estudo a pretensão de esgotar a matéria, mas sim de instigar à reflexão mais atenta de institutos tão intrinsecamente ligados ( até pela lógica sistemática do ordenamento jurídico), de forma a suscitar questionamentos acerca dos fins da publicidade institucional, bem como da propaganda eleitoral, que em caráter absoluto, não podem e não se devem confundir. Ao lado desta diferenciação, verifica-se que o importante é a conclusão de que a única possibilidade de uma verdadeira democracia representativa, é a proveniente da realização de pleitos para a escolha de candidatos. Para que essa verdade eleitoral das urnas possa legitimá-los, porém, faz-se necessária uma paridade de condições aos concorrentes. É pois, no espaço democrático da propaganda eleitoral que se verifica a exigüibilidade da isonomia. É só na propaganda eleitoral nas suas diversas facetas que se poderá usar da persuasão, da divulgação de idéias e propostas. Motivada a preservar as condições de igualdade aos candidatos, é que a legislação proíbe determinadas condutas tendentes a afetar a desigualdade entre os mesmos.

Isto se dá por meio de prescrições e proscricções legais tendo sempre como fundamento de validade a Constituição Federal de 1988, auxiliados por disciplinamentos



infraconstitucionais como as da Lei nº 9504/97 ? que no tocante ao artigo 73, VI, ?b?, visa buscar atingir o grau máximo de eficácia da norma inserta no art. 37, § 1º da Constituição Federal. Este ?auxílio? legal fez-se necessário pela verificação da utilização indevida da publicidade institucional com conotação eleitoral.

Neste ínterim, arriscar-se-ia dizer que se o agente público cumprisse com sua obrigação, qual seja a obediência aos preceitos constitucionais como informadores de sua atuação (impessoalidade da publicidade e seu caráter informativo), desnecessária e redundante seria a prescrição deste art. 73, da Lei nº 9.504/97. Ocorre, porém, que infelizmente, nem o respeito à Constituição e nem à referida Lei são normalmente observados como se pôde verificar das citações jurisprudenciais anteriores. Necessário e premente se faz que o Judiciário, o Ministério Público, e principalmente o cidadão administrado, se tornem fiscais do cumprimento destes artigos, sob pena de esvaziamento e ilegitimidade dos pleitos tão sacrificada e historicamente conquistados.

## 6 ? Referências Bibliográficas

CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro, 9ª ed., Bauru: Edipro, 2001

CONGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2000

COSTA, Adriano Soares. Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001

FERREIRA, Pinto. Código eleitoral comentado, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, 14ª ed., São Paulo, 2002, Malheiros,

RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000

\_\_\_\_\_. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, vol. III, São Paulo: Forense.

SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros, 2001

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das normas constitucionais, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVEIRA, José Néri. Democracia, liberdade do sufrágio e Justiça Eleitoral. Discurso proferido no I Congresso Internacional de Direito Eleitoral e Partidário, em Curitiba ? 19/08/99 e publicado na edição no Paraná Eleitoral nº 34, p. 14 e ss

Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais ( [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br))

Notas

SILVEIRA, José Néri. Democracia, liberdade do sufrágio e Justiça Eleitoral. Discurso proferido no I Congresso Internacional de Direito Eleitoral e Partidário, em Curitiba ? 19/08/99 e publicado no Paraná Eleitoral nº 34, p. 14 e ss.

2 RIBEIRO, Fávila. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 135

3 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, vol. III,, São Paulo, Forense

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, 14<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 355

5 op. cit, p. 96.

6 SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 651-652

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 13<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas,2001, p. 71

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, 14<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 359

9 CONEGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral, 4<sup>a</sup> ed. , Curitiba: Juruá, 2000, p. 64-67

10 FERREIRA, Pinto. Código eleitoral comentado, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 289

11RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral, 5<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 445

12CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro, 9<sup>a</sup> ed., Bauru: Edipro, 2001 p. 153

13 Acórdão n° 23964/00 ? TRE/PR ( Recurso Eleitoral n° 171/98 ? Curitiba/PR, Rel. Dr. Joel Ilan Paciornik): ?Ementa: Propaganda eleitoral irregular. Art. 45, inciso III da Lei n° 9504/97. Os artigos 220 e 221 da CF asseguram a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. Havendo colisão com o princípio da isonomia entre os candidatos a pleitos eleitorais, este último deve prevalecer. Recurso improvido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos citados, Acordam os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.?

14CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constituicional e teoria da constituição. 2<sup>a</sup> ed., Coimbra ? Portugal: Almedina, 1998, p. 1055

15op. cit, Como ressalta o Prof. Canotilho: o princípio da unidade hierárquica-normativa da Constituição significa que todas as normas contidas numa constituição tem

igual dignidade, e em sede de interpretação, este princípio rejeita duas teses: a das antinomias normativas e a das normas constitucionais inconstitucionais.

16Jurisprudência do TSE ? RESPE 15637- Acórdão 15637,Natal/ RN 17/11/1998, Relator(a) EDUARDO ALCKMIN, Publicação DJ - Diário de Justiça, Data 12/02/1999, Página 37,RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 11, Tomo 2, Página 290

?Ementa: Recurso especial - Propaganda eleitoral - Tratamento privilegiado dispensado por emissora de televisão à coligação partidária por ocasião de divulgação da agenda dos candidatos - Infração ao art. 45, IV, da Lei 9.504/97 - Rejeição da alegação de violação aos princípios constitucionais que asseguram o direito a informação e a livre manifestação do pensamento - Recurso não conhecido. As normas que disciplinam a veiculação de propaganda eleitoral não afetam a liberdade de manifestação do pensamento constitucionalmente garantida, porque não estabelecem qualquer controle prévio sobre a matéria a ser veiculada, sendo equivalentes, na ordem constitucional, o referido princípio com o da lisura e legitimidade dos pleitos, com o que a compatibilização de ambos torna possível a repressão dos abusos cometidos.?

#### 17 Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais

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 o pleito:

b) com 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;

(...)

§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou

qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

(...)

§ 3º As vedações do inciso VI do caput, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º No caso de descumprimento do inciso VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o agente público responsável, caso seja candidato, ficará sujeito à cassação do registro.

§ 5o Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

(...)

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.?

18 Sobre a configuração do abuso de autoridade praticado por candidato à reeleição, vide Ac. 17066/01 ? TRE/SC

19 Deverá ser requerida a autorização à Justiça Eleitoral para a veiculação da publicidade institucional nos três meses anteriores ao pleito, conforme se pode notar do julgado do TRE/SC adiante: 751 ADM - MATERIA ADMINISTRATIVA -1 - Acórdão 15162 SC 05/08/1998 - Relator CLÁUDIO GASTÃO DA ROSA - Publicação DJESC - Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, Data 11/08/1998, Página 60

Ementa: - Requerimento - Autorização da Justiça Eleitoral - Veiculação de Campanhas Institucionais (Aids, Tabagismo, Medicamentos Falsos). Presentes os requisitos do Art. 33 da Resolução N. 20.106 do TSE e Art. 73, VI, "B", da Lei N. 9.504, de 30.9.1997, Há de de autorizar campanha publicitaria de Secretaria de Estado da Saúde.

A veiculação deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sem constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de Autoridade (CF/1988, Art. 37, Par. 1), uma vez reconhecida a grave e urgente necessidade publica.

Pedido de autorização concedido, com as ressalvas impostas pelo Ministério Público Eleitoral.

Decisão Por maioria, em conhecer do pedido, autorizando-o com restrições, vencido, em parte, o Juiz Romulo Pizzolatti, nos termos do Parecer da Procuradoria Regional Eleitoral e do voto do Relator.?

20 SILVA, José Afonso da . Aplicabilidade das normas constitucionais, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 71-72 : ? Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem. (...) O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.?

21 COSTA, Adriano Soares da. Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 503

22 É o que se verifica do julgado do TSE nº 15807 RESPE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL , Acórdão 15807 - CE 17/06/1999 - Relator(a) MAURÍCIO

CORRÊA, Publicação DJ - Diário de Justiça, Data 06/08/1999, Página 96, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 11, Tomo 4, Página 221

?Ementa : Recurso Especial. Propaganda Institucional. Agente Politico Não concorrente a cargo eletivo. Possibilidade.

A Propaganda Institucional realizada pelos Agentes Politicos, cujos cargos não estejam em disputa na eleição, e procedimento autorizado pelo artigo 37, Parágrafo 1º da Constituição Federal. Se, todavia, houver quebra do principio da impessoalidade, a infração que daí decorre é de caráter necessariamente administrativo, devendo ser apurada e julgada por meio de ação própria, prevista na lei nº 8.429/92, não encontrando foro adequado no âmbito da Justiça Eleitoral. Recurso Especial Conhecido e Provido. Decisão Por Unanimidade, O Tribunal Conheceu do Recurso de Paulo Nazareno Soares Rosa e lhe deu Provimento. Também por unanimidade o Tribunal não conheceu do Recurso da Procuradoria Regional Eleitoral/CE. Observação No mesmo sentido o Acórdão nº 381, de 16.11.99.

23 Sobre a competência para processo e julgamento de infrações do art. 37, § 1º, CF, vide o Ac.19143/01 ? TSE; Ac. 358/00 ?TSE.

24 Número do Processo 15495 Tipo do Processo - RESPE ? Ac. N° 15495, TERESINA - PI 29/02/2000, Relator Eduardo A. Ribeiro Vieira -Publicação DJ - Diário de Justiça, Data 24/03/2000, Página 123, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 12, Tomo 1, Página 209

25 Número do Processo 2768 Tipo do Processo AAG - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO , ACÓRDÃO 2768, CATANDUVA - SP 10/04/2001, Relator NELSON AZEVEDO JOBIM, Publicação DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 22/06/2001, Página 134

26 Número do Processo 1617 RE - RECURSO ELEITORAL, ACÓRDÃO 24979 PARANAÍ - PR 07/05/2001 Relator MARCOS DE LUCA FANCHIN, Publicação DJ - Diário da Justiça, Data 14/05/2001

27 Jurisprudência do TRE-PR -Nº processo 2566 - RE - RECURSO ELEITORAL  
Acórdão 21010 - PR 26/09/1996 -Relator DRA. ANNY MARY KUSS SERRANO -  
Publicação DJ - Diário da Justiça, Data 10/10/1996

28 Jurisprudência do TRE-RN - Nº Processo 837 RI - RECURSO INOMINADO -  
ACÓRDÃO 837, NATAL - RN 25/06/2002 - Relator FRANCISCO CIRÍACO  
SOBRINHO

\* Bacharela em Direito - Técnica Judiciária ? Tribunal Regional Eleitoral do Paraná

Disponível em:< [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impresso.php?cod\\_texto=104](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=104)>

Acesso em.: 29 out. 2007.