

PARECER

— *Publicidade de órgãos públicos. Interpretação do art. 37, § 1º da Constituição Federal. O emprego de locuções como “Administração Popular — Mais Cidade mais Cidadania” como fórmulas de estímulo à utilização de prática de democracia participativa no âmbito do Município. Inexistência de promoção pessoal.*

— *A prestação de contas como ato de caráter informativo.*

— *Desnecessidade de licitação para contratação de serviços de publicidade no regime do Decreto-lei nº 2.300/86.*

I — A CONSULTA

1. O Sr. Prefeito do Município de Porto Alegre dirigiu-me consulta visando a responder às seguintes indagações:

(A) A utilização das expressões “*Administração Popular*” e “*Administração Popular — Mais Cidade Mais Cidadania*” em docu-

mentos e avisos oficiais, divulgados pela mídia ou afixados em obras daquela entidade de direito público, caracteriza “*promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos*”, vedada pelo art. 37, § 1º, da Constituição Federal?

(B) A veiculação do programa de rádio e de televisão “*Cidade Viva*”, do Jornal Porto

90 Celso Bastos comenta: “Em outras palavras, não é lei de normas definitivas, delimitadoras e exclusivas; sim de normas programáticas, mas propriamente de princípios gerais. Isto deixa ao Município o exercício de sua autonomia quanto ao que não for diretriz geral e sim normatividade específica. A lei, pode-se afirmar inicialmente, é a federal, porque se inclui na competência da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX da Constituição). Quanto à normatividade específica, *por ser do interesse local, a competência para legislar é do Município* (art. 30, I da Carta de 1988). Simples compatibilização de interesses” (A ordem econômica e financeira e a nova Constituição, *op. cit.*, p. 75/76)” (grifos meus) (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, Comentários à Constituição do Brasil, vol. 7, *op. cit.*, p. 206/7).

Alegre e da Prestação de Contas, por si só, infringe o art. 37, § 1º, da Constituição Federal

(C) Na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86 era necessário proceder licitação para contratação de serviços de publicidade?

A consulta, relativamente ao primeiro quesito, está diretamente relacionada com decisão recente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Expediente nº 1363-02.00/94-9) e com o fato de o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar, em ação popular, apelação cível e embargos infringentes, haver divergido do entendimento firmado pelo juiz singular para afirmar que a expressão em exame traduzia promoção do Partido dos Trabalhadores e, por consequência, das pessoas e autoridades a quem incumbe a superior direção do Executivo municipal em Porto Alegre.

O Tribunal do Rio Grande do Sul, naquelas decisões, considerou que *“está de há muito no inconsciente coletivo dos munícipes porto-alegrenses a identificação do referido slogan com a administração do PT”* e que, além disso, *“com aquela expressão, à toda evidência, não está o Município de Porto Alegre simplesmente identificando a pessoa de direito público, ou quaisquer de seus órgãos centralizados ou descentralizados, dos quais emanem os atos, as informações e a publicidade necessária ou útil. Também não está apenas divulgando a atividade administrativa em si mesma. Diferentemente prefere — como expressamente admite — divulgar uma certa maneira de governar. Assim desgarrando da necessária impessoalidade dessas publicações e da respectiva finalidade.”*

Pondera, ainda, que *“a expressão Administração Popular é de todo desnecessária. De outra parte, nela não se vislumbra finalidade informativa, educativa, ou de orientação social. Cuida-se, então, de expressão que tem por objetivo vincular o ato praticado ao partido político e aos agentes políticos que estão exercendo o poder municipal. Ora, isso nada*

*mais é do que publicidade com intuito de promoção do partido político e dos ocupantes dos cargos. Em outras palavras, este slogan é a marca do Partido dos Trabalhadores”*.

No que tange aos dois outros quesitos, vincula-se a consulta à já referida decisão do TCE, proferida no expediente nº 1363-02.00/94-9.

## II — ADMINISTRAÇÃO POPULAR E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

2. A expressão *“Administração Popular”*, referida ao Município de Porto Alegre, desde que, com a eleição do Sr. Olívio Dutra, o Partido dos Trabalhadores assumiu a chefia do Poder Executivo da capital gaúcha, faz parte de campanha no sentido de acentuar o matiz participativo na gestão dos negócios públicos, de modo a implantar e divulgar forma moderna e eficiente de cooperação entre a sociedade e o Estado no processo de elaboração das decisões político-administrativas.

Trata-se, sobretudo, de uma luta, que há de ser constante e certamente será prolongada, pela transformação em realidade de uma idéia que não foi criada por qualquer partido político nacional e que não pode ser vista, portanto, como um traço de originalidade do Partido dos Trabalhadores e, muito menos, como algo que com este se identifique. Ela está descrita, às vezes até mesmo com opulência de pormenores sobre os seus diversos desdobramentos, nos tratados e manuais contemporâneos de ciência política e de direito constitucional. Em obras, pois, despojadas de coloração política ou de engajamento partidário<sup>91</sup>. Cuida-se, em suma, de dar ênfase a um aspecto relativamente novo da democracia.

3. Como se sabe, a noção de democracia não é unívoca. De Aristóteles até nossos dias ela tem variado enormemente, a ponto de a invocarem, com ou sem qualificativos, os regimes mais opostos. Na história contemporânea Hitler e Mussolini consideravam demo-

91 Veja-se J.J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, Coimbra, 1991, Almedina, p.4.111 e segs., com ampla remissão bibliográfica.

cráticos os Estados que governavam<sup>92</sup>; por democráticos se tinham os regimes do leste europeu e as ditaduras militares sulamericanas. Cuba e a China designam-se como repúblicas democráticas<sup>93</sup>. No século XIX, na aurora da democracia liberal, o voto era censitário, as mulheres dele estavam excluídas e, em muitos países, existia a escravidão, como se mais de dois milênios não tivessem transcorridos desde que Aristóteles prevera a sua *Política*. Nada disso era obstáculo, porém, a que se afirmasse que o clima era democrático.

Para muitos democracia seria apenas a democracia direta e, embora concedendo-se a existência da representação como um mal necessário, não prescindiriam os atos legislativos de referendo que lhes conferisse legitimidade plena. Para outros, essa exigência demonstrava apenas cega fidelidade ao pensamento de Roseau pois, nos Estados modernos, só a democracia representativa era viável.

A população numerosa e a extensão do território eram os principais empecilhos à democracia direta, um sonho nostálgico das pequenas cidades-Estado do mundo antigo. Mas, mesmo na democracia representativa, discutia-se se o mandato era imperativo ou se o eleito estava apenas vinculado a sua consciência.

4. Estas breves notas servem para mostrar os contrastes fortes existentes entre as diversas leituras da palavra democracia. Desvelar o seu significado etimológico ou dizer, como Lincoln, no belo discurso de Gettysburg, que é “*o governo do povo, pelo povo e para o povo*”, ou ainda declamar a fórmula solene, tradicionalmente agregada ao corpo das Constituições, de que “*todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido*” tem a irrecusável utilidade de aludir a um ponto de partida a que se reconduz qualquer definição de democracia. Mas se essas expressões vagas

e abstratas podem produzir excelentes resultados retóricos, são objetivamente pouco esclarecedoras caso não se saiba se o povo que exaltam compreende os pobres, os analfabetos, as mulheres e que participação terá esse povo, cujo conceito clama por melhor definição, na fixação dos rumos do Estado.

Tal participação esgotar-se-ia no exercício do voto para a eleição dos seus representantes e no direito de ser votado, ou haveria ainda outras formas, mais ativas, como, por exemplo, a iniciativa legislativa, certas manifestações referendárias ou plebiscitárias, ou o *recall*, aceito em algumas constituições estaduais, na América do Norte?

É claro que o tempo e a experiência foram depurando e aprimorando o conceito de democracia, de tal sorte que instituições e práticas que com ela conviviam, até mesmo neste século, são hoje consideradas, quase que em toda parte, como incompatíveis com sua essência. O voto privativo dos nobres e das altas camadas da burguesia ou o voto censitário em geral, a exclusão das mulheres e dos analfabetos de todo o processo político, são, entre outras, realidades ainda muito recentes mas que ninguém duvidará que estão definitivamente relegadas aos museus e aos livros de história. Tornou-se, também inaceitável designar como democrático qualquer regime onde não existam eleições regulares ou onde se proíba o pluralismo partidário, o confronto das opiniões, a crítica, a liberdade de crença e de manifestação do pensamento ou o exercício das liberdades públicas em geral.

Ganhou a democracia, com isto, uma base conceitual mais restrita e, por esta mesma razão, mais precisa. Contudo, mesmo assim, não há e talvez nunca haja consenso integral sobre o que realmente exprime essa noção. Trata-se, com muita probabilidade, de uma obra em permanente elaboração, de uma *work*

92 GUIDO FASSÒ. s.v. democrazia, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1957, vol.V. p.442: “Basti pensarsi chi se definiscono democratici tanto gli Stati di tradizione liberali dell’Occidente europeo e dell’America quanto gli Stati a regime comunista dell’Europa orientale (democrazie popolari), e che lo stesso Mussolini deni il fascismo “la forma più schietta di democrazia”, così comme il Goebbels affermò che lo Stato nazionalsocialista era “la più nobile forma di Stato democratico moderno”.

93 Art. 66 e art.17 das respectivas Constituições.

*in progress*, de uma tarefa interminada e interminável, muito mais de um ideal de que se deve aproximar sem nunca atingi-lo do que de um objetivo suscetível de ser conquistado.

5. Na verdade, não existe uma teoria da democracia, mas sim teorias da democracia. A mudança do Estado liberal burguês em Estado Social ou em Estado Democrático de Direito, como a Constituição de 1988 define a República Federativa do Brasil, a par de alargar extraordinariamente o elenco das tarefas estatais e, pois, de gerar novos e múltiplos serviços públicos, deu ênfase especial aos direitos econômicos, sociais e culturais. Representou, portanto, “*uma extensão da democracia à ordem social e econômica e à vida cultural*”<sup>94</sup>.

De outra parte, nos tempos em que vivemos, pela consagração, no plano jurídico, do conceito de interesse, ao lado do já bem conhecido conceito de direito subjetivo público, notadamente com o reconhecimento constitucional dos interesses difusos e coletivos e das novas garantias e remédios processuais para sua proteção, deixou o Estado de ser o titular exclusivo da função de zelar pela sociedade.

Essas alterações no próprio perfil do Estado, muitas das quais são qualitativas e não apenas quantitativas, e nas relações entre ele e os indivíduos determinaram formas especiais de participação popular nas atividades públicas, não apenas pela via da postulação da prestação jurisdicional, utilizando-se os particulares, no caso do Brasil, do rico repertório de instrumentos postos à sua disposição (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança individual ou coletivo, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou por omissão de ato normativo, mandado de injunção, *habeas data*, além dos meios processuais co-

muns, previstos na legislação ordinária), como também no processo de elaboração das decisões administrativas.

6. E aqui parece estar, realmente, o lado verdadeiramente novo, o território ainda a ser explorado do conceito contemporâneo de democracia. Na verdade, as tensões históricas entre democracia direta e democracia representativa parecem estar decididas quase que em toda parte em favor da última, por vezes com algumas concessões à primeira. Por esse modelo manifestou sua preferência o legislador constituinte brasileiro de 1988, ao aceitar a iniciativa popular no processo legislativo e, em poucas hipóteses, o plebiscito e o referendo (CF, art. 14). Mas o processo de democratização não finda com a cristalização, em texto constitucional, dos modos institucionalizados de expressão da vontade popular.

O princípio democrático é um princípio estruturante<sup>95</sup>, não apenas do Estado, como também de toda a sociedade. A Constituição retrata uma ordem de valores cuja observância e realização incumbe tanto ao Estado quanto à coletividade. Se os próprios direitos fundamentais não se endereçam apenas ao Estado, mas têm igualmente de ser respeitados pelos demais indivíduos, analogamente e ainda com mais forte razão os princípios estruturantes, como são, entre outros, o do Estado de Direito e o Democrático, hão de permear todo o corpo social, num processo global de concretização da Constituição.<sup>96</sup>

A tendência atual de tornar mais viva, densa e efetiva a idéia democrática, até mesmo para além das formas institucionalizadas de participação popular nos destinos do Estado, adquire maior significado no desempenho da função administrativa.

7. Uma das modificações mais destacadas,

94 ABENDROHT, *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag*, p.265, apud CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p.412-413.

95 Sobre princípio estruturante, CANOTILHO, op.cit., p.349.

96 EKKEHART STEIN, *Staatsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1993, p.63: “Mais do que tudo é necessário, a par da democratização do Estado, a democratização de toda a sociedade” (“*Vielmehr bedarf es neben der Demokratisierung des Staates einer Demokratiesierung der gesamten Gesellschaft*”).

neste particular, com relação aos modos usuais de gestão dos assuntos públicos, consiste na adoção da negociação, da “*concertação*” como dizem os franceses<sup>97</sup>, ou seja, da utilização de soluções consensuais para problemas administrativos, ao lado ou em substituição das clássicas soluções unilaterais, geralmente sob a espécie de atos administrativos.

Para isso contribuiu, certamente, a transformação causada no conceito de relação de Direito Administrativo, em razão da consolidação e do reconhecimento, no plano jurídico, do conceito de interesse, a que já aludimos, especialmente do conceito de interesses difusos e coletivos. Anteriormente considerava-se que o ato administrativo que beneficiava alguma pessoa dava origem a uma relação de Direito Administrativo exclusivamente entre o Poder Público e essa pessoa. Passou-se, depois, a perceber que o ato que favorece alguém pode, ao mesmo tempo, lesar interesses de outros indivíduos. Ele é ampliativo para uns e restritivo para outros<sup>98</sup>. Assim, por exemplo, a autorização para instalação ou funcionamento de determinada indústria é suscetível de causar prejuízo aos vizinhos, bem como ao meio ambiente ou à saúde dos moradores de uma região. Nessa perspectiva,

hoje dificilmente alguém negará que a relação jurídica de Direito Administrativo que nasce com o ato de autorização não é bilateral, como se concebia no passado, mas plurilateral, afetando, freqüentemente, um número indeterminado de pessoas<sup>99</sup>.

Daí porque se faz mister que se abra oportunidade a que os interessados nas providências do Poder Público sejam ouvidos, para que possam manifestar suas opiniões e sugestões já na fase prévia às decisões administrativas, ou, quando a lei permite, para que eles próprios tomem essas decisões ou integrem formalmente, com sua voz e voto, o processo decisório<sup>100</sup>.

8. As audiências públicas, a utilização de ajustes e acordos informais entre agentes públicos e particulares, o emprego da figura do contrato — como ocorre no direito alemão, em lugar do ato administrativo — ou de atos materiais (*Realakte*), como as consultas à população ou o simples intercuro de idéias e pontos de vista na definição das prioridades do Governo e da Administração Pública, são instrumentos por vezes bem mais eficazes, pela imediata adesão que provocam, do que as conhecidas expressões do poder do Estado. Estas são fundadas tão-somente na autoridade e geram deveres e obrigações para os indivi-

97 René Chapus, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1992, vol. II, p. 59 e segs. e p. 96 e segs.; Michel Fleuriot, *Les Techniques de l'Economie Concertée*, Paris, Sirey, 1974, *passim*.

98 HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1992, p. 158.

99 STELKEN/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 1993, C.H. Beck, p. 290

100 É particularmente esclarecedora, a este propósito, a história da proteção aos consumidores e ao meio ambiente, nos Estados Unidos, retraçada por BERNARD SCHWARTZ, no seu *Administrative Law*, Boston-Toronto, 1976, Little, Brown & Co., p. 264 e segs. A questão jurídica posta como ponto inicial de toda controvérsia versava sobre quem teria legítimo interesse em levar ao Poder Judiciário o exame dos atos do Poder Público que afetassem aos consumidores ou ao meio ambiente. O primeiro caso em que o problema é examinado diz respeito a quem seria “*part in interest*” na renovação da licença concedida a uma emissora de televisão pela Federal Communications Commission. Tradicionalmente entendia-se que o único interessado na renovação da licença seria a própria emissora, como “*obvious party*”. Os telespectadores não teriam, assim, legítimo interesse em impugnar o ato da Administração Pública. Contudo, a legitimação processual e igualmente para ser ouvido e manifestar-se no fase de elaboração da decisão administrativa foi sendo estendida da “*obvious party*” aos concorrentes e daí ao público em geral (Office of Communication v. FCC. — 1950). O passo seguinte foi o de alargar essa doutrina aos “consumidores” do meio ambiente. Observa o grande publicista americano que a questão da legítima ação dos consumidores está intimamente relacionada com “*o crescente movimento para a assim chamada democracia participativa*” (p. 470: “... *the growing movement toward so-called participatory democracy*”).

duos por medidas de caráter estritamente unilateral<sup>101</sup>, enquanto as outras resultam do encontro dos interesses, da harmonia das vontades ou, numa palavra, do consenso. Por essas novas vias diminuem-se as distâncias entre o Estado e a sociedade. A sociedade não se coloca mais na situação passiva de meramente sofrer os efeitos da ação administrativa mas ela mesma atua no sentido de colaborar na definição das políticas públicas e influir na própria gestação dos atos decisórios.

9. Fala-se, nessas situações, em “*administração leve*”, soft administration<sup>102</sup>, por contraste com a administração realizada por meios coercitivos ou de autoridade. Na verdade cuida-se de um dos aspectos da “*democratização da administração*”, maneira particularizada da “*democratização da democracia*”<sup>103</sup>, locução que sublinha os fins perseguidos pela democracia participativa.

Por certo, dependendo do ordenamento jurídico, a participação popular pode assumir maior ou menor intensidade, apresentando-se, na lição de CANOTILHO, como “(1) participação não vinculante, ou seja, participação nos processos de decisão, mas apenas através de informações, propostas, exposições, protestos etc.; (2) participação vinculante significa participação na própria tomada de decisão e, conseqüentemente, limitação do poder de direção tradicional (participação, por ex., em conselhos de gestão); (3) participação vinculante e autônoma (autogestão) quando se trata de uma substituição pura e simples do

*poder de direção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema (administração autônoma)”*<sup>104</sup>.

10. Não será necessário dizer que, como tantas outras idéias excelentes, se levada a extremos ou às últimas conseqüências, a democracia participativa pode perverter-se, correndo o risco, assim, de descambar para o delírio autogestionário e, pois, para um impossível ensaio de retorno à democracia direta, com o perigo de desestabilização da estrutura da democracia representativa e das autoridades públicas em geral.

Bem por isso é que o ilustre constitucionalista português adverte:

*“Diga-se, porém: democratização não é “totalitarismo” e politização da vida; a sua finalidade não reside em criar um micropluralismo, em alicerçar um corporativismo decisório, em dissolver a democracia em “democracias” (democracia da universidade, democratização da empresa, democratização da cultura), e regressar a “utopias autogestionárias”. Trata-se de criar uma publicidade activa (DAHRENDORF), através da participação activa na discussão sobre as possibilidades, fins e alternativas nos processos de decisão política. Trata-se de tornar transparentes os vários “subsistemas sociais” e realizar uma mudança de domínio e de estilo de direção”*<sup>105</sup>.

11. É intuitivo que essa “*publicidade ativa*” e que essas “*transparência*” e “*mudança de domínio e de estilo de direção*”, obviamente

101 Sobre a utilização do contrato em substituição ao ato administrativo, HARTMUT MAURER, op. cit., p.276 e segs. Sinala este autor que o emprego do contrato nessas circunstâncias “*corresponde ao conceito de uma Administração Moderna e afinada com o Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão não é visto como simples subordinado, mas como sujeito de direito independente e parceiro da Administração, a quem se dá a possibilidade de ser corresponsável pela prática administrativa*” (“*Er entspricht insbesondere den Vorstellungen einer modernen, rechtstaatlich-demokratischen Verwaltung, die den Bürger nicht nur als blossen Untertan, sondern als selbständiges Rechtssubjekt und Partner der Verwaltung sieht ihn deshalb nach Möglichkeit in das Verwaltungsgeschehen mitverantwortlich einbezieht*”). Igualmente, STELKEN/BONK/SACHS, op. cit. p.11.214 e segs; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, Almedina, p.48 e segs.

102 HANSJ.WOLF/OTTO BACHOF/ROLF STOBER, *Verwaltungsrecht*, München, 1994, C.H. Beck, vol.I. p.847.

103 CANOTILHO, op. cit., p.430 e segs.

104 Op.cit., p.430-4.311.

só aceitáveis dentro dos marcos da moldura normativa, importam, de alguma forma e inequivocamente, senão partilha, pelo menos diminuição do poder dos governantes e administradores, que passam a sujeitar-se a controle popular mais efetivo. E isto porque acrescentam ao quadro consagrado da democracia representativa elementos da democracia direta.

12. Será igualmente dispensável registrar que tal democratização da Administração Pública é, portanto, lógica e ontologicamente oposta ao poder unipessoal, sendo, também, visceralmente inconciliável com o culto da personalidade e com o engrandecimento das autoridades públicas.

13. Dentro desses horizontes mais amplos do moderno conceito de democracia participativa é que devem ser lidas e entendidas as expressões “*Administração Popular*” ou “*Administração Popular — Mais Cidade mais Cidadania*”. Elas expressam, não um slogan de louvação partidária ou de promoção pessoal de governantes, mas um fim a ser perseguido ao mesmo tempo que uma idéia já posta em realização, visando a educar o povo, de modo a fazê-lo participar mais ativamente da Administração Pública municipal.

Conquanto a democracia participativa não seja uma criação do Partido dos Trabalhadores, mas algo que pertence ao patrimônio cultural universal, pois exercida, em variados graus de intensidade, em numerosos países (tal é o caso, entre muitos outros, dos Estados Unidos, da França, da Alemanha, de Portugal, para mencionar os que mais tem influenciado, no passado e no presente, o nosso Direito Público), é inegável que em Porto Alegre é ela um dos pontos de maior relevo do projeto político daquela agremiação partidária<sup>106</sup>.

Nas palavras do Prefeito Tarso Genro é “*um projeto que tem como cerne a combinação de democracia direta com a representação política, logo, formador de uma cidadania muito difícil de ser manipulada. Os próprios mecanismos de participação constituem, através dos Conselhos Regionais do Orçamento Participativo, núcleos de formação de uma opinião pública independente, que não interessa a quem gostaria de ter uma cidadania passiva e submissa*”<sup>107</sup>.

14. A campanha pela democracia participativa, que os dísticos “*Administração Popular*” ou “*Administração Popular — Mais Cidade mais Cidadania*” traduzem tem, por consequência, manifesto caráter educativo, informativo e de orientação social, do mesmo modo que certas campanhas ora diariamente divulgadas na mídia do Rio Grande do Sul, como a do “*Paguei Quero Nota*”, que visa a aumentar a arrecadação tributária estadual, combatendo a sonegação.

Todos os gaúchos sabem que essa campanha é do Governo do Estado e naturalmente a identificam, portanto, com as autoridades que estão na chefia do Poder Executivo desta unidade da Federação. No entanto, essa identificação fica em segundo plano, como nota acessória e de importância menor em face dos objetivos mais altos que o Estado almeja e que são claramente pessoais.

A campanha pela democracia participativa no Município de Porto Alegre colima fins que são consideravelmente mais amplos e, pois, mais abstratos, do que a do “*Paguei Quero Nota*”. A noção de democracia participativa é evidentemente muito mais complexa do que a de incremento da arrecadação tributária pela exigência da emissão da nota fiscal. Esta última é de percepção mais direta e imediata do

105 CANOTILHO, op. cit., p.421.

106 Governos de outros partidos políticos têm recorrido, porém, a formas de democracia participativa. Assim, o atual Governo do Estado do Rio Grande do Sul, que é do PMDB, encaminhou recentemente à Assembléia Legislativa projeto de Lei por ele batizado de Gestão Democrática do Ensino Público, pelo qual, entre muitas outras inovações, os diretores das escolas seriam escolhidos por eleição direta (jornal *Zero Hora*, ed. de 9 de novembro de 1995).

107 Artigo “Crise das Prefeituras”, in *Zero Hora*, ed. de 5 de novembro de 1995.

que aquela. Por isto mesmo, a democratização da Administração pública pela participação popular há de ser pregada, divulgada e publicada com muito mais constância e intensidade, pois é necessário que a população seja informada de como pode ter um papel ativo e permanente nas decisões públicas, além do voto que periodicamente exerce nas eleições municipais. É necessário, para o êxito do projeto, que os municípios sejam educados na prática democrática participativa, de modo a perceber que a cidadania, que não é outra coisa senão o desempenho de função política, é um *continuum*, um tecido uniforme que se elabora pela reiteração de atos de significado público.

Só por essa mudança de mentalidade, que é a razão de ser de todo processo educativo, é que a qualidade de vida na cidade poderá também ser melhorada.

15. Nesse contexto, “*Administração Popular — Mais Cidade mais Cidadania*” não é, de nenhum modo, uma fórmula vazia e muito menos um aglomerado de palavras reunidas pela intenção demagógica, uma fraude publicitária, um meio oblíquo de obter-se o que diretamente seria vedado ou ainda uma capa maliciosa sob a qual se esconde a vontade verdadeira e principal de incensar os dirigentes do Município e de colocar na vitrine, sob todas as luzes, o partido a que pertencem.

As idéias são sempre mais importantes que as pessoas ou os partidos que as sustentam. O princípio democrático vale mais do que Rousseau, a proteção da propriedade e da liberdade estão acima de Locke, a teoria da separação das funções do Estado, a que Montesquieu deu enunciado definitivo, tem uma importância que transcende em muito o prestígio pessoal e a glória do barão francês.

Pela mesma razão, a democracia participativa, que o Partido dos Trabalhadores prega, estimula, pratica e divulga, não é o próprio PT, nem se confunde com os seus dirigentes ou com os políticos eleitos sob essa bandeira partidária. Todos — partido, dirigentes, políticos eleitos — são meios ou instrumentos para a consecução de um fim que é superior a eles. O fim, a gestão administrativa participativa, é que é o principal, os meios são e serão sempre secundários e menores.

16. É paradoxal que se critiquem partidos políticos por não terem conteúdo ideológico e quando um partido político com ideologia bem definida assume o poder exatamente para tornar realidade as idéias pela quais se bate e pelas quais saiu vitorioso nas eleições, divulgando-as, para que o povo delas seja informado e para que nelas seja educado, entenda-se que a publicidade não é das idéias, mas dos governantes.

Ninguém é obrigado a concordar com as idéias do PT. Eu próprio não concordo com a maioria delas; a democracia participativa, nos limites constitucionais, é uma das raras e esplêndidas exceções. Mas isso não pode levar a que se vislumbre numa fórmula verbal que exprime a necessidade de o povo participar das decisões administrativas — e o orçamento participativo é talvez o mais exitoso exemplo disso — uma forma ardilosa de propaganda política pessoal, proibida pela Constituição.

17. Administração Popular é sinônimo de Administração Democrática ou de Administração Participativa. É este o único significado que se pode extrair da junção do substantivo Administração com o adjetivo Popular. Administração Popular é o povo na Administração Pública. É a administração feita pelo povo e para o povo. O emprego da frase “*Administração Popular*” ou “*Administração Popular — Mais Cidade Mais Cidadania*”, em meios publicitários, só pode ser interpretado, portanto, como publicidade, para fins educativos, informativos e de orientação social, da feição mais moderna da democracia, que é precisamente, a democracia participativa.

18. Não há, portanto, na utilização desse *slogan*, a meu juízo, qualquer violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade ou do art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

### III — OS PROGRAMAS DE RÁDIO E TELEVISÃO, O JORNAL E A PRESTAÇÃO DE CONTAS

19. O art. 37 da Constituição Federal submete todo o exercício da função administra-

tiva, no Brasil, em qualquer Poder ou órbita, na administração direta e indireta, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A par destes, existem ainda outros princípios que, embora não expressos, emanam da Constituição. A eles também está sujeito o desempenho da função administrativa. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica, conhecido igualmente como princípio da boa fé ou da confiança dos administrados, subprincípio do princípio do Estado de Direito, do mesmo modo como o da legalidade, e o princípio da proporcionalidade, que alguns preferem identificar com o da razoabilidade.

No § 1º do art 37 prescreve a Constituição da República:

*“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.”*

No elenco dos princípios explícitos, constantes do art.37, os da moralidade e da impessoalidade, quando referidos a certas situações, tornam-se redundantes ou pleonásticos, uma vez que a idéia que rege toda a administração pública é a da vinculação a um fim de utilidade pública, que transcende os fins e interesses pessoais dos agentes públicos. *“Traço característico da atividade assim designada — escreveu excelentemente Ruy Cirne Lima — é estar vinculada — não a uma vontade livremente determinada — porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita”*<sup>108</sup>

20. Quando um ato ou conduta de agente público, muito embora sob a aparência de perseguir fim de utilidade pública, busca, na

verdade, atingir outro fim, mesmo público, mas diferente daquele para o qual a lei deferiu ao agente a competência para praticá-lo, ou um fim subalterno, de favorecimento do próprio agente ou de terceiro, caracteriza-se o que a jurisprudência e a doutrina francesa batizaram, já no século passado, como *détournement de pouvoir* e que entre nós é conhecido como desvio de finalidade. Em se tratando de desvio de finalidade que não desborda, entretanto, do âmbito da utilidade pública, por vezes o direito tolera que o ato administrativo permaneça íntegro, como ocorre, entre nós, nas desapropriações (p.ex., desapropriou-se para instalar no prédio um hospital e foi instalada uma escola). Ordinariamente, porém, a conseqüência é a invalidade do ato com o consectário da responsabilidade do agente pelo prejuízo eventualmente causado ao Poder Público.

21. As agressões à moralidade pública ou à impessoalidade da Administração Pública são, invariavelmente, expressões do desvio de finalidade. Nessas hipóteses, os fins aparentes da ação administrativa não coincidem com os fins verdadeiros buscados pelo agente. Este não quer atingir fins de utilidade pública, que são os únicos legalmente admitidos para o ato praticado, mas sim favorecer a si próprio ou beneficiar ou prejudicar terceiros.

Não é outra a razão pela qual Hauriou chamava de *“controle de moralidade”* o exercido pelos tribunais administrativos franceses sobre o desvio de poder<sup>109</sup>. Daí, também, a redundância ou a tautologia que se vislumbra na Constituição ao arrolar entre os princípios eminentes que disciplinam a função administrativa o da moralidade e o da impessoalidade, quando o desvio de finalidade, que com eles se confunde, é há muito consagrado no direito brasileiro, na doutrina, na jurisprudência e na legislação<sup>110</sup>.

108 *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1987, p.21.

109 RENE CHAPUS, op. cit., vol. I, p.835: *“Le Conseil d’Etat a éprouvé relativement tôt le besoin d’exercer ce qu’Hauriou a pu caractériser comme un contrôle de moralité. C’est sous le Second Empire qu’un arrêt précurseur (CE 24 février 1964, Lesbats, p. 209, concl. L’Hôpital) concrétise un contrôle dont l’institution sera consacrée en 1875.”*

110 A Lei n. 4.717, de 29.06.65 — a Lei da Ação Popular — no seu art. 2, comina com a nulidade os atos administrativos praticados com desvio de finalidade.

No que se relaciona diretamente com a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, a que alude o art. 37, §1º, da Constituição Federal, o limite da sua licitude está na observância dos fins a que está conaturalmente presa a atividade do Estado. Estes fins, que são sempre superiores aos fins pessoais dos agentes públicos, devem preceder a quaisquer outros na realização das tarefas públicas. Não é que os fins do Estado não possam coexistir com fins dos agentes públicos ou de terceiros. A abertura de uma rodovia, a construção de uma praça ou de um estabelecimento escolar quase sempre causam benefícios a particulares, muitos deles de vultosa expressão econômica, como pode ocorrer, por exemplo, com os proprietários de imóveis na vizinhança dessas obras. Mas nenhuma irregularidade haverá se o fim efetivamente perseguido, como objetivo primário, é o de utilidade pública. Tudo será diferente, por exemplo, se a rua foi aberta na intenção principal de valorizar imóveis de vereadores amigos do Prefeito ou pertencentes à mesma facção política. Neste caso, os fins pessoais sobrelevam os públicos e os atos são inválidos precisamente pela existência do desvio de finalidade.

22. Já se deixa entrever, do que expusemos, que, nas hipóteses em que interesses públicos e privados se apresentam entrelaçados, nem sempre será fácil distinguir qual deles ocupou o primeiro lugar na ordem de prioridades do administrador. Será impossível descer ao mundo puramente psicológico das intenções ou desvelar o obscuro processo de elaboração da vontade, quando nada se exteriorizou.

Para que se possa afirmar, pois, que o interesse particular foi mais importante do que o público, na prática de ato estatal, serão necessários, pelo menos, fatos concludentes que apoiem essa conclusão. Deverão existir, em qualquer caso, dados e elementos objetivos a partir dos quais seja possível estabelecer uma

linha de dedução lógica que chegue àquele resultado. Não bastarão, por certo, as meras conjeturas, as suposições infundadas, e muito menos ainda as inferências extraídas de concepções preconceituosas de todo o tipo. Em outras palavras: não valerão, para esse efeito, as simples impressões subjetivas, desacompanhadas de um conjunto de fatos consistentes que as liguem à realidade. Para que se proclame, em suma, que em determinada situação houve desvio de finalidade, faz-se imprescindível que essa ilação esteja muito bem fundamentada e que ela se torne evidente, senão para todas as pessoas, pelo menos para a grande maioria delas.

23. No tocante às ações que se desenrolam no campo da política o juízo isento é singularmente raro, pois os indivíduos deixam-se com facilidade dominar pela paixão. E seria irrealista pensar que inexistente paixão nos Tribunais e paixão nas suas decisões, ou que estas estão livres dos preconceitos. Os juízes não são deuses e suas deliberações necessariamente traduzem a concepção do mundo, a *Weltanschauung* que possuem. Eles projetam, consciente ou inconscientemente, na sentença, a compreensão que têm dos seres e das coisas, e também, com toda a certeza, dos acontecimentos políticos. Daí porque a neutralidade do Poder Judiciário e do juiz, pretendida por Montesquieu<sup>111</sup>, seja mais uma aspiração do que uma verdade absoluta.

Exatamente por isto é que se faz mister que os órgãos jurisdicionais procedam com dobra-cautela quando na análise de atos públicos em que interesses de distintas categorias possam estar presentes.

24. Referentemente à publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos o próprio legislador constituinte reconheceu a possibilidade de coexistência de interesses públicos e privados, tratando de fixar critérios pelos quais se pudesse identificar quando o interesse público preva-

111 É celebre a afirmação de MONTESQUIEU de que o Judiciário é “*un pouvoir neutre*”, que a função jurisdicional é “*en quelque façon nulle*” e que o juiz não é mais do que “*la bouche qui prononce les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n’ en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (*De l’Esprit des Lois*, Livro XI, cap.6, Paris 1977, ed. Du Seuil, p.586 e segs..

leceria sobre os interesses privados de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. A publicidade em si não é vedada, desde que tenha, na linguagem da Constituição, “*caráter educativo, informativo ou de orientação social*”. Em outros termos, a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos é admitida quando sirva a (a) aprimorar os conhecimentos, hábitos e costumes dos indivíduos, pois educar não é outra coisa, (b) dar notícia aos particulares das realizações do Poder Público, pois informar consiste nisso, ou (c) induzir determinadas condutas e comportamentos que venham em proveito da população, pois orientação social haverá de consistir em tais tarefas.

25. A publicação de jornais, os programas de rádio e de televisão ou a prestação de contas, sob qualquer forma, realizadas pelas entidades e órgãos públicos, desde que respeitem os marcos dessa moldura constitucional, são perfeitamente lícitos. Assim, para ilustrar com alguns exemplos, não contraria minimamente o preceito contido no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, a divulgação, pelo rádio, pela televisão, por jornal, ou em painéis expostos em lugares públicos, de que o município construiu uma ponte, ou que o União inaugurou uma rodovia, ou que novos serviços passaram a ser prestados por certa autarquia, ou que o Estado irá intensificar a prática da democracia participativa na eleição dos dirigentes e na gestão dos estabelecimentos escolares. Isto é tão legítimo como divulgar campanhas de prevenção contra a AIDS, ou em favor da vacinação contra a poliomielite, ou de promoção turística ou ainda em prol do aumento da arrecadação tributária. Por certo, sempre será possível relacionar a publicidade feita nesses moldes com as promessas de campanha dos membros da agremiação partidária que ganhou as eleições. Contudo, da publicidade em si, que objetivamente ostente caráter educativo, informativo, ou de orientação social, não se poderá tirar a consequência de que o verdadeiro fim por ela perseguido é o da promoção pessoal das autoridades. Nunca faltarão opositores que digam isso. Mas o que importa é verificar, com o máximo de isenção

possível e evitando, pois, que as simpatias e antipatias influam no juízo, se efetivamente a publicidade inspirou-se no cuidado de fazer prevalecer os fins de utilidade pública sobre os fins pessoais dos agentes do Estado.

26. É conveniente reiterar que do simples fato de se fazer publicidade, por qualquer maneira, por rádio, televisão, jornal, painéis, folhetos com prestações de contas etc., de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos não se poderá concluir que houve desvio de finalidade e, por consequência, violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade e do art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Será mister empreender, em qualquer hipótese, uma análise prudente da matéria efetivamente divulgada, para que se possa, por fim, concluir que a publicidade tipificaria, ou não, desvio de finalidade.

27. O Art. 37, § 1º, da Constituição Federal também não proíbe que a publicidade constem nomes, símbolos ou imagens. O que ele condena é a utilização de nomes símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Nessa perspectiva, nada impede que a imagem e a voz do Presidente da República, ou de qualquer outra autoridade ou servidor público, apareçam em publicidade televisiva que vise a combater o analfabetismo ou a evasão escolar, desde que, evidentemente, os termos dessa manifestação ou a exagerada insistência com que ela seja veiculada, ou qualquer outro dado concreto, não venham a caracterizar, inequivocamente, promoção pessoal e, pois, desvio de finalidade.

28. Percebe-se de tudo o que se disse que não é possível emitir certas opiniões *in abstracto* ou pronunciar-se aprioristicamente de maneira definitiva sobre a publicidade que é admitida ou que é repelida pelo texto constitucional, pois o preceito, embora proporcione alguns pontos de referência importantes, utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados, tais como “*publicidade de caráter educativo, informativo ou de orientação social*” ou “*promoção pessoal*”. Nenhum desses conceitos tem um único significado, como, aliás, é próprio dos conceitos jurídicos indetermina-

dos. O que uns entenderão como publicidade educativa outros irão talvez qualificar como elogio da autoridade. E o mesmo valerá para a publicidade informativa e de orientação social ou para o emprego, também na publicidade, de nomes, símbolos e imagens, ao tratar-se de saber se persegue, ou não, fins de promoção pessoal.

Quando se discorre sobre conceitos jurídicos indeterminados tornou-se lugar comum referir a imagem do fecho de luz que incide verticalmente sobre uma superfície plana, criada por Philipp Heck<sup>112</sup>. O fecho irá produzir um círculo central perfeitamente iluminado e, depois, um halo, uma área periférica em que a luminosidade é menos intensa para, ainda mais além, formar uma zona em que a luz e a sombra se confundem, até que, por fim, só exista a escuridão.

Semelhantemente, nos conceitos jurídicos indeterminados, há um núcleo central de significação nitidamente perceptível, de tal modo que será fácil realizar a subsunção dos fatos que nele se situem. À medida, porém, em que as hipóteses se afastem daquele núcleo, crescerá a dificuldade na realização da subsunção dos fatos no conceito legal, até atingir-se um ponto em que se poderá dizer, com certeza, que a subsunção é impossível, pois os fatos analisados não guardam mais qualquer relação com o conceito.

29. A fixação do elenco de situações que se incluem ou que não se enquadram no conceito é, assim, obra da experiência jurídica, em que o método da tópica é amplamente utilizado. Para afirmar se determinado fato está ou não compreendido no conceito, será preciso submetê-lo a exame sob múltiplos aspectos, como *loci ex quibus argumenta promuntur*, na definição ciceroniana dos *topoi*, ou seja como pontos de partida para o desenvolvimento da argumentação pela qual se chegará à convicção de que a subsunção é ou não razoável.

Somente, portanto, pelo permanente e contínuo confronto do concreto com o abstrato, dos fatos com a norma, numa contínua tensão

dialética, é que se irá lentamente compondo a lista dos diversos casos abrangidos pelo conceito e, ao mesmo tempo, irá o conceito assumindo contornos mais exatos.

30. Para responder, pois, se a publicidade feita pelo Município de Porto Alegre pelo rádio, pela televisão, pelo jornal ou em documentos de prestação de contas contravam o art. 37, § 1º da Constituição Federal ou a ele se amolda será absolutamente indispensável realizar, topicamente, a análise do conteúdo do material divulgado.

31. Vejo que isto não foi feito no relatório da Inspeção Especial efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado no processo nº 1363-0200/94-9, como se verifica especialmente dos itens 1.4, 1.7 e 1.8, dos quais constam os seguintes trechos:

“1. 4 — A Prefeitura de Porto Alegre realizou despesas com a edição do jornal “Porto Alegre Agora” cujas matérias principais versam sobre atividades desenvolvidas pelos agentes políticos, destacando suas obras, realizações e forma de administrar, além de divulgar a prestação de contas do ano 1993 (suplemento da edição n.34), constituindo-se em propaganda para “Administração Popular, Mais Cidade Mais Cidadania”, o que, s.m.e., não atende aos princípios constitucionais estabelecidos no caput do art. 37 da Magna Carta, principalmente no que se refere à impessoalidade e moralidade, como também não vem sendo observado os princípios da economicidade e razoabilidade administrativa, nos termos do Parecer n. 05/90 da Auditoria deste Tribunal de Contas”.

“1.7 — A Prefeitura Municipal contratou a empresa Office Marketing Ltda. para executar a exposição de “Prestação de Contas” dos atos do Governo Municipal do ano 1993 no Largo Glênio Peres. Os gastos realizados com a exposição da “Prestação de Contas” não encerra o caráter informativo, educativo ou de orientação social, estabelecido no parágrafo primeiro do art. 37 da Constituição Federal, além de não observar os termos do Parecer Coletivo n.5/90, da Auditoria deste

112 KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1968, Gulbenkian, p.178 e segs.

*Tribunal, que assim dispõe: 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 — desborda totalmente do conceito constitucional de publicidade lícita".*

*"1.8 — (...) Examinados por amostragem alguns roteiros dos programas veiculados na televisão e nas rádios, constatou-se, pelo teor dos mesmos, que se revestem, inicialmente, de um pretensão caráter informativo, educativo, com a finalidade de estar atendendo às reivindicações da coletividade em geral. Entretanto, subliminarmente, vem impregnado com fragmentos de propaganda de obras inauguradas e/ou implementadas, serviços realizados, prestações de contas, evidenciando, de forma efetiva, a "transferência administrativa", além de críticas às diversas esferas de governo. Desta forma, a divulgação constitui numa exaltação da maneira e forma de administrar da "Administração Popular", visando mais a beneficiar aos agentes políticos do que ao interesse público".*

Não há, evidentemente, nesses trechos daquele relatório conexão lógica entre as premissas e as conclusões.

32. Examinemos o item 1.4. Ali se afirma, como premissa, que as matérias principais publicadas no jornal *"Porto Alegre Agora"* diziam respeito a atividades desenvolvidas pelos agentes políticos, destacando suas obras, realizações serviços, forma de administrar e a prestação de contas do ano de 1993. Daí o relatório tira de imediato a conclusão, sem nenhuma demonstração racional, que tais publicações constituem propaganda, ou seja, promoção pessoal das autoridades municipais, vedada pelo art. 37, § 1º da Constituição Federal.

Identifica-se a lacuna ou o salto lógico na circunstância de não indicar o relatório concretamente, como seria indispensável, quais as matérias, trechos, frases, nomes, símbolos

ou imagens que serviriam para descaracterizar a índole informativa, educativa ou de orientação social da publicidade. O documento não se preocupa em fazer a demonstração de que, na verdade, as publicações não buscavam aqueles fins de utilidade pública.

Na Prestação de Contas de 1993, apenas no editorial, em que se sublinha o apelo à democracia participativa no Município de Porto Alegre, é que aparece o nome do Prefeito e do Vice Prefeito, que o subscrevem. As demais matérias ou referem-se igualmente a esse tema (*"Porto Alegre Mais Cidade Constituinte"*, *"Radicalização da Democracia"*, *"Orçamento Participativo"* — este último desenvolvido em subtítulos, tais como *"Prioridades Definidas pela População"*, *"De Onde Vêm os Recursos da Cidade"*, *"Para Onde Vão os Recursos da Cidade"*, *"Gastos Com Pessoal"*, *"Regularização da Função Social da Propriedade"*) ou se relacionam com obras feitas, projetos a serem executados, e serviços postos à disposição dos administrados, contendo informações sobre *"Plantio Comunitário"*, *"Meio Ambiente e Saneamento Básico"*, *"Praças e Parques da Cidade"*, *"Fiscalização e Controle de Poluição"*, *"Reciclagem do Lixo"*, *"Centro de Educação e Formação Ambiental"*, *"Esgotos Pluviais"*, *"Pavimentação de Ruas"*, *"Iluminação Pública"*, *"Projeto Humaitá Navegantes"*, *"Transporte Viário"*, *"Parque Industrial da Restinga"*, *"Funcionalismo Público"* e outras no mesmo estilo.

33. Em todas elas ressaí destacadamente o caráter informativo da publicidade, com o claro propósito de dar a conhecer aos administrados as realizações do Poder Público municipal e onde foram gastos ou para onde foram dirigidos os recursos advindos dos contribuintes.

Porém em nenhuma delas pode-se perceber, desprevidadamente, o culto da personalidade ou o propósito de promoção pessoal dos agentes políticos.

É evidente, entretanto, que a obra não se dissocia do seu autor. Quando se elogia a *"Mona Lisa"*, elogia-se também Leonardo da Vinci. A menção à *"Nona Sinfonia"* traz ao espírito, prontamente, o nome de Beethoven.

Falar-se em “Brás Cubas” ou no “Primo Basílio” é falar-se em Machado de Assis ou em Eça de Queirós. Louvar Brasília é louvar, ao mesmo tempo, Juscelino Kubitschek, Lúcio Costa e Oscar Niemeyer.

Pelos mesmos motivos de imediata compreensão, a publicidade das obras, programas, serviços e realizações de entidade pública dirigida por membros de determinada agremiação política é necessariamente publicidade das pessoas que ocupam as posições de chefia e do partido político a que pertencem. Só que esta publicidade é secundária e acessória com relação àquela, algo que dela decorre implicitamente, de maneira forçosa e inevitável.

Ora, quando isto ocorre, não há desvio de finalidade. A propósito dessa questão, René Chapus, que talvez seja o mais eminente administrativista francês contemporâneo, tem estas judiciosas observações:

*“De outro lado, pode suceder que uma medida tomada em conformidade com a finalidade do poder exercido favoreça interesses privados. Porque eles só são favorecidos indiretamente (mesmo se são plenamente atendidos) é normal e não haverá desvio de finalidade”*<sup>113</sup>.

34. Estas considerações podem ser estendidas com total pertinência ao que se lê no item 1.7 ou no item 1.8 do relatório da Inspeção Especial do Tribunal de Contas do Estado. Também naquelas passagens repete-se a condenação da publicidade feita pelo Município de Porto Alegre baseada exclusivamente em argumentos de autoridade, em juízos subjetivos que não se exteriorizam em análise pormenorizada dos diferentes fatos, concretamente apontados, e que serviriam à comprovação cabal da postergação dos fins de interesse público em benefício da promoção pessoal.

Ainda naqueles trechos assevera-se que a publicidade tem caráter pretensamente informativo e educativo, mas que subliminarmente os interesses privados estariam à frente dos interesses públicos. Inexiste, porém, a demonstração dessa tese, a que se inculca, portanto, a índole e o prestígio dos axiomas, das verdades apodíticas que dispensam qualquer esforço de evidenciação.

Quanto à exposição feita no Largo Glênio Peres, a título de prestação de contas, transpõe-se do item 1.7 do relatório o entendimento de que basta a existência de prestação de contas para que ela seja desde logo ilícita, à semelhança do que sucede com os chamados delitos formais. Mas na verdade não é assim. Se a prestação de contas tiver, digamos, caráter informativo, sendo este o fim principal por ela perseguido, estará indubitavelmente dentro dos limites constitucionais. O relatório, porém, nada esclarece sobre o conteúdo da exposição e não indica que fotografias ou imagens dela constavam e que textos estavam afixados nos painéis. É totalmente impossível avaliar-se, portanto, aquela prestação de contas. Mesmo assim, o relatório verbera dogmaticamente o seu caráter de propaganda ou de promoção pessoal, exigindo de quem leia o documento que pratique um ato de fé, pois inexistem dados, elementos ou argumentos que conduzam ao convencimento pela via racional.

35. A decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, proferida no expediente nº1363-02.00/94-9, ressent-se da mesma falha: passa diretamente da afirmação do desvio de finalidade para a imposição de pena e a declaração da obrigação de indenizar, sem a indispensável fase intermédia da precisa indicação objetiva dos fatos que caracterizariam o divórcio entre os fins de interesse

113 Op. cit., vol.I, p.839: “*D’autre part, une mesure prise conformément au but du pouvoir exercé peut se trouver favoriser des intérêts privés. Parce qu’ils ne sont favorisés que par surcroît (même s’ils sont pleinement servis), il n’y aura pas, et c’est normal, détournement de pouvoir*”. No mesmo sentido, GEORGE VEDEL/PIERRE DELVOLVÉ. *Droit Administratif*, Paris,1992, PUF, vol II, p.335: “*Il ne suffit pas non plus qu’une mesure procure un avantage à une personne pour qu’il y ait détournement de pouvoir: dès lors que l’avantage n’est qu’une conséquence de la décision et non pas son but, cette décision n’est pas entachée de détournement de pouvoir*”.

geral e os de interesse particular e a precedência destes sobre aqueles.

### III. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E LICITAÇÃO

36. A Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe, no seu art. 2, que “*as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei*”. E, no art. 21, que cuida da inexigibilidade da licitação quando houver inviabilidade de competição, o inciso II prescreve:

“*para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação*”.

Esses textos deixam concluir desde logo que no regime anterior, do Decreto-Lei nº 2.300/86, ou não se exigia a licitação para os serviços de publicidade ou, quando menos, tratava-se de questão controvertida, de tal maneira que houve necessidade de interferência do legislador para ordenar, com ênfase especial, por um lado, que aqueles serviços estavam abrangidos pelo novo diploma e, por outro, que a norma pertinente à inexigibilidade a eles não se aplicava.

37. E assim realmente era. Ainda anteriormente ao Decreto-Lei nº 2.300/86, na vigência, portanto, nessa parte, do Decreto-Lei nº 200/67, Celso Antônio Bandeira de Mello, consultado por um município que pretendia “*contratar, sem licitação, determinada revista para realização de reportagem que dê divulgação ao município, suas obras públicas, suas possibilidades econômicas e seu desen-*

*volvimento*” respondia afirmativamente, em parecer que teve notável repercussão<sup>114</sup>. “*Trata-se — dizia o ilustre administrativista — de um serviço singular; isto é, produção intelectual necessariamente caracterizada por um estilo, por uma marca individualizadora que resulta de um trabalho profissional especializado.(...) O tipo de paginação, a forma de composição, a seleção e distribuição de matérias, a diagramação, o conteúdo e o teor da reportagem, o estilo de linguagem, a predominância de textos ou de fotografias, a preferência por imagens mais artísticas ou mais informativas, tudo isto confere uma individualidade singular a cada revista e é sem dúvida uma definição especializada*”<sup>115</sup>.

Creio que não será necessário realçar que as linhas principais dessas observações do jurista eminente têm adequação plena aos serviços de publicidade em geral, havendo contribuído grandemente, já ao tempo do Decreto-Lei nº 2.300/86, para a consolidação da idéia da inexigibilidade de licitação em tais casos.

38. A essa corrente de pensamento filiou-se, aliás, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e também a Procuradoria Jurídica do Município de Porto Alegre, como se verifica, respectivamente, do Parecer nº 99/90, aprovado pelo Tribunal Pleno, e do Parecer nº 680/91.

No Parecer nº 99/90 entendeu o TCE ser inexigível a licitação para a contratação de serviços de publicidade, “*pois, de uma maneira geral, pode-se dizer que propaganda é confiabilidade, capacidade de criação arte e ética de atuação perante a sociedade, cujo resultado revela-se somente após a execução do trabalho. É evidente que estes são fatores altamente subjetivos, que não propiciam fixação de critérios de avaliação e tornam inviável qualquer competição, posto a impossibilidade de estabelecimento do princípio da isonomia entre os licitantes*”

114 RDP 8/93. Vejam-se, por exemplo, EROS ROBERTO GRAU, RDP 99/70 e FRANCISCO OCTÁVIO DE ALMEIDA PRADO RDP 16/302.

115 Op. cit., p. 96-97.

No Parecer nº 680/91 a Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, apoiando-se na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, bem como no Parecer nº 99/90 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, concluiu do mesmo modo, registrando que os serviços de publicidade são serviços técnicos profissionais de natureza singular. Nesta hipótese, a inexigibilidade de licitação está expressamente prevista (art. 23, II, do Decreto-Lei nº 2.300/86).

39. O Município de Porto Alegre obedeceu pontualmente à orientação dominante, recomendada quer pela sua Procuradoria Geral, quer pelo Tribunal de Contas do Estado, ao realizar, na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86, a contratação direta de serviços de publicidade.

Isto foi admitido no Parecer do Ministério Público Especial, ao pronunciar-se no Expediente nº 1363-02.00/94-9, nos seguintes termos:

*“No caso dos autos, tratando-se de serviços de publicidade e propaganda do Poder Executivo, por falta de parâmetros de confronto, dada as especificidades do serviço (técnicas ou artísticas) cabível a dispensa de licitação”*

O único reparo que se teria a fazer é que não se cogitaria, a rigor, de dispensa, mas sim de inexigibilidade de licitação. Após transcrever o trecho já aqui antes reproduzido do Parecer 99/90, prossegue o Ministério Público Especial:

*“Desta feita entendendo a Administração que o objeto a ser contratado enquadra-se na hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, poderá proceder a contratação direta da agência de publicidade que melhor preencher os requisitos para realização de determinado trabalho, dentre as pré-qualificadas”*

É oportuno sinalar, a esta altura que a pré-qualificação prevista no art. 80 do Decreto-Lei nº 2.300/86 era providência vinculada às “concorrências de grande vulto e alta complexidade técnica”. Em se tratando, porém, de serviços técnicos de notória especialização e de natureza singular, como eram tidos os de publicidade, o caso era de inexigibilidade de licitação, como evidenciado. Nessas circuns-

tâncias não há que falar em pré-qualificação ou em empresas pré-qualificadas pois essas expressões só tem sentido no contexto da concorrência pública. E se o Município de Porto Alegre realizou a pré-qualificação de empresas para a contratação de serviços de publicidade fez o que não precisava fazer e o que a lei não exigia.

Tem assim razão o Ministério Público Especial quando declara:

*“Em face do exposto, observa-se que o Sr. Prefeito labora em equívoco quando afirma que a pré-qualificação afasta a licitação, quando na verdade esta é inexigível ou dispensável quando estiverem presentes os pressupostos previstos na lei, devidamente demonstrados através da justificativa exigida no art. 24 do Estatuto Licitatório, para tais casos”.*

É inquestionável que a pré-qualificação não afasta a licitação pois, quando em vigor o Decreto-Lei n. 2.300/86, ela estava ligada de forma íntima e indissociável à concorrência pública, que é a licitação na sua modalidade mais complexa e refinada.

Surpreendente, porém, é a conclusão do Parecer:

*“Em consequência, o procedimento adotado pela Auditada configura em infringência as normas do Decreto-Lei nº 2.300/86, quanto a não observância da licitação, assim como do ato justificatório, supedâneo legal das exceções ao princípio”.*

Há, nessa conclusão ilogismo evidente. Se antes o Parecer reconhecera que para os serviços de publicidade era possível a contratação direta, pela inexigibilidade de licitação, torna-se insustentável afirmar, mais adiante que teria havido violação da lei justamente pela não realização de licitação.

Parece ter ocorrido o que os antigos chamavam de *lapsus calami*, um equívoco do ilustre autor do Parecer no instante de exprimir o pensamento e que o fez escrever exatamente o contrário do que pretendia.

40. Resta, no entanto, a questão da justificativa da inexigibilidade. A singularidade dos serviços técnicos profissionais especializados de publicidade, como era admitida à época, aliada à notória especialização dos profissio-

nais ou empresas a serem contratados constituía a própria justificativa da contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Dito de outro modo, bastaria alegar que os serviços a serem contratados eram de publicidade e comprovar-se a notória especialização para que se considerasse justificada a inexigibilidade.

41. Ora nunca se alegou, no expediente n.1363-02.00/94-9 do TCERS, que os serviços contratados não eram de publicidade, pois isso seria negar uma evidência. Também jamais se argüiu, no mesmo expediente, que algumas das empresas contratadas não tivessem notória especialização. Aliás, a comprovação desses atributos resultava da pré-qualificação efetuada, embora tal providência não fosse necessária nas hipóteses de contratação direta, como já observado. No entanto, já que uma pré-qualificação de empresas de publicidade fora feita, só com fundadas razões seria possível contestar a notória especialização de alguma delas. No procedimento administrativo isso não foi feito. O relatório da Inspeção Especial, o Parecer do Ministério Público Especial junto ao TJRS e o próprio acórdão da Corte de Contas do Rio Grande do Sul não negam a nenhuma das contratadas o qualificativo da notória especialização.

42. Portanto, se os serviços eram de publicidade, como efetivamente eram, se os serviços de publicidade, pela interpretação que se dava ao Decreto-Lei n.2.300/86, podiam ser contratados diretamente e se, finalmente, as empresas contratadas eram de notória especialização, o que é por todos aceito, a ausência de justificativa da inexigibilidade da licitação assume o significado de uma irregularidade burocrática irrelevante. É uma mancha menor, um pontinho negro quase imperceptível que em nada interfere na estrutura dos ritos administrativos ou na validade dos atos jurídicos praticados.

Seabra Fagundes, um dos fundadores do moderno Direito Administrativo brasileiro, no seu livro clássico sobre *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, ao tratar da invalidade dos atos administrati-

vos e depois de opor-se com veemência à transposição pura e simples da teoria das nulidades do Direito Privado para o Direito Público, distingue entre atos absolutamente inválidos, atos relativamente inválidos e atos irregulares. Estes últimos são definidos pelo grande e saudosos mestre como sendo os “*que, apresentando defeitos irrelevantes (quase sempre de forma), não afetam ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais. Os seus efeitos perduram e continuam, posto que constatado o vício*”<sup>116</sup>.

É desse porte insignificante a falta de justificativa formal da inexigibilidade da licitação. Muito embora ela não tivesse existido, a inexigibilidade estava materialmente configurada pela reunião de todos os elementos necessários previsto na lei, de tal maneira que a justificativa formal, se tivesse havido, nada acrescentaria ou subtrairia ao ato da contratação direta.

#### IV. CONCLUSÃO

42. Respondo, pois, negativamente às três perguntas que me foram dirigidas.

Quanto à primeira, o slogan “*Administração Popular*” ou “*Administração Popular Mais Cidade Mais Cidadania*” não traduz mais do que uma alusão às modernas formas de democracia participativa, que diz respeito sobretudo ao exercício da função administrativa. Em lugar dessas palavras poderiam estar outras, também de apelo democrático, como, por exemplo, “*Todo O Poder Emana do Povo*”, “*Governo do Povo, Pelo Povo e Para o Povo*”, “*Porto Alegre É do Povo*” ou *Porto Alegre Popular*”. E nessas variações sobre um mesmo tema não seria dado perceber outra coisa além da pregação, sempre útil em nossa pátria, dos valores da democracia.

Quanto à segunda, penso que não é possível concluir que do simples fato de fazer-se pu-

blicidade, em jornal, no rádio, e na televisão, ou por outro modo qualquer, de atos, obras, serviços, programas, campanhas e realizações do município, mesmo sob a forma de “*Prestação de Contas*”, haja desvio de finalidade e, portanto, lesão aos princípios da moralidade e da impessoalidade e ao art. 37, § 1º da Constituição Federal. O Desvio de finalidade deve ser pormenorizadamente demonstrado, de maneira a que se torne nítido que a autoridade administrativa usou da sua competência legal para perseguir objetivos diversos daqueles para os quais foi investido de poderes públicos.

Quanto à terceira, não há dúvida que a interpretação dominante, ao tempo da vigência do Decreto-Lei n. 2.300/86, era a de que a contratação de serviços de publicidade poderia ser feita diretamente, uma vez que era caso de inexigibilidade de licitação. Era este, aliás,

o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e da Procuradoria Jurídica do Município de Porto Alegre.

O fato de não ter havido justificação formal da situação de inexigibilidade creio que possa ser atribuída ao conhecimento, amplamente disseminado no seio da Administração Pública, no âmbito do Rio Grande do Sul, de que a contratação direta de serviços de publicidade era admitida. Ninguém ignorava ou ignora isto. Essa falha não tem, contudo, qualquer significação jurídica. É mera irregularidade sem influência sobre a validade dos contratos celebrados e sem consequência, igualmente, para os agentes públicos que subscreveram esses contratos.

É o meu parecer.

Porto Alegre, 5 de dezembro de 1995.

ALMIRO DO COUTO E SILVA