

Da publicidade institucional, eleições e o período de excepcionalidade.

DELMIRO DANTAS CAMPOS NETO
MARIA STEPHANY DOS SANTOS.

Sobre os autores:

Delmiro Dantas Campos Neto. Advogado; Especialista em Direito Eleitoral pela EJE (TRE/PE) (2015); Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP); Membro das Comissões de Estudos Legislativos sobre a Reforma Política e Direito Eleitoral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil; Membro do Conselho Consultivo da Escola Superior da Advocacia Nacional.

Maria Stephany dos Santos. Advogada; Especialista em Direito Eleitoral pela EJE (TRE/PE) (2015); Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP), Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PERNAMBUCO; Professora Honorária da Escola Superior da Advocacia da OAB/PE (2018).

RESUMO

O tema escolhido para este ensaio versa sobre o atual cenário vivenciado pelo mundo no combate ao coronavírus (COVID-19) e a publicidade institucional realizada pelos gestores públicos, diante da regra contida na legislação eleitoral que impede a sua realização nos últimos três meses anteriores à eleição, bem como veda gastos superiores aos últimos três anos. Análise anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 107/2020.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Conduta Vedada. Proporcionalidade. Crise Sanitária. COVID-19. Eleições 2020.

ABSTRACT

The theme chosen for this essay is about the current scenario experienced by the world in the fight against the coronavirus (COVID-19) and the institutional advertising carried out by public managers, in view of the rule contained in the electoral legislation that prevents its realization in the last three months prior to the election, as well as prohibit spending greater than the last three years.

Keywords: Electoral Law. forbidden conduct. Proportionality. Health crisis.

1. INTRODUÇÃO:

O presente artigo visa analisar o contexto da pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde, no dia 11 de março de 2020, e suas implicações na publicidade institucional diante do ilícito eleitoral insculpido no art. 73, inciso VI, alínea "b" e VII, da Lei nº 9.504/97, tudo, tendo por foco o cenário anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 107 de 03.07.2020 que além de alterar o calendário eleitoral de 2020 trouxe nova roupagem ao disciplinamento dos gastos institucionais, em especial para o segundo semestre de 2020.

Para o alcance dos fins pretendidos, parte-se, inicialmente, da análise conceitual da publicidade institucional e sua correlação com os princípios republicanos e democráticos enaltecendo a sua importância para a concretização da preservação da *res pública*.

Após essa fase introdutória, o trabalho delinea o contexto da conduta vedada e a quebra da normalidade e lisura do pleito, quando houver a adequação típica material. Propõe-se, ainda, nesse segundo tópico, aferimento e imbricações decorrentes da subsunção do art. 73, inciso VI, alínea "b" e VII, da Lei nº 9.504/97.

Análise sem prejuízo da regra vigente excepcionalmente nesse 2020, eis que, por força da EC n. 107, *"no segundo semestre de 2020, poderá ser realizada a publicidade institucional de atos e campanhas dos órgãos públicos municipais e de suas respectivas entidades da administração indireta destinados ao enfrentamento à pandemia da Covid-19 e à orientação da população quanto a serviços públicos e a outros temas afetados pela pandemia, resguardada a possibilidade de apuração de eventual conduta abusiva nos termos do [art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.](#)"*

Por fim, expõe-se a crise sanitária, a qual precede qualquer questionamento jurídico, diante de sua intensidade e ausência de critérios científicos para a sua contenção e tendo, tão somente, o isolamento social como meio objetivo na salvaguarda da vida humana. Esclarece-se, assim, a necessidade da proporcionalidade diante do conteúdo a ser propagado na publicidade institucional, pois não haverá enaltecimento de gestores, mas, sim, publicidade institucional educativa e informativa, nos moldes do art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Tal como já se posicionou o Tribunal Superior Eleitoral em casos que

abordavam o critério educativo e informativo na contenção de arboviroses afastando-se, portanto, a configuração de condutas vedadas.

Logo, espera-se que a relevância da temática e sua atualidade com o cenário atual do país desperte o interesse na leitura do presente texto.

2. CONCEITO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL:

O Direito Administrativo no Brasil sofreu influências, diretamente, pelo Direito Administrativo Francês³ e de outros direitos de base romanística (italiano, alemão, espanhol, português, etc.). Di Pietro assevera que o Direito Administrativo Brasileiro teve sua formação, boa parte, por influência da doutrina⁴ e que esta evolução depende, em sua grande maioria de reformas constitucionais, tendo em vista que o modelo aplicado aos países em que adotam e que fora cedido ao Brasil, por vezes, não se coadunam com a realidade brasileira, assim a doutrinadora aduz que “na prática, colocamos uma distância grande entre o que esta na lei e o que se aplica na prática, pelo afã de copiar modelos estrangeiros nem sempre adaptáveis ao direito positivo brasileiro, em especial a Constituição”.⁵

As inovações no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro advieram após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ampliaram o seu enfoque, com a inserção decorrente do neoconstitucionalismo dos valores e princípios constitucionais, Aragão aduz: “Se todo o ramo do Direito passa a ser em alguma medida ‘direito constitucional’, a fortiori será o Direito Administrativo, ramo jurídico diretamente relacionado ao aparato do Estado e das relações dele com os cidadãos, possuindo dezenas de regras constitucionais específicas para si”,⁶ nesse mesmo viés Diogo Figueiredo.⁷

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24^o. São Paulo: Atlas. 2011. p.22.

⁴Ibidem.p.24.

⁵Ibidem. p.25.

⁶ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.30.

⁷“essa perspectiva se tem alterado com o quadro constitucional inaugurado em 1988, bem como sob o influxo renovador das fontes doutrinárias europeias, de modo que o Direito Administrativo brasileiro se tem desenvolvido mais nestes últimos vinte anos do que em toda sua trajetória desde a independência, fato que se pode constatar facilmente não só pela explosão legislativa, como pela abundância de obras jurídicas publicadas nesse período e pela cada vez mais aperfeiçoada qualificação de seus cultores” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15^o. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 43.

Assim, vê-se que, sem muita tergiversação teórica, o Direito Administrativo está intimamente ligado à perícia cautelosa de organização, instituição e a prestação dos serviços públicos, sendo assim, um pressuposto dos princípios republicanos e democráticos. Assim, o doutrinador Aragão assevera: “Não devemos olvidar que o próprio surgimento do Direito Administrativo se deu com o surgimento, como decorrência da separação dos Poderes e do princípio da legalidade, da possibilidade de controle da Administração Pública”.⁸

Ab initio, é salutar a importância dos princípios que regem o Direito Administrativo consagrando o Estado de Direito (assim definidos pela doutrina moderna: a supremacia dos interesses públicos, a indisponibilidade dos interesses públicos, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a efetividade), tendo como ponto nodal de inofismável caráter democrático, visa sem objeções à plena manutenção da lisura na Administração Pública.

Notadamente, o aplicador do Direito não pode restringir-se à interpretação nua e crua, apenas, da norma, sem antes verificar os princípios constitucionais, os objetivos gerais das normas.

O estudo dos princípios administrativos recebeu a nomenclatura na doutrina de Regime Jurídico Administrativo. A doutrinadora Di Pietro, faz uma diferença ontológica acerca do tema aduzindo que a expressão regime jurídico da Administração Pública significa: “os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública”⁹, enquanto a expressão Regime Jurídico Administrativo seria: “coloca a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico – administrativa”¹⁰. Dirley complementa a ideia aduzindo que o instituto “Compreende um conjunto de princípios constitucionais que governam toda a atuação dos agentes públicos no desempenho das funções administrativas, conformando integralmente a Administração Pública”.¹¹

⁸Ibidem. p.604.

⁹DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.61.

¹⁰DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.61.

¹¹CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 12º. Bahia: Juspodivm. 2013. p. 32.

Os princípios do Direito Administrativo trazem em seu ínsito a lógica do sistema, entre os básicos têm-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, ambos se interligam e garantem sempre a prevalência do interesse público. Isto é, neste conjunto de prerrogativas (supremacia) que a Administração Pública exerce sobre o interesse do particular, vem à limitação consagrada na ideia de que o gestor público, não é titular do interesse público (*res publica*), assim só podendo atuar dentro dos parâmetros do limite do interesse público. A Constituição Federal traz um rol explícito de princípios que devem nortear os atos administrativos dos gestores municipais em seu art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos esses princípios são de observância mínima e não compreendem todos os princípios que regem a Administração Pública.

No caso em testilha, passar-se-ia a desanuviar o princípio da publicidade que possui um cariz republicano e evidencia o seu corolário (a transparência) que deve carrear qualquer ato, bem como prima pelo bom direcionamento do erário público e tende a afastar qualquer tipo de abuso, desvio de finalidade que o gestor possa empreender. Santos delinea, em seu livro, aspectos conceituais acerca do princípio e destaca a sublime e estreita diferença existente entre a publicidade e a propaganda, passando a descrever a publicidade como um processo de planejamento, isto é, uma ação que pode ser quantificada e localizada no tempo e espaço.¹²

Eneida reverbera que o princípio da publicidade no sistema constitucional brasileiro perpassa a compreensão das decisões políticas fundamentais tomadas no processo constituinte e sua concretização, sendo está espriada como exigência republicana e como dimensão da cidadania (transparência, controle e accountability).¹³

O cerne do princípio da publicidade é o seu vínculo com o direito do povo acerca do conhecimento que se deve dar sobre os atos administrativos, haja vista que devem estar pautados, inexoravelmente, na busca incessante do interesse público primário. O princípio

¹² SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Editora UFMG, 2005, p. 17.

¹³ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípio da publicidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acessado em: 21|05|2020.

da publicidade obriga os agentes públicos a divulgar o conteúdo dos atos que praticam. Em uma única análise podemos afirmar que se trata da proibição de condutas sigilosas, apesar de haver exceções insculpidas na própria Constituição Federal. Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que: “a publicidade, no direito público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado”¹⁴ e, acrescenta: “no direito administrativo, a publicidade, como elemento essencial da ação do Estado, rege-lhe a forma, sempre vinculada à lei que a prescreva, com aplicação em praticamente todas as suas expressões”.¹⁵

Este dever de conferir publicidade à conduta administrativa está descrito no art. 2º, parágrafo único, inciso V, da lei nº 9.784/99 (lei do Processo Administrativo) como de “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”, ou seja, quando houver risco à segurança pública, ou se a publicidade ofender a intimidade dos envolvidos.¹⁶ Bobbio destaca que a publicidade sempre será a regra e o segredo a exceção “o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao ‘público’, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto”, sendo esse, portanto, o eixo do regime democrático.¹⁷

Assim, denota-se que o princípio da publicidade salvaguarda a moralidade¹⁸ nas condutas dos agentes públicos aumentando, via de consequência, o controle dos atos pelo

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 90.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 90.

¹⁶ O professor Francisco Cavalcanti discorrendo sobre essa temática, em especial, depreende que “a Constituição de 1988 consolidou a transparência do agir dos entes públicos, sendo expressão dela o princípio da publicidade, o direito de acesso a dados não reservados da Administração Pública, excluindo-se aqueles objeto de limitação, como os dados constantes dos cadastros fiscais.” E complementar: “observa-se, sem esforço, que as hipóteses referenciadas nos incisos não têm caráter exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo, evidentemente, se verificar que outros princípios relacionados são aplicáveis visando possibilitar um adequado lastro jurídico, de modo a ensejar uma eficiente, célere, atuação procedimental dos entes públicos, ou daqueles a eles equiparados”. (CAVALCANTI, Francisco. *Comentários à Lei do processo administrativo federal*. São Paulo : Saraiva, 2016. Colaboração: Edilson Pereira Nobre Junior, Marcílio da Silva Ferreira Filho e Theresa Cristine de Albuquerque Nóbrega. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56).

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 139.

¹⁸ A doutrina evidencia que a moralidade “é um dos princípios de mais complexa definição” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2012.p. 71.), talvez pela sua forte abrangência. A moralidade é eleita por Hely Lopes Meirelles como característica do “bom administrador” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88.). Celso Antônio Bandeira de Mello elenca ser “o princípio da moralidade administrativa acha-se, ainda, eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de ‘ato

povo (participação popular no controle da administração pública). Nesse ponto, extrai-se que a propaganda institucional é um dever do administrador da *res pública*, mas deve estar calcada na impessoalidade e não demonstrar desvio da sua finalidade quanto ao seu caráter informativo.

O princípio da impessoalidade teve seu estopim a partir da Constituição Federal de 1988, o princípio possui duas concepções a primeira está relacionada à finalidade pública, segundo a doutrinadora Di Pietro essa característica fica concatenada com o princípio fim da Administração Pública, qual seja a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas e, acrescenta quanto à segunda concepção, que, as realizações governamentais não podem estar vinculadas a uma ou outra autoridade ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.¹⁹

Hely Lopes Meirelles atribui apenas ao referido princípio a concepção da finalidade pública²⁰, já Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que a primeira concepção proíbe a Administração de distinguir interesses onde a lei não o faz e, a segunda proíbe a Administração de prosseguir interesses públicos secundários desvinculados dos interesses públicos primários.²¹ Odete Medaur acrescenta que este princípio, por vezes, se confunde com o princípio da moralidade.²² Este princípio também é conhecido como a igualdade, isonomia ou imparcialidade, o princípio da impessoalidade obriga a administração a conferir objetividade no atendimento do interesse público, sem discriminações ou privilégios de qualquer natureza.

Vinculada diretamente à ideia de impessoalidade, convém destacar a norma constitucional prevista no art. 37,§1º, *in verbis*:

lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio [...]etc.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 123). Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que “Para que o administrador pratique uma imoralidade administrativa, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público a que deveria atender. Por isso, além da hipótese de desvio de finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 105.)

¹⁹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.69.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 88.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 104.

²² MEDAUR, Odete. Direito Administrativo moderno. 12 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 124.

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.

O dever de impessoalidade, quando projetado sobre a atuação cotidiana da Administração, encontra situações em que se torna necessário dar tratamento diferenciado a particulares, sem que isso produza violação ao princípio da isonomia, por exemplo, nos casos de cargos que exijam apenas provimento para o cargo de policial feminino, ou seja, veda a participação de homens, etc.. O princípio da isonomia também, comumente, chamado de igualdade dispõe que todos são legalmente iguais, significando que a lei não poderá criar diferenciações onde a realidade fática não criou²³. O poder constituinte trouxe no art. 5º, *caput*, a seguinte diretriz sobre o tema:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

O mestre Rui Barbosa já aduzia que “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam” e “tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real”²⁴. O seu entendimento está concatenado com a ideia de igualdade substancial ou justiça distributiva – ideia idealizada por Aristóteles – que, consiste em dar tratamentos justos a todos os indivíduos, de modo a compensar eventuais desvantagens²⁵ sociais, culturais, financeiras, etc. Como também, existe o aspecto formal da igualdade, que concerne em garantir a todos, sem a observância da efetiva disponibilização de meios ou recursos materiais, de que, todos são iguais perante a lei – sem nenhuma discriminação.

E para que esta igualdade possa ser assegurada, é lícito afirmar que o interesse público, em tais situações, somente poderá ser alcançado mediante a adoção de critérios objetivos de escolha, em observância aos princípios constitucionais da legalidade,

²³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175.

²⁴ CÔRTEZ DE LACERDA, Virginia. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Aguilar, 1966, p. 666.

²⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.215.

isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade dos atos administrativos. Dessa forma, a publicidade institucional, que é aquela realizada pela Administração Pública em sua atuação transparente, deve estar alicerçada sob a égide da isonomia, impessoalidade, moralidade e, notadamente, da legalidade.

Para a configuração da publicidade institucional é imprescindível à presença dos caracteres educativo, informativo ou de orientação social, previstos na Constituição Federal.²⁶ O próprio Tribunal Superior Eleitoral, na análise e julgamento de casos que trazem esse instituto, elenca duas nomenclaturas adotando, por vezes, publicidade institucional, ora, propaganda institucional. Afastando-se do critério terminológico utilizado, quando há uso excessivo de recursos, em ano eleitoral, em publicidades institucionais a Justiça Eleitoral, com base no art. 73, da Lei nº 9.504/97, o configura como ilícito eleitoral,²⁷ o que será mais bem esclarecido no próximo tópico.

3. DA CONDUTA VEDADA NO USO EXCESSIVO DA PROPAGANDA INSTITUCIONAL – ART. 73, INCISOS, VI, “b” e VII, DA LEI Nº 9.504/97:

Compreende-se que o gestor público não pode se valer do uso da máquina pública para fins pessoais, ou seja, quem exerce o poder não o faz em nome próprio.²⁸ A realização de conduta vedada atinge atrozmente a paridade de armas entre os candidatos, a sua subsunção se perfaz a partir da adequação típica material e a relevância ou relevância mínima, podendo assim ser esquematizado:

²⁶ Acórdão n5 15.749, de 04.03.99, Rei. Min. Costa Porto.

²⁷ "Constitucional. Eleitoral, inelegibilidades. Abuso de poder político. Propaganda Institucional. Admissão de pessoal sem concurso. Cassação do registro do candidato. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário. 1. A veiculação de logomarca ou slogan na publicidade institucional de Governo só constitui abuso de poder político, para fins de inelegibilidade, quando configura propaganda pessoal. 2. Não enseja inelegibilidade por abuso de poder político ou por uso indevido de veículos ou meios de comunicação a publicação de boletim informativo sobre as atividades de Governo, a não ser quando configurada propaganda pessoal. 3. A Justiça Eleitoral não é competente para conhecer e decidir, visando inelegibilidade de candidato, de atos que tipificariam, em tese, improbidade administrativa ou outros ilícitos penais, se praticados fora do período da proibição legal. 4. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário e provido para cassar o Acórdão recorrido, restabelecendo-se o registro da candidatura do recorrente. (Resp 15.373 DE 24/09/98 - RJTSE, vof. 12, Tomo 3, pg. 94).

²⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; RECK, Melina Breckenfeld. **Vedação de propaganda institucional em período eleitoral**. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 6, 2006.

Lesividade ou relevância jurídica (proporcionalidade da conduta)

Isonomia entre os candidatos

José Jairo reverbera que a conduta vedada traduz como uma ocorrência de ato ilícito eleitoral,²⁹ o art. 73 dispõe sobre as condutas vedadas o seguinte: “são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. Essa norma eleitoral elenca diversas condutas que notoriamente prejudicam a normalidade e a lisura (legitimidade) do pleito eleitoral, as penalidades para quem malferir o artigo será a suspensão imediata da conduta vedada; ou multa no valor de cinco a cem mil UFIR aos agentes e respectivos beneficiários; e cassação do registro ou do diploma (§ 5º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997). O Tribunal Superior Eleitoral vem se posicionando de maneira a considerar a respectiva conduta como um ilícito eleitoral, em total consonância com o dispositivo legal:

“(…) 2. Nos três meses que antecede o pleito, impõe-se a total vedação à publicidade institucional, independentemente de haver em seu conteúdo caráter informativo, educativo ou de orientação social (art. 37, § 1º, da CF/88), ressalvadas as exceções previstas em lei. (…)”.³⁰

A prática de conduta vedada pelo art. 73 da Lei nº 9.504/97 não conduz à automática cassação do registro ou do diploma,³¹ o julgador deve analisar caso a caso e verificar a gravidade da conduta e com isso aplicar a penalidade ao ilícito eleitoral.³² Para a configuração do ilícito, a conduta vedada pode ser realizada antes ou depois do registro de candidatura.³³

No inciso VI, “b”, do dispositivo, elenca-se como conduta vedada, com exceção da

²⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 666.

³⁰ TSE, AgReg em RespE nº 44786, Relator(a) MIn. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE Data 23/9/2014.

³¹ No julgamento do REspe nº 521.307/GO, realizado em 2003, o TSE entendia que seria automática a responsabilidade do gestor pelo excesso de despesa com a propaganda institucional, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre ao chefe do executivo, mesmo que este possa delegar os atos de sua execução a determinado órgão de seu governo; bem como automática o benefício, de candidato à reeleição, pela veiculação da propaganda institucional, em ano eleitoral, feita com gastos além da média dos últimos três anos.

³² AgR-REspe nº 25.748, Acórdão de 07/11/2006, relator Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos.

³³ RESPE nº 19.566/MG, MIn. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 26.04.2002.

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; as quais para se enquadrar nessa exceção devem ser reconhecidas pela Justiça Eleitoral.

A Advocacia Geral da União – AGU (PARECER n. 00003/2018/CTEL/CGU/AGU), inclusive, reverbera que a divulgação e publicação de conteúdos de caráter técnico sem componente publicitário e que possua caráter exclusivamente informativo, educativo ou de orientação social não se enquadra nas hipóteses de vedação legal.³⁴ Essa vedação inicia-se nos três meses que antecedem a data do pleito eleitoral, ou seja, a partir do dia 04 de julho de 2020, sendo imperioso que os candidatos não se utilizem de qualquer tipo de publicidade institucional com fins ilícitos. Essa conduta vedada ainda traz algumas outras peculiaridades como, por exemplo, a divulgação de atos meramente administrativos, sem referência a nome, cargo ou imagem de candidato à reeleição não denota propaganda eleitoral;³⁵ bem como a autorização da publicidade em período anterior a 04 de julho, por si só, não afasta o cometimento da conduta vedada.³⁶

O art. 73, especificamente em seu inciso VII, veda a realização, no primeiro semestre do ano de eleição, de despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito.

Essa vedação possui o condão de impedir o uso da máquina pública pelo gestor em prol de benefício de projeções futuras de sua candidatura ou de apoio a futuro candidato que concorrerá ao pleito, essa vedação inicia-se a partir do primeiro semestre do ano da eleição. A publicidade institucional já agrega essa natureza de vedação para fins pessoais, mas a legislação eleitoral reforça ainda mais esse papel, quando impede a sua realização nas proximidades ao dia do pleito eleitoral. Nesse inciso, o que se analisa é o critério quantitativo, ou seja, o *quantum* se gastou com a publicidade institucional. Portanto, para a

³⁴ Brasil. Advocacia-Geral da União. *Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais em Eleições: Eleições 2020, orientação aos Agentes Públicos*, 7º ed, p. 18.

³⁵ AgR-REspe nº 25.748, Acórdão de 07/11/2006, relator Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos; Ac. de 29.6.2006 no ARESPE nº 25.470, rel. Min. Caputo Bastos.

³⁶ Recurso Especial Eleitoral nº 60414, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, 01/03/2016.

subsunção ao dispositivo mencionado não se analisa o conteúdo ou mesmo quem seria o responsável por sua veiculação, apenas se o gasto ultrapassou a média no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito, o que configurará a conduta vedada.³⁷ No cálculo para verificação ou não de aumento de despesas com publicidade deve ser considerado o gasto global.³⁸

Com o avanço tecnológico e o seu uso como meio de propagação, difusão de ideias para arregimentar simpatizantes, nos pleitos eleitorais, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que não descaracteriza a publicidade institucional a circunstância de os atos de governo terem sido divulgados apenas nas redes sociais.³⁹ E ainda, reverberou que, a gravidade do ilícito se extrai a partir do aspecto de propaganda pessoal custeada com dinheiro público, revelando confusão entre a finalidade pública da publicidade institucional e os desideratos privados da propaganda eleitoral,⁴⁰ este tipo de publicidade, por si só, tem gravidade suficiente para atrair a sanção de inelegibilidade.⁴¹ De mais a mais, não se exige o prévio conhecimento do candidato beneficiário para a plena configuração da conduta vedada analisa-se, tão somente, a quebra da lisura e legitimidade do pleito com a concretização da publicidade ilegal.

Inclusive, a utilização de imagens tendo por escopo o enaltecimento de sua gestão e a sua apologia à candidatura nas eleições, com a clara intenção de recobrar, no inconsciente da coletividade de eleitores a importância de continuidade do seu trabalho, configura-se como nítida propaganda ilícita, uma vez que tenta simbolicamente massificar símbolos do governo a sua pessoa, o que notoriamente é rechaçado pelo ordenamento jurídico. E isso se extrai do texto constitucional, o qual rechaça a elaboração de publicidade institucional com o telos subjacente de promoção pessoal do respectivo gestor, pois

³⁷ RESPE Nº: 21307 - GO, Ac. Nº 21307, DE 14/10/2003, Relator(a) Min. Francisco Peçanha Martins, Relator(a) designado(a) Min. Fernando Neves.

³⁸ Petição nº 1.880, de 29/06/2006, Relator Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto.

³⁹ BRASIL, TSE - RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 060213553 - CURITIBA - PR, Acórdão de 12/12/2019, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, Publicação:DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 56, Data 23/03/2020.

⁴⁰ BRASIL, TSE - RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 52798 - CARAVELAS - BA, Acórdão de 15/08/2019, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação:DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 11/09/2019.

⁴¹ Recurso Ordinário nº 138069, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Acórdão de 07/03/2017.

produz efeitos acintosos, principalmente, quando realizado em período vedado, no que se configura uma afronta a lei.⁴²

4. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DA CRISE SANITÁRIA – PERÍODO DE EXCEPCIONALIDADE:

São usuais e existentes em todos os ramos do direito a utilização de princípios, para basilar os estudos e criar um direcionamento para determinadas áreas. Dworkin registra duas diferenças entre as regras e os princípios, a ideia do primeiro está concatenada ao “tudo-ou-nada”, já, enquanto, os princípios vigora a ideia de “dimensão do peso ou importância” e, acrescenta “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁴³

Já Robert Alexy⁴⁴ (em sua famosa obra – Teoria dos Direitos Fundamentais) entende que, não pode ser baseada no modo “tudo ou nada” de aplicação proposto por Dworkin, mas, sim, na conjectura da diferença de colisão e na obrigação que as instituem. Em torno do tema, consagrou a norma como gênero e como suas espécies o princípio e a regra, o primeiro vigora na ideia de sopesamento de valores, no caso concreto, isto é, no conflito o princípio de “maior peso ou valor ou importância” é o que deve preponderar no caso concreto,⁴⁵ já as regras resolvem-se na “dimensão da validade”, verificando-se, no caso, a antinomia e qual norma é válida e qual não é, aplicando, desta forma, a regra válida.

A ideia de proporcionalidade está associada em adequar o meio para atingir o determinado objetivo. E em sentido amplo também é vulgarmente conhecido como preceito da proibição do excesso, nesse contexto assevera Canotilho (...) que proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é

⁴² O Tribunal Superior Eleitoral denominava tal conduta de propaganda subliminar: “Considera-se propaganda eleitoral subliminar a publicidade que traça paralelo entre a Administração atual e a anterior, despertando a lembrança dos eleitores para as qualidades do administrador candidato à reeleição”. (REspe nº 19331/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13/09/2001, publicado no DJ de 07/12/2001, vol. 1, pág. 08).

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, Tradução Nelson Boeira, 2002. p. 35 a 46.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 87 a 89.

⁴⁵ Assim o caso concreto é quem vai determinar qual princípio deve prevalecer.

impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem.⁴⁶ Trata-se, pois, de um preceito jurídico-material de justa medida.⁴⁷ Este princípio não está delineado expressamente no texto constitucional, mas isto não acarreta nenhum óbice em seu reconhecimento positivado.⁴⁸ Agra acrescenta que o princípio da proporcionalidade serve para densificar outros princípios que estão espalhados no texto constitucional,⁴⁹ sendo postulado geral de direito.⁵⁰ Ou seja, apesar de não estar inserido na Constituição Federal serve de norte para a atividade interpretativa das normas e o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo.⁵¹

O princípio da proporcionalidade se divide em três "princípios parciais",⁵² os quais foram denominados de princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento, princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou mandamento do meio mais suave.⁵³ Em seu sentido estrito determina que aja uma confluência entre o resultado a ser alcançado a partir de uma disposição normativa e o meio empregado, o qual deve ser juridicamente o melhor possível.⁵⁴

Assim, o fim pretendido pelo dispositivo eleitoral (art. 73, VI, alínea "b" e VII, da Lei nº 9.504/97) é, sem sombras de dúvida, arrefecer o mau gestor que se utiliza da *res pública* no intuito de malferir a isonomia e a paridade de armas que deve nortear o pleito eleitoral. Contudo, diante da crise sanitária vivenciada, bem como do futuro incerto, ante a ausência de mecanismos científicos que diminuam o contágio e façam cessar as suas complicações à saúde humana, tem-se que o conteúdo normativo deve ser balizado sob os auspícios do

⁴⁶ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. São Paulo: Almedina, 2010, p.355.

⁴⁷ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. São Paulo: Almedina, 2010, p.355.

⁴⁸ Haja vista qualificá-lo como "norma fundamental" se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo "posta" (positivada) e "pressuposta" (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo). FILHO. Willis Santiago Guerra. et al. **Dos princípios constitucionais - considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Método. 2008. p. 235.

⁴⁹ AGRA. Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p.170.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. v. 6, SÃO PAULO: Saraiva, 2015, p. 402.

⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de direito administrativo, v. 215, p. 151-179, 1999.

⁵² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. São Paul: Malheiros, 2002, p. 87.

⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. São Paul: Malheiros, 2002, p. 87.

⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. São Paul: Malheiros, 2002, p. 88.

melhor resultado para à propagação de informações, orientações corretas à população no combate ao vírus COVID-19. Ou seja, impõe-se uma necessária e inevitável utilização da publicidade institucional no atual momento, pois juridicamente o melhor resultado possível será a redução de contaminação pelo COVID-19, o qual poderá e deve ser feito por meio dos gestores públicos, através de publicidade institucional educativa e informativa, nos moldes do art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Aliás, este é o melhor meio de conscientizar à população dos perigos que o vírus pode causar a saúde humana, pois diante do isolamento social, a publicidade institucional se demonstrar a medida mais eficaz no combate ao COVID-19. Destarte, diante do conteúdo a ser propagado na publicidade institucional, não há o elemento configurador da conduta vedada que denota o desequilíbrio ou promoção pessoal do gestor, pois a publicidade está voltada ao coletivo e em prol do interesse público primário, numa clara tentativa de resguardo ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, consoante já era pacificado, a Justiça Eleitoral já realiza o controle prévio de legalidade das publicidades institucionais,⁵⁵ no intuito de excepcionar a vedação contida na alínea "b" do art. 73, da Lei Geral das Eleições e esse ano essa regra foi rechaçada, tendo a EC n. 107 resolvido de pronto a exceção, deixando claro e perfeito a compreensão de que pretensos abusos trarão a respectiva responsabilização, estando autorizada de pronto aquelas que configuram grave e urgente necessidade pública.

Esse caráter de excepcionalidade, em casos similares, já foi reconhecido em diversos julgados pelo TSE,⁵⁶ em que se constatou, inclusive: "hipótese de caso de excepcional premência, a direcionar para providências que não podem ser proteladas sob pena de nefastas consequências, principalmente em se tratando de 'necessidade pública'".⁵⁷

Os casos excepcionais, também, estavam intimamente relacionados com a questão do direito à saúde e sua indissociabilidade ao direito à vida (dengue, H1N1, etc.) a excepcionalidade e gravidade do atual cenário e de caráter preocupante de crise de saúde global e nacional, exige uma publicidade institucional com caráter educativo de combate ao COVID-19. Assim, conforme bem assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, o "direito à

⁵⁵ Petição n° 282-83/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 2410312010.

⁵⁶ PET n° 1543-83/DF, Rei. Min. Marcelo Ribeiro, sessão ordinária administrativa de 1.7.2010; Petição n° 2.130/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ de 21.9.2006; PET n° 2021-91| DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

⁵⁷ Petição n° 2.130/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ de 21 .9.2006.

saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”,⁵⁸ evidenciado os preceitos de um Estado Social.⁵⁹

5. BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

AGRA. Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012;

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993;

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2013;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2012;

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de direito administrativo, v. 215, p. 151-179, 1999;

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017;

Brasil. Advocacia-Geral da União. Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais em Eleições: Eleições 2020, orientação aos Agentes Públicos, 7º ed;

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ªed. São Paulo: Almedina, 2010;

CAVALCANTI, Francisco. Comentários à Lei do processo administrativo federal. São Paulo : Saraiva, 2016. Colaboração: Edilson Pereira Nobre Junior, Marcílio da Silva Ferreira Filho e Theresa Cristine de Albuquerque Nóbrega. São Paulo: Saraiva, 2017;

CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; RECK, Melina Breckenfeld.

⁵⁸ AgRg no RE 271,286-8, rel Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, ago. 2001, p. 641.

⁵⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175.

Vedação de propaganda institucional em período eleitoral. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 6, 2006;

CÔRTEZ DE LACERDA, Virginia. Escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Aguilar, 1966;

CUNHA JÚNIOR. Dirley. Curso de Direito Administrativo. 12º. Bahia: Juspodivm. 2013;

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24º. São Paulo: Atlas. 2011;

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, Tradução Nelson Boeira, 2002;

FILHO. Willis Santiago Guerra. et al. Dos princípios constitucionais- considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2ª ed. São Paulo: Método. 2008;

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018;

MEDAUR, Odete. Direito Administrativo moderno. 12 ed. São Paulo: RT, 2008;

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 1998

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. v. 6, SÃO PAULO: Saraiva, 2015;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º. Rio de Janeiro: Forense. 2009;

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>.

Acessado em: 21|05|2020;

SANTOS, Gilmar. Princípios da publicidade. Editora UFMG, 2005.