

PROPAGANDA INSTITUCIONAL E PUBLICIDADE PESSOAL: FRONTEIRAS

SERGIO FERRAZ

Sumário: 1 — Propaganda e publicidade. Conceitos. Exemplos. 2 — Delimitação conceitual. Publicidade como dever estatal e como direito do cidadão. 4 — Publicidade estatal e ética pública. 5 — O princípio da moralidade administrativa. Pautas axiológicas da propaganda institucional. 6 — Um passeio histórico. 7 — A publicidade pessoal ilícita: configuração. 8 — A codificação das normas éticas. 9 — Conclusão.

1 — Nos dicionários de mais acatada circulação, no país, de regra *propaganda* e *publicidade* são palavras cunhadas do mesmo significado: divulgação ampla e pública de certo fato, projeto, conduta, evento ou produto. Sói também agregar-se a tais vocábulos um elemento finalístico: tal divulgação se realiza com vistas a adicionar um valor de estimação e/ou mercado ao objeto focalizado na propaganda ou na publicidade, de sorte a torná-lo fator de crescente lucratividade. Por evidente, tais conceitos dizem respeito ao universo das atividades mercantis, espargindo reflexos até mesmo no campo do Direito Privado, área em que a idéia de lucro não enseja ou justifica posturas apriorísticas, de condenação.

Diversamente se passam as coisas, porém, na província do Direito Público (aí encartada, inclusive, a regulação das chamadas profissões jurídicas). Nesse âmbito, reina soberanamente o princípio da supremacia do interesse público. Até mesmo quando o legislador, o intérprete ou o administrador, em casos específicos, privilegiam o interesse privado, assim o fazem emblematicamente, tendo na verdade em consideração, acima de tudo, a paz social, o bem público, o respeito à lei, a salvaguarda da segurança coletiva. Assim, quando o constituinte elabora extenso elenco de garantias individuais, o que

tem ele em mente não é tanto a fruição prazerosa que tais direitos possam acarretar a cada pessoa por eles contemplada, mas o bemestar, a fraternidade, a paz, a solidariedade e a harmonia (todos esses valores expressamente consagrados no Preâmbulo e no artigo 3º da Constituição) que imantará o tecido social como um todo, em razão do conhecimento, de cada uma de suas parcelas, da existência desses pilares comuns. Também assim, quando um juiz decide, em favor de um dado indivíduo, determinada lide: o valor maior desse ato estatal não reside na alegria do vencedor, mas no proveito para a coletividade, decorrente da certeza de que a lei e a justiça atuaram. Ainda dessa forma igualmente acontece, quando, por exemplo, o administrador, em face de ruína iminente de um prédio urbano, promove incontinenti sua demolição, com ou sem autorização judicial: haverá, por seguro, quem com isso se entristeça (por exemplo, hipoteticamente, o dono da acessão), mas o que afere relevo é a salvaguarda à incolumidade pública, dessa forma assegurada.

Ao se produzir o elenco exemplificativo, acima deduzido, teve-se por escopo significar, de modo sugestivo, a preponderância do interesse comum, no campo do Direito Público. Mas o fim último, efetivamente buscado, foi circunscrito e objetivo: a fundação da assertiva, que desde agora se lança, de que as atividades de divulgação, que as palavras *propaganda* e *publicidade* enfeixam, hão de ter, no Direito Público e nos assuntos da Administração Pública, de qualquer natureza, motivos, motivações, causas e finalidades bem distintos dos que inspiram análogos desempenhos, no terreno das relações privadas. E é a esses confinamentos e delimitações que se dedica o presente trabalho.

2 — A existência de previsão normativa expressa — de estatura constitucional —, para o tema a ser aqui desenvolvido, propicia, é claro, uma primeira iluminação, a quem tente precisar os conceitos em debate.

Efetivamente, reza o parágrafo 1º, do Artigo 37, da 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.”

É indiscutível, porém, não obstante a clara dicção, que o comando constitucional não há de ser lido apenas em seu texto: imprescindível há de revelar-se a missão de discernir seu contexto, aplicando à tarefa da leitura as matrizes, também constitucionais, do mesmo artigo 37, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Um primeiro e mais fácil ensaio, da delimitação a ser obtida, poderia residir na adoção de acepções diferenciadas, para as palavras do título; assim,

seria admissível, como alguns preferem, divisar na palavra *publicidade* uma atividade de divulgação tão-só pela divulgação, usando-se propaganda quando se busca retorno econômico, proveito mercadológico etc. Não ingressaremos contudo nessa senda, não só porque os vocábulos em questão são o mais das vezes tidos por sinônimos, como também porque o simplismo não contribuiria para a explicitação dos alicerces jurídicos, que as atividades administrativas de divulgação devem conhecer.

3 — Cumpre então, como passo inicial do esforço diacrítico, lembrar que a *publicidade* constitui um dos vetores axiológicos fundamentais e expressos, da Administração Pública, direta ou indiretamente referido em mais de uma passagem constitucional.

Impõe-se destarte, em primeiro tomo, pontuar que, na clara dicção do *caput* do artigo 37, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios que ali estão arrolados, dentre eles o da *publicidade*.

Bom é que se diga, desde já, que não é só a administração pública de qualquer dos Poderes, dos entes federativos, que ao princípio da publicidade está vergada. Em outras palavras, não só a atividade administrativa típica é reverente a tal princípio, mas também as demais típicas atividades estatais a ele se submetem.

Em verdade, para simples exemplificar: uma sentença judicial não existe no mundo das conseqüências jurídicas, enquanto não publicada; uma lei não obriga a quem quer que seja, enquanto não publicada.

Nesses contextos todos, o que se tem em vista é que a atividade estatal, em qualquer de seus quadrantes, em regra há de ser transparente, devendo por isso ser divulgada, pelos canais idôneos e legalmente determinados (não constitui preocupação deste trabalho o exame das excepcionais circunstâncias em que caiba a atividade sigilosa ou reservada, do Poder Público, impondo-se apenas aqui anotar que, mesmo quando isso acontece, a justificação do segredo há de ser buscada na salvaguarda de um interesse público, que então predominará por sobre o dever geral da publicidade).

A esse dever jurídico estatal de publicidade corresponde um *direito público subjetivo* e um *direito público coletivo e difuso* à informação sobre os assuntos públicos: é o que concreta e taxativamente afirmam, por exemplo, o artigo 5º (incisos XXXIII; XXXIV e LXXII) e 31 (parágrafo 3º) da Constituição.

4 — A Administração Pública é, basicamente, uma função de serviço. De serviço ao público. Há, por isso, de divulgar permanentemente o que realizou e aquilo que se propõe a realizar. Tais divulgações, ainda quando

concretizadas pela máquina estatal, por meio dos seus veículos públicos pertinentes, interferem na dinâmica da vida social, provocando reações de contentamento ou de descontentamento, cuja captação, pelo Estado, frequentemente se realiza com o concurso de profissionais ou empresas (essa atividade de captação se desenrola, de regra, no campo das relações econômicas e mercantis). Outras vezes, a atuação estatal prefere a utilização de canais privados de divulgação, costumeiramente remunerados nesse desempenho. A tudo isso se adicione que rarissimamente as divulgações, *a posteriori* ou previas, são ideologicamente neutras. O corriqueiro é que contenham elas mensagens de persuasão, de cooptação, de atração.

O bosquejar desse panorama põe desde já em relevo a imprescindibilidade, na propaganda ou na publicidade institucionais, de uma elevada referência ética (*Princípios de Ética Pública*, Jaime Muñoz, Madrid, 1993, pág. 9), de uma verdadeira ética pública, expressão que aqui pode ser entendida como ramo da Ética, dedicado à disciplina da atuação dos servidores públicos, orientados ao serviço da coletividade. É evidente, nessa colocação, o papel extraordinário que há de desempenhar o princípio da moralidade — outra expressa dicção do artigo 37 —, que com o da publicidade há de caminhar de mãos dadas, na tentativa de plena realização do Estado Social e Democrático do Direito (a essa exigência ética contrapõe-se a enfermidade maior de uma ordem estatal — a corrupção). Mas o que aqui nos vai interessar não é propriamente o exame da integralidade do princípio constitucional da moralidade (nesse ângulo, parece-nos completo o trabalho de *Marcio Cammarosano*, sob o título “*O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*”, com que conquistou o título de Doutor, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), mas suas inflexões sobre o princípio da publicidade.

5 — A ética pública, projetada sobre o princípio da publicidade, há de referir-se, necessariamente, aos valores juridicamente consagrados (como normas ou como princípios), que assegurem na divulgação administrativa a observância da lealdade institucional, do uso razoável (inclusive economicamente) dos recursos públicos envolvidos, da impessoalidade dessa atuação e de sua objetividade finalística.

Nosso texto constitucional já assenta, no particular, algumas pautas precisas.

Assim é, por exemplo, que a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de um dos *fundamentos* da República (artigo 1º). Doutra parte, todo um Título, (o II), talvez o mais importante, da Lei Maior, dedica-se à indicação do que chama Direitos Fundamentais da cidadania. Tais eleições não são

aleatórias ou inconseqüentes. O que por elas se opera é, de um lado, a afirmação dos chamados “Direitos Fundamentais” como manifestações segmentadas da dignidade da pessoa humana; de outro lado, o que se decanta, da equação precedente, é que as atividades estatais não de ser necessariamente serventes à realização dos direitos fundamentais em questão. Conseqüência diversa não se pode inferir: a ética pública está, *no seu todo*, comprometida com a missão de promover o livre exercício dos direitos fundamentais; *na sua parte*, voltada ao compromisso da publicidade, a ética pública está fundada na consecução dos quatro prismas axiológicos enunciados ao início desse item 5, prismas esses que constituirão, em *ultima ratio*, a delimitação inafastável entre a propaganda institucional lícita e a publicidade pessoal ilícita. Tais prismas, conquanto de inspiração primária fundada na moral, foram todos eles albergados pela ordem constitucional e infraconstitucional, daí haurindo sua coercitividade inequívoca. Como bem sumarizou Marcelo Figueiredo (*O controle da moralidade na constituição*, Malheiros, 1999, págs. 100/101), o princípio da moralidade administrativa significa o dever de respeitar as regras morais, uma vez acolhidas, explícita ou implicitamente pela Lei. A admissão, que perfilhamos, da efetividade normativa dos enunciados constitucionais (confira-se a relevante monografia *A eficácia dos direitos fundamentais*, Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1998), impõe necessariamente às atividades de controle do ato administrativo, nos três Poderes estatais, mas sobretudo no Judiciário, uma visão mais ampla e expandida de sua área de atuação, instaurando uma era de controle pela motivação (cujo exame demanda a elaboração de trabalho específico, não se encerrando nas dimensões deste), terreno excelso da consagração do princípio da moralidade, como farol vetorial indisponível, do agir estatal.

6 — Alusões históricas, ligeiras embora, podem ilustrar o quanto é possível fincar amarras nítidas, para distinguir a propaganda institucional lícita da publicidade pessoal ilícita.

Se recuarmos à obra de Sócrates, como retratada nos *Diálogos* de Platão, ou mesmo nas peças teatrais de Xenofante, depararemos com a glorificação da supremacia ética do coletivo — resumida no respeito à lei, como âncora de segurança social, sobre o interesse pessoal. A tal ponto Sócrates vivenciou concretamente sua lição que, podendo evadir-se ao cumprimento de sua injusta sentença de morte, aplicou-a a si mesmo, pois tinha por inconcebível a afronta à lei ou, o que era para ele sinônimo, a ofensa à sociedade.

Às visões socráticas Platão adicionou o primado da virtude humana, como impostergável palavra de ordem para a harmonia social. (cf Marilena Chauí, *Introdução à história da filosofia*, vol. 1, pág. 218).

Nenhum passeio, como o que ora se empreende, pela Antigüidade, ficaria completo sem menção a Aristóteles e, particularmente, a seus *Sobre a justiça e Ética a Nicômarco*. E deste último monumento extraímos o conceito segundo o qual, sendo embora a felicidade do ser o seu bem supremo, ela só existe em função do bem coletivo. Daí a concepção aristotélica de que a tratadística moral não é senão a contadística da Política, ciência prática, encarregada de gerar efeitos exteriores, às cogitações éticas.

Cabe lembrar, com Santo Agostinho, ao estabelecer as pilstras da ética privada e da ética pública, fundamentos da Cidade de Deus, que, à base do “*suum cuique tribuere*”, não há república sem ordem, não há ordem sem direito, não há direito sem justiça, não há justiça sem respeito ao interesse público.

Busque-se o arremate deste segmento na ética aquiniana. Ainda aqui a lição é inequívoca: a atitude ética repousa na idéia e na consecução do Bem Comum: a experiência e o conhecimento levam ao discernimento entre o bem e o mal, a vontade comanda o homem a seu *telos* — a realização do bem individual acoplado ao bem coletivo.

7 — O repasse de todas as noções e conceitos, até aqui expendidos, aponta focos claros de luz, sobre as proposições fundamentais, que dão título a este trabalho.

O administrador público age com os olhos postos na harmonia social, na segurança coletiva, no bem comum.

O serviço público, de seu turno, há de ser encarado, com as lições de Hauriou, como autêntica *instituição*. Instituição marcada pela visão da supremacia do interesse público e teleologicamente comprometida com a geração do Bem Comum.

Até pela complexidade do funcionamento dessa instituição, qualquer pessoa deve fiscalizar e acompanhar a execução de seus desempenhos. Ou, ao menos, deve *poder acompanhá-lo*, aí residindo um direito público ao mesmo tempo subjetivo, coletivo e difuso. A tal direito se contrapõe, correlatamente, o genérico dever da publicidade dos atos estatais. Esse dever de publicidade perfaz-se de duas formas, que hão de sempre coexistir: uma face passiva, consistindo na *transparência* do agir estatal, de sorte que o administrado e o jurisdicionado consigam, sempre, ter acesso ao que se passa no âmbito público; uma face ativa, representada pela *divulgação*, pelo Estado, de seus agires, divulgação essa que se há de realizar seja pelos meios estatais próprios, seja pelos meios privados postos à disposição do Estado.

A tarefa de divulgação deverá concretizar-se de sorte a estabelecer liames de conhecimento entre o Estado (instituição) e as pessoas (cidadãos, ou não,

pois todos têm direito à informação — o artigo 50 da Constituição dirige-se não só aos cidadãos em senso estrito, isto é, eleitores, mas aos nacionais e aos estrangeiros submetidos a nossa ordem jurídica). Daí surgem quatro *imperativos*:

— a divulgação há de ser produzida com *lealdade institucional*. É dizer, terá ela por objetivo evidenciar o que o serviço público-instituição realizou ou irá realizar; e não, o que o agente público fez, para cumprir o dever institucional; nessa perspectiva, o agente é apenas meio de atuação da vontade institucional a qual, de seu turno, é apenas um plexo de meios para a consumação do Bem Comum;

— quer se faça com os instrumentos públicos pertinentes, quer se perfaça mediante meios privados, a divulgação há de observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade e da eficiência, de sorte a não onerar, perversamente, o Bem Comum, não só o fim, mas também a origem da pecúnia estatal;

— a impessoalidade da atividade de divulgação é indeclinável; o que se difunde é o agir da instituição, jamais o nome dos agentes implicados; despesa pública em benefício individual constitui improbidade e inobservância da responsabilidade fiscal. A pessoalidade, no campo do Direito Público, é sempre de direito estrito, portanto só admitida quando o Direito a impõe (v.g. titulação para o preenchimento de certos cargos, celebração de contratos, participações em licitações etc.) ou a tolera regulamentadamente (v.g.: propaganda eleitoral);

— a propaganda institucional há de ser sobretudo objetiva, declinando o que realizado, qual a justificação e a finalidade da execução, o que se pretende motivadamente realizar, os meios de detecção e de atendimento do Bem Comum. Jamais será válida a propaganda institucional que intente manipular a opinião pública (subliminarmente ou não), mistificá-la, cooptá-la ou persuadi-la contra o Bem Comum.

Esses quatro imperativos resumem a fronteira entre a propaganda institucional válida e a publicidade pessoal à custa das atuações estatais (sempre inválidas).

Com esse quadro em mente, podese, em sumarização, afirmar-se que, até pelo imperativo constitucional da *publicidade* (isto é, total transparência do agir administrativo), a *propaganda* institucional é um dever: têm os cidadãos direito a que o Estado divulgue, amplamente, seus atos, suas metas, suas realizações. Mas há de fazê-lo o Estado com razoabilidade e proporcionalidade, sem os gastos excessivos que estamos infelizmente acostumados a ver. O Estado não é um *produto* a vender, por isso mesmo a ser alvo de propaganda

institucional avassaladora. Observados tais limites, dir-se-á que a publicidade e a propaganda institucionais constituem deveres estatais indeclináveis.

Na outra face, nem a propaganda, nem a publicidade pessoais são admissíveis, por maiores que sejam os méritos do estadista ou do administrador. Eles não passam de *agentes* do Estado, que não fazem mais que suas obrigações, ao atuarem com proveito para a coletividade. A instituição não lhes pode servir de trampolim, suas fisionomias e nomes devem permanecer anônimos, como os de quaisquer outros cidadãos.

Repita-se, contudo, o que vestibularmente afirmado: no estabelecimento de qualquer asserção, no tema deste trabalho, a razoabilidade e a proporcionalidade impõem-se como deveres indeclináveis.

Em primeiro lugar, como elementos componentes da equação dever de transparência/direito à informação, o agente público em geral, o eleito em particular, devem prestar contas do que prometeram e do que fizeram, bem como do que ainda intentam realizar (inclusive seu *por que* e seu *como*).

Para tanto, inevitáveis as publicações que promovam as aludidas *divulgações*, ligadas inclusive ao nome do agente. Não haverá aqui publicidade pessoal ilícita, desde que o texto não prime pela adjetivação laudatória, não se faça com a promoção pessoal fotográfica, não se estampe em impressões e veículos (papéis, filmes etc.) de custo elevado: em suma, informar, com modicidade de gastos, lealdade institucional, objetividade excelsa. Não haverá mácula alguma em que tais propagandas veiculem, por exemplo, um sinal, emblema ou rótulo que tenha emoldurado a campanha eleitoral do já agora agente. Tampouco condenável seria a edição de um texto legal relevante (por exemplo, o “Estatuto da Cidade”), com a “logomarca” da Administração (ou da corrente política a que ligado o agente promotor da publicação); ou a impressão de comitês para eventos públicos importantes ou significativos; ou a distribuição de textos contendo “prestações de contas” do administrador ou da Administração. Desde que, enfim, tudo isso de fizesse com o recato, anteriormente preconizado.

Inaceitáveis, contudo, as distribuições, à custa do erário, com a marca da administração, ou do agente, de calendários, mensagens natalinas etc., pois a todas essas iniciativas faltaria a marca do interesse público relevante (e aqui, pouco importa a eventual aceitação social para tais práticas: em campo de competências públicas e probidade administrativa, o costume não derroga a norma ético-jurídica).

8 — Não obstante nos pareçam claros os limites há pouco elencados, até porque emanados da principiologia constitucional, verdade é que, aqui e acolá,

pretextando serem fugidios os meandros da axiologia, muitas vezes se levantam em favor da codificação das normas éticas.

Bem sabemos que muitos argumentos, ponderáveis até, esteiam as vozes acima invocadas, as quais porfiam com o uso dos argumentos da certeza e da segurança.

Permitimonos proclamar nossa reserva, em face dessa posição.

Tal como Jesús González Pérez, também vemos a moral como limite do exercício das potestades estatais (*Administracion pública y moral*, Madrid, 1995, págs. 38/41). Mas, ao contrário do mestre espanhol, ao assim pensarmos, não temos em mente a moral como culturalmente detectável, mas a moral como juridicamente recebida e consagrada. Daí o risco, a nosso ver, dos códigos de ética da atuação estatal: ou bem dirão só o que o Direito já sufragou, sendo por isso desnecessários; ou imporão deveres além do que o ordenamento jurídico adotou, sendo por isso inadmissíveis mas, sobretudo, indutores de comportamentos desconformes às leis. Com García de Enterría, estamos a acreditar que a inflação legislativa nos levou a tal ponto de confusão, que se impõe um movimento que preconize o retorno aos momentos pré-codificadores e à primazia dos princípios gerais do Direito (*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocao*, Madrid, 2000, págs. 99/108). Em suma: a proliferação dos textos normativos tem produzido mais malefícios que benefícios, mais insegurança jurídica que clareza da vida social. Os subprodutos patológicos dessa displasia são óbvios e preocupantes: o alheamento entre os cidadãos e as normas; o distanciamento entre a Administração, cada dia mais complexa, e os cidadãos; a superespecialização dos profissionais do Direito, criando verdadeiros feudos jurídicos. Em suma, não é, a nosso ver, a multiplicação dos códigos de ética pública que vai assegurar o comportamento ético do Estado (consulte-se, a propósito, José Luís Palma Fernández, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Madrid, 1997, páginas 35 e seguintes).

A propósito de tudo isso, seja-nos permitido rememorar a experiência de Ralf Dahrendorf, filósofo de nossos dias, em seu conhecido *A lei e a ordem*.

Coube a Dahrendorf a experiência vivencial impressionante de morar em Berlim, como garoto de quase dez anos, nas semanas finais da Segunda Grande Guerra.

Recorda ele que, sob o mando nazista, todos os aspectos do cotidiano eram não só regrados, mas também fiscalizados severamente pelas diversas polícias estatais existentes. Vivia-se, então, um momento de extrema legislação, mas de máxima insegurança jurídica, pela intrusão onipotente do Estado. Vêm a debacle, o suicídio de Hitler, o aniquilamento do exército nazista. Por cerca de uma semana, os cidadãos sobreviventes vagavam pelas ruas, quase

silenciosas, em ruína, satisfazendo suas necessidades vitais com a retirada dos meios de sobrevivência, alimentares ou de defesa contra as intempéries, das lojas e escritórios desertos, dos estabelecimentos estatais abandonados. E aí começaram a aparecer os vitoriosos, os soldados soviéticos. E, com eles, nova plethora de regulamentações sobre o cotidiano, de intrusões estatais autoritárias: de novo, o máximo de leis, provocando até mais insegurança jurídica, do que os sete dias de anomia antes vividos. Que claro fique: não pregamos a anomia, mas abominamos a inflação normativa. A ética pública tem seus marcos legislativos postos, expressa ou implicitamente, na Constituição; e isso basta. Em curiosa monografia, intitulada *O jeito na cultura jurídica brasileira* (Ed. Renovar, 1998, pág. 110), o Professor Titular de Direito Comparado e Constitucional da Universidade de Miami, Keith Rosenn, já alertara para os danos terríveis da proliferação normativa. O primeiro desses males repousaria no “jeito” para burlar as leis, em suposto benefício da maior celeridade no trato dos negócios. Nem é necessário dizer como a permanência dessa atitude é, até mesmo, capaz de ensejar situações anárquicas ou, pelo menos, anômicas. Doutra parte, porém, é a lembrança de Keith Rosenn, o “jeito” acaba sendo inevitável, quando a tônica do sistema jurídico é a enxurrada incontrolável de regramentos: “Em um mundo onde leis e regulamentos estão em constante mutação, o jeito serve, ironicamente, como importante fonte de estabilidade e previsibilidade.”

Mas esse expediente prático não pode existir no mundo da ética pública. Aqui, ou o comportamento é ético, moral, porque a Constituição o abrigou; ou é aético e imoral, porque a Constituição não o abonou. E para saber a diferença, Códigos de Ética podem mais confundir que esclarecer.

9 — Para concluir, seja-nos permitido fazê-lo invocando as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello: o princípio da moralidade administrativa é imperativo não só do Estado, mas também de seus agentes. Violá-los configura *ilicitude*. E os viola o agente que é desleal com as instituições a que serve, vertendo-as em seu benefício pessoal (*Curso de direito administrativo*, 14^a edição, páginas 101/102 e 285/286). É nessas matrizes que se inspiram as distinções entre a propaganda institucional e a publicidade pessoal.