



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
"Palácio Moisés Viana"
Unidade Central de Controle Interno

PARECER Nº 008/2004
PROCESSO UCCI Nº 019/2004
ORIGEM: Processo de Licitação para Veiculação de Publicidade
ASSUNTO: Acompanhamento no D. L.

***PARECER SOBRE EDITAL P/PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VEICULAÇÃO
PUBLICITÁRIA***

ENTIDADE: S. F.

FINALIDADE: Análise e Parecer sobre a adequação do edital à Lei 8.666/93

ORIGEM: Cópia de documento enviado pelo D. L.

No cumprimento das atribuições estabelecidas nos Arts. 70 e 76 da Constituição Estadual, na Lei 4.242 de 27 de setembro de 2001, e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício do controle prévio e concomitante dos atos de gestão, e visando a orientar o Administrador Público, expedimos a seguir nossas considerações:

Vem a parecer da UCCI, na área jurídica, solicitação para a apreciação do Edital que trata da Veiculação de Publicidade, através de contratação de agência de publicidade, através de licitação na modalidade de convite, no que tange a adequação da legalidade. A orientação solicitada visa esclarecer quanto aos efeitos, principalmente os relativos a viabilidade do período que antecede às eleições municipais.

A matéria foi analisada através de um modelo sugerido em 07 de junho de 2004 pelo D. L., donde ressaltamos os seguintes pontos:

"(...)

Lei Eleitoral

Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

(...)”

ESTUDO JURÍDICO SOBRE A LIMITAÇÃO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PERÍODO DE ANTECEDER O PLEITO

LEGISLAÇÃO E DOUTRINA:

Constituição Federal 1988

Lei 9.504/97

CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro, 9ª ed., Bauru: Edipro, 2001
CONEGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2000
COSTA, Adriano Soares. Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001
FERREIRA, Pinto. Código eleitoral comentado, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, 14ª ed., São Paulo, 2002, Malheiros,
RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000
SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, vol. III, São Paulo: Forense.
SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros, 2001

DO MÉRITO:

Procurou-se analisar se as vedações constantes do art. 73 da [Lei 9.504/97](#), ratificada na Instrução Normativa nº 28/2002 da Secretaria de Comunicação Social são empecilho para veiculação de publicidade no período que antecede as eleições..

Verificou-se que o edital, cujo conteúdo está expresso no processo licitatório, “*tem como objetivo a contratação de empresa especializada - Agência de Publicidade – para prestação de serviços de impressão, gravação e veiculação de material de divulgação de campanha estimulando o recolhimento de impostos municipais, de acordo com orientação da Assessoria de Comunicação*”.

Para maior entendimento é importante diferenciar Publicidade e Propaganda: sentido comercial e eleitoral.

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

Já a propaganda eleitoral *strictu sensu* na definição de Pinto Ferreira:

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

Segundo Fávila Ribeiro:

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

Joel José Cândido conceitua propaganda eleitoral como:

“*uma forma de captação de votos usada pelos Partidos Políticos, Coligações ou candidatos, em época delimitada por lei, através da divulgação de suas propostas, visando a*

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

Neste contexto, o Estado não detém a legitimidade de coibir a propaganda eleitoral lícita (aquela que observa os diplomas legais aplicáveis à espécie) já que o exercício ao direito de propaganda está diretamente ligado ao postulado do Estado Democrático de Direito. Cabe ressaltar, porém, que o exercício do direito de propaganda não é ilimitado/absoluto: deve obedecer a um disciplinamento legislativo específico com vistas à preservação da higidez do processo eleitoral, evitando abusos e desvios de finalidade e sujeitas ao controle de seus pressupostos pela Justiça Eleitoral.

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

Ocorre porém que o direito à propaganda eleitoral é comumente analisado sob amparo da plenitude do princípio da liberdade de expressão, em detrimento ao princípio da isonomia, justamente princípios corolários em matéria eleitoral e que deveriam manter convivência harmônica entre si. Com este argumento, comumente se observam nas defesas das empresas de comunicação social, enquanto transgressoras de dispositivos da Lei nº 9.504/97 em demandas junto à Justiça Eleitoral.

A propaganda eleitoral lícita é a realizada por meio da divulgação de propaganda na imprensa escrita, na propaganda eleitoral gratuita, de outdoors, cartazes, “santinhos”, etc... e não a utilização em desvio de finalidade da publicidade institucional constitucionalmente estabelecida (onde são descumpridos seus pressupostos, quais sejam, a publicidade de caráter informativo e educativo, impessoal, ou seja, sem vinculação da pessoa do agente público ou de símbolos de seu governo), desigualando as condições de disputa dos candidatos.

Precisamente foi com este escopo – de evitar o desvio de finalidade da publicidade institucional em detrimento à participação isonômica dos candidatos aos pleitos eleitorais – que fora inserido na Lei nº 9.504/97 o artigo 73 – que trata das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, tema sobre o qual se passará a tecer algumas considerações.

Com efeito, observando-se as disposições do artigo 73 da Lei nº 9504/97, verifica-se um extenso rol de condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais, concebidas a fim de evitar a desigualdade de oportunidades entre os candidatos que poderiam utilizar-se da “máquina administrativa” em benefício próprio, e com o objetivo maior de preservação de lisura, higidez e legitimidade do pleito.

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

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

Em relação à publicidade, o inciso VI, “b”, do artigo 73, veda que nos três meses que antecederem o pleito seja realizada a denominada “publicidade institucional” dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos federais, estaduais ou municipais. Ressalva,

porém, que a mesma poderá ser autorizada pela Justiça Eleitoral em caso de grave e urgente necessidade pública (art. 73, VI, “b”), ou ainda quando se tratar de produtos ou serviços que tenham concorrência no mercado.

Na realidade, a Constituição ao prever no art. 37, § 1º a publicidade das obras o fez de forma a imaginar a atuação proba do administrador em prol do interesse público. Entretanto, inúmeros são os casos de desvirtuamento desse dispositivo legal.

Portanto, a regra geral é a de vedação da realização da publicidade institucional (qual seja, aquela concebida para a divulgação de obras, serviços pela Administração Pública, como realizações de um governo) nos três meses anteriores ao pleito para evitar sua indevida utilização. A exceção é a possibilidade de realização deste tipo de publicidade (desde que cumpridos e demonstrados cabalmente os pressupostos de gravidade/urgência e necessidade pública), que levadas ao conhecimento da Justiça Eleitoral - competente para a aferição da presença das condições permissivas - poderá autorizar ou não a veiculação da referida publicidade. Esta ressalva legislativa vem de encontro à necessidade da continuidade da função administrativa (já que a Administração não pode parar na consecução do interesse público).

Adriano Soares da Costa ao comentar o art. 73, em específico este inciso sobre a proibição de publicidade institucional argumenta:

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

Importante ressaltar que as sanções cabíveis em caso de inobservância do que reza o artigo 73, VI, “b”, aplicam-se aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. O descumprimento às vedações acarreta a suspensão imediata da conduta vedada (quando ainda possível), bem como sujeita os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR. Além disso, a Lei 9.504/97, em seu art. 74, dispõe: “Configura abuso de autoridade, para fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.” Em julgado recente o TRE/PR decidiu:

“EMENTA - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – ART. 74, LEI 9.504/97 – IMPROCEDÊNCIA – RECURSO – AUSÊNCIA DE PROVA. A configuração do abuso de autoridade previsto no art. 74, da Lei 9.504/97, exige a comprovação de que a publicidade institucional possua caráter eleitoral.

ACÓRDÃO

Nº

25.772

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

Com efeito, não há como se afastar a incidência da jurisdição eleitoral na tutela do processo eleitoral, em termos de publicidade institucional, a Justiça Eleitoral terá competência para processo e julgamento quando esta publicidade desviar de sua finalidade tendo nítida conotação eleitoral, ou ainda quando afrontar o dispositivo do art. 73, VI, "b" da Lei nº 9.504/97.

Jurisprudência Tribunal Superior Eleitoral:

*“Ementa PROPAGANDA ELEITORAL.
NAO SE CONFUNDE COM A PROPAGANDA INSTITUCIONAL, REGENDO-SE POR NORMAS DISTINTAS.
A INFRINGENCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, PARAGRAFO 1 DA CONSTITUICAO ATRAI A INCIDENCIA DO QUE SE CONTEM NO ARTIGO 74*

DA LEI 9.504/97.
Decisão POR UNANIMIDADE, O TRIBUNAL CONHECEU DO RECURSO E LHE DEU PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AFIRMOU SUSPEICAO O SENHOR MINISTRO EDUARDO ALCKMIN”(24)

“Ementa

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO POR ABUSO DE PODER. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. ARTS. 73, VI, B, E 74 DA LEI Nº 9.504/97. ART. 37, § 1º, DA CF.
I) O que o art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, veda é a autorização de propaganda institucional nos três meses que antecedem o pleito. O dispositivo não retroage para alcançar atos praticados antes destes três meses.
II) A violação ao art. 37, § 1º, c/c o art. 74 da Lei nº 9.504/97, pela quebra do princípio da impessoalidade, possui contornos administrativos. Deve ser apurada em procedimento próprio, previsto na Lei nº 8.429/92. Verificada a ocorrência da quebra deste princípio administrativo, é que se poderá apurar seus reflexos na disputa eleitoral.
III) O art. 74 se aplica somente aos atos de promoção pessoal na publicidade oficial praticados em campanha eleitoral.
Agravado improvido.”

E do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná:

“Ementa

- 1) Os fatos que dizem respeito ao artigo 40 da lei 9504/97, tem natureza penal e por isso a iniciativa processual penal deve ser do Ministério Público.
- 2) Uma cor determinada, que lembra uma riqueza produzida no município (cor laranja que lembra a produção da fruta cítrica) ao compor a publicidade institucional municipal, gera a proibição do uso dessa cor por candidato em campanha eleitoral, tendo em vista que é um símbolo incorporado ao patrimônio imaterial do poder público. Essa prática encontra proibição no artigo 73, inciso VI, letra "b" da Lei 9504/97.
- 3) Uma bandeira, cuja cor, além de lembrar uma riqueza produzida no município, está incorporada à sua publicidade institucional, não pode ser utilizada por candidato em campanha eleitoral, tendo em vista que é símbolo incorporado ao patrimônio imaterial do poder público. Essa prática encontra proibição no artigo 73, inciso VI, letra "b" da Lei 9504/97.”
- 4) O candidato não pode associar símbolo de seu uso particular com símbolo de propriedade do poder público para fazer campanha eleitoral, pois infringe as regras do artigo 73, inciso VI, letra "b" da lei 9504/97.”

Mais:

”Ementa

Propaganda institucional. Desvirtuamento de sua finalidade. É parte ilegítima para figurar no feito aquele que não demonstra tenha sido atingido pela decisão atacada.
Se, de ofício, poderia a MM. Juíza ter concedido a medida, independentemente de qualquer manifestação dos órgãos atingidos, bastando a tanto se verificasse conotação eleitoral da propaganda em questão, é de se entender desnecessária a citação das pessoas mencionadas como litisconsortes, não ocorrendo a alegada nulidade.
A litispendência só ocorre quando na reprodução de ação anteriormente ajuizada ocorrer a triplíce identidade e não ter sido prolatada decisão no processo anterior.
A competência da Justiça Eleitoral para o presente feito, porque imprimidos contornos eleitorais a propaganda oficial, e conferida pelo Código Eleitoral e Lei nº. 9100/95.
Desde que os autos demonstram ter sido desvirtuada a finalidade de propaganda institucional, fugindo aos parâmetros estabelecidos na constitucional federal, porque houve desvio de sua finalidade, esta propaganda deve ser coibida, porque

*contraria a lei maior e aos demais dispositivos legais.
Recurso conhecido e improvido”*

E do Tribunal Regional Rio Grande do Norte:

“Ementa

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

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

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

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

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

Conclusão

A letra "b" do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/97 proíbe, nos três meses que antecedem cada eleição, a qualquer agente público 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 caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. De acordo com a própria alínea, essa vedação não alcança a autorização da publicidade relativa a produtos e serviços que tenham concorrência no mercado.

O dispositivo deve ser interpretado de forma extensiva. Não é vedada apenas a autorização da publicidade institucional. **O que é vedado na realidade é a própria veiculação da publicidade.** Esta é que pode conter propaganda eleitoral velada, principalmente após a admissão da reeleição, para um mandato consecutivo, dos chefes dos Poderes Executivos da União, Estados, Distrito Federal e municípios. O que se veda é a veiculação de propaganda institucional dessas entidades, e não apenas a autorização da sua veiculação.

Aliás, é imprescindível que se ressalte que a autorização da veiculação, a ser realizada depois das eleições, essa nem mesmo fica proibida, eis que já não poderá influir no pleito, no entanto é imperativo que se observe, por conseguinte, as normas da Lei 8.666/93.

O dispositivo faz duas ressalvas.

A primeira, da propaganda institucional relativa a produtos e serviços que tenham concorrência no mercado. As entidades da administração pública indireta, em particular as sociedades de economia mista e empresas públicas, estas podem fazer propaganda institucional relativa aos produtos que vendam, ou aos serviços que prestem, desde que estes tenham concorrência no mercado. Entes da administração indireta que vendam produtos ou prestem serviços em regime de monopólio (como, por exemplo, a Petrobrás, em relação a pesquisa, lavra e refino de petróleo), não podem, nos três meses que antecedem ao pleito, fazer propaganda institucional que diga respeito, direta ou indiretamente, a essas atividades.

A segunda ressalva contida no dispositivo é a da publicidade destinada a atender grave e urgente necessidade pública. Esta deve, porém, ser reconhecida pela Justiça Eleitoral, o que a seu turno significa que tal publicidade deve ser por ela autorizada. Ocorrerá a hipótese, por exemplo, se for necessária publicidade pública para orientação aos atingidos por alguma calamidade pública, ou para a realização de campanha de vacinação urgente, destinada a prevenir mal que de modo epidêmico ameaça alastrar-se. Nessas hipóteses a publicidade não

poderia mesmo ser vedada. Mas a situação de gravidade e também de urgência deve ser analisada previamente pela Justiça Eleitoral.

Se a publicidade for de âmbito municipal, a autorização para ela, nos três meses anteriores ao pleito, caberá ao Juízo Eleitoral de primeira instância que abranja o município interessado.

De acordo com o § 3º do art. 73 da lei, essa vedação, assim como aquela da letra "c" do inciso VI, somente se aplica aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

Observe-se que nas eleições municipais, a proibição alcança os agentes públicos dos municípios. Numa eleição municipal não fica proibida publicidade institucional dos agentes públicos da União, dos Estados ou do Distrito Federal. Nas eleições presidenciais, estaduais e distritais, não há obstáculo à publicidade institucional dos municípios.

Esta UCCI pretende deixar claro que publicidade institucional e propaganda não podem e não se devem confundir. Isto se dá por meio de prescrições e proscricções legais tendo sempre como fundamento de validade a Constituição Federal de 1988, auxiliados por disciplinamentos infraconstitucionais como as da Lei nº 9504/97 – que no tocante ao artigo 73, VI, “b”, visa buscar atingir o grau máximo de eficácia da norma inserta no art. 37, § 1º da Constituição Federal. Este “auxílio” legal fez-se necessário pela verificação da utilização indevida da publicidade institucional com conotação eleitoral.

Face ao exposto, em atendimento a presente consulta, somos do parecer que a Administração deve manter-se dentro da orientação emanada pelo TSE, devendo observar o preceituado quanto as vedações que antecedem a às eleições municipais, além do atendimento as formalidades legais exigidas pela Lei 8.666/93.

É o parecer.