

# JURIS PLENUM

Doutrina - Jurisprudência

Destaque:  
Estudos em Processo Civil - II

85

## CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO “PROGRAMA CIDADE LINDA” DA PREFEITURA DE SÃO PAULO

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja  
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**

Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade  
de Direito da Universidade Nove de Julho. Doutora e  
Mestre pela Faculdade de Direito da PUC/SP.

**ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS**

Advogado Especialista. Professor em Direito Tributário  
pelo Centro de Extensão Universitária-CEU/IICS.

SUMÁRIO: Da consulta - I. Do princípio constitucional da moralidade - II. Dos princípios da publicidade e da impessoalidade - III. Do princípio da proporcionalidade.

### DA CONSULTA

Consulta-nos, a *Consultante*, sobre a constitucionalidade e legalidade do “Programa Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo, levado a efeito pelo então Prefeito João Dória, em sua gestão.

O Programa consiste em uma série de ações voltadas à zeladoria pública, como varredura de ruas, limpeza de bueiros, pintura de calçadas, dentre outras ações comunitárias, com vistas a conservar o patrimônio público municipal e fomentar na sociedade o zelo e o cuidado com a cidade de São Paulo. Trata-se de um programa que visa a resgatar a beleza e a dignidade da Cidade de São Paulo.

No entanto, a despeito do conteúdo educativo e de preservação do patrimônio Público contido no aludido Programa, foi apresentada pelo Ministério Público de São Paulo uma ação de improbidade administrativa contra o referido “Programa Cidade Linda”, sob o fundamento de que o engajamento do Prefeito na execução e divulgação do Programa configuraria uma possível violação ao princípio da impessoalidade e da moralidade e consistiria num ato de promoção pessoal do então Prefeito.

Nesse contexto, para verificar a conformidade do “Programa Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo com os ditames constitucionais, são formulados os seguintes quesitos:

1. O "Programa Cidade Linda" da Prefeitura de São Paulo, que engloba ações de zeladoria pública que visam a melhorar as condições da cidade, preservar o patrimônio público fomentando a necessidade de se resgatar a dignidade do Município de São Paulo, criada na gestão do Prefeito João Doria, viola o princípio da impessoalidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República?

2. Em que medida o "Programa Cidade Linda" da prefeitura de São Paulo violaria o princípio constitucional da moralidade que rege a Administração Pública?

## I. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE

A Constituição Federal de 1988 é enfática ao elencar expressamente quais os princípios constitucionais que devem pautar toda a atuação da Administração Pública. Nesse sentido dispõe no *caput* do artigo 37 que:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

O *caput* do referido dispositivo constitucional, portanto, oferta os cinco alicerces supremos sobre os quais a Administração Pública há de atuar.

Ao se levar a efeito um exame mais detido dos referidos princípios verifica-se, claramente, que o da moralidade informa todos os demais princípios, em face de ser o administrador público um servidor da sociedade, e não esta uma servidora do administrador.<sup>1</sup>

Importante registrar, no tocante ao princípio da legalidade, que ele não é um princípio típico do Direito Administrativo, uma vez que é comum a todo o ordenamento jurídico do país, conforme disposto no inc. II do art. 5º Constituição Federal: "II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Hely Lopes Meirelles ensina que: "A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, *caput*). Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina anterior da Administração". Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: - *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem por sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem-comum" (*Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 79).

<sup>2</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que: "Aqui se enuncia a base fundamental do estado de direito (v. *Meu Estado de direito e Constituição*).

A importância desse princípio no sistema constitucional não pode ser exageradamente exaltada. De fato, está ele no cerne da construção, que é a democracia representativa, cujo objeto não é o engrandecimento do Estado, mas a liberdade dos homens.

A razão de o Texto Constitucional enfatizar o princípio da legalidade no capítulo da Administração Pública tem por finalidade precípua afastar qualquer tentação hermenêutica do intérprete de que seu poder discricionário poderia lhe permitir atuar fora da lei, em determinadas circunstâncias, ou de que a lei só seria aplicável aos atos vinculados e nunca àqueles dele originários.

O princípio da legalidade conforma todo o ordenamento jurídico e informa diretamente o princípio da moralidade, estando a ele unido umbilicalmente, visto que tudo o que o administrador fizer fora da lei, sobre ser ilegal, é aético. Nesse exato sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.<sup>3</sup>

O Texto constitucional optou por tornar o princípio da moralidade o mais relevante do concerto daqueles que perfilam a atuação da Administração Pública, não havendo setor dessa: direta ou indireta, que não deva ser por ele revestido.

Importante destacar que a moralidade é aquela que se vincula não só à obediência estrita da lei que deve ser aplicada, mas também à preocupação de não gerar problemas de nenhuma espécie ao administrado, nessa hipótese, inclusive, pode o servidor ser responsabilizado civilmente, nos termos do art. 37, § 1º, do Texto Constitucional por não agir de maneira ética.

Tem-se, portanto, que o princípio da moralidade deve pautar a atuação da Administração Pública e por via de consequência do administrador.

No caso em tela, verifica-se que o então Prefeito da Cidade de São Paulo, João Doria, logo no início de sua gestão criou o "Programa Cidade Linda", que visa à

Realmente, na fórmula célebre de Montesquieu, 'a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem' (*De l'esprit des lois*, Livro II, Cap. 3). Desse modo, apenas as leis podem circunscrever e limitar a liberdade. É o que está explicitamente no art. 4º da Declaração de 1789: 'A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos pela lei'. Essa missão emprestada à lei resulta de uma concepção bem clara e definida a seu respeito. Para Montesquieu, como para os principais autores da Revolução Francesa, a supremacia da lei é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer '*volonté momentanée et capricieuse*' (*De l'esprit des lois*, Livro 2, Cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes. Conseqüentemente, 'a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade' (Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte; cf. nosso *Do processo legislativo*, nº 32).

A evolução do pensamento político, se alterou o fundamento do princípio da legalidade, não lhe retirou a força. Manteve-se arraigada a ideia de que só a lei pode limitar e restringir a liberdade natural, que só ela pode comandar que se faça ou que não se faça alguma coisa. Tal determinação, porém, não mais se justificava na confiança de que a lei traduzisse necessariamente um ditame de razão e de justiça. Fundava-se no princípio democrático. Apenas a lei pode circunscrever a liberdade porque é ela a expressão por excelência da vontade do povo, sendo estabelecida pelo Parlamento que o representa. Dessa forma, o princípio da legalidade é inerente à democracia" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1990, p. 28-29).

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026*. Relator Ministro Eros Grau, julgado em 8 de junho de 2006.

implementação de uma série de atividades de zeladoria pública que buscam preservar e restaurar o patrimônio público e resgatar não só a dignidade da cidade, mas o cuidado, o respeito e o zelo que todos os cidadãos devem ter com o patrimônio municipal. São essencialmente ações de zeladoria urbana do Poder Público em parceria com a sociedade.

Não há negar que nos dias atuais a sociedade tem se esquecido que o patrimônio público é de todos e que esse deve ser cuidado pelos cidadãos. Com vistas justamente a expandir esse programa foi conferida ampla divulgação, por todos os meios de comunicação, quais sejam, televisão, *outdoor*, *internet*, mídias sociais dentre outros, das ações levadas a efeito pela Prefeitura de São Paulo, com o intuito de mobilizar a sociedade a se engajar no Projeto.

Destaca-se que todas as ações do Programa Cidade Linda dizem respeito a atividades que visam melhorar o cuidado com a cidade, tais como varredura de ruas, cuidado com jardins, limpeza de bocas de lobo, poda de árvores, recolhimento de lixo, conserto de buracos, dentre outras ações.

Todas essas atividades são levadas a cabo pelo poder público municipal em parceria com a sociedade, na mais estrita observância do inc. I do art. 3º da Constituição da República, *in verbis*:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]"

Trata-se de um conjunto de ações sociais que visam a valorizar o patrimônio público municipal, resgatar a beleza da cidade e promover o zelo e o cuidado com o patrimônio público e a Cidade de São Paulo.

A adoção do "Programa Cidade Linda" em nada viola o princípio da moralidade administrativa, uma vez que nele não há qualquer referência ao nome do prefeito ou a sua pessoa. Pelo contrário, trata-se de um programa institucional da Prefeitura de São Paulo, e não do prefeito.

O fato de o Prefeito estar presente nas diversas atividades do Programa e conferir ampla divulgação a esses atos por si só não viola o princípio da moralidade. Deve o administrador público dar o exemplo e se engajar nos programas da prefeitura, prestando contas à sociedade do trabalho que vem realizando na Administração.

A atuação do Prefeito deve ser sempre transparente, de modo a prestar contas de seus atos aos administrados. Nesse particular, a conduta do Prefeito e o conteúdo do "Programa Cidade Linda" atendem rigorosamente aos princípios éticos e morais que fundamentam a Administração Pública. A esse respeito já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da moralidade administrativa - enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade

administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do poder público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.<sup>4</sup>

Não se vislumbra em que medida o uso do "Programa Cidade Linda", aliado à figura de um coração com as letras SP, abreviatura de São Paulo, possam por si só violar a moralidade administrativa. Não há nada de imoral no "Programa Cidade Linda". O uso da figura do coração significa apenas e tão somente o amor que os cidadãos de São Paulo devem ter com a sua cidade. As iniciais S e P contidas dentro do coração se referem expressamente à cidade de São Paulo e não ao ex-Prefeito João Dória.

O programa não faz, em nenhum momento, referência direta ao Prefeito João Dória, mas sim à cidade de São Paulo. Não se encontra aqui qualquer desvio de poder que pudesse afrontar flagrantemente o princípio da moralidade administrativa.<sup>5</sup>

Ademais, o "Programa Cidade Linda" da Prefeitura de São Paulo reverencia ainda o princípio constitucional da legalidade que, como visto anteriormente, é intrínseco ao princípio da moralidade administrativa, tanto é que foi aprovado por meio da Lei Municipal nº 16.808, de 23 de janeiro de 2018, que institui o Selo Cidade Linda no Município de São Paulo. É dizer, o programa sob comento do Poder Executivo Municipal passou pelo crivo do Poder Legislativo na medida em que foi devidamente aprovado pela Câmara de Vereadores de São Paulo ao criar o Selo Cidade Linda.

O Selo Cidade Linda consiste em uma certificação conferida pela Administração Pública Municipal a pessoas jurídicas de direito privado, legalmente constituídas, que colaborarem com a limpeza, manutenção e revitalização urbana por meio de ações concentradas de zeladoria urbana, implementadas no âmbito do "Programa Cidade Linda". O § 1º do art. 1º da Lei nº 6.808/18 dispõe sobre quais são as ações de zeladoria urbana:

Art. 1º [...]

§ 1º Consistem ações concentradas de zeladoria urbana:

- I - manutenção de logradouros;
- II - conservação de galerias e pavimentos;
- III - retirada de faixas e cartazes;
- IV - limpeza de monumentos;
- V - recuperação de praças e canteiros;

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661*. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 5 de junho de 2002.

<sup>5</sup> Explica Celso Ribeiro Bastos que: "Na França, mais recentemente a importância da noção de moralidade administrativa tem decaído pela preferência que se dá à expressão 'desvio de poder'. É preciso consignar-se que a redução da moralidade administrativa ao desvio de poder na França tem uma consequência prática muito grande: torna impossível o exame da questão ao controle judicial. Houve aí um alargar-se da noção de direito para colher um campo que antes ficava adstrito à moral.

A primeira consequência a nosso ver da encampação desse princípio é o aumento do âmbito do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa. Aliás, a concretização desse princípio dá-se em diversos pontos da Constituição. Lembra Diógenes Gasparini que o próprio § 4º do art. 37 da CF postula que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 36).

- VI - poda de árvore;
- VII - manutenção de iluminação pública;
- VIII - reparo de sinalização de trânsito;
- IX - limpeza de pichações;
- X - troca de lixeiras;
- XI - reparo de calçadas.

A moralidade pública está a exigir que o administrador haja com lisura e transparência nas suas ações e priorize o bem público. Ora, foi exatamente isso que fez o Prefeito João Doria ao levar a cabo o Programa Cidade Linda e conferir ampla publicidade a suas ações.

No caso *sub examine*, verifica-se que a adoção do "Programa Cidade Linda" vem justamente ao encontro dos anseios da sociedade que clamam por maior transparência e moralidade nos atos da administração pública.

Ademais, os princípios constitucionais não devem ser aplicados de forma absoluta, sob pena de violar outros princípios albergados pelo Texto Constitucional, nesse sentido, a moralidade deve ser interpretada em consonância com o princípio constitucional da publicidade.

## II. DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA IMPESSOALIDADE

O princípio da publicidade consagrado no Texto Constitucional está a exigir que os atos da Administração Pública sejam amplamente divulgados. Trata-se de um princípio ético que obriga, de forma discreta, mas permanente, os administradores a darem conta de sua gestão pelas vias oficiais.<sup>6</sup>

O princípio da publicidade é também denominado "princípio da transparência", não devendo ser confundido com o da "autopromoção publicitária". Por ser o servidor público um servo da sociedade, que dela retira os meios para prestar-lhe os serviços públicos necessários, não pode esconder de que forma administra os bens da sociedade, devendo, pelos canais oficiais (Diário Oficial e Comunicações Técnicas), informá-la da clareza de seus atos.

O princípio da publicidade ou da transparência é um princípio vinculado à moralidade pública. Ele exige a ampla divulgação e transparência dos atos administrativos, com exceção dos atos relativos às questões de segurança nacional.

É expressamente vedado qualquer tipo de decisão escusa ou resolução de gaveta, na exata medida em que os atos administrativos devem ser transparentes, não sendo permitido aos administrados alegarem o desconhecimento das regras e atos da Administração Pública.

<sup>6</sup> Walter Ceneviva escreve: "Nomeados ou eleitos, os funcionários da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecem a princípios genéricos e específicos, voltados para a boa qualidade da administração. No primeiro grupo estão os de legalidade (nada fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei), impessoalidade (o serviço se dirige a todas as pessoas, igualmente, sem privilégios), moralidade (o respeito aos princípios éticos é imperativo na ação pessoal e em relação a todos os que tratem com a administração) e publicidade (os atos administrativos devem ser do conhecimento do povo, de modo a tornar transparentes os atos do governo)" (*Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 132).

Aludido princípio torna obrigatória a divulgação oficial dos atos praticados pela Administração pública, com vistas a que o administrado tenha conhecimento e possa assim exercer fiscalização e controle sobre eles.

Foi exatamente na mais estrita observância do princípio da publicidade que o Prefeito João Doria deu ampla divulgação em todos os meios de comunicação, inclusive na *internet* e nas redes sociais, sobre o "Programa Cidade Linda", com vistas a mobilizar os cidadãos a aderirem ao programa, uma vez que se trata de uma ação conjunta de zeladoria pública da sociedade e da Prefeitura.

Toda divulgação e publicidade recaíram sobre o programa e suas atividades, e não sobre a pessoa do Prefeito, em conformidade com o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 37. [...]

§ 1º 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.

Há que se reconhecer que os princípios da publicidade e da impessoalidade estão mutuamente imbrincados, na medida em que, se de um lado as ações da Administração Pública devem ser amplamente divulgadas, de outro não pode o administrador público fazer essa divulgação de modo a ensejar sua promoção pessoal.

O supracitado parágrafo constitucional acaba por reconhecer que, nesse caso, os interesses públicos e privados estão diretamente interligados. Por essa razão é que o Texto Constitucional não veda que na publicidade constem nomes, imagens ou símbolos, como ocorre no "Programa Cidade Linda", o que ela proíbe é que constem nomes, símbolos ou imagens dos servidores públicos ou dos administradores, e isso não se encontra presente no aludido Programa.

O "Programa Cidade Linda" da Prefeitura de São Paulo não possui qualquer referência direta ao Prefeito João Doria, pelo contrário, o único símbolo existente é um coração com as iniciais da cidade de São Paulo, com a finalidade de suscitar nos cidadãos o amor e o respeito à cidade de São Paulo.

Destarte, o supracitado parágrafo constitucional deve ser interpretado em consonância com os demais princípios constitucionais albergados pela Constituição, como o da moralidade. Nesse exato sentido, adverte o Ministro Maurício Correa:

A generalidade do óbice, no entanto, pode acabar impedindo a publicidade legítima de ações governamentais, usurpando do Executivo Estadual o poder discricionário de avaliar o conteúdo de suas publicações. Por outro lado, o dispositivo pode gerar perplexidade na sua aplicação prática, tendo em vista a dificuldade para se estabelecer a correta distinção entre o que é propaganda direta ou subliminar de atividades ou propósitos de governo e o que não é, circunstância que pode causar obstáculos ao dever constitucional de informar e

de prestar contas, a que se submete o agente público, extrapolando, assim, os limites específicos do § 1º do art. 37 da Constituição.<sup>7</sup>

O caráter educativo exigido pelo Texto Constitucional faz parte da própria essência do "Programa Cidade Linda", que visa, por meio de suas ações concretas, promover o cuidado e o zelo da população com o patrimônio público e resgatar a beleza da cidade. Preleciona o Ministro Maurício Correa:

"É certo que ao administrador cabe prestar contas e levar informações à população, mas deve fazê-lo com observância aos princípios que norteiam a Administração Pública, e sempre de modo impessoal."<sup>8</sup>

O Programa *sub examine* atende a gestão da coisa pública, na mais rigorosa observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e valoriza a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Destarte, não está o aludido preceito constitucional a impor, em momento algum, que o caráter educativo esteja no nome do programa que deve ser objetivo e sintético em observância ao princípio da impessoalidade, mas sim no seu cerne, e tal exigência é plenamente cumprida pelo "Programa Cidade Linda".

O "Programa Cidade Linda" não é um *slogan*, pelo contrário, é um conjunto de ações voltadas à zeladoria pública, assim como diversos outros Programas existentes de diferentes entes federativos, tais como, "Luz Para Todos", "Fome Zero" e "Bolsa Família".

Não se trata aqui de uma publicidade autopromocional do Prefeito, mas sim de uma atuação pública e transparente do Poder Executivo Municipal na preservação do patrimônio público.

É importante destacar que a transparência e a ampla publicidade dos atos, dos programas e das ações do Poder Público são medidas que visam ampliar o controle sobre a atividade administrativa e combater a corrupção. Trata-se de uma exigência da própria sociedade e do ordenamento jurídico.

A Constituição da República também elenca o princípio da impessoalidade para fundamentar a atuação da Administração Pública. Esse, por sua vez, exige que a Administração Pública seja impessoal, sem favorecer a quem quer que seja, aplicando as leis do país, por igual, a todos os cidadãos, residentes ou pessoas que aqui transitam, visto que apenas nas monarquias absolutas ou nas ditaduras, os "amigos do Rei" são favorecidos e os "inimigos" perseguidos.

De igual modo, não se pode falar em impessoalidade sem falar em moralidade, eis que é esta que dá a coloração maior daquela, tornando o administrador um justo servidor público na medida em que não cria privilégios, nem oferta tratamentos não isonômicos e preferenciais.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Voto do Ministro Maurício Correa na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.472/RS, julgada em 1 de abril de 2004, Supremo Tribunal Federal, p. 7.

<sup>8</sup> Voto do Ministro Maurício Correa no Agravo em Recurso Extraordinário nº 217.025-5/RJ, Supremo Tribunal Federal, julgado em 27 de abril de 1998, p. 1048.

<sup>9</sup> Pinto Ferreira lembra que: "O princípio da impessoalidade significa que o ato administrativo não deve ser editado nem elaborado tendo por objetivo beneficiar a pessoa de alguém. Wolgran Junqueira Ferreira (*Comentários à Constituição de 1988*, v. 1, p. 452) menciona como típica da pessoalidade a concorrência

O administrador deve ser impessoal nas suas ações, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. Explica Celso Ribeiro Bastos que:

É de certa forma surpreendente a inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da Administração. Isto porque é difícil configurar a sua autonomia em face de outros princípios, tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da legalidade. De fato, a lei tem que ser aplicada de molde a não levar em conta critérios nela não inseridos. Toda vez que o administrador pratica algum esforço na legislação para abranger uma situação por ela não acolhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal, a administração está se desviando da trilha da legalidade. Essa derrapagem nem sempre é ostensiva. Nessas hipóteses a cautela do administrador recomenda-lhe abster-se da prática que ofenda explicitamente a norma legal.<sup>10</sup>

O princípio da impessoalidade visa a impedir que os atos da administração sejam pessoais, favorecendo alguns em detrimento de outros, ou conferindo destaque à pessoa do administrador em detrimento da Administração Pública. Celso Ribeiro Bastos adverte que:

"A regra é bastante rigorosa. Proíbe a aparição da imagem da autoridade e mesmo da sua referência por meio da invocação do seu nome ou de qualquer símbolo que produza igual efeito."<sup>11</sup>

Ora, o "Programa Cidade Linda" da Prefeitura de São Paulo, além de ter um caráter educativo e de instituir uma parceria transparente entre o Poder Público, a iniciativa privada e os cidadãos, numa verdadeira ação de solidariedade para preservação do patrimônio público municipal, não contem qualquer referência ou menção à pessoa do então Prefeito João Doria.

Não se trata de um programa pessoa, centralizado na pessoa do ex-Prefeito João Doria. Pelo contrário, é um programa institucional, previsto expressamente em lei municipal e que diz respeito a ações de zeladoria pública do Município, e não do seu gestor.

para a construção da ferrovia norte-sul, quando já se conheciam com antecedência os ganhadores da concorrência pública. O princípio da impessoalidade foi adotado em nosso texto constitucional, 'princípio este completamente desconhecido, pelo menos com essa designação, à liderança jurídica brasileira', como observa Toshio Mukai. No direito comparado, o princípio da impessoalidade é chamado de princípio da finalidade administrativa. Para Caio Tácito, o princípio da finalidade administrativa é 'corolário essencial do princípio da legalidade', pretendendo com isso que 'toda a atividade estatal se dirija ao entendimento de um interesse público qualificador'. Prossegue ele: A regra invariável é, portanto, a de que, em nenhuma hipótese, pode a autoridade substituir o fim previsto na lei por outro público ou privado, lícito ou ilícito" (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1990. p. 362-363).

<sup>10</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, t. III, 1992. p. 33-35.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 159.

### III. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios constitucionais constituem-se no alicerce do Ordenamento jurídico pátrio. São normas que veiculam valores. São fundamentos que servem de parâmetro para aplicação do Direito. São dotados de grande carga de relatividade e abstratividade para que possam incidir nas mais variadas situações concretas.

Todavia, em virtude de seu alto grau de relatividade e abstratividade, um princípio não pode ser empregado de maneira absoluta em toda e qualquer hipótese, sob pena de violar outro princípio. É justamente o que ocorre no caso sob comento, em que a aplicação absoluta do princípio da impessoalidade leva a uma violação do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.

A obediência unilateral e irrestrita a um determinado princípio acarreta inevitavelmente a violação de outros princípios albergados pelo ordenamento jurídico.

Para solucionar o conflito entre princípios utiliza-se o princípio da proporcionalidade, também denominado de "princípio dos princípios", que tem a sua origem no Direito Alemão. A despeito de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, tem sido amplamente aplicado, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, com fulcro no *Estado Democrático de Direito*, no princípio da isonomia ou no próprio § 2º do art. 5º do *Texto Constitucional*.

Ele exige que, em face de um aparente conflito entre princípios, deve-se levar a efeito uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles no caso concreto. Em outras palavras, um princípio deve renunciar a sua pretensão de ser aplicado de forma absoluta, devendo prevalecer apenas até o ponto a partir do qual deverá ser aplicado outro princípio que lhe seja aparentemente conflitante.

Trata-se de aplicar um sopesamento dos valores em conflito no caso concreto, de modo a encontrar uma decisão que menos agrida ao outro princípio. Robert Alexy a conceitua como "relação de precedência condicionada".<sup>12</sup>

Isso não significa de modo algum que a prevalência de um princípio em detrimento do outro signifique a invalidação de um deles, muito menos a criação de uma cláusula de exceção ou uma escala de valores. Trata-se tão somente da constatação de que naquele caso específico um deles tem um peso maior, tendo em vista as peculiaridades e circunstâncias que envolvem aquela situação concreta.<sup>13</sup>

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios, quais sejam: a) conformidade ou adequação dos meios, que consiste em verificar se a solução apresentada é apta a gerar a finalidade almejada; b) necessidade ou exigibilidade dos meios empregados, que exige que a solução seja eficaz e também menos gravosa para o outro princípio, e; c) proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), que visa verificar se há uma ponderação razoável na aplicação de um princípio e na restrição de aplicação de outro.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-92.

<sup>13</sup> ALEXY, op. cit., p. 91-92.

Nesse sentido, importante destacar o conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* de nº 93.172/SP:

Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: IBDC, 1999. p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Não se constitui tarefa das mais fáceis saber qual o ponto exato a partir do qual determinado princípio não pode mais ser adotado no caso concreto na sua integralidade. Consoante os ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho:

No caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standarts" que em primeira linha *prima facie* devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" definitivas sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Dito de outro modo: a convivência de princípios é sempre conflitual.<sup>14</sup>

Em face de um conflito de princípios a busca da solução ocorrerá por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Para tanto, deve-se aplicar os seus subprincípios com vistas a buscar a melhor interpretação e solução ao caso.

No caso sob comento, cumpre analisar - em face do princípio da proporcionalidade - a condenação do Ex-prefeito João Doria por improbidade administrativa em virtude do "Programa Cidade Linda", pela 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. A decisão judicial entende que o Programa SP "Cidade Linda" configurou uma promoção pessoal do então prefeito a despeito de não conter qualquer referência ao seu nome, ou símbolo que se relacione com ele.

No aparente conflito de princípios constitucionais existentes no caso em tela, quais sejam, impessoalidade e publicidade, optou a decisão judicial por levar a cabo uma interpretação extensiva do princípio da impessoalidade e desconsiderar por completo o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Essa solução adotada pela referida decisão judicial, ao ser analisada à luz do subprincípio da conformidade ou adequação dos meios, não se mostra como a mais adequada a atingir o objetivo almejado, qual seja, evitar a promoção pessoal do prefeito e garantir ampla divulgação dos atos e programas realizados pela Administração Pública.

<sup>14</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1990. p. 174.

Ao se aplicar o subprincípio da necessidade ou exigibilidade dos meios empregados, verifica-se que a mera condenação do Ex-Prefeito João Doria por improbidade administrativa não é a única solução cabível e nem de longe a menos gravosa.

Pelo contrário, é uma interpretação que viola frontalmente o princípio constitucional da publicidade e da moralidade, pois se pune o ex-Prefeito por algo que ele definitivamente não cometeu, pois não há no “Programa Cidade Linda” qualquer referência ou menção a sua pessoa.

A solução menos gravosa e mais eficaz é, sem dúvida nenhuma, incluir no “Programa Cidade Linda” o símbolo da Prefeitura de São Paulo, mas não condenar o Prefeito e extinguir o Programa e suas ações, prejudicando assim toda a coletividade, que é a maior beneficiária do Programa.

Em face do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), constata-se não haver uma ponderação razoável na condenação por improbidade administrativa do ex-Prefeito João Doria e na negação total do princípio da publicidade e da transparência. Assevera Luís Roberto Barroso que:

Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido - o patrimônio público - e o bem jurídico sacrificado - a vida - torna inválida a providência.<sup>15</sup>

Não se mostra razoável punir o ex-Prefeito João Doria por uma conduta que ele de fato não cometeu. Pelo contrário, toda sua atuação foi pautada na mais estrita observância dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Tem-se, assim, que há uma solução compatível e exigível pelo princípio da proporcionalidade, qual seja, a não condenação do Ex-Prefeito João Doria e a manutenção do “Programa Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo, com a inclusão do símbolo oficial da cidade de São Paulo.

Trata-se de levar a efeito uma interpretação do princípio da impessoalidade que o coadune com os preceitos constitucionais da publicidade e da moralidade. É uma interpretação que traz a lume uma decisão razoável que prestigia o princípio da publicidade e moralidade administrativa e que leva em consideração os benefícios advindos do programa para toda a sociedade.

É a nossa Opinião Legal.

S.M.J.

São Paulo, 25 de setembro de 2018.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260.