

## TEORIA GERAL DO ESTADO

### O USO DA MÁQUINA ADMINISTRATIVA E AS FINALIDADES PRIVADAS DOS AGENTES PÚBLICOS: OBSERVAÇÕES SOBRE A LEI NÚMERO 9.504/97 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

*Fábio Medina Osório* <sup>(\*)</sup>

---

#### INTRODUÇÃO

Moralidade e probidade administrativas são dois princípios constitucionais que regem a administração pública brasileira (art.5º, LXXIII, 14, parágrafo 9º, 15, V, 37, **caput**, parágrafos 1º e 4º, 55, II, e parágrafo 1º, 85, **caput**, e I, da Carta de 1988) e se projetam como diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito, orientando o tratamento da **res publica** como um todo, atingindo, nesse passo, particulares e agentes públicos (arts. 2º, 3º e 4º da Lei 8.429/92).

É certo que o direito constitucional, ao consagrar princípios jurídicos regentes da administração pública, adentra terreno fronteiriço com o exercício do poder político, mormente quando se trata de estabelecer limites aos atos dos governantes, os quais ficam sujeitos a uma série de sanções na hipótese de violação aos deveres de observância da moralidade e probidade administrativas.

---

(\*) Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Professor nas Escolas Superiores da Magistratura-RS e Ministério Público-RS, e na Pontifícia Universidade Católica-RS, Mestrando em Direito Administrativo na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Indiscutível a relevância e a atualidade de discussão que envolve os conceitos de moralidade, impessoalidade e probidade administrativas, todos inscritos em campo constitucional, pois deles decorrem notáveis conseqüências práticas aos agentes ímprobos, tais como, perda da função pública, indisponibilidade de bens, deveres de ressarcimento ao erário, pagamento de multa civil, interdições de direitos, suspensão dos direitos políticos, perda dos bens havidos ilicitamente!

É necessária e urgente a proteção do patrimônio público, até porque a coisa pública deve ser tratada como tal, fortalecendo-se a distinção entre as categorias do público e do privado, as quais são historicamente confundidas e misturadas no cenário político nacional.

Veja-se, nesse contexto, e aqui repito citação já formulada alhures, a abordagem de GUILLERMO O'DONNEL, cientista político argentino de prestígio mundial, por ocasião de entrevista em que analisou a transição brasileira no período pré-constituente de 1988 ao regime democrático, quando disse que a **res publica** tem uma dimensão republicana inafastável, amparando-se na cuidadosa distinção entre o que é *público* e o que é *privado*, ou seja, pessoal. Daí surge a idéia de que o governante é um servidor de quem o elegeu e em cuja representação administra os interesses públicos. Tal seria, também, o fundamento do próprio Estado de Direito, que separa o público e o privado. “*O estilo patrimonialista de fazer política nasce, pelo contrário, da confusão entre o público e o privado - ou pessoal*”<sup>1</sup>.

Diz GUILLERMO O'DONNEL que “*a vigência da cidadania pressupõe um governo não somente democrático, mas também republicano, e vice-versa. A dimensão republicana é indispensável para a efetiva garantia dos direitos da democracia*”

---

<sup>1</sup> O'DONNEL, GUILLERMO, A transição é um imenso pastiche, in Revista Senhor, edição de 18-08-87.

*liberal. Sem ela, esses direitos podem existir de fato, mas ficam constantemente ameaçados por um poder não-republicano - quer dizer, por um poder que, não distinguindo entre público e privado, não concebe a si próprio como sujeito ao império da lei e que, de alguma maneira, se empenha para que não operem os mecanismos que teriam de forçar essa sujeição. Não importam as crenças subjetivas dos atores, nem seus discursos: um poder desse tipo é definitiva e inevitavelmente não-democrático. A raiz desta característica se encontra na incapacidade - típica de forma de dominação e de relações sociais arcaicas - de estabelecer a diferença entre público e privado”<sup>2</sup>.*

Prossegue GUILLERMO O'DONNEL, analisando a dominação patrimonialista, reportando-se a MAX WEBER, destacando que essa espécie de dominação nasce da confusão do governante entre o público e o privado, ou pessoal, **in verbis**:

*“O cargo patrimonial carece sobretudo da distinção burocrática entre a esfera privada e a oficial (...). Portanto, em todas as oportunidades propriamente políticas, o capricho puramente pessoal (do soberano) decide sobre os limites que correspondem às competências dos seus funcionários (...) nos funcionários esta é a consequência da concepção do cargo como um direito pessoal do funcionário”<sup>3</sup>.*

*“A organização política patrimonial não conhece o conceito da competência, tampouco o de autoridade ou magistratura, no sentido atual da palavra (...). A separação entre assuntos públicos e privados, entre patrimônio público e privado (...) desapareceu à medida que se difundia o sistema de prebenda e apropriações”<sup>4</sup>.*

<sup>2</sup> O'DONNEL, GUILLERMO, A transição é um imenso pastiche, in Revista Senhor, edição de 18-08-87.

<sup>3</sup> O'DONNEL, GUILLERMO, A transição é um imenso pastiche, in Revista Senhor, edição de 18-08-87.

<sup>4</sup> O'DONNEL, GUILLERMO, A transição é um imenso pastiche, in Revista Senhor, edição de 18-08-87.

*“A base desse sistema inerentemente personalista está na atribuição aos poderosos, dos quais depende o seu funcionamento, de prebendas em troca de apoio. De baixo para cima, o principal mecanismo que põe o sistema em movimento é o clientelismo (na verdade, as prebendas são o primeiro escalão de uma série de hierárquicas clientelistas). Na cúspide, esse sistema é unipessoal ou oligárquico, ou, frequentemente, uma combinação entre ambos”<sup>5</sup>.*

Daí que, conclui O’DONNEL, as arbitrariedades e incertezas que decorrem de um sistema patrimonialista são incompatíveis, a médio e longo prazos, com a gestão de uma economia capitalista minimamente complexa<sup>6</sup>.

Note-se que o uso da máquina administrativa, para fins privados, é retrato fiel de um estilo patrimonialista de governo.

É exatamente nos períodos eleitorais, ou, melhor dizendo, pré-eleitorais, que se acentua a preocupação da sociedade com o uso da máquina administrativa em favor de interesses privados, na medida em que tal procedimento, além de agredir frontalmente o texto constitucional - que trata das limitações aos agentes públicos **lato sensu** e de sua responsabilidade por improbidade administrativa (art. 37, **caput**, e parágrafo 4º, da Carta de 1988) -, desequilibra profundamente o regime democrático, criando círculos viciosos no exercício do poder, deteriorando, por isso, também o princípio isonômico, princípio esse considerado, não raro, a própria essência do conceito de justiça<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> O’DONNEL, GUILLERMO, A transição é um imenso pastiche, in Revista Senhor, edição de 18-08-87.

<sup>6</sup> O’DONNEL, GUILLERMO, A transição é um imenso pastiche, in Revista Senhor, edição de 18-08-87.

<sup>7</sup> Situando a igualdade no centro conceitual da justiça, veja-se a abordagem de LLOYD, DENNIS, A idéia de lei, ed. Martins Fontes, 1985, tradução de Álvaro Cabral, p.97/98.

Daí que o uso abusivo, indevido, ilícito da máquina administrativa é de ser averiguado – e conceituado – inicialmente à luz do sistema constitucional, controlando-se, em consequência, a constitucionalidade de legislação que contrarie, eventualmente, as exigências constitucionais de moralidade e impessoalidade no trato da **res publica**, controle esse que pode ser efetuado pela via indireta ou pela via concentrada<sup>8</sup>.

Ao Poder Judiciário, ainda que incidentalmente, cabe o controle difuso de constitucionalidade de normas legais regentes da coisa pública. Não é possível e nem facultado, evidentemente, ao legislador revogar os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade administrativas, que traduzem, ademais, garantia do próprio regime republicano. Normas legais violadoras de normas constitucionais são inválidas, nulas, e merecem ser afastadas na decisão do caso concreto, ainda que, em consequência de omissão de autoridades superiores (não raro comprometidas com interesses governamentais), não haja o controle concentrado.

Eis que as eleições para Presidente da República, Governadores, Deputados Estaduais, Federais e Distritais, e Senadores, Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores, submetem-se ao império de nova legislação eleitoral, vale dizer, a lei número 9.504, de 30 de setembro de 1997, que, de resto, como qualquer lei ordinária há de se ajustar aos comandos constitucionais.

---

<sup>8</sup> Sobre controle de constitucionalidade e os diversos sistemas, consulte-se CAPPELLETTI, MAURO, O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, Fabris Editor, 1984, p. 26/44. Ver, também, MIRANDA, PONTES DE, Comentários à Constituição de 1967 com a emenda número 01 de 1969, Tomo III (arts.32-117), ed. Forense, 3a edição, 1987, p.608. Sobre a garantia de acesso aos Tribunais, ver CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, Direito Constitucional, Ed. Almedina, Coimbra, 1993, 6a. edição, p.651/652.

Destarte, parece-me relevante examinar, ainda que sucintamente, o possível alcance dos princípios constitucionais e seu impacto no processo eleitoral.

## 1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei 8.429/92 trata do uso privado da máquina administrativa, regulando o disposto no art. 37, parágrafo 4º, da Carta de 1988. A legislação é composta por cláusulas gerais de direito público e operacionaliza os princípios constitucionais da administração pública. Aliás, essa legislação – que trata da improbidade administrativa – é expressamente invocada na Lei 9504/97 (art.73, parágrafo 7º) na tipificação dos atos tendentes a afetar “a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais” (art.73, caput).

Para a compreensão do alcance das cláusulas gerais que vedam a improbidade administrativa *lato sensu*, seja quando se trate de atos que lesam o erário, provocam enriquecimento ilícito ou simplesmente atentam contra princípios administrativos (arts. 9º, 10º, e 11º da Lei 8.429/92), repita-se que é forçoso percorrer dois princípios básicos que fundamentam toda a legislação, a saber a **legalidade** e a **moralidade** dos atos dos agentes públicos.

Os princípios jurídicos, segundo CLÁUDIO LUZZATI, na palavra inteligente de JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA, são, em alguma medida, normas que vêm consideradas pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência, como fundamento de um conjunto de outras normas. Em dado sentido, os princípios vêm considerados como critério de caracterização de um determinado campo ou disciplina jurídica. Em outra acepção, “ainda ligada ao seu caráter fundante, os princípios vêm adjetivados - os chamados princípios fundamentais - os quais

podem ser, como indica o Título I da Constituição Brasileira, estruturantes de um inteiro ordenamento jurídico”<sup>9</sup>.

Uma cláusula geral, nesse contexto, pode conter um princípio, “reenviando ao valor que este exprime”. Uma cláusula geral contém, por exemplo, o princípio da moralidade pública<sup>10</sup>.

Cabe assinalar, todavia, que a cláusula geral não pode traduzir arbítrio a quem quer que seja. Lembre-se que a recente história nacional revela que o Ato Institucional número I, em seu art. 10, consagrava a possibilidade da suspensão dos direitos políticos “no interesse da paz e da honra nacional”, seguindo-se a regra da demissão dos servidores públicos<sup>11</sup>, o que, por certo, ensejou abusos de todo tipo e espécie que merecem, no mínimo, o repúdio do julgamento histórico da consciência cidadã.

Eis, então, a importância de se examinar princípios fundamentais que regem a atividade pública, pois a violação de tais princípios certamente é necessária para caracterizar o suporte das cláusulas gerais dos arts. 9º, 10º, e 11º, todos da Lei número 8.429/92, e, mais ainda, do próprio art. 37, parágrafo 4º, da Carta de 1988, além das figuras típicas da Lei 9.504/97 e da Lei complementar 64/90, abrindo-se amplo leque de sanções.

<sup>9</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH HOFMEISTER, Sistema e Cláusula Geral (A boa fé objetiva no processo obrigacional), segundo volume, Tese de Doutorado em Direito Civil apresentada na Universidade de São Paulo -USP- Faculdade de Direito, orientador professor Dr. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1996, p.394/395.

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH HOFMEISTER, Sistema e Cláusula Geral (A boa fé objetiva no processo obrigacional), segundo volume, Tese de Doutorado em Direito Civil apresentada na Universidade de São Paulo -USP- Faculdade de Direito, orientador professor Dr. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1996, p.397/398.

<sup>11</sup> Ver mandado de segurança número 19.547 -DF, Supremo Tribunal Federal, julgado em 18-09-69, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO.

## 1.1. DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa tem sido considerada, desde a concepção de MAURICE HAURIOU, um tema extremamente polêmico<sup>12</sup>, o que não o torna, com certeza, imune a uma conceituação, desde que a doutrina se dedique ao assunto e observe, ademais, o histórico do instituto e seu alcance no sistema jurídico.

Veja-se que a concepção originária da moralidade administrativa, no direito francês, indicava uma vinculação ao chamado excesso de poder, vizinho da invalidade jurídica, com

<sup>12</sup> Ver, de início, HAURIOU, MAURICE, Précis Élémentaire de Droit Administratif, Quatrième Édition, 1938. Recueil Sirey, p.232, quando o autor refere que a moralidade provém da distinção entre o bem e o mal. Assim, o administrador realiza, necessariamente, tal distinção, discriminando aquilo que pertence, ou não, ao interesse público. Diz o autor que a moralidade é, não raro, mais exigente do que a própria legalidade, destacando que o excesso de poder é fundado mais sobre a imoralidade do que a ilegalidade, de tal sorte que a administração está vinculada a uma moral jurídica. Sobre moralidade administrativa, a literatura é bastante vasta. Consulte-se, **também**, BRANDÃO, ANTONIO JOSÉ, Moralidade administrativa, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1951, v.25, p.454/467, VASCONCELOS, EDSON AGUIAR DE, O poder discricionário em confronto com a moralidade administrativa: sofisma ou paralogismo, in TUBENCHLAK, JAMES, Livro de Estudos Jurídicos, RJ, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v.2, p.141/153, MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO, Moralidade administrativa - do conceito a efetivação, Revista de Direito Administrativo 190, RJ, Renovar, 1992, p.1/44, TÁCITO, CAIO, A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União, Revista de Direito Administrativo, v. 190, RJ, Renovar, 1992, p.45/53, FRANCO SOBRINHO, MANOEL DE OLIVEIRA, A moralidade administrativa nos atos e contratos administrativos, Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, v. 23, Curitiba, 1993, p.49/60, DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, SP, ed. Atlas, 1991, MELLO, CLÁUDIO ARI, Improbidade administrativa - considerações sobre a lei 8.429/92, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul número 36, ed. RT, 1995, p.171. Negando a relevância da moralidade administrativa, na medida em que se confundiria com o controle de finalidade no âmbito da legalidade, consulte-se, por todos, TÁCITO, CAIO, Direito Administrativo,

ela inconfundível. MAURICE HAURIOU vislumbrava duas hipóteses de excesso de poder caracterizadoras da imoralidade administrativa: o desvio de poder e a incompetência material<sup>13</sup>.

O desenvolvimento pretoriano do instituto do excesso de poder, no direito francês, teve suas raízes em três períodos distintos: de 1790 até 1864, quando a questão era tratada separadamente do problema da violação da lei; de 1864 até 1906 o recurso pelo excesso de poder se incorporou à idéia de violação da lei; a partir de 1906, buscou-se compatibilizar tais questões, embora respeitando as diferenças<sup>14</sup>.

O desvio de poder, que era calcado na idéia de imoralidade administrativa, resultava do fato de que a autoridade administrativa, ainda que praticando um ato de sua competência, mesmo

---

ed. Saraiva, 1975, p.71. Ver, também, RIVERO, JEAN, Droit Administratif, 3a ed., Dalloz, 1965, p.227, quando sustenta que HAURIOU, ao formular o princípio da moralidade administrativa, teve uma visão demasiado estreita da lei. Sobre as diferenças de moral e direito, consulte-se SICHES, LUIS RECASENS, Filosofía del Derecho, ed. Porrúa, S.A, 11a ed., 1995, p. 171/194. Para uma referência histórica do dever de probidade administrativa, e as sanções que o direito romano previa aos atos de improbidade administrativa, veja-se FREITAS, JUAREZ, O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, Malheiros ed., 1997, p.100. O Supremo Tribunal Federal, em variados acórdãos, de longa data, vem referindo a influência da moralidade administrativa, v.g., na criação de dispositivos legais que atenderiam tal princípio, como se vê, por exemplo, no mandado de segurança número 3.221 – São Paulo -, julgado em 25 de maio de 1956, Relator Min. AFRANIO ANTONIO DA COSTA ou, do mesmo Relator, o mandado de segurança número 2.554 – Amazonas -, datado de 12 de setembro de 1956, tendo, neste último caso, consignado que caberia à Câmara Municipal tomar as contas da Administração, afastando o Prefeito do cargo na hipótese deste recusar-se a prestar contas ou não apresentar os comprovantes de “despesas ou utilização do patrimônio municipal”.

<sup>13</sup> HAURIOU, MAURICE, Précis Élémentaire de Droit Administratif, Quatrième Édition, 1938. Recueil Sirey, p.257.

<sup>14</sup> HAURIOU, MAURICE, Précis Élémentaire de Droit Administratif, Quatrième Édition, 1938. Recueil Sirey, p.259.

observando todas as formalidades e sem violar a lei, poderia utilizar de seus poderes para objetivos e motivos outros que não aqueles em virtude dos quais seus poderes lhe eram conferidos, vale dizer, motivos e objetivos não agasalhados pela moral administrativa<sup>15</sup>.

Costumava-se apontar alguns exemplos de desvio de poder: o favoritismo, o espírito partidário, o espírito de vingança. A consequência seria a nulidade do ato<sup>16</sup>.

O certo é que a moralidade administrativa, em suas origens, quando estava ligada à idéia de desvio de poder em sentido estrito, significava a utilização de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares, consistindo, pois, em uma imoral intenção do agente público<sup>17</sup>.

Mesmo os comportamentos “ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa”, devendo tal princípio ser observado pelo administrador e pelo particular<sup>18</sup>, segundo sustenta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

Todavia, fica, não raro, extremamente difícil estabelecer um parâmetro adequado ao juízo de moralidade comum, donde incabível confundir, de forma direta, moral comum e moral

---

<sup>15</sup> HAURIOU, MAURICE, Précis Élémentaire de Droit Administratif, Quatrième Édition, 1938. Recueil Sirey, p. 269.

<sup>16</sup> HAURIOU, MAURICE, Précis Élémentaire de Droit Administratif, Quatrième Édition, 1938. Recueil Sirey, p.269/270.

<sup>17</sup> DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, Direito Administrativo, 4a edição, 1994, p.70. Ver julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na RT 692/63, Relator RÉGIS DE OLIVEIRA, quando se afirma que a circunstância de, no texto constitucional anterior a 1988, não figurar, de modo explícito, o princípio da moralidade administrativa, não significava que o agente pudesse agir de modo imoral ou amoral, p.64.

<sup>18</sup> DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, Direito Administrativo, 4a edição, 1994, p.70.

administrativa, em que pese a possibilidade de convergência conceitual em muitos casos<sup>19</sup>.

Os desvios de finalidade, no campo administrativo, também configuram causas de ilegalidade *stricto sensu*, embora, não raro, venham tratados como hipóteses de imoralidade administrativa.

Pode-se sublinhar que a Lei número 8.429/92, ao tratar dos atos de improbidade administrativa, apanha, em um primeiro

<sup>19</sup> Leia-se, a propósito das distinções entre direito e moral, SICHES, LUIS RECASENS, *Filosofía del Derecho*, ed. Porrúa, S.A, 11a ed., 1995, p. 171/194. O autor salienta, dentre outras várias relevantes distinções entre os dois fenômenos, que o campo do juízo moral é o da consciência, vale dizer, a intimidade do sujeito, ao passo que o fenômeno jurídico se projeta no campo da coexistência e cooperação social. Não há, todavia, conforme refere o autor, uma absoluta dicotomia entre os dois campos - moral e direito -, salvo se o direito ordenasse fazer algo proibido pela moral. De outra banda, não raro direito e moral prescrevem comportamentos similares, porém distintos e com alcance diverso. A principal distinção parece residir no fato de que a moral considera os atos humanos em relação com o sujeito praticante. O direito, ao revés, possui uma natureza bilateral, p.176. A ordem moral é uma ordem interior, enquanto a ordem jurídica é uma ordem de relações objetivas entre as pessoas. No campo da moral, não haveria um sujeito titular de uma pretensão frente a conduta do obrigado. No direito, há deveres que se relacionam com faculdades ou possibilidades de outros sujeitos, p.179/180. Na verdade, parece-nos extremamente difícil identificar a moral administrativa com a moral comum, pelo simples fato de que aquela já é expressão do direito e não da moral. Assim, é de se buscar um sentido próprio e autônomo para a moral administrativa, uma moral juridicizada em dimensão específica, inconfundível, *data venia*, com eventual juízo de moralidade *lato sensu*. Todavia, vale assinalar que moral e direito caminham cada vez mais juntos. A propósito, aliás, da importância do direito para os moralistas, com ênfase em uma perspectiva mais acentuadamente objetivista, parece-me relevante citar o filósofo de Bruxelas PERELMAN, CHAÏM, *Ética e Direito*, 1996, ed. Martins Fontes, São Paulo, tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, p.299/300 : “*Os juristas, descontentes com uma concepção positivista, estadística e formalista do direito, insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado. Raros, em contrapartida, são*

momento, as hipóteses que se enquadram na ampla categoria de desvio de poder administrativo, seja quando tais desvios causem lesões ao erário, importem enriquecimento ilícito ou simplesmente atentem contra princípios que regem a Administração Pública.

É comum que no desvio de poder haja “um móvel incorreto. Essa intenção defeituosa geralmente resulta de propósitos subalternos que animam o agente(...) até mesmo para o proveito individual do autor do próprio ato”, valendo destacar que “uma vez demonstrada objetiva descoincidência entre a finalidade

---

*aqueles que recomendam o estudo do direito como objeto de meditação, e às vezes até de inspiração para o moralista. É, porém, neste último aspecto das relações entre o direito e a moral que eu gostaria de insistir. Ao lado de princípios constitucionais que variam de um sistema para outro, ao lado de leis devidas às circunstâncias passageiras ou justificadas por considerações de pura oportunidade, os diversos sistemas de direito ocidentais contêm regras que se encontram, com pouca diferença, em cada um deles, que permanecem obrigatórias durante períodos muito longos, e às vezes remontam ao direito romano. Algumas dessas regras foram promovidas à categoria de princípios gerais do direito, e alguns juristas não hesitam em considerá-las obrigatórias, mesmo na ausência de uma legislação que lhes concedesse o estatuto formal de lei positiva, tal como o princípio que afirma os direitos da defesa, e que expressaríamos pelo brocardo **audiatur et altera pars**. Outras são enunciadas por diversos artigos do Código Civil Penal, ou de Processo, referentes à responsabilidade, a diferentes espécies de delitos, à admissibilidade dos depoimentos, às diferentes formas de presunções, e tantas outras matérias comuns aos países que possuem uma velha tradição jurídica. É pensando nessas regras, relativamente permanentes, do pensamento jurídico que eu gostaria de expor a seguinte tese: antes de se lançar na elaboração de preceitos muito abstratos - tais como o imperativo categórico ou o princípio utilitarista -, aos quais se reportariam todas as regras morais, o moralista não teria interesse em assinalar, no conjunto das regras de direito, aquelas que, por sua perenidade e por sua generalidade, expressam valores que se impõem aos juristas? Não deveria admitir a presunção, que me parece razoável, de que tais regras e os valores que elas protegem, as distinções que elas estabelecem, não deixam de ser pertinentes para o pensamento do moralista?”*

inerente à categoria do ato e a finalidade a que serviu **in concreto**, tem-se por ocorrente esta figura invalidante”<sup>20</sup>.

Lamentavelmente, portanto, vale salientar, torna-se verdadeira a assertiva de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO no sentido de que “*desgraçadamente, no Brasil, casos de desvio de poder existem aos bolhões, ao ponto de poder-se imaginar que sejamos expoentes nesta matéria*”<sup>21</sup>.

Não há que se confundir, no entanto, as hipóteses de desvio de finalidade **stricto sensu** com as práticas agressivas ao princípio da moralidade administrativa, na medida em que esse desvio, por si só, é abrangido pela legalidade administrativa, apesar de que é possível sua cumulativa imoralidade, mostrando-se necessário examinar a doutrina existente a respeito do assunto.

HELY LOPES MEIRELLES entende que os fins da Administração Pública se resumem na busca do bem comum da coletividade e na defesa do interesse público. Os atos que contrariarem o interesse público são ilícitos e imorais, tornando-se inválidos. A imoralidade estaria ligada a intenções defeituosas, desvios de poder, condutas anti-éticas e imorais<sup>22</sup>.

Posteriormente, vislumbra-se que a obra de HELY LOPES MEIRELLES já consigna que a moralidade administrativa integra o direito e, portanto, a legalidade. Mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, Desvio de Poder, in Revista de Direito Público número 89, ano 22, janeiro-março, ed. RT, p.31/32.

<sup>21</sup> MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, Desvio de Poder, in Revista de Direito Público número 89, ano 22, janeiro-março, ed. RT, p.30.

<sup>22</sup> MEIRELLES, HELY LOPES, Direito Administrativo Brasileiro, RT, 14ª ed., p. 77, 78, 80 e 81, respectivamente.

<sup>23</sup> MEIRELLES, HELY LOPES, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros ed., 22a ed., 1997, p.83/84.

A opinião de JOSÉ AUGUSTO DELGADO é no sentido de que o valor jurídico do ato administrativo não pode ser afastado de seu valor moral, implicando isso um policiamento ético na administração. A motivação e o modo de agir do agente público submete-o a controles, especialmente ante o princípio da moralidade administrativa. Ações maliciosas ou imprudentes devem ser reprimidas. A doutrina há de buscar alcance largo ao princípio da moralidade<sup>24</sup>.

Saliente-se, nesse terreno, que o administrativista gaúcho ALMIRO DO COUTO E SILVA sustenta que *“as agressões à moralidade pública ou à impessoalidade da Administração Pública são, invariavelmente, expressões do desvio de finalidade. Nessas hipóteses, os fins aparentes da ação administrativa não coincidem com os fins verdadeiros buscados pelo agente. Este não quer atingir fins de utilidade pública, que são os únicos legalmente admitidos para o ato praticado, mas sim favorecer a si próprio ou beneficiar ou prejudicar terceiros”*<sup>25</sup>.

Conclui o Professor ALMIRO DO COUTO E SILVA no sentido de que existiria redundância ou tautologia constitucional no arrolar os princípios da moralidade e impessoalidade administrativas, pois *“o desvio de finalidade, que com eles se confunde, é há muito consagrado no direito brasileiro, na doutrina, na jurisprudência e na legislação”*<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> DELGADO, JOSÉ AUGUSTO, O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988, in RT 680/38, junho de 1992.

<sup>25</sup> SILVA, ALMIRO DO COUTO E , parecer encomendado pelo Prefeito do Município de Porto Alegre, in Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre número 09, agosto de 1996, p.79.

<sup>26</sup> SILVA, ALMIRO DO COUTO E , parecer encomendado pelo Prefeito do Município de Porto Alegre, in Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre número 09, agosto de 1996, p.80. Ver, ainda, TÁCITO, CAIO, Direito Administrativo, ed. Saraiva, 1975, p.71, quando o autor qualifica de “nebuloso” o conceito de “moralidade administrativa” formulado por

A esta altura, colacionadas algumas opiniões a respeito da moralidade administrativa, é de se examinar o desvio de finalidade propriamente dito, extraíndo, ao cabo, panorama que permita pontuar distinções.

Na verdade, quando a lei indica os “*motivos que propiciam um dado proceder, a competência está restrita às hipóteses em que tais pressupostos empíricos sejam ocorrentes. Além disso, as finalidades da lei só serão atendidas quando se cumpram os pressupostos necessários para a busca de um certo objetivo, cuja consecução foi antecipadamente condicionada à ocorrência prévia de determinadas circunstâncias*” (...). Por exemplo, se determinada lei estabelece, para a prática de um ato administrativo específico, os requisitos da urgência e do interesse público relevante, tais termos e tal dispositivo legal podem ser interpretados pelo Poder Judiciário, ao menos no que se refere ao significado mínimo, nuclear, central, que toda a palavra, todo e qualquer conceito possuem<sup>27</sup>.

---

MAURICE HAURIOU, salientando que tal conceito seria, sobretudo, “uma advertência do substrato social que se irradiava através da finalidade da ação administrativa”. Ao cabo, o autor destaca que a tentativa de MAURICE HAURIOU não teria frutificado, ante as imprecisões inerentes ao conceito. A finalidade, de resto, se insere no controle da legalidade, percebendo-se a essência da norma legal e o conteúdo do direito positivo, p.71/72. Pensamos, ao contrário, que a tese desenvolvida por MAURICE HAURIOU prosperou a ganhou força, sendo exemplo disso a recente consagração formal da moralidade administrativa na Carta de 1988.

<sup>27</sup> MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa - exame dos motivos ou pressupostos do ato - a noção de causa como requisito de legalidade, in Revista de Direito Público número 31, setembro-outubro de 1974, ed. RT, p.35/37. A propósito da competência como “medida de poder” do agente público e, nesse sentido, traduzindo conceito equivalente ao de legalidade, ver LIMA, RUY CIRNE, Princípios de Direito Administrativo, ed. RT, 5a ed., 1982, p.141. O autor destaca, no entanto, que, por esse ângulo, a competência concerne à licitude do objeto do ato administrativo e à perfeição da forma. Em sentido estrito, fala-se em incompetência do agente público quando este praticar ato

A causa, enquanto relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto, pode ser examinada pelo Poder Judiciário, na análise da legalidade administrativa. “*Se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio do direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade*”<sup>28</sup>.

incumbente, nos termos da lei, a outra pessoa administrativa ou outro agente da mesma pessoa. “Sinala, pois, a incompetência, dentro do conceito mais amplo de legalidade, o fato peculiar de invasão de atribuições alheias”. A forma do ato, por seu turno, pode se apresentar como um aspecto da competência, mas com ela não se confunde, pois a pedra de toque da incompetência permanece sendo a invasão de atribuições alheias, p.142. O autor, finalmente, faz distinção relevante a respeito de incompetência absoluta e incompetência relativa. “Incompetência absoluta é a que resulta da transgressão das divisões e subdivisões globais da competência”, v.g., quanto às competências constitucionais. “Incompetência relativa, à sua vez, é a que se verifica quando o agente hierarquizado de uma pessoa administrativa, procedendo embora dentro do quadro geral de serviço a que pertence, se arroga atribuições incumbentes a outro agente da mesma pessoa administrativa dentro do mesmo quadro geral de serviço”. A consequência, nesse último caso, seria a anulabilidade do ato. Mas o próprio autor reconhece que a ordem jurídica pode equiparar as consequências da incompetência relativa às da incompetência absoluta, com o que perderia interesse prático a distinção, p.144/145. Sobre competência administrativa, ver, também, RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, 3a ed., Dalloz, 1965, p. p.223/224.

<sup>28</sup> MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa - exame dos motivos ou pressupostos do ato - a noção de causa como requisito de legalidade, in Revista de Direito Público número 31, setembro-outubro de 1974, ed. RT, p.37. Sobre a necessidade de se examinar a matéria fática embasadora do ato administrativo, consulte-se TÁCITO, CAIO, Direito Administrativo, ed. Saraiva, 1975, p.103. Ver, sobre a causa como elemento do ato jurídico-administrativo, MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, Princípios gerais de direito administrativo, v.1, Forense, 2a edição, 1979, p.488/530. Mesmo nos atos em que a manifestação de vontade desfruta de poderes discricionários, o agente público, embora dotado da capacidade de apreciar os critérios de conveniência e oportunidade na realização do ato ou na fixação de seu conteúdo, não pode se desviar do interesse geral que deve nortear quaisquer de seus atos e sequer “perturbar os efeitos próprios que a figura do ato jurídico objetiva alcançar”,

O problema da doutrina do desvio de finalidade, a começar pela questão terminológica, quando elaborada de modo a absorver e esgotar o princípio da moralidade administrativa, é sua exacerbada atenção direcionada às intenções e finalidades do agente público. Abrem-se as portas da impunidade e o Estado, diante de comportamentos objetivamente reprováveis, fica adstrito ao exame das intencionalidades dos agentes públicos. Eis aí uma dificuldade grande desse sistema de controles baseado no desvio de finalidade.

Ocorre que a moralidade administrativa, a partir de uma concepção mais objetivada, pode, em tese, apanhar condutas perfeitamente legalizadas, reputando-as inconstitucionais, sem exame das intenções dos agentes públicos. A moralidade absorve contribuições de outros princípios constitucionais e designa uma categoria de ilícito extra-penal que, por si só, acarreta a nulidade do ato administrativo, legitimando o cidadão, por exemplo, ao ajuizamento de ação popular, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Carta de 1988. A lei pode prever, em seu bojo, comportamentos desarrazoados, ilógicos, desproporcionais que, se confrontados com o princípio mais amplo da proporcionalidade, seriam inconstitucionais. Esse princípio – a proporcionalidade – lança suas luzes específicas em diversos outros princípios que regem a

---

p.522. Acrescenta o autor que “a alteração dessa finalidade genérica ou específica gera a nulidade do ato sob o fundamento do abuso no exercício do direito”, p.523. Consulte-se, ainda, RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, 3a ed., Dalloz, 1965, p.226/231. O autor refere, aqui, que, no controle da incompetência e dos vícios de forma, o exame recairia sempre sobre aspectos externos do ato administrativo. Quando se trata de examinar **le détournement de pouvoir**, o intérprete se atém à análise de um elemento interno da legalidade. O caso mais freqüente ocorre quando o agente busca objetivo estranho ao interesse geral, vale dizer, age impulsionado por uma inimizade pessoal, uma paixão política ou ideológica, ou, ainda, defende interesses privados. Mas também ocorre o desvio de poder quando o agente persegue interesse público diverso daquele consignado na norma de competência, p.227/228.

administração pública, e notadamente sobre a moralidade administrativa. Daí que tais comportamentos poderão ser analisados à luz da moralidade administrativa, independentemente das intenções do agente público.

Entende-se correta, para um tratamento de maior amplitude ao controle da atividade administrativa, a definição larga e profunda do desvio de poder, que parte da idéia de que o agente público desempenha funções. “Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio. Função, em síntese, é o exercício no interesse alheio de um poder exercido em conta de dever legal”. O sujeito que a exerce recebe da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida, de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender a finalidade que lhes justificou a outorga”. O administrador, assim, possui deveres-poderes. Nesse sentido em que a finalidade é concebida, entende-se, segundo a respeitada palavra de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”<sup>29</sup>.

Interessante observar a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando pondera que o desvio de poder consiste no “manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, *deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não*, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei

<sup>29</sup> MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, Discrecionariade e controle jurisdicional, 2ª edição, 2ª tiragem, Malheiros editores, 1996, p.52/53, 56.

configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica". Desvio de poder, por essa perspectiva, seria equivalente a uma transgressão à lei. "Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade"<sup>30</sup>.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO reconhece duas modalidades fundamentais de desvio de poder: primeiro, o agente, valendo-se de uma competência que possui em abstrato, buscaria uma finalidade alheia a qualquer interesse público, perseguindo fins pessoais ou individuais; segundo, buscaria o agente interesse público diverso daquele previsto na regra de competência que abstratamente possui, ainda que supondo que a competência utilizada fosse prestante, "de direito, para a finalidade visada"<sup>31</sup>.

Penso que, em realidade, a noção de desvio de poder, por sua amplitude, deve abarcar tanto as ofensas à legalidade explícita e implícita, como as agressões à moralidade administrativa, na medida em que tais hipóteses traduzem, fora de dúvida, desvios do administrador público. Agentes públicos devem obediência

<sup>30</sup> MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, Discrecionariade e controle jurisdicional, 2a edição, 2ª tiragem, Malheiros editores, 1996, p.57. Para o autor, somente haveria falar-se em desvio de poder quando o agente tivesse, em tese, "competência para proferir sobre a matéria objeto do ato. Se mesmo abstratamente lhe falecessem poderes para decidir do modo como o fez, o vício no qual teria incorrido seria outro: pura incompetência formal, quando sequer desfrutasse do plexo de poderes para dispor sobre a questão versada ou simples transgressão da lei, caso dispondo dos poderes em pauta houvesse infringido competência vinculada por decidir de modo contrário ao que a lei impunha", p.57/58.

<sup>31</sup> MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, Discrecionariade e controle jurisdicional, 2a edição, 2ª tiragem, Malheiros editores, 1996, p.59. Para uma visão subjetivista do desvio de poder, consulte-se CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, O desvio de poder na administração pública, 4a edição, ed. Forense, quando o autor enuncia que o desvio de poder somente se caracteriza com a perseguição de finalidade privada, e não com a busca de finalidade pública diversa daquela prevista na regra de competência, p.47.

às leis e às normas constitucionais. Moralidade administrativa vincula os agentes públicos. A idéia de desvio de poder, desde sua terminologia, indica amplitude de alcance, de tal modo que se pode utilizar tal categoria para abarcar situações em que há ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

A moral administrativa, com efeito, na medida em que incorporada ao sistema constitucional, torna-se, por óbvio, uma moral juridicizada, pois objeto do campo de incidência específico da norma jurídica.

Importa ressaltar que moral administrativa não pode ser fruto de critérios de conveniência do julgador, pois aí se estaria invadindo campo próprio da administração pública<sup>32</sup>.

Parece claro que o constituinte de 1988 entendeu conveniente e oportuna a consagração formal dos princípios da moralidade e legalidade administrativas lado a lado.

Veja-se que a lei pode consagrar finalidade privada que se submete ao controle de constitucionalidade inerente ao princípio da moralidade administrativa, o qual vincula as leis hierarquicamente inferiores.

O desvio de poder calcado na imoralidade poderá resultar da traição de finalidades públicas e razoabilidade mais abrangentes e amplas do que aquelas especificamente consagradas na norma legal, disso derivando a constatação de que a imoralidade é um conceito constitucional vinculante cujo substrato indeterminado passa pela *noção sistemática de interesse público primário, razoabilidade, proporcionalidade*, os quais podem, por seu turno, ser contrariados mesmo quando o agente atenda, de modo mais específico, a sua competência legal.

---

<sup>32</sup> RJTJRGs 184, 1997, outubro, p.44, Recurso Especial 100237, 2a Turma, STJ, Relator Min. ARI PARGENDLER, julgado em 03-04-97, confirmando acórdão do TJRGs.

A doutrina clássica desenvolveu mecanismos de controle de uma *legalidade substancial* dos atos administrativos e, nesse sentido, proporcionou espaço para o desenvolvimento dos princípios da legalidade e moralidade administrativas, aí incluída a possibilidade de se controlar mais amplamente conceitos jurídicos indeterminados cuja definição era dispensada exclusivamente aos critérios subjetivos da Administração Pública<sup>33</sup>!

A moralidade, no entanto, não se esgota na idéia de legalidade substancial, pois pode haver leis imorais que, por esse ângulo, se apresentem inconstitucionais.

A moralidade administrativa abrange padrões objetivos de condutas exigíveis do administrador público, independentemente, inclusive, da legalidade.

Formula-se o conceito do bom administrador de interesses alheios, vale dizer, um princípio de **razoabilidade** na condução da coisa pública, construindo-se paradigma para aferição das distorções comportamentais dos agentes públicos à luz do princípio da moralidade constitucional. Na base da **moralidade administrativa**, portanto, estão os conceitos de **razoabilidade** e **interesse público**<sup>34</sup>, e, acrescente-se, **proporcionalidade**.

<sup>33</sup> Sobre a ampla noção e o desenvolvimento completo da teoria do desvio de poder, consulte-se TÁCITO, CAIO, *Direito Administrativo*, ed. Saraiva, 1975, p.46/133 e, ainda, RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, 3a ed., Dalloz, 1965, p.226/235.

<sup>34</sup> Nesse sentido é o pensamento de MARTINS-COSTA, JUDITH HOFMEISTER, *As funções do princípio da moralidade administrativa*, in Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, 21 a 24 de setembro de 1993, publicação constante da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 456. Com uma visão abrangente, leia-se, também, MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO, *Ação Popular*, ed. RT, 1994, p.72/73, quando afirma que dentro da **moralidade** poderiam ser considerados os tópicos do **abuso de direito**, **desvio de poder**, **razoabilidade**, todos integrando aquele conceito

Inexigível a figura do administrador perfeito. É de ser reconhecida alguma margem de erro aos agentes públicos, os quais são seres humanos e podem, portanto, eventualmente, por equívocos funcionais, cometer ilegalidades e causar lesões ao erário. Mas isto não implica desconsiderar a necessidade de formular **padrões médios de comportamentos exigíveis** aos agentes públicos. Aí ingressa o princípio da **moralidade administrativa** com uma função complementar à legalidade, ou seja, traduzindo exigência de que o agente público não cause lesão ao erário e, caso assim proceda, justifique sua conduta tão somente com base na observância de padrões comportamentais médios.

O certo é que a moralidade administrativa recebe contribuições específicas de outros princípios constitucionais, v.g., impessoalidade administrativa, que também está insculpido no art. 37, *caput*, da Carta de 1988.

## 1.2. DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA:

Veja-se que a impessoalidade é uma exigência de que o administrador, o agente público, não marque sua atividade administrativa pela perseguição de fins particulares, motivações egoísticas, ambições pessoais que se sobreponham ao interesse público. A administração pública tem um sentido e uma característica de permanência, de tal sorte que as características pessoais dos governantes não devem marcar a máquina pública de modo a torná-la pessoalizada, privada, particular, identificável com o suposto proprietário.

“A utilidade pública é a finalidade própria da administração pública”, sendo que a noção de administração, em si mesma, se

---

mais amplo. Pensamos, um pouco diversamente, que a idéia de desvio de poder é a mais ampla de todas. Aí se integra a moralidade, em cujo interior se poderia falar nas cláusulas do **interesse público primário, razoabilidade, proporcionalidade, abuso de direito.**

opõe à idéia de propriedade, indicando a “atividade do que não é senhor absoluto”. Os negócios públicos, arremata RUY CIRNE LIMA, estão vinculados a uma *finalidade impessoal*, pública.” Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada, - não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita”<sup>35</sup>.

Se violada a impessoalidade administrativa, também resultará violada a moralidade constitucional, eis que tais princípios, apesar da autonomia formal consagrada pelo art. 37, *caput*, da Carta de 1988, realmente se entrelaçam profundamente, sem confusão. É que nem todo comportamento imoral, à luz do direito constitucional-administrativo, será fruto de agressão à impessoalidade. Mas todo comportamento ofensivo à impessoalidade será, por consequência, violador da moralidade administrativa. A impessoalidade é um círculo que se insere dentro do círculo mais amplo da moralidade administrativa.

A imparcialidade que se exige da Administração Pública está intimamente ligada ao princípio constitucional da impessoalidade. Ser impessoal, para os homens públicos, significa agir em conformidade com interesses superiores, desvinculados dos interesses particulares e privados. Mais ainda, a imparcialidade se liga ao dever de probidade, na medida em que sua violação configura fonte de improbidade administrativa.

Por certo que a imparcialidade é dever de conteúdo indeterminado, estando a exigir, portanto, esforço sistematizante do intérprete.

Cumpra examinar, em um primeiro momento, o estreito intercâmbio entre imparcialidade e impessoalidade, o que desemboca na moralidade administrativa e, conseqüentemente, improbidade.

<sup>35</sup> LIMA, RUY CIRNE, Princípios de Direito Administrativo, 6a edição, ed. RT, 1987, p.16, 17, 20 e 21.

A imoralidade administrativa resulta da eventual ofensa ao **princípio da impessoalidade**, embora este possua autonomia conceitual e formal na Carta de 1988.

Ocorre que a ofensa à **impessoalidade administrativa** há de acarretar, por via de regra, configuração de **imoralidade administrativa** e, ato contínuo, **improbidade administrativa**.

Há princípios outros, como, v.g., a isonomia, que estão muito próximos, também, da moralidade administrativa, tanto que estruturam a ordem jurídica e orientam, ainda, a lisura do processo eleitoral.

Por certo que a imparcialidade é dever de conteúdo indeterminado, estando a exigir, portanto, esforço sistematizante do intérprete.

## 2. A PROPAGANDA PESSOAL DOS AGENTES PÚBLICOS EM ATOS, PROGRAMAS, OBRAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DE ÓRGÃOS PÚBLICOS:

Importante interpretar o art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que estabelece que “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 de servidores públicos”.

Na mesma linha, o art. 37, **caput**, da Magna Carta, estabelece a obrigatória observância dos princípios da publicidade e impessoalidade no trato da coisa pública<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre a importância antiga da motivação dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, os primeiros com apoio mais direto nos textos legais e os segundos com suporte “*em considerações precisas, de modo a se ter, realmente, a sua explicação, senão mesmo a sua justificação*”, consulte-se MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, Princípios gerais de direito administrativo, v.1, Forense, 2ª edição, 1979, p.526.

E o art. 11, **caput**, da Lei número 8.429/92 caracteriza como ato de improbidade administrativa aquele que “atenta contra os princípios da administração pública”, na modalidade de ações ou omissões, com violação aos deveres de **honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições**. Aliás, vale lembrar que esse dispositivo é expressamente invocado como integrante da tipicidade das condutas vedadas no art. 73 da Lei 9.504/97, consoante prevê o parágrafo 7º do mencionado diploma legal.

É exatamente em período pré-eleitoral que resulta da maior importância o controle da propaganda política na mídia, especialmente a propaganda dos governantes. Note-se que, em tal contexto, é comum a conta do governo aumentar vertiginosamente com gastos e investimentos publicitários, o que, diga-se de passagem, é de ser controlado à luz do art. 73, VII, da Lei 9.504/97. Governantes que compram espaços nos meios de comunicação social, com o dinheiro dos contribuintes, para divulgar que os pobres estão menos pobres, as estradas estão sendo construídas, os professores bem pagos, o desenvolvimento impulsionado a todo vapor. Espaços caros que proporcionam aos governantes a oportunidade inesquecível de registrar na memória do povo seus brilhantes feitos administrativos, ou rebater críticas da oposição.

A impessoalidade é a característica que deve marcar a atividade administrativa.

Enquanto o impulso de ação dos particulares é calcado nas vantagens pessoais, já na ação administrativa, ao contrário, a atuação humana deve ser desinteressada. Importa, aqui, apenas a busca de atendimento ao interesse geral, de utilidade pública, ou, por um ângulo mais filosófico, do bem comum. O conteúdo do interesse geral pode variar conforme os diversos momentos históricos e necessidades sociais, mas a ação administrativa deve estar direcionada ao interesse geral da coletividade<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Ver RIVERO, JEAN, Droit Administratif, 3a ed., Dalloz, 1965, p. 10/11.

**Necessário interpretar o alcance e o significado do art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal.**

Nesse campo, inviável olvidar que a interpretação deve estar atenta às necessidades da vida real e, mais ainda, aos possíveis desdobramentos práticos que, em alguma medida, possam inviabilizar a própria norma constitucional. Tal a premissa que há de nortear os intérpretes.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu no sentido de que a inserção, pelos administradores públicos, de publicidade pessoal em viaturas oficiais, bancos de praças e placas indicativas de obras da municipalidade caracterizaria violação ao princípio constitucional da impessoalidade. Como consequência, considerando que se tratava de ação popular, o órgão julgador determinou a desconstituição do ato e o ressarcimento dos custos correspondentes, isto em período anterior à vigência da Lei número 8.429/92<sup>38</sup>.

Cabe registrar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu ser inviável ao Prefeito promover propagandas com suas fotografias pessoais e “slogans” configuradores de promoção pessoal inequívoca, v.g., “Estamos fazendo um Governo”. Não podem constar da propaganda nomes, símbolos ou imagens, v.g., como ocorreu, no passado, com a Administração curta de JÂNIO QUADROS, que se notabilizou pela propaganda da “vassoura”. A fotografia, no caso, identificava o governante e o slogan o método governamental pessoalizado. A falta de tais elementos na publicidade em nada afetaria sua eficiência. O objetivo de propaganda em tais termos era a promoção pessoal do governante<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 13-06-91, Relator FRANCISCO CASCONI, in RT 671/94.

<sup>39</sup> Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 19 de outubro de 1993, Relator Desembargador CELESTE VICENTE ROVANI, Pelotas-RS, in RJTJRS 162/328 e seguintes.

Sabe-se, de qualquer sorte, que a propaganda paga - e bem paga - pode ocorrer de modo completamente indireto, com tentativa de fraudar a própria opinião pública. A imprensa pode, em tese, proporcionar espaço a um determinado governante, até mesmo em detrimento de outros setores públicos, com franco favoritismo pessoal, promoção de slogans, publicação de fotografias com grande freqüência, aparecimento na mídia televisiva, sem que haja aparente publicidade paga com dinheiro público.

Aliás, não seria difícil imaginar que a própria imprensa, com o espírito empresarial voraz comum ao neoliberalismo, poderia receber benefícios indiretos de governantes para promoção pessoal destes, mormente quando houvesse interesses francamente convergentes, vale dizer, associados.

Nesses casos, também poderia ocorrer incidência da vedação do art. 37, parágrafo 1º, da Magna Carta, pois a fraude promovida pelo governante, em conluio com a imprensa, em tese, jamais poderia deixar de sofrer fiscalização rigorosa das autoridades públicas.

É claro, inclusive, sobre o assunto, o art. 19, parágrafo 1º, da *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*, quando estabelece que a publicidade dos atos, programas, obras e serviços, e campanhas dos órgãos e entidades da administração pública, *ainda que não custeadas diretamente por esta*, deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A exigência de impessoalidade, portanto, até mesmo independe dos gastos públicos, pois a imoralidade independe de eventuais prejuízos ao erário. Nesse sentido, os administradores não podem obter, sequer gratuitamente, junto aos meios de comunicação social, *"a veiculação de publicidades de cunho promocional"*, pois, desde a Carta de 1988, *"tal artifício tornou-se inócuo"*<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO, *Ação popular*, 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, ed. RT, p.90.

De fato, o art. 37, parágrafo primeiro, da Carta de 1988, não menciona dinheiro público, pois nem necessitaria fazê-lo. Promoção pessoal com dinheiro público agrediria, de imediato, a moralidade administrativa, na medida em que equivaleria a uma utilização de recursos públicos para fins privados. O constituinte de 1988 foi, portanto, mais incisivo ao tratar do princípio da impessoalidade administrativa, coibindo e banindo do sistema a possibilidade - sempre muito usual na cultura pátria - de promoção pessoal de governantes através de propaganda em cima de obras públicas, realizações oficiais, enaltecendo-se, nesse passo, a figura particular do agente político.

Não pode, pois, sequer a própria mídia idolatrar determinados governantes em detrimento de outros, no que diz respeito a um amplo espaço para elogios e restrito campo às críticas, sob pena de configurar ofensa à igualdade constitucional e, mais ainda, caracterização de agressão ao princípio da impessoalidade administrativa. É verdade que eventuais distorções, nesse terreno, podem ser corrigidas por um sistema eficaz de direito de resposta e de controle dos abusos.

Inviável a ingenuidade na interpretação das leis e dos fatos, mormente quando se sabe, pela observação básica da vida política nacional, que o jogo do poder é repleto de troca de favores e a imprensa desempenha talvez a função mais poderosa nas sociedades massificadas.

Em que pese a imprescindibilidade de uma ampla e responsável liberdade de imprensa, criam-se, pela mídia, mitos e fantasias coletivas em torno de figuras públicas e da própria (ir)realidade.

Daí porque inviável o favoritismo camuflado a governantes, por vedação diretamente oriunda do texto constitucional federal, eis que tal prática agrediria a própria essência do regime democrático, vale dizer, repita-se, a igualdade.

Se houver embates entre governantes e determinados setores da sociedade, os espaços na imprensa devem ser igualitários, sob

pena de configurar propaganda pessoal de autoridade, ferindo-se o tratamento isonômico que a mídia é forçada a conferir aos membros da comunidade<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Sobre a opinião pública, consulte-se HABERMAS, JÜRGEN, Mudança estrutural da esfera pública, tradução de Flávio R. Kothe, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984, p.287. O autor refere que uma opinião rigorosamente pública passa por uma publicidade crítica e não por uma publicidade desenvolvida no "trenzinho" da mera demonstração ou manipulação, p.287. A seguir, o autor refere que opiniões perdem, em alguma medida, o caráter público quando presas ao contexto da comunicação de massa. "*Numa massa, muito menos gente expressa opiniões quantos as recebem, pois a comunidade do público torna-se uma coleção abstrata de indivíduos que recebem impressões dos meios de comunicação de massa. As comunicações que prevalecem são organizadas de tal modo que é difícil ou impossível para o indivíduo responder de modo imediato ou com qualquer eficácia. A efetivação da opinião por ação é controlada por autoridades que organizam e controlam os canais de tal ação. A massa não tem autonomia frente às instituições; pelo contrário, agentes de instituições autorizadas penetram essa massa, reduzindo qualquer autonomia que ela possa ter na formação de opinião através de discussão*", p.289. Acrescento que não se pode confundir opinião pública com opinião publicada, o que, infelizmente, é muito comum na atualidade. Ver, também, BALANDIER, GEORGES, O poder em cena, ed. Universidade de Brasília, tradução de Luiz Tpy Caldas de Moura, 1980, quando refere que o político se sustenta, em grande medida, sobre a magia, os rituais, o imaginário e suas projeções dramatizadas. "*É através desses artifícios que se efetua o domínio da sociedade*", p.61. A multiplicação e a difusão dos meios de comunicação modernos modificaram profundamente o modo de produção das imagens políticas, as quais podem adquirir, através dos meios audiovisuais e imprensa escrita, uma força de irradiação e uma presença nunca antes vista em qualquer sociedade organizada do passado. Prolifera, assim, a indústria do espetáculo político, p.63. Nesse contexto, "*a persuasão política depende menos de argumentação do que daquilo que é manifestado espetacularmente com o auxílio da arte da televisão. A política se faz pela difusão quotidiana de imagens e o meio é a mensagem. O poder dispõe assim de uma verdadeira tecnologia das aparências, que lhe permite produzir ao mesmo tempo a impressão de uma certa transparência, de suscitar a conivência passiva de numerosos governados-espectadores com o sentimento de uma liberdade de determinação - em face da imagem intrudida no universo privado - e de uma possibilidade de participação - graças às intervenções que lhes são propostas*". Permite-se uma dramatização permanente dos atores políticos.

Não se admite, ainda, que as administrações públicas editem, com dinheiro público, ou por financiamentos generosos de empresários, periódicos ou publicações de qualquer natureza visando promoções pessoais.

---

O poder tende a se manter onde está a imagem e ele é tentado a apossar-se de seu controle se não do monopólio, p.67/68. Consulte-se, a propósito do papel da imprensa na formação da opinião pública, a coluna de LUÍS NASSIF, sob o título "O pluralismo na Mídia", in Jornal Folha de São Paulo, quinta feira, 21 de agosto de 1997, caderno 2, p. 03. O articulista, aqui, sustenta que boa parte da mídia já não se preocupa com os fatos e sim com sua simbologia na sociedade. O que importa, não raro, é apenas o aumento de vendas e a projeção individual dos "porta-vozes do clamor das ruas". Há uma incapacidade de perseguir objetivamente os fatos. Ver, na página 02 dessa mesma publicação, artigo intitulado "O debate (torto) sobre abusos da imprensa", de autoria de ALOYSIO BIONDI, jornalista econômico, ex-editor de economia da "Folha", quando afirma que as reportagens manipuladas, em geral, no terreno econômico, colocam os dados negativos nas últimas linhas da matéria, ao passo que os títulos, as manchetes estão caracterizadas por um aspecto positivo qualquer, buscando-se esconder o "todo". Em resumo: escolhe-se um bife sadio para chamar a atenção e se esconde o "boi" doente. A sociedade, segundo o articulista, perceberia a manipulação, mas não saberia como reagir. Desse mesmo articulista, outro artigo intitulado "A manipulação do jornalismo econômico", publicado na Folha de São Paulo, ed. de 28-08-97, caderno 02, insiste na crítica à imprensa nacional, que, não raro, manipularia a opinião pública através da técnica de esconder no meio do texto os dados pessimistas - e reais - e realçar dados isolados, distorcidos, nas manchetes, criando uma falsa chamada ao leitor, um falso impacto, p.02. Na mesma edição, LUÍS NASSIF, em artigo denominado "O arbítrio do jornalismo econômico", p.03, arrola conhecidas técnicas de distorção jornalística, a saber: diagnósticos definitivos da realidade; dramatização de diagnósticos; visão acrítica da realidade; leitura mecânica das estatísticas; seleção dos ângulos que favorecem a tese exposta. Consulte-se, finalmente, artigo do jurista FÁBIO KONDER COMPARATO, sob o título "A geração controlada da opinião pública", no mesmo jornal, edição de 09-09-97, caderno 01, p.03, quando afirma que os meios de comunicação social são extremamente eficazes no dizer ao povo os assuntos sobre os quais se deve ter uma opinião formada, havendo, eventualmente, verdadeira sociedade entre os detentores de poder público e os donos da mídia. Do mesmo FÁBIO K. COMPARATO, é de se consultar o artigo "Sabedoria e insensatez", Jornal Folha de S. Paulo, 08-01-98, c.1, p.3, quando propõe medidas de controle da mídia, que, segundo o

A publicidade, no campo constitucional, está prevista em duas importantes acepções distintas: primeiro, como publicação dos atos administrativos, o que ocorre na imprensa oficial ou não; segundo, com a significação de propaganda ou promoção de

---

articulista, contribui decisivamente para a formação da opinião pública, exigindo regulação de sua estrutura e funcionamento, pois se trata de matéria de natureza política. Pondera o autor que é necessária a defesa da soberania popular contra eventuais excessos e abusos nos serviços de comunicação social, eis que no Brasil o laxismo legal nesse campo tem representado um claro obstáculo “ao desenvolvimento da vida democrática, fundada na soberania popular e no respeito aos direitos humanos”. Ver a interessante análise de KRIELE, MARTIN, *Introducion a la Teoria del Estado, Fundamentos Historicos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democratico*, Ed. De Palma, p.467, 468, 469 e 475, quando afirma que haveria, na origem do desenvolvimento dos direitos humanos, no sistema da *common law*, identidade entre liberdade e igualdade, sendo aquela inconfundível com a noção de privilégio. Daí conclui o autor que a liberdade de um deve ser compatível com a liberdade dos demais. Identifica um fim social nos direitos fundamentais. Assinala o autor que o uso da liberdade que prejudica e destrói a liberdade dos outros não está ao abrigo dos direitos fundamentais, pois forma parte dos fins do direito assegurar as condições para uma democracia, havendo, inclusive, uma obrigação constitucional do legislador de regular adequadamente o uso dos direitos. A liberdade de imprensa não é um direito do empresário, jornalista ou editor, mas sim da comunidade, devendo servir ao progresso na busca da verdade, liberdade e justiça, no processo dialético de discussão política. A concentração de imprensa se converteu em um problema de que a base real da liberdade de opinião seria a liberdade do empresário. A liberdade de imprensa não pode se reduzir a um direito ilimitado de falar livremente, dizer falsidades, suprimir pontos essenciais, p.476. O Tribunal constitucional alemão entendeu que a liberdade de imprensa resulta, sobretudo, de sua imprescindibilidade à democracia. O Estado deveria, inclusive, impedir monopólios de opinião, p.477. A verdade é que, acrescento modestamente, a imprensa já não pode escapar de suas responsabilidades de poder, pois o exercício da liberdade implica a responsabilidade. Além disso, mecanismos que assegurem idoneidade das informações, imparcialidade, direito a defesa, contraditório, devem, cada vez mais, ser assegurados nos meios de comunicação social. Acrescento que o poder, hoje, já não pretende se impor pela via autoritária legal no campo da mídia, cortando ou restringindo radicalmente a liberdade de imprensa, mas pela lógica econômica e pelo estabelecimento de lucrativas parcerias, o que exige fortalecimento de

realizações governamentais. Nestas, resulta inviável figurar os nomes dos governantes, devendo constar apenas a denominação genérica dos respectivos cargos<sup>42</sup>.

A doutrina costuma distinguir, ainda, publicidade de atos administrativos, v.g., decretos, atos de nomeação, na imprensa oficial, a publicidade dos editais, tomadas de preços, a publicidade impessoal de realizações governamentais, todas estas permitidas, e, por derradeiro, a propaganda dos agentes públicos ou administrativos que, “não raramente, se utilizam de obras ou serviços públicos para, indiretamente, realizarem promoção pessoal”<sup>43</sup>, sendo esta última vedada pelo sistema jurídico pátrio.

---

mecanismos de controle interno e externo da imprensa falada, escrita, tecnológica, visual, evitando-se riscos ao próprio regime democrático. A imprensa, de há muito, não é o quarto poder, mas sim o suporte de todos os demais poderes, talvez o primeiro poder ao lado do Executivo, pela força que ostenta no terreno da legitimação popular e pelos efeitos anestésicos que pode gerar na população carente e desprovida de senso crítico. A mídia, sabe-se, pode se tornar a palavra oficiosa e, quiçá por isso mesmo, mais poderosa e influente do poder. Através das manipulações decorrentes de malicioso exercício da liberdade de imprensa, sabe-se que o pensamento dos homens comuns é facilmente dominado. Criam-se fatos, versões, expectativas, e orienta-se o senso da população em um ou outro sentido. Decidem-se eleições. Derrubam-se governos. Legitimam-se revoluções. No Brasil, vale dizer que o poderio da imprensa, associado à concentração de poderes do Executivo, pode tornar inócua a própria idéia de Estado de Direito, desmoralizando-se a importância, por exemplo, do controle de constitucionalidade, na medida em que as Constituições teriam de se adaptar aos programas governamentais melhor ajustados à lógica econômica imposta por setores dominantes no cenário internacional. Os homens de imprensa, em geral, são neoliberais, empresários que também buscam o lucro. É de ser crescentemente discutido o conteúdo ético da imprensa e o acesso igualitário de todos os setores legítimos da sociedade aos meios de comunicação social. Nessa direção é de ser interpretado, também, o art. 37, parágrafo 1o, da Constituição Federal.

<sup>42</sup> Ver CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, Comentários à Constituição Brasileira, ed. Forense Universitária, volume 4, 1991, p.2251/2253.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH, Publicidade e ação administrativa: uma interpretação do art. 37, parágrafo 1o, da Constituição Federal, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul número 26, v. 1, 1992, p.14.

Assim, também caracteriza promoção pessoal inserir, em propagandas políticas, símbolos que identifiquem o partido a que pertence o governo, ou slogans semelhantes. Veda-se o culto à personalidade dos homens públicos, os quais devem pautar suas obras e atuações pela impessoalidade.

Deve-se dizer, de outro lado, e até para estabelecer razoável equilíbrio de argumentos, sem o comprometimento de adesão à integralidade da tese exposta no parecer de ALMIRO DO COUTO E SILVA, que, de fato, na cena política real, a obra não se dissocia de seu autor. “Quando se elogia a *Mona Lisa*, elogia-se também Leonardo da Vinci. A menção à *Nona Sinfonia* traz ao espírito, prontamente, o nome de Beethoven. Falar-se em *Brás Cubas* ou no *Primo Basílio* é falar-se em Machado de Assis ou em Eça de Queirós... Pelos mesmos motivos de imediata compreensão, a publicidade das obras, programas, serviços e realizações de entidade pública dirigida por membros de determinada agremiação política é necessariamente publicidade das pessoas que ocupam as posições de chefia e do partido político a que pertencem. Só que esta publicidade é secundária e acessória com relação àquela, algo que dela decorre implicitamente, de maneira forçosa e inevitável”<sup>44</sup>.

Interesses privados até podem resultar favorecidos, indiretamente, por medidas adotadas em plena conformidade com o interesse público, circunstância que não descaracteriza este último enquanto tal. Os fins do Estado até podem coincidir com os fins dos agentes públicos ou de terceiros<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> COUTO E SILVA, ALMIRO DO, Parecer encomendado pelo Prefeito do Município de Porto Alegre-RS, in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre número 09, p.90.

<sup>45</sup> COUTO E SILVA, ALMIRO DO, Parecer encomendado pelo Prefeito do Município de Porto Alegre-RS, in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre número 09, p. 80 e 91.

Não se pode, e isto também é certo, amarrar os agentes públicos de forma a escravizá-los a exigências irreais ou distantes do bom senso e do saudável contexto social. Seria ingenuidade supor que o homem público não impulsione suas atividades também pela vaidade, orgulho, ou ambição de poder. O exame do inconsciente do administrador é, todavia, irrelevante. O excesso de ambição, problema inerente a muitos homens, pode, todavia, assumir um aspecto secundário em relação ao interesse público primário defendido na ação administrativa. Em outras palavras, também o administrador vaidoso ou exibicionista poderá realizar ações administrativas adequadas ao interesse público e, simultaneamente, ao seu ego, na medida em que os resultados de uma boa administração certamente repercutem no campo eleitoral e de divulgação pela mídia. O exibicionismo não pode ser exteriorizado na ação administrativa, v.g., com a impressão do nome do administrador na obra, ou slogan, ou marca pessoal, ou, ainda, dentre outras possibilidades, a associação da imagem à obra, com ênfase exacerbada na promoção publicitária personalista.

Deve-se combater, com grande rigor, a compra de espaços políticos que importem promoções pessoais em órgãos da imprensa escrita, falada e televisionada, com dinheiro público, prática que “costuma ser ressarcida pelas empresas de comunicação em períodos pré-eleitorais com o farto noticiário de tal ou qual agente público ou político”<sup>46</sup>.

É possível, no entanto, em tese, uma publicidade com os objetivos de (a) aprimorar os conhecimentos, hábitos e costumes dos indivíduos, com educação; (b) dar notícias aos particulares acerca das realizações do Poder Público, pois informar consiste

---

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH, Publicidade e ação administrativa: uma interpretação do art. 37, parágrafo 1o, da Constituição Federal, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul número 26, v.1, 1992, p.16.

nisso e (c) induzir determinadas condutas e comportamentos que venham em proveito da população, “pois orientação social haverá de consistir em tais tarefas”<sup>47</sup>.

Violado o art. 37, parágrafo 1º, da Magna Carta, configurada resultará a improbidade administrativa, haja ou não lesão ao erário e enriquecimento ilícito, pois se trata de princípio básico e fundamental que há de reger os atos dos agentes públicos. Ademais, a violação desse preceito constitucional também acarreta incidência do art. 74 da Lei 9.504/97, com a formatação do abuso de autoridade que chama a Lei 8.429/92 e a Lei complementar número 64/90.

No caso da publicidade que ofende e agride o princípio da impessoalidade administrativa, é de se lembrar, na esteira do pensamento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, que a imoralidade, no mais das vezes, traz subjacente a afronta a um dispositivo legal, de modo mais ou menos explícito, e é precisamente isto que acontece quando é feita propaganda oficial, de cunho personalístico<sup>48</sup>.

Merece repúdio, nesse contexto, entendimento jurisprudencial que buscou isolar o princípio da impessoalidade administrativa, tornando-o completamente distinto do princípio da moralidade administrativa, aceitando que pudesse haver agressão àquele sem ofensa a este, notadamente no campo de propaganda político-partidária, de caráter pessoal, com dinheiro público<sup>49</sup>, argumentando, ainda, que tal conduta não objetivaria

<sup>47</sup> Nesse sentido, em abstrato, é a idéia de COUTO E SILVA, ALMIRO DO, Parecer encomendado pelo Prefeito do Município de Porto Alegre-RS, in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre número 09, p.82, sem comprometimento com o conteúdo fático da tese, ou seja, o específico objeto do parecer.

<sup>48</sup> MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO, Ação popular, 2a ed., revista, atualizada e ampliada, ed. RT, p.95.

<sup>49</sup> Ver RJTJRS 184/205, 2a C. Cível, TJRS, julgado em 21 de maio de 1997, Sapucaia do Sul, réu Luiz Francisco Correa Barbosa, voto do Des. ÉLVIO SCHUCK PINTO, que fez essa expressa distinção.

enriquecimento ilícito, eis que a vantagem seria de cunho político-partidário, não patrimonial no sentido a que a lei se refere<sup>50</sup>.

Necessário refletir com cautela a respeito do alcance da moralidade e probidade administrativas. Aquele princípio, por sua largueza e amplitude, certamente veda, recebendo luzes da impessoalidade administrativa, propaganda pessoal do governante paga com dinheiro público. A probidade na administração veda, por certo, o enriquecimento de um partido político, ou de um governante, que busca, à custa dos cofres públicos, dos contribuintes, promoções pessoais na mídia.

No caso em exame, observa-se que o juiz sentenciante, que havia optado pela exclusão das sanções da Lei 8.429/92, aplicando apenas a obrigação de ressarcimento ao erário, disse, sintomaticamente, que um futuro Prefeito, de outra agremiação partidária, com certeza, não continuaria fazendo uso das mesmas expressões. Então, seja para eliminar as atuais ou seja para substituir por outras, haveria gastos indevidos para o Município<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Ver RJTJRS 184/204, 2a C. Cível, TJRS, julgado em 21 de maio de 1997, Sapucaia do Sul, réu Luiz Francisco Correa Barbosa, Relator Juiz Demétrio Xavier Lopes Neto.

<sup>51</sup> Ver RJTJRS 184/200, 2a C. Cível, TJRS, julgado em 21 de maio de 1997, Sapucaia do Sul, réu Luiz Francisco Correa Barbosa. O sentenciante, embora tenha reconhecido prejuízo ao erário, entendeu que não houve enriquecimento ilícito. O art.9 exigiria, em seus incisos, a incorporação do patrimônio público à esfera privada ou o uso de bens em proveito próprio. Já o art. 10, inciso I, exigiria a incorporação ao patrimônio de terceira pessoa. Já o art. 11 da Lei 8.429/92, em seu **caput**, não fala em impessoalidade, e o inciso I exigiria que o ato estivesse ligado à regra de competência. Com a devida vênia, tais argumentos impressionam pela errônea compreensão das funções das cláusulas gerais da Lei 8.429/92, adotando o julgador monocrático, e o próprio Tribunal, visão de tipicidade – no âmbito do direito administrativo - mais restrita até do que aquela comumente adotada no direito penal. Ora, não se poderia, à luz de qualquer interpretação razoável, dizer que não houve enriquecimento ilícito quando o agente, no caso ex-Prefeito de Sapucaia do Sul-RS, mandou publicar, na imprensa, à custa dos contribuintes, propaganda com utilização dos dizeres:

Ora, a promoção pessoal implica uma inegável vantagem política e patrimonial. Política porque, por evidente, repercute na carreira do administrador e lhe acarreta vantagens eleitorais em detrimento de seus concorrentes. Patrimonial porque, como se sabe, eventual publicidade pessoal não poderia ser custeada com dinheiro público. Disso decorre constatação de enriquecimento ilícito, enriquecimento fruto da economia de recursos privados em detrimento do erário.

Diz a lei ser proibido ao agente público incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º (art. 9º, XI). Proíbe-se, por evidente, o peculato, figura muito conhecida no direito penal. O verbo é “incorporar”, o que exige materialidade.

Reza o legislador que o agente público não deve usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo

---

“Administração do Povo – gestão 1993-1996- A Justiça da Colher (desenho correlato) – Fim às licitações escondidas – Transparência administrativa”, concretizando propaganda pessoal e político-partidária. Mais ainda, houve publicações “a pedido” que, na expressão do próprio julgador sentenciante, não teriam o mínimo caráter educativo ou de orientação social, constituindo-se em “verdadeiras explicações pessoais, com comentários negativos aos administradores municipais anteriores. Nenhum interesse para o ente público, apenas explicações de comportamentos particulares adotados e críticas aos adversários político-partidários”, ferindo o princípio constitucional da impessoalidade administrativa, p.201. É curial a lesão ao patrimônio público decorrente das ações do administrador. Veja-se que a lesão ao erário foi reconhecida pelos julgadores, donde deveriam estes, na hipótese de desclassificação do fato, enquadrar a conduta no art. 10 da Lei 8.429/92, que é uma cláusula geral que abarca qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial à entidade pública. Não se exige que um terceiro se enriqueça ilicitamente. Trata-se da má utilização do patrimônio público, prática que, não obstante corriqueira, deve ser proibida pelos legisladores, administradores, julgadores e agentes públicos encarregados de tal tarefa, v.g.,

1º(art.9º,XII) A expressão “proveito próprio” merece ampla compreensão, de modo a abranger aumento do ativo e redução do passivo. Se o agente manda publicar, a pedido, propaganda pessoal paga com dinheiro público, agredindo a moralidade administrativa, certamente estará cometendo o ato ímprobo de enriquecimento ilícito, pois haverá economia para seus bolsos e locupletamento ilícito à custa dos cofres públicos. O certo, desde logo, é que o agente que usa dinheiro público para fins privados, v.g., campanha político-partidária, está se enriquecendo ilicitamente, a partir de economia privada interna e lesão ao erário.

---

Ministério Público e membros de Tribunais de Contas. Penso, aliás, que houve o enriquecimento ilícito, que não exige uma finalidade específica do agente público. Se o agente usa, em proveito próprio, a máquina administrativa, está deixando de gastar de seu próprio bolso para idêntica atividade. Se o Prefeito manda publicar, às expensas dos cofres públicos, propaganda pessoal, está deixando de gastar seu próprio dinheiro para tal prática. No caso em exame, é curioso notar que o Prefeito mandou publicar “a pedido”, com explicações pessoais, ataques a adversários políticos, à custa dos contribuintes. **Data maxima venia**, houve, sim, enriquecimento ilícito, na medida em que o agente economizou dinheiro privado à custa do suor dos já sacrificados contribuintes, lesando o patrimônio público. Também interessante observar a curiosa técnica processual do acórdão, eis que, dentre os díspares fundamentos adotados para afastar a configuração da improbidade administrativa, os julgadores acabam citando o doutrinador Juarez Freitas para sustentar que não seria obrigatória a aplicação integral das sanções da Lei 8.429/92, p.203. Se é certo, diga-se nesse ponto, que o princípio da proporcionalidade poderia mitigar o rigor abstrato e demasiado da lei de improbidade na imposição das sanções, tornando-as alternativas, não menos certo que o simples ressarcimento ao erário não é sanção alguma. Trata-se de mera restituição ao status anterior. O agente apenas devolve aos cofres públicos aquilo que gastou mal. Repara o prejuízo. Não se trata, vale repetir, rigorosamente, de sanção. Esta seria, em grau mínimo, à luz da lei de improbidade, a multa civil. Se os julgadores entenderam pelo afastamento da tipicidade legal da improbidade, esquecendo-se, diga-se **en passant**, da tipicidade constitucional, não deveriam invocar a doutrina que advoga a desnecessidade de imposição cumulativa das sanções, mormente quando tal doutrina, em realidade, propugna, nos casos de enriquecimento ilícito, pela aplicabilidade cumulativa obrigatória das sanções. Merece minha discordância,

Hipótese semelhante, ainda que com algumas diferenças, já mereceu repúdio do Supremo Tribunal Federal, que constatou enriquecimento ilícito e abuso de poder econômico na conduta de parlamentar federal que, usando a máquina pública, fez economia de seus recursos privados e, mais ainda, agrediu o princípio isonômico na competição eleitoral. Lembre-se do caso em que um Senador da República usou a gráfica do Senado Federal para confecção de calendários, no ano de 1994, com fotografias do candidato, impressas na própria gráfica do Parlamento, em grande volume, posteriormente distribuídos no eleitorado do Estado onde o candidato pleiteava a vaga de

---

com todo o respeito, ainda, o argumento do acórdão que entendeu que uma mesma ação, ou reiteração de condutas, à luz da lei de improbidade, não poderia resultar em subsunção em mais de um dispositivo repressivo. Segundo o acórdão objeto de exame, tal vedação resultaria do princípio da especialidade e do **non bis in idem**. O sancionamento, nessa medida, estaria ligado à conduta, e não a seus eventuais efeitos. Veja-se que o entendimento do acórdão não resistiria a uma série de ponderações. Primeiro, até no direito penal se admitem as chamadas desclassificações, observada a narrativa fática da denúncia. Creio que no campo da ação civil de improbidade também bastaria a narrativa fática da inicial e o enquadramento jurídico, dada a indisponibilidade dos interesses difusos postos em juízo, caberia à autoridade judiciária. A desclassificação seria sempre possível. Não há disponibilidade do direito posto em litúgio. Assim, uma mesma conduta pode perpassar diversas e múltiplas normas jurídicas, constitucionais e infra-constitucionais. De outro lado, não é certo afirmar que a lei se preocupa apenas com a conduta, e não com seus efeitos. Ora, o resultado da conduta é levado em conta pelo legislador, tanto que o julgador deve aquilatar, na fixação das sanções, a extensão do dano. A lesão ao erário é tipo legal, em sentido amplo, que se interessa sobretudo pelo resultado material lesivo. Os efeitos têm importância fundamental na tipicidade. O enriquecimento ilícito, por sua vez, também exige resultado material. A tentativa de enriquecimento ilícito, diga-se para ilustrar o debate, configuraria inequívoca agressão a princípios da administração pública, ensejando desclassificação para o tipo do art. 11 da Lei 8.429/92. Note-se, finalmente, que hipótese idêntica – uso de dinheiro público para propaganda pessoal de governante – foi reprimida com o ressarcimento ao erário e a multa civil da Lei 8.429/92, pelo juizado da 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no processo número 491/95, movido pelo Ministério Público contra, dentre outros, o ex-Prefeito PAULO MALUF.

Senador. O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu abuso de poder de autoridade e “uso indevido de recursos públicos”, criando-se, também, situação de desigualdade com os demais candidatos, perfectibilizando-se propaganda eleitoral vedada, o que implicou aplicação do art. 22, XIV, da Lei complementar 64/90, com a inelegibilidade de HUMBERTO LUCENA, autor do ilícito, decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>52</sup>, decisão esta que, posteriormente, foi objeto de anistia pelo órgão legislativo, o que também seria passível de discussão, discussão até inviável em face do falecimento daquele parlamentar.

Verificado o uso da máquina administrativa para fins privados, incide o disposto no art. 37, parágrafo 4º, da Carta de 1988, cumulativamente com o disposto na Lei 8.429/92, sem prejuízo da incidência da Lei complementar número 64/90, que dispõe sobre o abuso do poder político e econômico em período eleitoral.

### **3. DO USO DE MATERIAIS OU SERVIÇOS CUSTEADOS PELOS GOVERNOS OU CASAS LEGISLATIVAS - DAS PRERROGATIVAS REGIMENTAIS E ADMINISTRATIVAS:**

Merece singular atenção a norma inscrita no art.73, II, da Lei número 9504/97, que veda aos agentes públicos, servidores ou não, usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram.

A um primeiro momento, para um intérprete desavisado, o art.73, II, da Lei 9.504/97 poderia estar aparentemente autorizando normas regimentais e administrativas no sentido de outorgar aos agentes públicos prerrogativas ilimitadas no uso e manejo dos materiais e serviços públicos. Em outras palavras,

---

<sup>52</sup> RE-186088-DF, STF, Rel. Min. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, julgado em 30-11-94.

seria possível imaginar, através de uma leitura literal e, com o perdão da palavra, desatenta, da lei, que as normas regimentais e administrativas teriam sido erigidas a uma categoria superior nunca antes imaginada pelo constituinte de 1988. Eis que regimentos internos, normas administrativas, nesse passo, seriam suficientemente fortes para autorizar agentes públicos ao uso de materiais e serviços para fins privados.

Com a devida licença, os princípios da moralidade e impessoalidade administrativas, e o dever de probidade impedem, com inequívoca eficácia e indiscutível redação constitucional e infra-constitucional (arts.5º, LXXIII, 14, parágrafo 9º, 15, V, 37, **caput**, parágrafos 1º e 4º, 85, V e parágrafo único, da Carta de 1988; art.9º da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950; arts.312, **caput**, 319, 321, **caput**, todos do Código Penal; art.1º, I, II, do Decreto-Lei número 201/67; art. 2º da Lei 4.717/65; arts. 9º, **caput**, e inciso IV, 10º, **caput**, I, II, e XII, 11º, **caput**, I e II, todos da Lei 8.429/92; art.1º, I, letra “h”, da Lei complementar número 64/90), o uso privado de bens públicos, pouco importando a quantidade e o tipo de bens e serviços, eis que tal vedação decorre automaticamente da histórica compreensão de tais princípios no sistema jurídico.

Nenhuma prerrogativa regimental poderia autorizar agente público ao uso de carros oficiais em campanha política, ou papel, documentos, serviços de seus subordinados para a finalidade privada relativa ao pleito eleitoral, eis que semelhante autorização equivaleria a uma sentença de morte contra princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e probidade administrativas, sem falar no desprezo por múltiplos dispositivos legais que, sem dúvida, permanecem em vigor e não foram revogados pelo art. 73, II, da Lei 9.504/97, dada a generalidade e abstração desse último comando normativo.

A ressalva contida no art. 73, II, da Lei 9.504/97, em sua parte final, se interpretada como autorização de que normas regimentais ou administrativas pudessem viabilizar o uso privado

de materiais e serviços públicos, **data maxima venia**, acarretaria flagrante inconstitucionalidade do dispositivo legal, por afronta ao disposto no art. 37, **caput**, e parágrafo 4º, da Carta de 1988 e ao próprio princípio constitucional da isonomia, proporcionando chance de desequilíbrio nas eleições.

Necessário que se interprete o art. 73, II, da Lei 9.504/97 com redução de texto, desprezando-se, por inconstitucional, a parte que remete às normas administrativas e regimentais suposto poder de criar prerrogativas de uso privado de materiais e serviços custeados pelos Governos e Casas Legislativos.

É possível, ainda, interpretar o art. 73, II, da Lei 9.504/97 no sentido de que as prerrogativas ali mencionadas seriam aquelas compatíveis com o interesse público. Ora, é viável, de fato, imaginar que as prerrogativas referidas pelo legislador possam variar na definição de interesse público. Algumas condutas podem ser previstas como prerrogativas, outras não. Veja-se, nesse passo, que essa linha hermenêutica permite interpretar a norma legal em conformidade com a Constituição, na medida em que o próprio legislador não autorizou o uso privado de materiais e serviços públicos. Essa vedação, repita-se, advém da ordem constitucional. O legislador, então, foi até mais incisivo do que o constituinte de 1988, pois limitou o uso de materiais e serviços públicos ao âmbito das prerrogativas regimentais e administrativas. Se o agente público extrapola os estreitos limites de suas prerrogativas, ainda que perseguindo aparente interesse público, incorre na vedação legal, aperfeiçoando suporte para sanção pecuniária, cassação do registro, e inclusive processo à luz da Lei 8.429/92.

De outro lado, convém examinar o art. 73, parágrafo 2º, da Lei 9.504/97, que autoriza o Presidente da República ao uso de transporte oficial em campanha para reeleição, norma que merece cuidadosa atenção em consonância com o dever de ressarcimento

previsto no art. 76, e parágrafo 1º, da Lei 9.504/97 e, muito especialmente, perante o art. 37, caput, da Constituição Federal.

Desde logo, sinal-se que há evidente casuismo na legislação, vez que aparentemente reconhece sua perversidade ideológica, desautorizando o mesmo benefício do uso privado de transporte oficial aos Governadores e Prefeitos, embora inexistisse justificativa plausível para a diferença de tratamento. Diga-se que suposto interesse nacional inexistiria, por certo, na outorga de odioso privilégio ao Presidente da República, até porque este deveria, por normas morais, afastar-se do cargo para a tentativa de reeleição. Não há falar-se em economia de dinheiro público ou de proteção à figura presidencial, retirando-o de um contato promíscuo com a iniciativa privada. A promiscuidade já está garantida, pelo ângulo moral, com a possibilidade de candidatura sem desincompatibilização. Dinheiro público poderia ser economizado com eventual obrigatoriedade de o candidato, ainda que ocupante do cargo de Presidente da República, arcar com os custos de seu transporte privado.

Note-se que o uso privado do transporte oficial, por si só, agride o princípio da moralidade administrativa, ferindo o art. 37, caput, da Carta de 1988, independentemente do ressarcimento. Aliás, a reparação dos danos é o próprio ressarcimento. Não se vê razão, com a devida vênia, para que o Presidente da República deixasse de usar transporte privado, com os custos correspondentes, quando em campanha eleitoral. A verdade é que o sistema que instituiu a reeleição, sem exigir a desincompatibilização do candidato, é essencialmente patrimonialista, especialmente na cultura jurídica pátria. Ao Presidente da República parece não ser possível separar os momentos de campanha política daqueles em que haveria apenas exercício das elevadas e nobres funções. Todavia, tal aparente impossibilidade não é tolerada pelo sistema constitucional pátrio, donde o projeto do governante haveria de ajustar-se a essa realidade e não simplesmente o contrário.

É certo que o uso de transporte oficial, com as facilidades inerentes, propicia potencial desequilíbrio no processo eleitoral, agredindo a isonomia e ferindo a lisura do pleito. Resultaria fortalecida a tradição patrimonialista da cultura pátria com a permanência do odioso privilégio na ordem jurídica.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Cabe anotar que o processo eleitoral suscita necessidade de maior atenção no combate ao uso da máquina administrativa para fins privados.

Resgatar o espírito republicano, eis o desafio dos operadores jurídicos comprometidos com a repressão às práticas novas ao patrimônio público e ao próprio processo eleitoral.

Caracterizado o uso da máquina administrativa para fins privados, incide o disposto no art. 37, parágrafo 4º, da Carta de 1988, cumulativamente com o disposto na Lei 8.429/92, sem prejuízo da incidência da Lei complementar número 64/90, que dispõe sobre o abuso do poder político e econômico em período eleitoral, além, evidentemente, dos rigores da Lei 9.504/97.

Pelo ângulo instrumental, verifica-se, desde logo, que ao operador jurídico se apresentam vários caminhos de proteção ao patrimônio público e, mais ainda, da lisura nas eleições, diante de uma casuísta e abusiva legislação eleitoral, a saber: ajuizamento de ação civil pública para responsabilizar aqueles que usam a máquina administrativa, para fins privados, à luz da Lei 8.429/92, com o afastamento incidental de legislação inconstitucional ou interpretando-a, consoante parece viável, de acordo com a Constituição; ajuizamento de representação com suporte na Lei complementar 64/90, visando obter inelegibilidade dos envolvidos no uso abusivo da máquina administrativa, mais uma vez afastando incidentalmente legislação eleitoral inconstitucional ou interpretando-a em conformidade com as normas constitucionais pertinentes; resulta, ainda, possível o ajuizamento de medida para

obter a multa prevista na Lei 9504/97 e a cassação do registro de candidatura; e, finalmente, ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade da legislação eleitoral que autorizasse uso privado da máquina administrativa. Esses instrumentos podem e devem ser utilizados concomitantemente. Não se excluem, mas se complementam.

Ao tratar dos príncipes que chegaram ao principado por atos criminosos, MAQUIAVEL percebeu, em tom analítico, que algumas dessas autoridades se mantiveram no poder por mais tempo do que outras, apontando causas no bom ou no mau emprego da “crueldade” para a longevidade no exercício do poder. Disse MAQUIAVEL que a crueldade bem empregada – e aqui o filósofo reconheceu a dificuldade da expressão – seria aquela cuja concretização ocorresse de uma só vez, com o máximo de utilidade para os súditos. “Mal empregadas são aquelas (crueldades) que, ainda que de início sejam poucas, crescem com o tempo, ao invés de se extinguirem”. Para os que procedem do primeiro modo seria possível encontrar algum remédio; para os outros, seria impossível sua manutenção no poder<sup>53</sup>.

A improbidade administrativa é peculiar ilícito que não permite o exercício do poder político ao infrator, ao ímprobo, nem sua manutenção no poder, mesmo que a este o agente tenha chegado através de um só golpe na moralidade administrativa. Ao príncipe já não é facultado escolher o momento de agressão à ordem constitucional e legal, legitimando-se **a posteriori** no cargo obtido ilicitamente. Daí porque o uso privado da máquina administrativa autoriza, mesmo após a posse do agente ímprobo no novo cargo, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, observado, por evidente, o devido processo constitucional e legal.

---

<sup>53</sup> MAQUIAVEL, NICOLAU, O príncipe, Martins Fontes ed., tradução de Maria Júlia Goldwasser, 1996, p.41.

O dever de probidade administrativa há de ser observado cogentemente, muito especialmente em período pré-eleitoral, dado que se trata de observar a moralidade administrativa. Aos profissionais do direito cabe a fiscalização rigorosa da lisura do pleito eleitoral. Espera-se que tal tarefa seja cumprida por todos os setores comprometidos com a justiça e com os legítimos interesses comunitários. Confia-se no espírito público das altas autoridades da nação, seja no respeito direto às normas constitucionais e legais, seja na fiscalização de seu cumprimento, ainda que a história não recomende otimismo.