XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-082-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram a analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górgio da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar a fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

O ABUSO DE PODER POLÍTICO ELEITORAL E SEUS REFLEXOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

EL ABUSO DE PODER POLÍTICO ELECTORAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA LEY DE MALA CONDUCTA ADMINISTRATIVA

Luiz Eugenio Scarpino Junior
Sebastião Sérgio Da Silveira

Resumo

Este artigo enfrenta a adoção e consagração do princípio da moralidade administrativa como bastião essencial na consolidação da República Federativa Brasileira. Os desafios que permeiam a até hoje presença do patrimonialismo na Administração Pública demandam a adoção dos preceitos constitucionais objetivando restabelecer a vontade da lei, em que as coisas do povo não podem ser congraçadas em benefícios privados. Pretende-se trazer alguns contornos do princípio da moralidade administrativa, e sobretudo, sua absoluta solidificação na Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, procura-se extrair da própria legislação eleitoral a base para punição também no campo cível-administrativo daqueles que abusarem do poder político, em especial, pela prática de uso de servidores públicos em atos de campanhas eleitorais.

Palavras-chave: Moralidade, Abuso de poder político, Improbidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo trata de la adopción y el establecimiento de un principio de moralidad administrativa como un bastión fundamental para la consolidación de la República Federativa de Brasil. Los desafíos que impregnan hoy la presencia de patrimonialismo en la administración pública requieren la adopción de las disposiciones constitucionales destinadas a restablecer la voluntad de la ley, en el que las cosas la gente no puede ser congraçadas en beneficios privados. Su objetivo es traer algunos contornos del principio de la moralidad administrativa y sobre todo su solidificación absoluta en la Ley de Mala Conducta Administrativa. En este sentido, se trata de extraer la ley electoral muy de base para el castigo también en el campo civil y administrativa de los que abusan del poder político, en particular la práctica de la utilización de los funcionarios públicos en actos de campaña electoral.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: La moralidade, El abuso del poder político, Mala conducta administrativa

INTRODUÇÃO

Vivemos um momento de consagração do princípio da moralidade administrativa como bastião essencial para a consolidação de um almejado estado democrático e social de direitos. Não obstante, vivemos confrontados com os desafios decorrentes da presença de heranças pretéritas, que resistem aos valores de nossa Constituição Republicana, em nome da manutenção de interesses privados ou da perpetuação de grupos no poder.

A evolução sistêmica do modelo protetivo contra as imoralidades administrativas ainda não foi capaz de repelir, por completo, posturas impróprias de gestores e funcionários públicos.

Diuturnamente somos assolados com notícias de abusos, que violam os princípios constitucionais, especialmente o da moralidade, em clara resistência à implantação do novo modelo de Estado estratificado na Constituição de 1.988.

O intuito do presente trabalho é confrontar alguns contornos do princípio da moralidade administrativa, e sobretudo, sua absoluta tutela na Lei de Improbidade Administrativa. O desafio quanto à existência de normas eleitorais que permitem a reeleição de ocupantes de cargos públicos, ao mesmo tempo em que impingem um rol de condutas vedadas a tais agentes, consiste no potencial desnivelamento de condições isonômicas na participação político-eleitoral. Nesse sentido, procura-se extrair da própria legislação eleitoral a base para repressão, também no campo cível-administrativo, dos abusos de poder político, em especial, pela prática de uso de servidores públicos em atos de campanhas eleitorais.

Frente a tal cenário, avizinham-se reflexões acerca da consagração dos princípios constitucionais, em especial, o da moralidade, como salvaguarda para a mantença do equilíbrio do sistema republicana, especialmente na garantia de condições isonômicas nas disputas eleitorais.

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A consagração da moralidade no Brasil enquanto vetor essencial em um Estado Democrático de Direito encontra-se devida e explicitamente constitucionalizado no artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

Na forma do dispositivo invocado, a moralidade é um princípio do mesmo nível de legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, embora se destaque com o valor fundamental do sistema republicano.

Destaca Eros Grau que a inserção da moralidade como princípio constitucional não significa a "abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais[1]". O princípio, ressalta Grau, está no próprio direito positivado, sendo a moral "concebida como referência como legalidade, nada mais[2]".

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por outro lado, assinala a defesa por uma moralidade administrativa imbuída, fortemente, de contornos axiológicos:

> A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça que ela busca realizar por meio do Estado[3].

Márcio Cammarosano assenta que independente do princípio da moralidade estar reportado ou não à moral comum, "tem por destinatário também o próprio legislador, que não poderia criar norma jurídica conflitante com valores constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade da norma por ele posta[4]".

A moral ainda persiste em seu sistema próprio autônomo, que não é propriamente criado pelo Estado, para uns, desacoplado do direito e noutros, em estado de cooriginaridade. Outrossim, a coercibilidade do princípio da moralidade advém daquilo que o Estado quer que o seja, sacando-se do sistema moral, de forma objetivável, regras que pautem a administração e aos administrados, com o mínimo de segurança jurídica e predeterminação formal[5].

---

[1] GRAU, 2011, p. 284.

[2] Ibid, p.285.

[3] ROCHA, , 1994, p. 191.

[4] CAMMAROSANO, 2006, p. 25.

[5] CAMMAROSANO, op. Cit., p. 43. A construção retórica da objetivação do sistema moral para que seja transposto ao sistema jurídico positivado, para a compreensão de Cammarosano bastante simplória (vez que não ofenderia a valores supremos como liberdade, certeza e segurança jurídica) pode constituir casuísmos, discricionarismos e solipsismos pelo intérprete, inclusive para os bens intencionados (e é desses que se deve temer...).

Para Streck o princípio da moralidade é nomeado como tal, embora não possua sentido eficacial, posto que dependente de outros princípios e normas para incidência no caso concreto[6]. A crítica feita é pela utilização da moral como um canal corretivo no direito, um discurso colonizador da autonomia do direito: "A moralidade se apresenta como um simples *standart* argumentativo-persuasivo, além de sempre corrermos o risco de o intérprete/juiz/tribunal utilizar a 'moralidade' como porta de ingressa de apreciação 'ad hoc'"[7].

Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo, a dificuldade encontra em se situar a exata incidência do princípio da moralidade ante o seu caráter plurissignificativo, de conceito determinável, embora com densidade mínima[8]. É um convite a interpretações casuísticas a

---

[6] ÁVILA, 2013, p. 53 pontifica: "a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação, e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos".

[7] STRECK, 2011, p. 582.

[8] MELLO, ,1992, pp. 29-31:"É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto.

Acresce que o direito é uma *linguagem;* é uma fala que veicula *prescrições.* O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo a que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar na conformidade das leis e evitar as consequências de sua eventual transgressão. Segue-se que o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde.

Assim, nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha (real ou pretensamente), sobre o que é 'segurança pública', 'moralidade pública', 'urgência', 'interesse público relevante', 'tranquilidade pública' ou de outros conceitos fluídos do gênero. A intelecção bizarra, original ou as peculiares idiossincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes reconhece em dado meio social. Tais conceitos não têm elastério determinado pelo peculiar subjetivismo (verdadeiro ou não) do agente tal ou qual, mas cingir-se a um campo delimitado pela intelecção *razoável*, corrente, isto é, aquela que é normalmente captada pelos administrados, porquanto para reger-lhes os comportamentos é que a regra foi editada.

Além disso, tem-se que admitir, ainda, que uma interpretação destes conceitos fluidos, também chamados de 'indeterminados', se faz contextualmente, ou seja, em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas, porque ninguém interpreta uma regra de direito tomando-a como um segmento absolutamente isolado. Ao se usar a expressão segmento, já se está a indicar que é parte de um todo. Ora, *as partes só entregam sua realidade exata quando se tem conhecimento do todo*. Não é possível apreender o significado de uma parte, sem antes abrigar na mente ao menos uma noção do que seja o todo. Para invocar o mais tosco e rudimentar dos exemplos, basta pensar que ninguém conseguirá entender o que é mão sem ter ideia do que é braço, ninguém conseguirá entender o que é braço sem ter ideia do que é um corpo humano. Assim, agiria de modo estulto quem pretendesse interpretar algum conceito normativo tomando-o desligadamente do todo contextual de que faz parte. Esse todo contextual termina por adensar um pouco que haja de fluidez nesse conceito, embora não elimine *sempre* necessariamente e de modo completo, o campo de possíveis dúvidas.

De toda sorte, até o ponto em que se chegou, pode-se dar como certo que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a intelecção das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do *campo significativo possível* daquelas palavras, considerando tal campo significativo ao lume da acepção corrente que tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo".

vagueza conceitual e, muito mais do que isso, à eventual densificação moralizadora que se queira impregnar no sistema, inclusive, para fins de gerar um conflito entra regra posta e princípio, no qual àquele, legitimamente criado pelas instituições, cederia espaço a este especialmente se estiver a analisar a incidência direta do princípio da moralidade[9].

Como Cretela assevera, ao analisar o caso concreto poderá se observar que a moralidade pode ser encontrada em traços disfarçados pela legalidade, sob o "espírito da lei*"* ou sob a capa dos "princípios gerais do Direito[10]*"*. Certamente, não se afigura hermeneuticamente correta a resposta exposta no período anterior, posto que buscar o axioma normativo (daquilo que o legislador teria pensado em fazer [?] *mens legislator* ou do que lei busca[?] *mens legis*) não significa aplicar o direito. Daí que nesta toada, também desemboca em águas turvas do ponto de vista hermenêutico, Márcio Cammarosano[11], quando no arremate de sua tese de doutoramento, confunde a (i) moralidade administrativa com vício de fundamentação ou, desvio de finalidade[12] ou abuso de poder.

A questão problemática é saber a que tipo de moralidade administrativa se refere, em sendo um conceito bastante aberto e movediço a casuísmos, ante o que uma corrente doutrinária defende tal qual o escólio da administrativa e hoje ministra da Corte Suprema, Carmen Lúcia:

> A moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta[13].

---

[9] Na dicção da Eros Grau.

[10] CRETELLA, 1999, p. 133.

[11]CAMMAROSANO, op. cit., p. 115: "Evitando colher, nos dias que correm, exemplos até de confessada ofensa ou ameaça de ofensa à moralidade administrativa, hoje mais camuflada, conquanto nem sempre, acreditamos, basta evocar 'pérolas' do tipo: 'Fi-lo porque quis'; 'que não me provoquem'; 'aos amigos a lei, aos inimigos os rigores da lei'. E, como espírito da ingênua ou deformada indulgência popular com relação ao administrador ímprobo, mas supostamente empreendedor, o dito já clássico da nossa história política: 'rouba, mas faz'".

[12] ABBOUD, Georges, 2014, p.81; quando enfrenta o tópico "controle da finalidade do poder" quando assinala: "O vício de desvio de poder é um vício de estrita legalidade. O que se controla através dessa técnica é o cumprimento do fim concreto que asssinala a norma habilitante e esse controle se realiza mediante critérios jurídicos estritos e não mediante regras morais".

[13] ROCHA, 1994, p.191.

Também seguindo esse viés, Weida Zancaner defende que "deve ser sacado do próprio conceito de moralidade em uma determinada sociedade em uma determinada época[14]".

Não que a moralidade administrativa tenha seu espaço incidental e uma possível densificação para colmatar e dirigir a exegese no caso concreto[15]. Não é esse o temor. A preocupação sistêmica é a deturpação, não rara, do margeamento do sistema jurídico com a invocação despida de maior juridicidade sobre o que seria, de fato, a moralidade e como ela gera ou pode surtir efeitos[16]. Tal qual a noção de discricionariedade administrativa, fundada na histórica (e equivocada) doutrina de exigência do mero binômio conveniência e oportunidade[17] para fins de legitimação de um ato administrativo, é que se teme a adoção indiscriminada da "moralidade administrativa", inclusive para se sobrepor a textos expressos, para criar hipóteses sancionatórias inexistentes, ou até mesmo, como razão de supressão de etapas imprescindíveis em procedimentos administrativos.

Reputa-se adequado aderir ao incômodo intelectual em que se constitucionalizara explícita e positivamente, a moralidade administrativa, posto que:

> Positivar um princípio jurídico cuja operacionalidade dogmática remete o jurista para a esfera da moralidade é trazer de volta ao reino da pureza jurídica esse ser enjeitado e exilado que é a moral; é também reintroduzir nesse cenário asséptico a incerteza conceitual, a subjetividade hermenêutica, o emotivismo axiológico, é, enfim, renunciar em alguma

---

[14] ZANCANER, 1993, p. 210: Na mesma esteira vide ZOCKUN, 2008). Há quem defenda o princípio da moralidade como uma "regra em branco", remetendo-se às regras éticas vigentes no seio da sociedade, exigindo-se disciplina deôntica para complementação de quais são estes deveres éticos

[15] Destaca ÁVILA, op. cit., pp. 99-100 sobre o assunto: "ao invés de meramente afirmar que a Administração deve pautar sua atividade segundo os padrões da moralidade, é preciso indicar que, em determinados casos, o dever de moralidade foi especificado como o dever de realizar expectativas criadas por meio do cumprimento das promessas feitas ou como o dever de realizar os objetivos legais por meio da adoção de comportamentos sérios e fundamentados. Enfim, é preciso substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização". E mais adiante, cotejando-se com um exemplo prático, ÁVILA (p. 104) concluir que o "princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração".

[16] "Diante disso, não há como se aceitar que o conteúdo do princípio da moralidade seja preenchido pelas regras de moral comum, primeiro porque isso geraria total insegurança jurídica, segundo porque ocorreria frontal ofensa à tripartição de funções, tendo em vista a ausência de atividade relegada ao Poder Legislativo". ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade – algumas considerações, p. 43 .*In* PIRES, ZOCKUN; ADRI. Op. cit..

[17] " Convém ressaltar que é uma decisão que não diz nada e não pode ter a sua correção ou validade contrastada. Outrossim, os conceitos de interesse público, conveniência e oportunidade têm tamanha vagueza semântica que, dentro deles, praticamente tudo cabe, ou seja, como eles são performáticos, logo indiscutíveis, eles podem servir de base para fundamentar qualquer ato administrativo, inclusive, de caráter contraditório" In ABBOUD, op. cit., p. 139.

> medida aos paradigmas da certeza e da objetividade conquistados com a redução do direito à legalidade[18].

Com a contundência e assertividade necessária, o português Marcello Caetano reconhece que a moralidade administrativa é aquela acautelada pela lei, cabendo a esta conceituar e definir o que é moral ou imoral, aduzindo ainda:

> No Direito Administrativo, como em qualquer outro ramo de Direito, a Moral só vale na medida em que, sendo recebida pela norma jurídica e como conteúdo desta, passe a beneficiar da sanção peculiar da ordem jurídica em lugar de ficar limitada às suas sanções peculiares (reprovação das consciências)[19].

A moralidade administrativa reconhecida como princípio jurídico apenas significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética, consoante leciona Gilmar Mendes[20].

Referido princípio, nas felizes palavras de José Augusto Delgado, "prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil de sua ação, a própria ideia do dever de exercer uma boa administração"[21], ou seja o exercício da administração em prol de objetivos coletivos e nunca individuais, como observado nos autos.

Assim, o cumprimento do postulado constitucional da moralidade administrativa, pressupõe "o paradigma ético a ser seguido pelo administrador não quando lhe aprouver, mas em toda conduta administrativa. "[22]

A moralidade administrativa, conforme doutrina citada por Kele Cristiani Diogo Bahena possui funções positivas, impondo a ampliação dos deveres dos agentes públicos, quanto ao cumprimento de paradigmas éticos e também negativas, quanto à limitação de ações dos administradores[23].

Há de se perquirir, para fins de se considerar um princípio da moralidade com distinção jurídica, um sentido próprio, sob pena de se rotular como acessório de outros móveis jurídicos. Outrossim, não se descura que a incidência do princípio da moralidade como um vetor para a

---

[18] MELLO, 2004, p. 94.

[19] CAETANO, 1996, p. 147.

[20] MENDES, 2013, p. 822.

[21] DELGADO, 1991, p. 36.

[22] BAHENA, 2010, p. 71.

[23] Op. cit., p. 69.

Administração Pública, como não deveria deixar de ser em uma República que vele pela separação do público e do privado e combata os abusos e desvios de poder.

Com estas reflexões, passa-se a investigar outros aspectos a envolver a evolução da moralidade, em seu retrospecto histórico até a consagração na Lei de Improbidade Administrativa.

A EVOLUÇÃO DA INCIDÊNCIA DO CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI DE IMPROBIDADE

A incorporação em lei da moralidade e, em especial, da moralidade administrativa, goza de uma larga tradição no arcabouço jurídico brasileiro.

Historiciza Sebastião Sérgio da Silveira[24] as origens do combate aos atos ímprobos, afora a esfera de responsabilização penal[25], advindo desde a Constituição do Império de 1824 (por atos praticados por Ministros de Estado, artigo 133, I, II, III, IV); perpassando pela Constituição de 1891, que trouxe pioneiramente o crime de responsabilidade, como por exemplo, por cometimento de atos atentatórios contra a probidade da administração (art. 54, §§6º e 7º); na Carta de 1934, também reproduzia os conteúdos da Constituição de 1891 (agora no artigo 57, alíneas "f" e "g"; a Constituição de 1937 igualmente ao contido na Constituição pregressa (agora no artigo 84, "d"); a Constituição de 1946 repristina comandos anteriores (art. 89, V e VII), avançando, outrossim, na possibilidade de sequestro e perdimento de bens, nos casos de enriquecimento ilícito (art. 141, §31). Também a disciplina foi mantida nas ulteriores constituições, como no Texto Maior de 1967 (art. 150, §11) e também após a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, para ampliar a esfera protetiva também ressaltando a Administração Direta e Indireta (art. 153, §11), como anota Waldo Fazzio Junior[26]

No plano infraconstitucional, dando regulamentação aos preceitos da Constituição de 1946 adveio a Lei Pitombo-Godoy Ilha (Lei n. 3.164, de 1º de junho de 1957), no qual cuidou

---

[24] SILVEIRA, 2010, pp. 352-353.

[25] FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 4: (...) que mais comumente se pune os atos atentatórios contra a probidade administrativa no plano penal, observando a previsão desde o Código Criminal de 1830, passando pelo Código Penal republicano (1890), depois na Consolidação das Leis Penais (1932), até atingir o vigente Código Penal de 1940. Ainda Sebastião Sérgio da Silveira (op. cit., p. 352 acentua um retrospecto anterior: "Quando do descobrimento do Brasil, tinha vigência em Portugal, uma compilação de leis intitulada Ordenações Afonsinas, em que seu Livro V, tipificava diversas infrações penais relacionadas com lesões aos Direitos da 'Coroa'. Da mesma forma, no Livro I, Título IX (VIII) atribuía ao Ministério Público de então (*Procurador de Nossos Feitos*) a defesa dos interesses '*Reaes*'".

[26] Op. cit., p.3.

de disciplinar o sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública, a iniciativa do Ministério Público ou de autor popular para ingresso da ação bem como a declaração e registro de bens e ocupantes de cargos públicos, carecendo, todavia, de tipificação de quais atos seriam considerados ímprobos, razão pela qual, foi uma lei inócua[27].

Posteriormente, a Lei n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958, conhecida como Lei Bilac Pinto cuidou de avançar consideravelmente sobre quem eram os servidores públicos, bem como em prever os atos ímprobos, tipificando-os na modalidade enriquecimento ilícito[28], além de regulamentar o sequestro e o perdimento de bens. Anota Silveira severas críticas conquanto ao retrocesso desta norma que, previu legitimação exclusiva para a pessoa jurídica lesada para a promoção de medidas judiciais, bem como, fixou um exíguo prazo à propositura de tais medidas[29].

Não cuidando de disciplinar diretamente os atos de improbidade, a Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965 instituiu e regulamentou a até hoje disciplina vigente das ações populares, mormente constitucionalizadas desde a Carta de 1967 e até a ora vigente.

A moralidade, como visto, é presente na Constituição, e agora, explicitamente, em seu artigo 37, §4º. ao prever a possibilidade de persecução por infração aos princípios constitucionais (os explicitados no *caput* do mesmo artigo, dentre os quais o da própria moralidade), por constituir ato de improbidade administrativa. Os infratores do retrocitado dispositivo constitucional estão sujeitos à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens, e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal respectiva.

A Lei de Improbidades (8.429, de 2 de junho de 1992)[30] que dá vazão e efetividade ao vigente preceito constitucional, prescreve a importância da moralidade no seu artigo 4º: "Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos".

---

[27] SILVEIRA, Op cit., p. 353.

[28] FAZZIO JR, op. cit., pp 7-8.

[29] SILVEIRA, op. cit., p. 354.

[30] BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8429.htm, acessado em 16 de janeiro de 2009.

A probidade administrativa é um atributo derivado da moralidade administrativa, que consiste no dever de o "funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades deles decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer".

Para o mesmo José Afonso da Silva, a probidade administrativa consiste:

> O funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. [31]

Neste sentido, Wallace Paiva Martins Jr assevera:

> Os valores éticos (lealdade, honestidade e moralidade) devem integrar a atividade administrativa, de qualquer natureza ou espécie, como núcleos fundamentais descendentes do princípio da boa-fé, de modo que não é possível dissociar o elemento ético ou moral da conduta ou atividade jurídica, sob pena de incidir nas figuras do abuso e da fraude do direito, transplantadas para o direito administrativo nas formas peculiares do abuso e desvio de poder.[32]

Fábio Medina Osório discorre com propriedade sobre a moralidade nos atos de improbidade:

> Também decorre do controle da moralidade a exigência de que a conduta administrativa 'não deixe dúvidas acerca da conformidade à lei, entendida em seu aspecto substancial, isto é, em relação à sua finalidade e não apenas à sua forma (Judith Hofmeister Martins Costa, As funções do princípio da moralidade administrativa).
>
> Exigem-se, pela via da moralidade pública, não apenas a honestidade, mas a aparência de honestidade e a lisura dos atos administrativos.

[31] Ibidem.

[32] MARTINS, 2006, pp. 65/66.

> Cobra-se transparência da atividade pública e dos atos administrativos. A honestidade do administrador, no desempenho de suas atribuições, deve revestir-se de formalidades tais que não se permitam dúvida a este respeito.
>
> [...]
>
> Não há espaço para suspeitas nos procedimentos públicos. A mera suspeita, aliás, desde que respaldada em indícios mínimos, traduz ofensa ao princípio da moralidade, ainda que o procedimento se adapte às exigências legais específicas[33].

Têmis Limberger, escoimado nas valorosas lições de Antônio Brandão, assenta que a violação da moralidade administrativa tanto pode ocorrer quando o administrador agiu com o objetivo de ser desonesto tanto quando desobedeceu a ordem institucional, e logrou vantagem patrimonial para si ou terceiros[34].

Para Marino Pazzaglini Filho moralidade administrativa tem a seguinte acepção:

> A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito[35].

Dito autor ilustra ainda que, a legalidade, como princípio acima dos demais, somente pode ser entendida como a "legalidade ética", ou seja, "legalidade sempre associada a moral na gestão pública". É dizer que legalidade sem ética deslegitima a autoridade, e distancia o direito da justiça[36]. A probidade administrativa é um dever do administrador público[37] e a sua falta, a

---

[33] LIMBERGER, 1998, pp. 213-214

[34] PAZZAGILINI, 1998, p. 126.

[35] PAZZAGILINI, 2000, p. 28.

[36] PAZZAGILINI, 2002, p. 31

[37] CARVALHO FILHO, 2014, p. 65.

improbidade, é punível, na forma da lei. A finalidade desta legislação segundo apontamento de Silveira, Scarpino e Lima objetiva:

> Como uma garantia da legitimação da vontade, o tratamento da moralidade administrativa consiste em tratar o desvio de poder ou de finalidade, sendo justo o uso do poder estatal pelos dirigentes, desde que utilizado com respeito perante a sociedade e os cidadãos individualmente, que no caso de desrespeito podem utilizar da via administrativa ou judicial para garantir a eficácia da defesa efetiva da integridade administrativa.
>
> Sem dúvida o controle da moralidade administrativa é fundamental para ampliar a aceitação do Poder Público pela sociedade que o justifica e sustenta, proporcionando também renovar os níveis morais no âmbito da Administração Pública, perante a sociedade, agindo de acordo com as finalidades públicas legítimas[38].

A Lei de Improbidade Administrativa como dito anteriormente, pode gerar a suspensão dos direitos políticos, em consonância ao que dispõe o art. 15, inciso V da Carta da República. A Lei de Improbidades também condiciona a suspensão dos direitos políticos e outras sanções, com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20).

Seus atos podem ser divididos em três categorias: sendo eles os que causam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Vale ressaltar a advertência de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira: "improbidade não se confunde com ilegalidade, exigindo-se, ainda, a configuração da desonestidade do agente público[39]".

O simples fato do ato ser considerado antijurídico e ferir princípios da Administração não garantem que o dolo seja presumível, conforme atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> Em tese, há plausibilidade nas alegações veiculadas no recurso especial, bem como possibilidade de sucesso dessa irresignação no concernente

[38] SILVEIRA; SCARPINO JUNIOR e, LIMA, 2014, p. 61.

[39] NEVES, 2012, p. 91.

> à questão da imputação de conduta ímproba tipificada no artigo 11 da Lei 8.429/92, sem que tenha sido apurado o elemento volitivo do agente. E assim se diz, em tese, porque se está no âmbito de uma cognição sumária, evitando-se, assim, qualquer prejulgamento do apelo excepcional, o qual será examinado, na sua profundidade, após o devido processamento.
>
> Conforme consta do item 12 da ementa do acórdão de apelação, fora reconhecida a lesão aos princípios da administração pública com a dispensa da análise do dolo ou da culpa do administrador, que contratou trabalhadores temporários com fundamento na Lei Municipal 1.130/97. Os julgados mais recentes das Turmas que compõem a Primeira Seção (Resp 1.140.544/MG, REsp 997.564/SP, REsp 1.035.866/CE, REsp 765.212/AC) e, mais recentemente, da própria Seção (REsp 951.389/SC) seguem, todavia, a linha de que a subsunção da conduta do agente à norma do artigo 11 da Lei 8.429/1992 não pode levar em conta apenas a incompatibilidade dos fatos com os princípios da administração pública[40].

A jurisprudência já pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[41] anda na linha de que as espécies "enriquecimento ilícito" e "atos que atentam contra os princípios da

---

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, MC 16.932-PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática de 22.06.2010.

[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 28/9/11: "AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE. 1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010). 2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. 3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados. 4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92)".

Administração Pública" admitem, exclusivamente, a modalidade dolosa, como se vê: "É necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10[42]".

Admite-se, no entanto, a condenação por atos de improbidade administrativa na modalidade culpa[43], nas infrações de improbidade administrativa cometidas sob a rubrica do artigo 10. Ora, para a caraterização de ato de improbidade pela subsunção do art. 10 não basta a alegação furtiva de "imprudência". Máxime a existência de outros elementos, como coligidos pela doutrina[44]:

a- Existência de uma ação ou omissão do agente público;

b- Vínculo da ação ou da omissão com o exercício de uma função pública;

c- Dolo ou a culpa do agente público

d- Comprovação de um dano ao patrimônio público em seu sentido decorrente de uma violação legal.

Por outro lado, a conduta prescrita no artigo 9º, enriquecimento ilícito, também está a desafiar a presença do dolo. Isso porque, ninguém se enriquece ou enriquece a terceiro, ilicitamente, sem que tenha a nítida intenção de fazê-lo.

De igual sorte, o malbaratamento aos princípios da Administração, prescritos no artigo 11, também exigem que elemento subjetivo do tipo apto a ensejar a condenação seja dotado de

---

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12.

[43] OLIVEIRA, op. cit, p. 86: "Aliás, na forma culposa, há violação ao dever de cautela por parte do agente público e do terceiro, o que justifica, em princípio, a aplicação de sanções. Ora, se o Direito Penal, que estabelece sanções graves, inclusive com restrição de liberdade dos indivíduos, admite a prática de crimes culposos, com maior razão deve ser admitida a previsão legal de atos de improbidade da modalidade culposa". Adverte FAZZIO JR., op. cit., p. 134 quanto reclamar ou não o elemento culpa do elemento "má-fé": "O empenho na proteção do patrimônio público econômico é o que justifica a inserção entre atos de improbidade administrativa (exteriorizações de má-fé) de condutas culposas. Por isso, compreendem-se os atos subsumidos nessa espécie anômala como atos de improbidade administrativa por assimilação. De fato, só podem ser condutas culposas equiparadas a atos de improbidade, uma vez que, sem apego à ficção, não se poderá compatibilizar o contingente de má-fé dos atos de improbidade com a imprevisibilidade (substância do agir culposo). A expressão *improbidade culposa* soa mesma como uma ficção, vale dizer, uma negação da realidade que se assume como pressuposto hipotético de sanções civis e político-administrativas".

[44] GOMES JUNIOR; Et all, 2012, p. 114.

dolo. Segundo pacífica jurisprudência do STJ, o tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144, de Relatoria do Ministro Celso de Melo, pode-se extrair uma passagem lapidar:

> A Lei de Improbidade Administrativa, dessa maneira, em atenção ao princípio da segurança jurídica (que tem, na formação da coisa julgada, a causa visível de sua concretização), condicionou a adoção daquela medida restritiva de direitos políticos, à existência de uma situação juridicamente consolidada, que representa – tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional – uma garantia de preservação de sua integridade.

Por essa razão, é possível assentar que o país constitucionaliza a proteção da probidade administrativa e está preocupado cada vez mais em punir os malfeitos[45], na forma da lei, os desvios de conduta, na ínsita ligação entre proteção da coisa pública e porque não, do afastamento da esfera administrativa de seus malfeitores.

AS CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES NO PERÍODO ELEITORAL E OS REFLEXOS NA LEI DE IMPROBIDADE

A possibilidade de reeleição a cargos eletivos, notadamente dos ocupantes de funções de chefia do Poder Executivo preocupa, sobremaneira, o equilíbrio de forças daqueles que gozam de uma função pública, em detrimento de outros que querem àquele posto, em condições de igualdade.

[45]A propósito um breve estudo de SILVEIRA, S.S.; SCARPINO JUNIOR. L.E., LIMA, Ticiani Gaberllini Barbosa em "A Meta 18 do CNJ na defesa da probidade administrativa: uma análise sobre a produtividade jurisdicional brasileira": "A atuação institucional do CNJ revela e justifica o seu papel no aperfeiçoamento no Judiciário nacional. A contemporaneidade cobra o preço na exigência de celeridade processual. Decorre daí o estabelecimento de Metas aos Tribunais, sendo que ora objeto de estudo, a de número 18, que cuida da proteção dos direitos do cidadão e da probidade administrativa. A meta n. 18 revela que a Justiça brasileira deverá identificar e julgar até 31/12/2013 todas as ações de improbidades administrativas distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), à Justiça Federal e aos estados até 31 de dezembro de 2011" . *In* I **Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. 2014.. Grupo Temático Direitos Coletivos e Cidadania no Século XXI. Ribeirão Preto, Universidade de Ribeirão Preto, 2014.

O princípio da igualdade de oportunidades é um cânone indispensável ao menos, do ponto de vista formal, a consagrar o uso de meios paritários na forma de alcançar o eleitor colimando a conquista do voto.

Outrossim, por uma questão que dispensa maiores considerações, a possibilidade de recondução de cargos tem o inequívoco potencial desagregador, de sorte que a legislação eleitoral, notadamente a Lei n. 9.504/97 estipula em seus artigos 73 a 78 as condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais.

Àquele que ocupa um posto público, seja em decorrência de um concurso público ou mesmo, por força de um mandato consagrado nas urnas, exerce uma função pública, com poderes públicos, mantidas às custas do erário.

Nem se precisa expender maiores digressões acerca da essencialidade de se manter na República o distanciamento dos interesses privados da seara pública. O entrose indevido do público no privado leva a distorções tamanhas, a ponto de se consagrar como corriqueiro (e ainda assim, nunca normal), o uso da máquina administrativa em prol de determinado interesse político a granjear vantagens a determinados grupos ou pessoas.

A essencial hermetização do uso de meios estatais frente aos seus agentes é uma tarefa hercúlea, notadamente se o Estado Patrimonialista, que advém de tempos longínquos, ainda reside nas mentes de (alguns) ocupantes de postos públicos e pior, do próprio eleitorado.

Eros Grau constata que a coisa pública pelo que se tem na realidade, é a coisa do Estado e não a coisa do povo, efetivamente[46]. Continua aduzindo que o traço individualista, excessivamente focado naquilo que é privado na sociedade brasileira, resvala na confusão público x privado quando se refere ao comportamento das elites, de indeléveis marcas culturais, até hoje com dificuldade de superação.

O historiador Sérgio Buarque de Holanda já revelava a figura do funcionário patrimonial, em que se vale do posto para atender a seus interesses pessoais, e não ocupam os postos públicos por merecimento, mas pela confiança e nos laços de pessoalidade para com seus chefes[47].

---

[46] GRAU, op. cit., pp. 254-255.

[47] HOLANDA, 1995, p. 146.

Não fosse isso, dispensável seria ter que se incidir uma Súmula Vinculante proibitiva de nomeações para funções públicas de parentes de outros ocupantes.

Nelson Saldanha em um rompante linguístico, afirma que "nesse país nenhum homem é repúblico[48]", como forma de escancarar seu inconformismo ante a normalização de práticas de apropriação do público pelo privado, assentando ainda que "o problema se liga inclusive ao hábito muito brasileiro de confundir instituições com pessoas[49]".

A tradição brasileira não é das mais auspiciosas, o que não importa em considerar o intrínseco fluxo republicano na ressignificação dos princípios clássicos, dentre os quais o da moralidade.

Retomando-se às reflexões anteriores, o §7º. do art. 73 da Lei n. 9.504/97[50] prescreve o enquadramento das condutas vedadas do caput do artigo 73 (em verdade, seus incisos), como aptas a, além de ensejarem as punições eleitorais (que vai desde multa até cassação do registro ou diploma), no amolde às condutas típicas de improbidade administrativa. Outrossim, mesmo que os fatos narrados se enquadrem como improbidade administrativa, não estará obstada a competência da Justiça Eleitoral para apuração dos eventuais ilícitos eleitorais, como decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral[51].

Segundo o retrocitado parágrafo, o cometimento de condutas vedadas importa em violação aos princípios, especialmente por praticar ato visando fim diverso daquilo que a lei prescreve (qual seja, art. 11, I, da Lei n. 8.429/92).

Por conseguinte, além do postulante a cargo político que usurpar de suas funções públicas, valendo-se de seu cargo, de modo a correr riscos eleitorais, continuará a ser responsável por abusar de sua condição política, respondendo-se na seara cível-administrativa pelo desvio.

---

[48] SALDANHA, , 2005, p. 131.

[49] Op. cit., pp. 133-134.

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

§ 7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

[51] BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 2365, Acórdão de 01/12/2009, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/02/2010, Página 20

O ABUSO DO PODER POLÍTICO E A IMORALIDADE ADMINISTRATIVO-ELEITORAL

É notável o uso desproporcional de meios daqueles que estão na máquina pública merecem repúdio tanto na seara eleitoral (acaso o abuso seja veiculado com esta finalidade) quanto na esfera cível-administrativa.

Não se olvide que o evidente abuso do poder econômico e político, perpetrado pelo ocupante de cargo ou função pública, contraria uma das mais sagradas premissas da democracia, que é a disputa isonômica entre todos os postulantes.

A legitimidade das eleições traduz a maturidade de um povo comprometido com sua democracia, e qualquer mácula nesse processo, fragiliza o poder do voto.

Pela sua relevância, a plenitude desse exercício democrático é consagrada logo no primeiro artigo da Constituição Federal, em seu parágrafo único:

> Art. 1º. (...) Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Na luta pela consolidação democrática, foi que, a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, procurou blindar as eleições do abuso de poder econômico ou abuso do exercício da função pública, dando importante passo à legitimidade do pleito, a saber:

> Art.14 (...). § 9º. Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, **e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta**. (grifo nosso).

Não foi com outro espírito que foi editada a Lei das Eleições, n. 9.504/97, que em seu artigo 73, vedou expressamente o uso de servidores públicos em campanha, buscando legitimar o pleito, preservar a isonomia e a probidade nas eleições, dispondo:

> Ceder servidor público ou empregado na administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder executivo, **ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal,** salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado.

No mesmo sentido, o *caput* do artigo 73 da Lei 9.504/97 é textual em vedar aos candidatos "condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais".

Interessante precedente de abuso de poder político, consistente no uso indevido de funcionários públicos (comissionados) para se embrenhar em campanha eleitoral a mando de Secretário Municipal a que estavam subordinados, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a existência de latente improbidade administrativa, na modalidade lesão aos princípios, por conta de maltrato à isonomia e à publicidade[52], como se pode conferir no seguinte excerto:

> Ora, tal fato, independente de eventuais laços de amizade com os servidores convocados, ou de correligionarismo, de estarem, ou não, os invitados em férias ou dia de folga, constitui clamorosa afronta à ética pública, fundamento das sanções contidas na chamada Lei de Improbidade, pela inobservância dos princípios nucleares da Administração Pública (LEI 8.429/92, art. 4º), mesmo que do fato o agente não aufira vantagem patrimonial imediata e não resulte manifesta lesão ao erário.
>
> O que por si só basta é o desvio de finalidade da gestão pública, através do uso de seus servidores para prestarem desserviço em proveito particular do gestor. Era de se esperar que o réu, como Secretário do Município - portanto, em posição hierárquica capaz de exercer o temor reverenciai dos servidores convocados - não só se abstivesse do convite formulado, como impedisse que os seus subordinados, exatamente pela função exercida, fossem dissuadidos e proibidos de atuarem em

[52] SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado, APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 443.850-5/8-00, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 5.9.2007.

> campanha eleitoral em prol dos interesses dos administradores da gestão em exercício Impediam-nos os princípios jurídicos referidos, sobretudo, como já dito, o da moralidade e o da impessoalidade.

Neste mesmo decisório, a Corte Bandeirante entendeu que a confusão público x privada operada por agente público compromete a ética pública e traz escárnio para com a possibilidade de funcionários subordinados supostamente poderem se recusar a trabalhar eleitoralmente para seu chefe, imputando-se a este uma dura mensagem:

> É induvidoso, portanto, que o réu desviou a finalidade da função pública exercida, violando, com a convocação de servidores para servirem a seu interesse pessoal exclusivo, os deveres de retidão, o que implica comportamento contrário às prescrições do ordenamento jurídico, equivalente à prática de ato proibido.

Conforme é sabido, os servidores públicos, inclusive os comissionados, são remunerados pelos cofres públicos, para prestação de serviços à população e, jamais lhe é permitido atividade em prol de interesses pessoais, seja em seu horário de expediente, ou o que é pior, gozando férias, é dizer, recebendo dos cofres públicos pagos pelos cidadãos. Incide aqui uma tentativa de burla a todo o arcabouço legal e constitucional invocado, ocasionando com essa vantagem, franco desequilíbrio nos pleitos eleitorais.

O impedimento de atuação em fins privados, em benefício do chefe, os acompanha inclusive em horários de folga ou períodos de descanso, isto porque, nesses intervalos, os servidores continuam no comando da "máquina administrativa", com ampla possibilidade de acioná-la para o benefício do chefe

Tal senda de abusos no exercício do poder tende a induzir à crença de que não existem limites para atender os interesses do mandatário de plantão, ou segundo Celso Antonio Bandeira de Melo,

> "(...) é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites para que não se possa abusar

> do poder é preciso que,pelas disposições das coisas, o poder detenha o poder.[53]

As condutas apuradas no processo eleitoral, acaso evidenciem a completa confusão entre o público e o privado, redundam em claríssima violação aos princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade, que devem reger a Administração Pública, na forma do preceituado no "caput" do artigo 37 da Constituição da República.

A utilização de servidores públicos em sua campanha eleitoral, por certo, viola os dispositivos da "Lei das Eleições" já mencionados alhures.

Violar o princípio da legalidade**,** segundo o qual a atividade administrativa encontra na lei seus fundamentos e seus limites, significa transformar o público em administração particular, ou seja, o Administrador Público não pode fazer tudo o que não está proibido e sim apenas o que a Lei autoriza. O que não está permitido é vedado, pois trata-se de direito público e não de direito privado, com suas normas permissivas, mas de normas autorizadoras: a faculdade deve estar expressamente autorizada.

Esse princípio, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "explicita a subordinação da atividade do interesse público, noção esta que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração".[54]

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles assinala que:

> "A legalidade como princípio de administração (CF art. 37 caput), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. 0 princípio da legalidade, que até bem pouco só era sustentado pela doutrina, passou, agora, a ser imposição legal entre nós, pela lei reguladora da ação popular, que considera nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando eivados de "ilegalidade do objeto ".[55]

---

[53] Op. cit., p. 29.

[54] *MELLO,* 1.994, pág. 24.

[55] MEIRELLES, 1995, 82.

Em outras palavras, sempre com a mesma proficiência, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

> Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração. Donde todos os agentes do Executivo, desde que o que lhe ocupa a cúspide até o mais modesto dos servidores que detenha algum poder decisório, hão de ter perante a lei - para cumprirem corretamente seus misteres - a mesma humildade e a mesma obsequiosa reverência para com os desígnios normativos. É que todos exercem função administrativa, a dizerem função subalterna à lei, ancilar - que vem da ancila, serva, escrava" [56]

Assim, ao desobedecer ao comando cogente do artigo 73 da 9.504/97, viola-se além da moralidade administrativa o próprio da legalidade consagrado no artigo 37, "caput", da Constituição da República.

Tais práticas conducentes no abuso do poder político, exemplificada neste estudo através do uso de servidores em campanhas eleitorais, enseja o cometimento do ato de improbidade administrativa previsto no "caput" do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, sujeitando-se às sanções previstas no inciso III do artigo 12 da mesma lei, consistentes em ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do princípio da moralidade administrativa e a garantia da sua efetivação através dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa se constituíram em passos importantes para a garantia de valores essenciais da República estratificada na Carta de 1.988. Todavia, ainda temos um longo caminho até a eliminação de verdadeiros entulhos, oriundos do período autoritário, que teimam em estender seus tentáculos para as disputas

[56] MELLO, 1.993, pág. 50.

eleitorais, como forma de comprometer o equilíbrio e a honradez do processo de escolha dos representantes do povo.

É consabido que a legislação eleitoral possui mecanismo de repressão aos ilícitos atentatórios da moralidade eleitoral. Não obstante, os procedimentos eleitorais não estão sendo eficientes para a garantia do postulado constitucional da moralidade administrativa.

Nas hipóteses de reeleição de ocupantes de cargos no Executivo, raramente não surgem notícias de desvios e abusos, principalmente relacionados com a indevida utilização da "máquina pública". Nesses casos todos, raramente os autores das condutas desviantes são alcançados pelas sanções eleitorais ou, quando isso acontece, seus mandatos já estão próximos do término.

Sem embargo, a grande maioria de tais condutas desviantes de administradores públicos, principalmente no que tange à utilização de bens, recursos e servidores públicos em campanhas eleitorais, pode ser alcançada por dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa.

As sanções previstas em legislação especial são severas e, por certo, a incidência desse diploma em condutas desviantes por marcar uma nova etapa na vida republicana de nosso pais, servindo, principalmente, de desestímulos para que novos atores pratiquem tão degradantes atos de improbidade administrativa. Com isso, quiçá consigamos legar um país mais justo e igualitário às próximas gerações.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 14 ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. O princípio da Moralidade Administrativa e seu controle pela lei de Improbidade. Belo Horizonte: Juruá, 2010.

CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Almeida, Coimbra, 1996.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2006.

CRETELLA JR, José. **Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21**

de junho de 1993. 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo, Atlas, 2012.

FREITAS. Juarez.O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais. 3ªed. São Paulo: Malheiros: 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel ; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo ; GAJARDONI, F. F. ; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de ; FAVRETO, R. . **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressupostos**, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

LIMBERGER, Têmis. **Improbidade Administrativa**, 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Discricionariedade e controle judicial**, São Paulo, Revista dos Tribunais,1992.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. *In* **Revista de Direito Administrativo**, 235, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 8ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes de. Direito Administrativo Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Manual de Improbidade Administrativa** – Direito Material e Processual, Rio de Janeiro, Forense, Método, 2012.

PAZZAGILINI Filho, Marino. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público – Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998,

_____ **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____ **Lei de Improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. São Paulo: Atlas, 2002

PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**, Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**, 2 ed., Rio de Janeiro, Atlântica, 2005.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Alguns aspectos processuais controvertidos na Lei de Improbidade Administrativa *In* TEOTÔNIO, Paulo José Freire et all (coord.) **Temas avançados de Direito Privado e Processo**: estudos em homenagem a J.J. Calmon de Passos. Leme, Pensamento & Letras, 2010.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SCARPINO JUNIOR. Luiz Eugênio, LIMA, Ticiane Gaberllini Barbosa. O devido processo legal na Lei de Improbidade Administrativa como ferramenta insuperável na defesa da moralidade administrativa. In I **Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em** Direito. 2014. Grupo Temático Direitos Coletivos e Cidadania no Século XXI. Ribeirão Preto, Universidade de Ribeirão Preto, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituições, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988, **Revista Trimestral de Direito Público**, n.2, Belo Horizonte, Fórum, 1993.

ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2008.