

USO DA MÁQUINA ESTATAL PARA FINS ELEITORAIS PELOS
AGENTES PÚBLICOS: INCONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO
DO INC. II DO ART. 73 DA LEI 9.504/97

CLÁUDIA CAVALARI e EDUARDO FORTUNATO BIM

1. Introdução; 2. O histórico da autorização do inc. II da art. 73 da Lei 9.504/97; 3. A supremacia constitucional como garantia contra o arbítrio legislativo; 4. O dever de obediência à fisionomia do Estado Democrático e Republicano de Direito; 5. O ethos republicano e o princípio democrático: relação de administração; 6. A violação dos princípios constitucionais; 6.1. A supremacia do interesse público; 6.2 A igualdade; 6.3. A impessoalidade; 6.4. A imoralidade; 7. O desvio de poder na lei; 8. Conclusão.

1. Introdução

Este estudo analisa as normas que autorizam o uso dos serviços e materiais postos à disposição do agente público para sua campanha eleitoral (Lei 9.504/97, art. 73, II), sob a ótica constitucional, confrontando a permissão da Lei Geral de Eleições com os princípios que norteiam o Estado Constitucional brasileiro. O objeto de nossa investigação estará entre a liberdade da decisão política do legislador e a conformidade com os princípios insculpidos, expressos ou implícitos, em nossa constituição. Para que a República deixe de ser retórica constitucional, respeitando os limites entre a coisa pública e os bens privados, é necessária uma *filtragem constitucional*¹ na legislação eleitoral, em especial no inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97.

¹ “A noção de filtragem constitucional toma como ponto de partida a noção de preeminência normativa da Constituição, partindo da concepção de Pacto Fundante como ordem normativa superior e vinculante, expressa a idéia de que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da Carta Fundamental e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que não se conformem com ela” (SCHIER, Paulo Ricardo, *Filtragem Constitucional — Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 145-146).

2. O histórico da autorização do inc. II da art. 73 da Lei 9.504/97

Os políticos brasileiros acostumaram-se a espoliar o patrimônio público para se eleger. Com o fim de acabar com essa promiscuidade, na Lei 8.713/93, art. 45, II, havia expressa proibição do candidato ou partido de receber doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie procedente de órgão da administração pública direta, ressalvada a do Fundo Partidário, ou indireta. Esse dispositivo foi repetido pela Lei 9.504/97, com pequenas alterações, no art. 24, II.

Só que na legislação anterior não havia norma parecida com o artigo 73, II da Lei 9.504/97.

O inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97 veda que se utilizem “materiais ou serviços, custeados pelos governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram.”

A norma em questão pressupõe que haja direito, por parte do agente público, a cotas de uso de materiais ou serviços dentro das respectivas repartições.

Mas, ao contrário do que parece, a verdadeira intenção do dispositivo em tela não é proibir o uso da máquina para campanhas eleitorais, mas sim autorizar seu uso para tal desiderato.

Oliver Coneglian nos relata a verdadeira exegese do dispositivo: “Mais do que uma proibição, o inc. II contém, na verdade, uma autorização: *o detentor do cargo pode usar, em benefício da própria candidatura ou em benefício do partido, dos materiais e serviços que estejam dentro das prerrogativas dos regimentos e dentro das normas dos órgãos.*”²

O que o dispositivo em análise faz é autorizar o detentor do cargo público a usar as cotas de serviços ou materiais de que dispõe como agente público para o financiamento da campanha eleitoral, sua ou de terceiros.

Esse dispositivo em questão foi criado na novel legislação provavelmente porque houve punição de um Senador por mandar imprimir, na gráfica do Senado Federal, e distribuir — utilizando-se da cota do correio a que tinha direito como Senador — 130.000 calendários para fins eleitorais. O TSE considerou abuso de poder de autoridade (político) e julgou procedente a Ação de Investigação Judicial Eleitoral contra o citado Senador, declarando-lhe a inelegibilidade e cassando seu registro para as eleições subseqüentes.³

2 *Radiografia da Lei das Eleições — Comentários à lei 9.504/97*, Curitiba: Juruá, 1998, p. 363, sem grifos no original.

3 TSE, Recurso nº 12.244/PB, Ac. nº 12.244, j. em 13/09/94, DJU 23/09/1994, p. 25.373, RJTSE 7/1/251. Por conta desta condenação, o Congresso Nacional, em um dos momentos mais baixos de sua vida institucional, confeccionou a chamada Lei da Impunidade (LC nº 86/96), que criou a Ação Rescisória Eleitoral instituindo nela o efeito suspensivo automático — possibilitando o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado — fato que foi prontamente rechaçado pelo nosso Judiciário em sede cautelar (STF, Pleno, ADIn 1.459-5/DF, Rel. Min. Sydney Sanchez, j. em 30/05/1996) e depois confirmada no mérito (j. 17/03/99, RSTF-LEX 247/24).

Os políticos, visando legitimar a rapinagem e, de quebra, garantir a impunidade, a pretexto de proibir a utilização do patrimônio público para fins eleitorais (art. 73 da Lei 9.504/97), abriram a famosa brecha legal para institucionalizar e “legalizar” a imoralidade (parte final do inc. II do art. 73).

3. A supremacia constitucional como garantia contra o arbítrio legislativo

A Constituição ocupa o ponto culminante e envolvente de toda a ordem jurídica, projetando seus influxos normativos, fornecendo as matrizes da legitimidade, que servem de fundamento ao campo operacional da legalidade. Destarte, a supremacia constitucional — requisito para o controle de constitucionalidade das normas⁴ — é princípio que decorre da própria *ratio essendi* dos textos constitucionais e, em regra, está implícito nas constituições. No entanto, em algumas constituições ele vem previsto de forma expressa (v.g., EUA e Japão).⁵ Em nosso ordenamento constitucional é princípio implícito lógico, porque decorre da própria existência da ordem jurídica, que sendo uma “pirâmide jurídica”, é hierarquizada. Já dizia Kelsen que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.”⁶ Assim, nas palavras de Larenz, “constrói-se uma concatenação de ponta a ponta entre a Constituição, passando pelas leis ordinárias e pelos regulamentos, até à sentenças judiciais e actos administrativos emitidos com base neles.”⁷

A interpretação e aplicação do Direito se dão a partir da regra de maior hierarquia para a de menor; no caso, da Constituição para a lei ordinária (Lei nº 9.504/97, art. 73, II). Há de existir compatibilidade vertical entre as normas, e caso isto não ocorra,

4 TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.

5 *Constituição dos EUA, artigo VI, 2*: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados Unidos serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.” *Constituição do Japão, art. 98*: “Esta Constituição será a lei suprema da nação e nenhuma lei, regulamento, decreto imperial ou outro ato do Governo que, no todo ou em parte, contrarie as suas normas terá força legal ou validade.” (Constituição de 1946, In: MIRANDA, Jorge, *Constituições de diversos países*, 3ª ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 86).

6 KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 247. E continua o mestre de Viena: “A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra, e assim por diante, ate abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constituiu a unidade desta interconexão criadora” (*Op. cit.*, p. 247).

7 LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 31 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 110.

prevalece a norma de hierarquia superior.⁸ O legislador, ao exercitar sua competência constitucional, deverá respeitar os limites e fins estabelecidos pelo pacto fundante do Estado, ou seja, a Constituição, porque a regra de competência não é um cheque em branco passado ao legislador (Caio Tácito).

A única proteção efetiva de que a vontade do povo, plasmada na Constituição, não será menosprezada pelo Legislativo, é a supremacia constitucional. Por isso, asseverou, com propriedade, Hugo de Brito Machado: “A supremacia constitucional é a única garantia que o direito pode oferecer contra o arbítrio estatal quando este é expresso através da lei.”⁹ Desta maneira, se a legislação infraconstitucional não se amoldar ao arquétipo constitucional, estará eivada de nulidade, por falta de fundamento jurídico para a sua subsistência. Por isso, merece aplausos a Constituição Portuguesa de 1976 quando estabelece em seu art. 3º que “O Estado subordina-se à Constituição” (item 2) e “A validade das leis e demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição” (item 3).

Em suma, a Constituição é o único dique de contenção do arbítrio estatal expresso pela lei, porque esta deverá estar em sintonia com os valores sacramentados naquela.

4. O dever de obediência à fisionomia do Estado Democrático e Republicano de Direito

O Estado tem como fonte primária normativa um documento resultante do pacto social, que é a Constituição. Nesta, plasmam-se o destino e a finalidade do Estado, enfim, sua razão de ser. “Ao outorgar o ‘poder’ aos constituintes o povo confere-lhes a obrigação de construir o Estado. O Estado haverá, portanto, de refletir com precisão os anseios desse povo. É esse anseio da sociedade que, de fato, inaugura o Estado. Os valores contidos nas disposições inaugurais do Estado são justamente esses, que a sociedade construiu ao longo da evolução de sua história cultural, política, social, econômica, jurídica etc., e que acabam por representar a própria ‘personalidade’ (a fisionomia) do Estado. Tecnicamente, esses valores são denominados ‘princípios’, exatamente porque funcionam com essas características particulares de inauguração, os quais estão incorporados ao Estatuto do Estado.”¹⁰ Por isso já se disse — e muito

8 Juan Manuel Teran, professor de Filosofia do Direito (México) e discípulo de Recasén Siches, citado por Geraldo Ataliba, asseverou: “A norma jurídica que ingressa no sistema imediatamente ocupa o seu lugar, acomoda-se às normas superiores, sofre a influência das normas superiores, e só pode ser entendida em função dos desígnios contidos nas normas superiores” (*apud* “Conflitos entre ICMS, ISS, IPI”, RDT 7/8, p. 124).

9 MACHADO, Hugo de Brito, “Dedutibilidade de tributos com exigibilidade suspensa”, RDDT 3/41.

10 MELO, José Eduardo Soares de, LIPPO, Luiz Francisco, *A Não-Cumulatividade Tributária*, São Paulo: Dialética, 1998, p. 9.

bem — que a base de toda a autoridade reside no consentimento dos governados, na sua vontade plasmada no pacto fundante que é a Constituição.

Pois bem, um Estado não deve objetivar a justiça e o bem comum porque estão plasmados na Constituição, mas sim pelo simples fato de ser Estado. Como já dizia Aristóteles, a causa final do Estado é o bem comum, motivo pelo qual a nossa Magna Carta previu, em seu art. 3º, inc. IV, que uns dos objetivos fundamentais da República é “promover o bem de todos”.¹¹ Um Estado que não tenha como fim o bem comum agride a si mesmo, nega a sua natureza enquanto tal. Assim, o interesse público primário (Alessi) deve nortear a administração do Estado, da *res publica*.¹² Obviamente, estamos falando do Estado Democrático e Social¹³ de Direito, porque em concepções autoritárias do Estado e despidas de solidariedade não há que se falar em bem comum.

Afirmar a supremacia do interesse público e sua imanente vinculação ao Estado Democrático de Direito deságua no reconhecimento da instrumentalidade dos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos.¹⁴ Por isso, Vemos no art. 266, 1, da Constituição da República Portuguesa (1976), uma mera finalidade pedagógica, ao estabelecer que “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público”, já que é da essência do Estado Social e Democrático de Direito tal desiderato.

Se o Estado é instrumento de *realização dos interesse públicos primários*, como nos ensina Marçal Justen Filho, “o exercício das competências públicas se orienta necessariamente à realização do referido interesse público.”¹⁵ Qualquer competência que for exercida pelos poderes constituídos que se desviar da finalidade do Estado,

11 Importante salientar que o preâmbulo de nossa Constituição assegura. “o bem-estar” como um dos valores supremos. Cf. Fávila Ribeiro, *Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 26.

12 “O normal desenvolvimento da estrutura administrativa em toda a sua extensão deve estar direcionado para a satisfação do interesse social, jamais desvirtuado para atender pretensões menores de particulares. É a supremacia do interesse público o pilar sobre o qual se assentam as relações entre súditos e administradores” (PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias, JÚNIOR, Waldo Fazzio, *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 123). “(...) a atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público” (STJ, JSTJ e TRFs-LEX 87/65).

13 Cf. Miguel Reale, *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*, São Paulo: Saraiva, 1999 (em vários trechos da obra); Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 26; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 74 e Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 36 e 54-55.

14 “Os poderes estatais só se justificam para a realização de interesses públicos, são, por isso, meramente instrumentais” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, 2ª ed., p. 149).

15 FILHO, Marçal Justen, “*Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo*”, RTDP 26-115. Continua o autor: “Os poderes e competências estatais não são considerados como instrumentos e assumem a condição de fins em si mesmos. Para ser mais preciso, tais poderes e competências são tratados como instrumentos de realização do *interesse público*” (RTDP 26-128).

do interesse público, será maculada pelo mais alto grau de inconstitucionalidade: atentar contra a própria razão de ser do Estado Democrático e Republicano de Direito. Assim, o interesse público primário norteia a atuação do poder estatal em qualquer de suas exteriorizações (= funções).

Outro corolário da adoção do Estado Democrático e Republicano de Direito é a *isonomia* entre as pessoas que o compõem, ou seja, de seus cidadãos.¹⁶ Com inigualável maestria, Geraldo Ataliba nos ensinou que o “Princípio constitucional fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de *todas as manifestações de poder*, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos.”¹⁷ E continua o saudoso mestre: “ Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem — seja de modo direto, seja indireto — a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime.”¹⁸ Como se sabe a isonomia é princípio que informa toda a atividade estatal, inclusive a legislativa, porque conforme nos ensina Canotilho, “A igualdade imposta pelo princípio do Estado de direito, constitucionalmente consagrada, é a *igualdade perante todos os actos do poder público*.”¹⁹

Outro princípio que decorre do modelo de Estado Constitucional por nós adotado é o da moralidade estatal. Por isso, já se afirmou sua relação com a *Democracia*, *in verbis*: “A Democracia, como regime político que realiza em essência e em sua excelência o princípio da liberdade e a garantia da libertação como experiência transcendente do homem na aventura da vivência com os outros, não pode sobreviver ou se efetivar com um conjunto de normas desapegadas da Moral construída e respeitada pela sociedade. O princípio da Democracia é a liberdade, e o seu fundamento, a legitimidade. Esta, no presente, não é concebida afastada dos padrões morais assentados socialmente.”²⁰ Isso porque o “sistema jurídico democrático fundamenta-se na legitimidade, a qual se compõe com o elemento da moralidade pública socialmente afirmada. Por isso, no sistema constitucional dos povos contemporâneos, a moralidade pública adotou aquela forma jurídica, fez-se princípio fundamental e dotou-se de natureza e vigor normativo.”²¹ Também já o associaram a *República*, porque a “moralidade tem a sua certeza na diferenciação entre o público e o privado

16 ALVIM NETO, José Manoel Arruda, “A Liminar na Ação Cautelar e a Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário”, in ALVIM, Teresa Arruda (coord.), *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário*, São Paulo: RT, 1994, p. 30-31; FERRAGUT, Maria Rita, *Presunção no Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 94.

17 ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 158.

18 Op. cit., p. 160.

19 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1996, p. 798, grifos no original.

20 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 181.

21 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 183.

e na imprescindível prevalência daquele sobre este, segundo as bases normativas. Somente o interesse público legitima o comportamento da Administração Pública.”²²

Não poderia ser diferente, a República Democrática tem como meta a realização do bem comum, e a “moralidade não é mais do que o conjunto de normas orientadoras do homem na realização de seu fim. Ora, se o fim normativamente definido não foi buscado, se dele se desviou, a conduta é considerada moralmente questionável. Se se cuida de finalidade pública, a ser buscada pela Administração Pública nos termos definidos juridicamente, o seu desvio significa afronta às normas de Direito, nas quais se contenham o princípio da moralidade administrativa.”²³

A moralidade legitima o comportamento estatal, não se circunscrevendo apenas à Administração Pública. Seus tentáculos estendem-se a todo o comportamento estatal, quer seja ele expresso através de ato administrativo, quer judicial ou mesmo legislativo.²⁴

Em suma, o modelo do Estado Democrático e Republicano de Direito é carregado de imensa carga semântica, tendo como corolário o princípio que as competências (funções) públicas devem respeitar, dentre outras coisas, o interesse público (primário), a isonomia e a moralidade.

5. O ethos republicano e o princípio democrático: relação de administração

A verdadeira democracia é a que deposita no povo o poder do Estado. A Democracia é o Governo do povo, pelo povo, para o povo. A Constituição, bastante

22 *Ibidem*, p. 214. Em outra obra (*O Princípio Constitucional da Igualdade*, Belo Horizonte: LÊ, 1990, p. 112) a Professora mineira aduziu que “Não há imoralidade administrativa sem favorecidos. Comete-se ela para que o privilégio ocorra. Mas nada frustra mais o princípio republicano que a imoralidade, porque nela se contém todos os vícios que se estandartizam e se multiplicam na lesão os demais princípios e normas que embasam o ideário republicano normativizado.”

23 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 212. No mesmo sentido: STJ, RSTJ 73/191.

24 Quanto à moralidade ser aplicável aos atos legislativos, conferir a conclusão aprovada pelo plenário do XXI Simpósio Nacional de Direito Tributário, respondendo a seguinte questão: “O princípio da moralidade aplica-se aos atos administrativos ou também a quaisquer disposições legislativas sobretudo quando emanadas do Poder Executivo (Medidas Provisórias)?” Resposta: “O princípio da moralidade aplica-se aos atos administrativos como também a quaisquer disposições legislativas, sobretudo quando emanadas pelo Poder Executivo (Medidas Provisórias).” Dentre os doutrinadores que apresentaram trabalho escrito ao referido Simpósio, Antonio Manoel Gonzalez, Aristides Junqueira Alvarenga, Celso Ribeiro Bastos, Diva Marlebi, Gabriel Lacerda Troinanelli, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José de Oliveira Messina, Luiz Vicente Cernicchiaro, Mana Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo Lobo, Marilene Talarico M. Rodrigues, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Paulo de Lorenzo Missina, Plínio José Marafon, Vittorio Cassone e Wagner Balera, concluíram que o princípio da moralidade é aplicável aos atos legislativos do Estado, não se circunscrevendo somente ao Poder Executivo (MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.), *O Princípio da Moralidade do Direito Tributário*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1998).

sensível a este conceito de democracia, proclamou que “ todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

República democrática é aquela em que o poder pertence ao povo ou ao Parlamento, por ele eleito para representá-lo.

Sendo a democracia o governo do povo, pelo povo, para o povo, conclui-se que os Governantes nada mais são do que depositários da *res publica*,²⁵ tendo seus poderes para exercer o seu mandato ou cargo visando o bem comum, o interesse público (primário). “Em um Estado Democrático de Direito, o Estado somente está legitimado a ser sujeito de interesse público. Atribuir ao Estado a titularidade de interesse privado seria infringir o princípio da República.”²⁶

Deste modo, o mandato político (que de forma alguma é imperativo) é o centro de nossa República Democrática, porque não há como se representar o povo sem que haja um instrumento que viabilize essa representação (CF, art. 1º, parágrafo único).²⁷ Ele viabiliza a representação popular e quem nele está tem o dever de agir como administrador da *res publica*, está sob a relação de administração.²⁸

Relação de administração nada mais é do que a “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente. Nela não há, apenas, um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro. Na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade. A administração é a atividade do que não é senhor absoluto... Em suma, o necessário — parece-nos — é *encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos.*”²⁹

25 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, Almedina, 1996, p. 484. José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 104, nota 10), citando Lhering, doutrina que “*res publica*, como personalidade, na concepção do Estado da época posterior à sociedade gentílica, implica, originariamente, o que é comum a todos: *res publicae* são as diversas coisas da sociedade pública, às quais todos têm igual direito.”

26 FILHO, Marçal Justen, “*Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo*”, *RTDP* 26-117.

27 Cf. ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, 2ª ed., Malheiros, p. 91.

28 Por isso, Ataliba nos ensinou que “... a idéia de representação e o instituto do mandato, como fulcros da concepção republicano-democrática — do ponto de vista jurídico —, explicam-se pela relação de administração, que entre nós encontrou seu expositor máximo em Ruy Cirne Lima (ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, 2ª ed., p. 90).

29 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, RT, 1967, p. 296, sem grifos no original *apud* ATALIBA, Geraldo, *op. cit.*, p. 80-81. “... os exercentes de funções políticas agem debaixo de um estatuto especial, viabilizado pelo mandato; esse estatuto foi qualificado por Cirne Lima como relação de administração. O administrador gere coisa alheia. O dono continua sendo o povo. É em seu nome que age o governante, que não pode se comportar como dono, mas como administrador mandatário. Por isso, Sampaio Dória vê no mandato político espécie perfeita do gênero mandato” (ATALIBA, Geraldo, *op. cit.*, p. 94).

Na República democrática, “sendo o povo o titular da *res publica* e sendo esta gerida, governada e disposta a seu (do povo) talante — na forma da Constituição e como deliberado por seus representantes, mediante solenes atos legais —, os administradores, gestores e responsáveis pelos valores, bens e interesses considerados públicos são meros administradores, que, como tais, devem obedecer à vontade do dono, pondo-a em prática, na disposição, cura, zelo, desenvolvimento e demais atos de administração de valores, bens e interesses considerados públicos (do povo).”³⁰

Por isso mesmo, Canotilho fala em um ethos republicano. Porque, “para além da democracia e do Estado de direito, o ideal republicano afirma-se como cultura cívica e política, como ethos comunitário (*res publica*), como *amittitia* do povo (*res populi*)”.³¹ É essa cultura cívica e política que é violada quando se autoriza ao administrador do patrimônio público usá-lo para fins pessoais,³² beneficiando, com o uso de materiais e serviços de que dispõe enquanto agente público, terceiros ou a si próprio.

Percebe-se, pela relação de administração, que os titulares de cargos públicos devem pautar sua administração pelos fins previstos na legislação, que, por sua vez, é confeccionada pelos representantes do povo no parlamento. Os bens e serviços públicos têm importância por serem meios de que dispõe a Administração para o atendimento de seus fins. Seu uso deve ater-se ao benefício da função, para melhor desempenho do cargo, e jamais em benefício próprio. As necessidades públicas são anônimas, embora possam, eventualmente, beneficiar determinadas pessoas.

Mas o que acontece quando a própria legislação se desviar das bases, dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, menosprezando os vetores da república e da democracia? Haverá irremissível vício de inconstitucionalidade.

6. A violação dos princípios constitucionais

Princípios, como se sabe, são proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior desta deve estar subordinado. É a base, o fundamento de alguma coisa, para nós, do Estado Constitucional brasileiro.

Mas é preciso ter em mente que não basta um apelo aos princípios. “Sob pena de os princípios se transformarem em postulados de um discurso quase exclusivamente moral, é necessário introduzi-los na *metódica jurídica* para obtermos uma concretização/aplicação rigorosa e eficaz das normas constitucionais.”³³ É o que

30 ATALIBA, Geraldo, *op. cit.*, p. 125.

31 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional* 6ª ed., Almedina, p. 488.

32 “...o princípio republicano tem implícita a idéia de poder não pessoal” (CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 485). A impessoalidade, além de decorrer do princípio da isonomia e estar positivado na nossa Constituição (art. 37, *caput*), também encontra suporte na democracia (SOUZA, Daniel Coelho de, *Interpretação e Democracia*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 144).

33 Apresentação de J. J. Gomes Canotilho da obra de Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, p. 15.

pretendemos com este trabalho, ou seja, extrair dos princípios constitucionais o fundamento da inconstitucionalidade da norma do inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97. Em clássica passagem de sua obra, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que “O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre todas as normas *compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência...* A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos... *É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e correção de sua estrutura mestra.*”³⁴

Até agora, vimos que a estrutura do Estado Constitucional brasileiro (social, democrático e republicano) leva o respeito aos princípios da supremacia do interesse público primário, o da isonomia e o da moralidade. Mas, os princípios da supremacia do interesse público, o da igualdade e a da moralidade desdobram-se, e, até certo ponto, confundem-se com outro, qual seja, o da impessoalidade (CF/88, art. 37, *caput*).³⁵

Aqui deve se entender que são princípios que regem o Estado numa acepção ampla, incluindo também o Poder Legislativo. Isso acontece porque esses princípios são conquistas do Estado Democrático e Social de Direito (derivados da isonomia e da própria gênese deste tipo de Estado), que não podem ser amesquinhados pelo administrador, pelo magistrado e muito menos pelo legislador (desigualdade na lei). Doutrina Michel Temer que “O poder é uno. Equivocam-se os que utilizam a expressão ‘tripartição de poderes’. É que o poder é uma unidade. Como já vimos, é atributo de Estado. A distinção é entre os órgãos desempenhantes de *funções*.”³⁶ Todas as *funções*³⁷ (ou poderes) do Estado traduzem-se em competências públicas

34 *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 771-772.

35 Na precisa lição de José Eduardo Soares de Melo: “A moralidade mantém íntima conotação com o postulado da probidade administrativa, e enlaça-se com o princípio da impessoalidade estigmatizado pela ausência de subjetividade, e alheamento aos interesses individuais, em plena consonância com o dogma da isonomia” (*In O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, 2ª ed., RT, 1998, p. 107). Marilene Talarico Martins; Rodrigues pensa de forma semelhante (*In O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, 2ª ed., p. 136). Ives Gandra da Silva Martins defende que a impessoalidade é dimensão parcial da moralidade e cita as seguintes palavras de Celso Ribeiro Bastos: “É de certa forma surpreendente a inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da Administração. Isto porque é difícil configurar a sua autonomia em face de outros princípios tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da legalidade” (*O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, 2ª ed., p. 19, nota 3).

36 TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 118, grifos no original.

37 “A atividade pública — cujo exercício é regulado pelo direito público — constitui função. Função, para o Direito, é o poder de agir cujo exercício traduz verdadeiro *dever jurídico* e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica *finalidade* que gerou a atribuição ao agente. O legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: os poderes que recebem da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, p. 156).

derivadas da Constituição (poderes constituídos), que impõe fidelidade às finalidades que estabelece (bem-estar e isonomia).

Cármen Lúcia Antunes Rocha, comentando sobre o descompasso entre *o Estado e o Direito*, observou que “Como o indivíduo não ouve dois sons diferentes por ter dois ouvidos, ou vê duas figuras diversas por ter dois olhos, o Estado não tem duas razões de Direito por ter dois órgãos a executar o seu padrão jurídico de comportamento. A Constituição do Estado é uma, a principologia a orientar o seu Direito é uma. Logo, a atividade administrativa não pode estar em desacordo ou desconformidade com a atividade legislativa.”³⁸ Muito menos a atividade legislativa em desacordo com os princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), porque esses, como já frisamos, são conquistas do modelo do Estado Constitucional brasileiro, que não podem ser burlados somente pelo fato de virem do legislador. Por isso, usaremos a construção doutrinária que discorre sobre os princípios da Administração Pública para analisar a permissão da Lei 9.504/97: primeiro, porque eles não são exclusividade da Administração, mas norteiam toda a função pública (onde se insere a função de legislar) e segundo, porque o fato da violação provir da legislação, não a torna menos criticável juridicamente (“o indivíduo não ouve dois sons diferentes por ter dois ouvidos”), pelo contrário, a torna mais criticável ainda, porque como acentuou Wagner Balera, apoiado em Ripert, o processo legislativo é “a encarnação da regra moral por ser, esta última, a força viva que constitui o direito.”³⁹

6.1. A supremacia do interesse público

Já deixamos consignado que o interesse público primário faz parte da própria razão de ser do Estado Constitucional brasileiro, não por outro motivo ele tem supremacia sobre os privados.

O princípio da supremacia do interesse público, também conhecido como princípio da finalidade pública, norteia tanto o legislador como o administrador.⁴⁰

Se aqueles que estão debaixo da relação de administração não podem dispor da *res publica* senão quando a finalidade pública o permitir, a consequência disto é que “se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.”⁴¹

38 *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 84.

39 *In O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, p. 95.

40 “Esse princípio ... está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade Administração em toda a sua atuação” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 68). Obviamente, vincula o magistrado também, já que este detém poderes estatais e, desta maneira, subordina-se ao fim do estado: o bem comum, o interesse público primário (cf. LICC, art. 5º).

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 69, **negritos no original**.

O raciocínio estende-se ao legislador; se este, ao exercer sua *função* legiferante desviar-se do estabelecido na Constituição da República (violar a supremacia do interesse público, a isonomia, a moralidade e/ou a impessoalidade Estatal), haverá desvio de poder, contaminando o ato legislativo resultante deste exercício anormal de poder.⁴² Enfim, nas relações de direito público prevalecem o dever e a finalidade, competindo sempre às autoridades (legislativas e executivas) perseguir um fim público. Não por outro motivo o Min. Celso de Mello, ao discorrer sobre o desvio de poder na função legislativa, consignou: “Daí a advertência de Caio Tácito (RDP 100/11/12), que, ao relembrar a lição pioneira de Santi Romano, destaca que a figura do *desvio de poder legislativo* impõe o reconhecimento de seu discricionário exercício, a *atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público.*”⁴³

Não há como justificar uma eventual presença de interesse público na conduta de quem “doa” o patrimônio público para finalidades que, por motivos óbvios, não são públicas. A própria exegese do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos leva a tal conclusão, que tem como espírito o “entendimento de que o interesse público, de tão relevante já que a todos atinge, deve ser gerido e administrado com absoluta isenção de interesses privados.”⁴⁴ Foi o que aconteceu com a permissão do inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97: ao exercer sua competência legiferante, o Poder Legislativo desviou-se dos princípios insculpidos na Magna Carta, ao permitir a utilização da *res publica* ao talante do administrador, autorizando o uso da máquina estatal em prol de amigos ou de si mesmo, por razões que nada tem de públicas.⁴⁵

6.2. A igualdade

Isso, no entanto, não é a única violação à Magna Carta. A permissão do inc. II

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “*Desvio de Poder em Ato Legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade*”, Boletim de Direito Administrativo de outubro de 1998, p. 614.

43 STF, ADIMC nº 1.158/AM (RDA 200/244) e ADIn nº 1.922/DF (RDDT 65/192-193).

44 CAIS, Cleide Previtali, *O Processo Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 76. “... a função é poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo, a função administrativa está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de interesse público, do qual é ancila e serviente” (BORGES, Alice Gonzalez, “*Interesse Público: um conceito a determinar*” RDA 205-109, grifo no original).

45 Obviamente isso não exclui o financiamento público das campanhas eleitorais. Se os administradores públicos têm suas quotas de material e serviço para bem desempenhar seu mister, é patente o desvio de finalidade na norma que autoriza seu uso para fins particulares, ainda mais sendo estes fins eleitorais. Não vemos impedimento algum, em nossa Constituição, para que o legislador classifique como de interesse público o financiamento público de campanhas eleitorais; mas que o faça de maneira explícita (não sorrateira, como aí está!) e não utilizando verbas que os administradores recebem para bem desempenhar o sua função. De qualquer maneira, ele sempre haverá de respeitar os limites impostos pela Constituição.

do art. 73 da Lei 9.504/97 não só se desviou da finalidade pública como também afronta outros princípios consagrados no Estado Constitucional brasileiro.

A igualdade é o signo fundamental tanto da democracia⁴⁶ como da república;⁴⁷ ela ilumina toda a manifestação de poder estatal, motivo pelo qual o legislador não escapa a seus efeitos, tanto que o objetivo do art. 73 da Lei 9.504/97 é justamente resguardar a isonomia entre os candidatos (“condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”). José Afonso da Silva, depois de esclarecer que não se faz necessária, como no estrangeiro, a distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei, porque a doutrina e jurisprudência nacional já firmaram a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, aduz que “o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.”⁴⁸ Nos dizeres do ilustre jurista lusitano, Jorge de Miranda, a “Lei no art. 13 [que consagra o direito fundamental a igualdade na Constituição portuguesa] significa *ordem jurídica*: princípio da igualdade diz respeito a todas as funções do Estado e exige criação e aplicação igual da lei da norma jurídica.”⁴⁹

Se o conteúdo político-ideológico da isonomia diz que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos,”⁵⁰ quem foi beneficiado com as quotas de serviço e material pelo agente público, o foi por algum motivo! Esse *discrímén* é válido?

Cremos que a resposta seja negativa. Entretanto, a questão merece uma análise mais apurada. Patente que, em matéria de isonomia, o fator de *discrímén* adotado é

46 SILVA José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed., p. 206; CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 80; SOUSA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*, 2ª ed., RT, p. 147.

47 Cf. Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, 2ª ed., p. 158-160.

48 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 210. No sentido de que a igualdade aplica-se ao legislador: Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 158; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 9; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV- Direitos Fundamentais)*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 215, 226-227; Cármen Lúcia A. Rocha, *O Princípio Constitucional da Igualdade*, Lê, 1990, p. 37-38; Anacleto de Oliveira Faria, *Do Princípio da Igualdade Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 85; José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 323-324; Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 160; Sergio de Andréa Ferreira, *Comentários à Constituição (3ª Vol. — arts. 37 a 43)*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 93; Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 238; Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 63; José Souto Maior Borges, “Princípio da Isonomia e sua Significação da Constituição de 1988”, RDP 93-34-35.

49 *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV- Direitos Fundamentais)*, 2ª ed., Coimbra, 1993, p. 221.

50 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., p. 10.

o ponto nevrálgico do instituto, assim “critério justo é o que se valida juridicamente por *atentar a uma condição singular* e intrínseca do fator eleito e *por guardar estreita lógica*, direta e objetiva correspondência *com o interesse juridicamente protegido em cumprimento à finalidade posta no sistema.*”⁵¹

A isonomia é princípio que, dentre outras coisas, tolhe favoritismos.⁵²

Tão importante é a igualdade em nosso sistema jurídico-constitucional, que se a Licitação tem, por um lado, a finalidade de escolher a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de outro tem um objetivo mais nobre, qual seja, o de resguardar a isonomia dos Participantes.⁵³ Se a igualdade deve ser resguardada na licitação, que pressupõe um mínimo de comutatividade, *a fortiori* deverá sê-lo em uma “doação” dos bens e serviços públicos para fins particulares (campanha eleitoral), seja para o próprio agente público detentor das quotas de materiais e serviços, seja para terceiros. Como já se disse em doutrina, “de vez que a Administração Pública é mera depositária dos interesses dos particulares, incluindo-se aí não só os bens como as verbas públicas, jamais poderia favorecer ou prejudicar alguns, em detrimento de outros.”⁵⁴

Torquato Jardim, em voto no TSE, asseverou com toda a propriedade que “Admitir que a publicidade inerente à representação derivada da eleição, custeada pelo dinheiro público, seja utilizada para fins eleitorais, é admitir quebra de um terceiro princípio constitucional, o da isonomia legal dos candidatos, compreendido no ‘todos são iguais perante a lei’, nos termos da Constituição (art.5º *caput*)”⁵⁵.

51 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *O Princípio Constitucional da Igualdade*, p. 47, grifamos.

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 23; FILHO, José Celso de Mello, *Constituição Federal Anotada*, p. 324; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV-Direitos Fundamentais)*, p. 213.

53 Antônio A. Queiroz Telles vê na isonomia. o princípio mais importante da atividade licitatória, são suas as palavras: “Assim, não é o único fim dessa haver o melhor, pelo melhor preço e nas mais satisfatórias condições. *É também, compelida a assegurar a impessoalidade na obtenção de possíveis benesses.* E isso se torna em realidade pela utilização do processo seletivo de escolha, pela licitação. Embora outros princípios da mesma forma relevantes, como se verá, norteiem a lei, *o próprio instituto em estudo, a nenhum deles ultrapassa, seja em amplitude ou profundidade, ao princípio da isonomia. E que, logo ao primeiro exame da matéria, repugna à consciência da moral e da justiça o favorecimento de alguém em detrimento de outros, mormente no caso que envolve negócio com a Administração Pública*” (*Bens Insuscetíveis de Licitação no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 33, grifamos). Cf., nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de Direito Público*, p. 100 e 163; Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 285; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*, p. 618; Odete Medauar, *Curso de Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., p. 196.

54 TELLES, Antônio A. Queiroz, *Introdução ao Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

55 Trecho de seu voto no Recurso nº 12.244/PB, Ac. Nº 12.244, j. em 13.09.94, DJU 23.09.1994, p. 25.373.

6.3. A impessoalidade

A impessoalidade é princípio que deriva da adoção, entre nós, da forma republicana de governo e do princípio da isonomia.⁵⁶

Hely Lopes Meirelles associou a impessoalidade (CF, art. 37, *caput*) ao princípio da finalidade, que significa o atendimento do interesse público: O administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.⁵⁷ Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade não é “senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.”⁵⁸

Na verdade não há incompatibilidade entre o pensamento dos dois grandes administrativistas brasileiros. Conforme já dito, a isonomia, a impessoalidade e a supremacia do interesse público (conhecido também como princípio da finalidade pública) estão intensamente relacionados, porque derivados da república democrática, a tal ponto que fica difícil uma separação rígida entre eles.⁵⁹ Como esclareceu Carlos Ari Sundfeld, “varia apenas a terminologia: alguns, atentos à expressão constitucional, falam em *princípio da impessoalidade*; outros, ainda, preferem *princípio da função*. Por detrás desses termos, porém, a idéia é sempre a mesma: *os poderes estatais só são exercitáveis com vistas às finalidades públicas; fora desse quadro, perdem sua legitimação*.”⁶⁰ Por isso, já se defendeu que a “impessoalidade administrativa tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa, fixando como única diretriz jurídica válida para os comportamentos estatais o interesse público. A impessoalidade no trato da coisa pública garante exatamente esta qualidade da *res* gerida pelo Estado: a sua condição de ser pública, de todos, patrimônio

56 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 154. Motivo pelo qual não se pode restringi-lo ao âmbito da Administração, abarcando também os outros poderes do Estado (legislativo e judiciário).

57 Essa associação de Hely Lopes Meirelles é perfeitamente admissível porque a “*impessoalidade* engloba, também, a idéia de que o interesse com o que está comprometido a administração pública nunca é o *interesse individual*, mas sempre um *interesse público ou social*” (FERREIRA, Sergio de Andréa, *Comentários à Constituição* (3º Vol. — arts. 37 a 43), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 97, grifos no original). No sentido da impessoalidade garantir, dentre outras coisas, o atendimento a finalidade pública, cf. também Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 150.

58 *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., Malheiros, 2001, p. 84.

59 “É desdobramento do princípio da isonomia, visa a garantir aos administrados tratamento que afaste qualquer espécie de discriminação ou de favoritismo, sem razão lógica que, à luz da lei o justifique. A licitação para escolha do contratante e o concurso público são exemplos de aplicação prática desse princípio, que se traduz na exigência de neutralidade da Administração. Afirmar que a Administração deve atuar impessoalmente significa estar ela obrigada por comportamentos exclusivamente voltados à obtenção das finalidades legais, que são, em sua essência, impessoais, porque visam a busca do interesse da coletividade, repelindo-se toda e qualquer atuação calcada na satisfação de interesses pessoais, tanto do funcionalismo, como dos agentes políticos, detentores do poder de mando e de terceiros. São imposições decorrentes do princípio da finalidade legal, também intimamente relacionados como princípio da impessoalidade” (TELLES, Antônio A. Queiroz, *Introdução ao Direito Administrativo*, RT, p. 41).

60 “*Princípio da Impessoalidade e Abuso de Poder de Legislar*”, RTDP 5/16 1, grifamos.

de todos voltado à concretização do bem de todos e não de grupos ou algumas pessoas.”⁶¹ Comentando sobre o princípio em epígrafe Jorge de Miranda leciona que a Administração, por perseguir o interesse público, “não apóia, não favorece, não auxilia nenhum interesse particular... por razões diversas do bem comum.”⁶²

“A impessoalidade é garantia contra o favorecimento e perseguições que causam desvios e abusos de poder,”⁶³ como então se sustentar que uma autorização que, de tão ampla (sem critério algum!), equipam-se a um cheque em branco, não acarrete necessariamente o favorecimento eleitoral a alguém? Como evitar o nepotismo e o partidarismo? Esse princípio é de suma importância para “assegurar não apenas que pessoas não recebam tratamento particularizado em razão de suas condições específicas (privilegiadoras ou prejudiciais), *mas ainda para vedar a adoção de comportamento administrativo motivado pelo partidarismo*. É o princípio da impessoalidade que, tomado com um significado mais amplo, assegura que as vinculações partidárias das pessoas que chegam aos *cargos do Poder Público, deles não se valham para realizarem-se interesses partidários do grupo ou facção que domine os cargos diretivos da Administração Pública*.”⁶⁴

Digno de nota e extremamente salutar é o preceito insculpido na Magna Carta portuguesa de 1976 que, ao regular os princípios gerais de direito eleitoral, no seu item 3 (sobre campanhas eleitorais), expressamente previu a “igualdade de oportunidades e de tratamento das diversas candidaturas” (art. 116, 3, b) e a “imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas” (art. 116, 3, c); isso certamente evitaria normas como a parte final do inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97.

A impessoalidade é princípio que não se destina somente ao administrador, mas atinge o legislador também.⁶⁵ Inolvidável a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha que, escrevendo sobre a quebra da impessoalidade através da lei, nos ensina: “*A produção de leis, que determinem a subsequente atividade administrativa personalizada e privilegiadora dos próprios agentes integrantes do Poder Público, é exemplo de ruptura ao princípio da impessoalidade*, pelo que avulta de importância a dicção constitucional no sentido de que a referência aos princípios informadores da Administração Pública dirige-se aos membros e atividades de qualquer dos Poderes do Estado, e não apenas do Executivo, que tem a função típica de administrar.”⁶⁶

61 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 147, grifos no original.

62 *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV- Direitos Fundamentais)*, p. 223.

63 FERREIRA, Segio de Andréa, *Comentários à Constituição* (3º Vol. — arts. 37 a 43), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 95.

64 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 148-149, sem grifos no original. Continua a autora: “Guardo a convicção de que a Administração Pública é política. Mas tenho-a também no sentido de que ela não pode, nem deve, ser partidária pois ela se destina, a toda a sociedade, não apenas às tendências e facções que detenham o poder decisório pela maioria do povo em determinado momento histórico” (*Op. cit.*, p. 149).

65 SUNDFELD, Carlos Ari, Parecer, ‘*Princípio da Impessoalidade e Abuso de Poder de Legislar*’, RTDP 5/16 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 150-151 e 167.

66 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit, p. 167, grifamos.

Pois bem, como negar que há autorização legal (inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97) para que se instale o partidarismo (interesses do partido) ou nepotismo (favorecimento de parentes e/ou amigos)? Se pelo princípio em tela o que se pretende impedir é exatamente o nepotismo e o partidarismo, como considerar constitucional uma lei que inexoravelmente leva a isso!? A impessoalidade é rompida quando o motivo, que conduz a uma prática pela entidade pública, não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas sim no interesse particular de seu autor. Como a legislação eleitoral não determina o critério que permitirá o uso das quotas de serviços e materiais, constituindo-se num verdadeiro “cheque em branco” ao administrador, não poderíamos negar a violação da impessoalidade por deixar que o administrador privilegie a si ou a terceiros, prejudicando o interesse público, a isonomia dos administrados e candidatos às eleições.

Assim, por também fulminar a impessoalidade — que deve imperar na conduta estatal a autorização legal do inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97 é inconstitucional.

6.4. A imoralidade

Embora Direito e moral não se confundam, nossa Constituição é extremamente preocupada com a moral, tutelando-a em diversas passagens. Sergio de Andréa Ferreira elencou um rol interessante de dispositivos que tutelam a moral em nossa Constituição, depois de asseverar que “A CF vigente não é amoral, quer no setor administrativo, quer na vida social em geral. Muito pelo contrário, preocupa-se com a moral, e a elege como bem juridicamente protegido”.⁶⁷ A preocupação do Constituinte com a moralidade pública está no fato de que houve uma “aceitação da idéia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo padrões normativos de justiça e de justeza, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade.”⁶⁸ Destarte, em nosso sistema jurídico, a moralidade é princípio geral de direito constitucional.⁶⁹

A moralidade estatal não se limita à distinção entre o bem e mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum, cuja realização é a razão de ser do Estado. Assim, *a moralidade está vinculada à realização dos fins do Estado*.⁷⁰ Como esclarece — a constantemente citada — Cármen Lúcia Antunes

67 *Op. cit.* p. 89.

68 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 191.

69 RJTSE 5/1/96.

70 Vários Juristas relacionam a moralidade ao atendimento das finalidades específicas que o interesse público exige, v.g.: “Traduz-se o princípio da moralidade na obrigação de o Estado servir ao povo de forma a cumprir a sua finalidade: o bem-estar social” (GONÇALEZ, Antônio Manoel, *in O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, p. 158); “O objetivo do princípio da moralidade é atingir o bem comum” (RODRIGUES, Marilene Talarico Martins, *in O Princípio da Moralidade*

Rocha, “A moralidade administrativa é mais exigente e, como toda elaboração moral, respeita aos fins da pessoa pública. Pelo que se distingue, necessariamente, da moral comum, porque os fins do ser humano são traçados por ele no exercício de sua liberdade, elemento inexistente na entidade administrativa. A moral é o conjunto das normas que orientam a pessoa para a consecução do seu fim. Por isso, a moral administrativa distingue-se da moral comum, conforme sustentado desde as primeiras lições de Hauriou, por que diferenciam-se os fins buscados pelo ser humano em sua aventura de libertação e os fins a serem cumpridos pela Administração Pública, de realização dos interesses, necessidades e utilidades dos homens em sua convivência política. *A Administração Pública ética tem sua orientação normativa determinada pelos seus fins. Os fins são a destinação imanente à pessoa pública. Eles são a razão de ser do Estado, o seu sentido e a sua justificativa.*”⁷¹ Por isso, não se está aqui falando de qualquer moral. Georges Ripert esclarece — e estamos com ele — que não entende “por Lei moral qualquer vago ideal de justiça, mas essa Lei bem precisa que rege as sociedades ocidentais modernas e que é respeitada porque imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano.”⁷² A imoralidade que falamos é externa, aferível objetivamente; é aquela que viola valores fundamentais de nossa Constituição, tais como a supremacia do interesse público, a isonomia e a impessoalidade Estatal.

Diva Marlebi diz que “Na prática administrativa a virtualidade moral é apreciável segundo sua adequação aos fins do Estado”,⁷³ ou seja, quando houver desvio da finalidade pública, que deve balizar-se dentro da isonomia e impessoalidade dos poderes do Estado, o princípio da moralidade estará sendo violentado.

Esse princípio — corolário que é do regime republicano-democrático, da legitimidade dos atos estatais — *não informa somente à Administração Pública: seu âmbito abrange também a função legislativa,*⁷⁴ conforme volumosa jurisprudência de nossos tribunais.⁷⁵

no Direito Tributário, p. 141); “A moralidade administrativa consubstanciada a ‘eticização’ do ordenamento jurídico positivo impõe aos administradores o dever de atender precipuamente às finalidades específicas do interesse público” (LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcomo, *in O Princípio da Moralidade no Direito Tributário* p. 72). Essa idéia não é nova, Antônio José Brandão já a defendia há muito tempo (“Moralidade Administrativa”, RDA 25/454); cf. ainda Maurício A. Ribeiro Lopes, *Ética e Administração Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 82.

71 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 192, grifamos.

72 *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, 1937 apud ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 182, nota 8.

73 *In O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, p. 58.

74 “Note-se, aliás, que a inserção da moralidade administrativa como princípio veiculado pela norma jurídica determinou não apenas que a conduta da Administração Pública fosse moral, mas, ainda, que o próprio Direito elaborado e positivado observasse aquela exigência fundamental. Destarte as normas legais positivadas sem o acatamento do princípio da moralidade administrativa são contestáveis perante os órgãos jurisdicionais competentes, pois afrontam os fundamentos do próprio sistema jurídico” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 195, grifamos).

75 Admitindo o contraste da lei com o princípio da moralidade, julgando procedente ou não a ação,

Não se alegue que há lei autorizando tal prática, porque é exatamente essa que estamos acusando de ser incompatível com a nossa Constituição. Nossa Constituição foi clara ao distinguir a legalidade da moralidade (CF, art. 5º, LXXIII e art. 37, *caput*):⁷⁶ não há que se dizer que tudo que é legal é honesto, salvo — para os que advogam a inexistência de normas constitucionais inconstitucionais — se essa “legalidade” provier da própria Constituição. A *legalidade não mais atua em neutralidade valorativa*, tendo que se compatibilizar com o espírito constitucional e difundir seus conteúdos. Mas, por mais que nós leiamos a Constituição, não vemos autori-

conferir, por exemplo: *Supremo Tribunal Federal* (2ª T., RE 206.889/MG, RTJ 165/1/372; 1ª T., v.u., RE 186.389/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25/09/1996, DJU 19/12/1996, p. 51.792; Pleno, ADIMC 1.158/AM, RDA 200-242; Pleno, v.u., ADIMC 651/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 29/06/1992, DJU 28/08/92, p. 13.451), *Superior Tribunal de Justiça* (RSTJ 73/191 e 6ª T., v.u., ROMS 2.284/SP, Rel. Min- Pedro Acioli, j. em 25/04/1994, DJU 16/05/1994, p. 11.785), *Tribunal de Justiça de São Paulo* (RT 673/61, 706/63, JTJ-LEX 153/152, 164/125 e 179/245), *TRF da 3ª Região* (4ª T., AMS 91.03.018259-2/SP, Rel. Juíza Eva Regina, j. em 28/08/1991, DOE 16/03/1992, p. 168- 2ª S., MS 90.03.038782-6/SP, Rel. Juíza Eva Regina, j. em 03/12/1991, DOE 09/03/1992, p. 94-95), *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* (Pleno, INC nº 70000818674, Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, j. em 11/09/2000; Pleno, ADIn nº 70000440164, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. em 21/08/2000; Pleno, INC nº 70000495465, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. em 29/05/2000; Pleno, ADIn nº 599330420, Rel. Des. Araken de Assis, j. em 22/11/1999; Pleno, ADIn nº 595099193, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em 09/10/1995; Pleno, ADIn nº 591026273, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, j. em 19/08/1991; in www.tj.rs.gov.br), *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro* (18ª C. Cível, AI 2000.002.05035, Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz, j. em 10/10/2000; Órgão Especial, Representação por Inconstitucionalidade 1998.007.00007, Rel. Des. Marcus Faver, j. em 15/03/1999, Rev. Direito do T.J.E.R.J. 43/108; Órgão Especial, v.u., Repr. Inc. 1997.007.00040, Rel. Des. Fernando Whitaker, j. em 23/03/1998; Órgão Especial, v.u., Rep. Inc. 1995.007.00050, Rel. Des. Aurea Pimentel Pereira, j. em 01/04/1996, RDTJERJ 31/90; Órgão Especial, Arg. Inc. 1991.017.00016, Rel. Des. Fernando Whitaker, j. em 05/04/1993; Órgão Especial, v.u., Repr. Inc. 1992.007.00004, Rel. Des. Thiago Ribas Filho, j. em 24/05/1993, RDTJERJ 20/90; Órgão Especial, v.u., Repr. Inc. 1991.007.00004, Rel. Des. Aurea Pimentel Pereira, j. em 10/02/1992; in www.tjrj.gov.br), *Tribunal de Justiça do Distrito Federal* (Conselho Especial, v.u., ADIn 1322-2, Rel. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias, j. em 2/5/2000, DJU; 2ª T. Cível, AC e REO 5183299, Rel. Romão C. Oliveira, j. em 08/05/2000, DJU 02/08/2000, p. 20; 2ª T. Cível, v.u., AC 4267996, Rel. Hermenegildo Gonçalves, j. em 18/02/1997, DJU 11/03/1998, p. 44), *Tribunal de Justiça do Paraná* (Órgão Especial, MS 80087100, Rel. Des. Troiano Netto, j. em 02/06/2000; Órgão Especial, v.u., ADIn nº 41228400, Rel. Des. Martins; Ricci, j. em 07/06/1996; in tj.pr.gov.br) *Tribunal de Justiça de Santa Catarina* (Órgão Especial do Tribunal Pleno, ADIn 15928-0, Rel. Des. Amara] e Silva, j. em 06/09/2000, DJSC 16/02/2001, p. 08; Órgão Especial, ADIn 123/Capital, Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 21/08/1996, DJSC 19/09/1996, p. 23), *Tribunal de Justiça de Minas Gerais* (RT 699/140).

76 Nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O princípio da moralidade administrativa, na sua dicção ampla (art. 37, *caput*) tampouco poderia depender de lei que explicitasse o que é ou não moral. A precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata da moralidade, pois de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando ocioso falar-se em moral administrativa” (“Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação”, RDA 190/31). Nesse sentido: José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed., 1997, p. 440 e 616 e Min. Demócrito Ramos Reinaldo, “O Princípio da Moralidade na Administração Pública — A liciedade do limite etário para acesso aos cargos públicos”, RT 711/19.

zação para que o poder constituinte derivado institua a imoralidade, tanto que já se disse em doutrina que “Se é a lei que é infringente da moralidade administrativa não deve dar-lhe aplicação, ingressando em juízo para declará-la inconstitucional por infração ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal.”⁷⁷ Se a lei deve guiar a atuação da Administração, permitir que essa instituisse a imoralidade administrativa seria deixar entrar pela janela aquilo que se expulsou, publicamente, pela porta.

Há patente violação à moralidade porque a norma permite que o aplicador da lei aja com total desigualdade, doando o patrimônio público a quem ele quiser, divorciando-se, desta maneira, da finalidade pública que rege todo o aparato estatal.

Por apartar-se dos valores que compõem o alicerce constitucional (finalidade pública, isonomia e impessoalidade), a norma inculpada no final do inc. II, art. 73 da Lei 9.504/97 ofende, também, o princípio da moralidade, devendo, por infringência a tal princípio, ser declarada inconstitucional.

7. O desvio de poder na lei

Abuso de direito, abuso de poder, desvio de finalidade, excesso de poder, todas são expressões que denotam o uso anormal de um direito reconhecido a alguém.

Rousseau já dizia, no livro III do seu *Contrato Social*, que os Governantes têm uma tendência degenerativa, constituindo-se não mais como submisso ao povo, como um funcionário deste, mas como o poder máximo, invertendo portanto os papéis. Ao invés de submeter-se ao povo, o governo tende a subjugar-lo. O interesse público (interesse primário) acaba sendo confundido com o interesse do Estado (interesse secundário). Enfim, impera a vontade do Rei (e isso vale para todos os poderes, principalmente para o legislativo). Memorável as palavras de Miguel Reale, *in verbis*: ‘Não se creia que só haja desvio de poder por parte do Executivo. Na estrutura do Estado Federal, quando há um ‘código superior de deveres’, o ato legislativo local não escapa da mesma increpação se a lei configurar o emprego malicioso de processos tendentes a camuflar a realidade, usando-se dos poderes inerentes ao ‘processo legislativo’ para atingir objetivos que não se compadecem com a ordem constitucional.”⁷⁸

O legislador, poder constituído que é, submete-se às diretrizes constitucionais,⁷⁹ onde se inclui o modelo do Estado Democrático e Republicano de Direito com todos os seus corolários. “Isso significa, *dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado*, que este não dispõe

77 MUKAI, Toshio, “*Da aplicabilidade do Princípio da Moralidade Administrativa e do seu Controle Jurisdicional*”, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 4/212-215 citado por Celso Bastos, in *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, p. 91.

78 “*Abuso do Poder de Legislar*”, RDP 39-40/76-77.

79 “A constituição é... *um parâmetro material intrínseco* dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes à constituição (CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 360).

de competência para legislar *ilimitadamente*, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.”⁸⁰ Portanto, a finalidade pública é o limite que a Constituição lhe outorga,⁸¹ ultrapassada tal barreira, cairá inexoravelmente no arbítrio, incorrendo, desta maneira, no abuso (desvio) de poder no exercício da função legislativa.

O desvio de poder apresenta problemas relacionados com a sua prova, independentemente do poder onde surja (Legislativo ou Executivo).⁸² Não obstante, aqui temos tudo para caracterizá-lo porque, como corretamente observou o STJ, “(...) O desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto de lei) ou por censurável comportamento do agente, *valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público*, em seu maior grau de compreensão e amplitude.”⁸³ Os antecedentes da legislação bem demonstram isso: como o fato de sua promulgação vir exatamente depois da condenação, pelo TSE, de um senador por usar o patrimônio público — a que tinha direito para as funções iminentes ao digníssimo cargo — para fins eleitorais (aspecto subjetivo). Não menos condenável é o fato de que a norma autoriza o uso do patrimônio público ao talante do administrador público, ferindo, assim, o princípio da isonomia, impessoalidade e o do interesse público (aspecto objetivo).

Se a Magna Carta veda que a *res publica* seja utilizada para outros fins que não o do cargo que o agente público ocupa, inconstitucional será qualquer disposição em contrário, ainda que provenha do legislador. *Este subverteu os fins que o autorizam a legislar*, motivo pelo qual é imperativo reconhecer a inconstitucionalidade da norma do inc. II do art. 73 da Lei Geral de Eleições. *Não pode a lei transigir com favoritismos, porque atribuir tal poder nas mãos do administrador, inevitavelmente levaria ao desvio de finalidade na função administrativa.*⁸⁴ Roque Antonio Carrazza, emérito professor da PUC-SP, salientando a necessidade do legislador ater-se ao legítimo interesse público na confecção da lei, nos ensinou que este

80 STF, ADIMC nº 1.158/AM (RDA 200/244) e ADIn nº 1.922/DF (RDDT 65/192).

81 Caio Tácito obtempera que “O princípio geral de Direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do legislador” (“*Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais*”, RTDP 4/33).

82 Agustín Gordillo acentua que o desvio de poder ou de finalidade oferece obstáculo probatório ligado à subjetividade do agente público, ao lecionar que “poucas vezes é o ato mesmo que permite demonstrar, através, por exemplo, de sua motivação, que padece desse vício: mas normalmente a prova resultará de um conjunto de circunstâncias alheias ao aspecto externo do ato, porém que estão na realidade e nos antecedentes do caso” (*Princípios Gerais do Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 186).

83 STJ, 1ª T., v.u., REsp nº 21.156/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 19/09/94, RSTJ 73/191.

84 Carlos Ari Sundfeld, ao discorrer sobre os casos de desvio de finalidade (abuso de direito), exemplifica como tal: “O uso, pelo Governador, de verba de representação de gabinete para presentear amigos ou correligionários” (*Fundamentos de Direito Público*, 2ª ed., p. 157).

“Quando exercita sua competência de acordo com interesses subalternos (v.g., os meramente partidários), afastando-se dos fins superiores que lhe são apontados pela Constituição, comete verdadeiro *desvio de poder*.”⁸⁵

Mas há absoluta incompatibilidade com eventual alegação de financiamento público da campanha eleitoral. Fora as violações aos princípios supramencionados, há flagrante inadequação ou inidoneidade do meio (=falta de aptidão para atingir o fim pretendido) para tal categoria de financiamento, ferindo, desta maneira, o *substantive process of law* (princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade).⁸⁶ As palavras do jurista italiano Constantino Mortati bem ilustram essa situação: “A lei poderá estar viciada de inconstitucionalidade não somente quando o interesse perseguido contrasta com aquele imposto pela Constituição, mas também nos casos em que o próprio teor da lei resulta em absoluta incongruência com a norma editada e o fim do interesse público a ser perseguido e o próprio legislador afirma pretender perseguir.”⁸⁷ Ora, se o legislador afirma que pretende resguardar a igualdade nos pleitos eleitorais (Lei 9.504/97, art. 73, *caput* proíbe “condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”), já é de clareza solar a sua incompatibilidade com o espírito que anima o *caput* do artigo ao se permitir uma prática que deságüe na direção diametralmente oposta a *fortiori* o será com eventual alegação de parcial financiamento público das campanhas eleitorais.

A moralidade também foi desrespeitada, pois, como salientou Wagner Balera, “*cumpra ao legislador direcionar o agir do Estado-Administração com referência à moralidade*.”⁸⁸ Como deixou assentado o TJRJ: “se a Lei inquinada do vício maior fere os princípios constitucionais da moralidade e do interesse público, sua inconstitucionalidade deve ser reconhecida.”⁸⁹ Lei que autoriza o uso do patrimônio público

85 *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251. Segundo doutrina A. Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. III), três são os casos através dos quais se manifesta o desvio de poder: ‘o funcionário atua com uma finalidade pessoal, o funcionário atua com a finalidade de beneficiar terceiros, o funcionário atua com a finalidade de beneficiar a Administração’ (LEITE, Luciano Ferreira, *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 198 1, p. 6 1, nota 19).

86 LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 583; CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 382-383; BARROS, Suzana de Toledo, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 74-76.

87 *Apud* SERRANO, Pedro Estevam A. P., *O Desvio de Poder na Função legislativa*, São Paulo: FTD, 1997, p. 73, grifamos.

88 *In O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, p. 95, grifamos. “A obrigação jurídica de conduzir-se segundo os parâmetros de moralidade administrativa não apenas submete o administrador público mas também o legislador.. pois no Estado de Direito, é este que elabora, em geral, norma segundo a qual aquele de deverá conduzir. Assim, o Direito elaborado e positivado não poderá ser validado se não acatar aquele princípio. O que se constata, então, é que o princípio da moralidade administrativa não apenas tem o sentido da moralidade da Administração pública segundo o Direito, mas a moralidade do Direito para aperfeiçoamento das atividades da Administração” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 195, sem grifos; no original).

89 RDTJERJ 14/93.

ao alvedrio do detentor do cargo público é flagrantemente imoral, pois permite que a *res publica* seja utilizada para satisfazer caprichos pessoais em evidente descompasso com a competência que foi atribuída pela Constituição ao legislador, caracterizando, deste modo, o *détournement du pouvoir* na função legislativa. Por isso, parcela da doutrina identifica a noção da moralidade administrativa à idéia de desvio de poder, porque poder exercido em descompasso com as finalidades a que foi instituído é abuso.

Os bens públicos não servem para premiar amigos das autoridades, tendo destinação — pela fisionomia do Estado Constitucional brasileiro — vinculada ao atendimento das finalidades públicas. Não podemos ser ingênuos a ponto de afirmar que os princípios que informam a atividade estatal levarão o administrador público a usar suas quotas de serviços e materiais para o bem comum, porque para isto desnecessária seria a autorização da Lei Geral das Eleições. Sendo ela inútil, é melhor — para evitar desculpas falaciosas na malversação do patrimônio do povo — declará-la inconstitucional.

8. Conclusão

A supremacia constitucional é princípio que, dentre outras coisas, exige uma determinada postura do exegeta, qual seja, a de que o processo de interpretação deve ser de cima para baixo, isto é, da Constituição Federal em direção à legislação ordinária, jamais o inverso. A ordem constitucional vigente impõe uma visão do direito com novas lentes, fazendo-se necessária uma filtragem constitucional no inc. II do art. 73 da Lei 9.504/97.

O legislativo, ao exercer a sua competência constitucional, dentre as quais se inclui a de fazer leis, deve pautar-se pela fiel observância dos limites traçados pelos princípios da supremacia do interesse público, da isonomia, da impessoalidade e da moralidade; enfim, deve respeitar o modelo do Estado Constitucional brasileiro plasmado pela CF/88. Mas não foi o que ocorreu! O legislador desviou-se da sua missão constitucional ao permitir que o aplicador da lei (administrador) utilizasse os bens públicos para finalidades particulares ferindo, deste modo, princípios albergados em nosso sistema constitucional. A legislação legalizou a existência da democracia representativa financiada por práticas corruptas e corruptoras, com uma agravante: usando o próprio patrimônio público ao talante do administrador.

Para evitar essa situação perene de inconstitucionalidade, que tem aptidão para caracterizar o abuso do poder político (ou administrativo), de molde a viciar a legitimidade das eleições, enquanto não for proposta e julgada Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF, declarando inconstitucional a parte final do inc. II do art. 73 da lei 9.504/97 (“que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram”), faz-se mister socorrer-se a outros meios de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, quais sejam: a da ação popular ou da ação civil pública. Obviamente, isso não exclui o manejo da reclamação ou representação prevista no art. 96 da Lei 9.504/97 — já que a autorização do inc. II do art. 73 da mesma lei, por ser inconstitucional, não existe

no mundo jurídico —, possibilitando ao magistrado, afastar incidentalmente a aplicação do dispositivo e sustar o (s) ato (s) atentatório (s) aos princípios constitucionais supramencionados. Entretanto, fazemos urna ressalva quanto à dificuldade de, em tese, o magistrado aplicar multas ao candidato, já que difícil seria provar a existência do elemento subjetivo — requisito constitucional para a aplicação de penalidades⁹⁰ — antes da decretação da inconstitucionalidade — em sede concentrada — da norma em questão.

Referências bibliográficas

- ALVIM NETO, José Manoel Arruda, “A Liminar na Ação Cautelar e a Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário”. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord), *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário*, São Paulo: RT, 1994.
- ATALIBA, Geraldo, “Conflitos entre ICMS, ISS, IPI”. *Revista de Direito Tributário* n° 7/8.
- . *República e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BIM, Eduardo Fortunato, “A Inconstitucionalidade da Responsabilidade Objetiva no Direito Tributário Sancionador”. *Revista dos Tribunais* n° 788.
- BORGES, Alice Gonzalez, “Interesse Público: um conceito a determinar”. *Revista de Direito Administrativo* n° 205.
- BORGES, José Souto Maior, “Princípio da Isonomia e sua Significação da Constituição de 1988”. *Revista de Direito Público* n° 93.
- BRANDÃO, Antonio José, “Moralidade Administrativa”. *Revista de Direito Administrativo* n°25
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- . MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAIS, Cleide Previtali. *O Processo Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

90 Cf. artigo onde se defendeu, sobre bases constitucionais, que a aplicação da pena no Direito Sancionador — que engloba parte do Eleitoral — do Estado Democrático de Direito não pode prescindir do elemento subjetivo, ou seja, da culpa (BIM, Eduardo Fortunato, “A Inconstitucionalidade da Responsabilidade Objetiva no Direito Tributário Sancionado”, RT 788/143). Cf. também José Maria Quirós Lobo, *Princípios de Derecho Sancionador*, Granada: Comares, 1996, p. 47-50 e Ángele de Palma del Teso, *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madri: Temos, 1996, p. 53-55.

- CONEGLIAN, Olivar. *Radiografia da Lei das Eleições — Comentários à lei 9.504/97*. Curitiba: Juruá, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do Princípio da Igualdade Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. *Comentários à Constituição (3º Vol. — arts. 37 a 43)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.
- FILHO, José Celso de Mello. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FILHO, Marçal Justen, “Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 26.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais do Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. São Paulo: Revistados Tribunais, 1981.
- LOPES, Maurício A. Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito, “Dedutibilidade de tributos com exigibilidade suspensa”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 3.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. “Desvio de Poder em Ato Legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade”. *Boletim de Direito Administrativo* (outubro de 1998).
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELO, José Eduardo Soares de, LIPPO, Luiz Francisco. *A Não-Cumulatividade Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV — Direitos Fundamentais)*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação”. *Revista de Direito Administrativo* nº 190.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias, JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- QUIRÓS LOBO, José Maria. *Principios de Derecho Sancionador*. Granada: Comares, 1996.
- REALE, Miguel, “Abuso do Poder de Legislar”. *Revista de Direito Público* nº 39-40. ———. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REINALDO, Demócrito Ramos, “O Princípio da Moralidade na Administração Pública — A liciedade do limite etário para acesso aos cargos públicos”. *Revista dos Tribunais* nº 711.
- RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. ———. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional — Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O Desvio de Poder na Função Legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUSA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- SUNDFELD, Carlos; Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1996. ———. *Princípio da Impessoalidade e Abuso de Poder de Legislar*. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 5.
- TÁCITO, Caio, “Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais”. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 4.
- TELLES, Antonio A. Queiroz. *Bens Insuscetíveis de Licitação no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. ———. *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- TESO, Ángeles de Palma del. *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madri: Tecnos, 1996.