

## Defesa eleitoral de agente público pelas Advocacias de Estado

Nadja Araujo

**Resumo:** O trabalho analisa, sob a perspectiva do direito eleitoral, o problema consistente na defesa eleitoral de agente público por advogado membro de advocacia pública. Trata-se de investigar a (não)caracterização de abuso de poder e/ou conduta vedada a agente público em tal circunstância.

**Palavras-chave:** Abuso de poder. Condutas vedadas. Governante. Candidato.

**Sumário:** Introdução – **1** A advocacia do Estado – **2** As categorias da ilicitude eleitoral – **3** A defesa eleitoral de agente público por advogado do Estado – Conclusão – Referências

### Introdução

O tema de estudo é a tipologia dos ilícitos eleitorais caracterizadores do abuso de poder político e de condutas vedadas aos agentes públicos, especialmente o tipo positivado no inciso III do art. 73, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, consistente em “ceder servidor público ou empregado da 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”.

Impõe-se delimitar o alcance de tais regras proibitivas a fim de nelas (não)enquadrar situações nas quais os advogados (“procuradores”) das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) são chamados a atuar em defesa de outros agentes públicos perante a Justiça Eleitoral.

O abuso de poder é uma cláusula aberta. O abuso de poder político ou de autoridade, genericamente considerado, pode ser caracterizado quando há o uso (indevido) da estrutura administrativa para fins eleitorais. A conduta será considerada abusiva quando afetar a manifestação da vontade popular, por comprometer o resultado do pleito.

De acordo com a Lei Geral das Eleições (art. 73, *caput*, §1º), as condutas vedadas ao agente público são positivadas em tipos específicos que submetem quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

Portanto, o abuso de poder político e as condutas vedadas ao agente público são ilícitos eleitorais que restringem diretamente a atuação dos eleitos para governar, os quais, por essa situação político-eleitoral, assumem a chefia do poder executivo nas três esferas da federação brasileira. Como chefe de poder executivo, o cidadão eleito como Presidente da República, Governador de Estado ou Prefeito Municipal detém poder hierárquico e a gestão administrativa da advocacia pública (“advocacia do Estado”), instituição regida diretamente pela Constituição Republicana de 1988, arts. 131 e 132.

A advocacia pública está positivada como órgão de representação das pessoas jurídicas de direito público interno integrantes da federação brasileira. Consideremos, então, a hipótese em que a advocacia do Estado seja chamada para defender um agente público perante a Justiça Eleitoral. Em tal situação, a defesa de interesses eleitorais do cidadão-governante ou outro agente público por advogado do Estado é evento que pode caracterizar abuso de poder e/ou a conduta vedada tipificada no art. 73, III, da Lei nº 9.504/1997?

Os servidores integrados à advocacia do Estado podem atuar na defesa de agente público perante a Justiça Eleitoral sem que isso caracterize um ilícito eleitoral? Em tal circunstância, (não) haveria confusão entre a representação da pessoa jurídica de direito público e da pessoa do governante (candidato ou membro de partido político em campanha eleitoral)? Os chefes de poder executivo detêm competência para determinar aos advogados públicos essa tarefa? Os interesses eleitorais dos governantes e demais agentes públicos deve(ria)m ser judicializados através de patrono particular ou essa matéria está(ria) integrada na missão institucional da advocacia do Estado?

Aqui, pretende-se identificar a natureza das defesas pela advocacia do Estado de agente público em matéria eleitoral, a fim de verificar-se a (não) caracterização de abuso de poder político e/ou da tipologia das condutas vedadas em tal conjectura.

## 1 A advocacia do Estado

A partir de formação acadêmica em direito, advogado é o profissional "chamado para junto (para defender)"<sup>1</sup> os interesses de uma pessoa em determinada circunstância. A atividade advocatícia foi (re)novada e especificada na regulação do Constituinte de 1988:

Título IV – Da Organização dos Poderes [...]

Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça

Seção I – Do Ministério Público [...]

Seção II – Da Advocacia Pública

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório

circunstanciado das corregedorias.

Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

A introdução na Constituição de 1988 de tópico específico para as funções essenciais à justiça corresponde à especialização de funções exercidas perante a jurisdição pelo advogado — o profissional do Direito que atua para requerer em favor de outrem. A segmentação está baseada nos tipos de interesses respectivamente defendidos:

6. Assim é que se distingue: a (1) advocacia privada, como sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) a advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdividida em três manifestações específicas.

7. Essas três espécies funcionais de advocacia pública, criadas todas pela Carta Política, caracterizam diferentes ministérios públicos da advocacia, distinguidas, bem como as suas respectivas carreiras, consoante a especial tutela de interesses a que se dirigem: *primo*, a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o Ministério Público, expressão empregada agora em seu sentido estrito; *secundo*, a advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, e, *tertio*, a advocacia dos hipossuficientes, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, constituindo a assim denominada Defensoria Pública.<sup>2</sup>

A distinção constitucional mostra-se precisa, pois delimita as competências funcionais atribuídas a cada uma das instituições incluídas no conjunto das funções essenciais à justiça. Com base nessa classificação doutrinária, a advocacia pública que aqui se examina é a advocacia do Estado: a espécie voltada para a defesa dos interesses dos entes federativos — a Advocacia da União, as Procuradorias dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.<sup>3</sup>

Em seu sentido mais empregado, a expressão 'advocacia pública' indica os órgãos de representação das pessoas jurídicas de direito público interno integrantes da federação brasileira. A tais instituições<sup>4</sup> é imposto o dever de defesa do erário e do patrimônio público-estatal em sua amplitude, pois, como órgão jurídico do ente público, é sua função "representá-la (isto é, estar presente para dar presença à entidade de que é órgão) e, conforme a lei ou os estatutos, outorgar poderes a outrem, que, então representa a entidade",<sup>5</sup> seja em juízo ou não. Por isso, e também para diferenciação ante os Ministérios Públicos ("Procuradorias de Justiça") e as Defensorias Públicas, parece mais adequada à missão institucional a nomenclatura 'advocacia do Estado' (mesmo não tendo sido adotada pelo Constituinte de 1988).

## 1.1 Regência constitucional

De acordo com a Constituição Republicana, o advogado público deve atuar na defesa dos direitos da União, de um dos Estados-membros ou do Distrito Federal. O advogado público detém, com exclusividade, a representação judicial de todos os interesses do ente federativo a qual esteja vinculado. Nesse sentido, a própria Constituição de 1988, arts. 131, §3º, e 132, *caput*, incluiu a cobrança judicial de créditos dos entes públicos<sup>6</sup> no rol das competências inerentes à advocacia do Estado.<sup>7</sup>

O Constituinte de 1988 dispôs as atribuições de consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo apenas para a Advocacia Geral da União (art. 131, *caput*). Na estruturação constitucional das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132), não é vista tal separação, sendo confirmada a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas consideradas em seu conjunto orgânico:

No que se refere às atribuições desempenhadas pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a Constituição de 1988 dispõe que a eles cabe “a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas” [...]. Tendo em vista que cada uma dessas unidades da federação é organicamente composta pelos tradicionais Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, resta claro que as atividades desempenhadas pelos referidos Procuradores não se devem restringir a apenas um ou alguns dos Poderes do Estado, abrangendo a consultoria jurídica e a representação judicial da própria “unidade federada”, em seu todo orgânico. [...] A Constituição de 1988 traça, em seu art. 131 (diferentemente do que se vê no art. 132), uma nítida distinção entre a pessoa jurídica de direito público interno (União) e um de seus Poderes (no caso, o Executivo). Portanto, não fazendo o art. 132 do texto constitucional qualquer referência específica ao Poder Executivo, mas sim às próprias “unidades federadas”, parece claro que nenhuma das competências atribuídas aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal se restringe apenas ao âmbito do Poder Executivo.<sup>8</sup>

Essa abrangente e exaustiva regulação constitucional das atribuições das procuradorias dos entes federativos restringe (ainda mais) o âmbito do regulamento. Por isso, as leis e demais instrumentos normativos infraconstitucionais referentes às atribuições das advocacias do Estado devem atenção à estrutura positivada e às competências estabelecidas na Constituição de 1988, sem poder inovar ou dispor diversamente de forma juridicamente válida.

## 1.2 Missão institucional

Para a solução do problema exposto inicialmente, interessa analisar as normas infraconstitucionais a fim de verificar sua compatibilidade com o Texto Constitucional de 1988, especialmente para se investigar acerca de uma hipotética autorização legal para a advocacia do Estado exercer a defesa de agente público em matéria eleitoral. Consideradas as premissas acima indicadas e sendo impossível analisar todas as leis reguladoras das múltiplas procuradorias estatais no espaço delimitado para este trabalho, trata-se parcialmente de textos positivados na esfera federal, como, por exemplo, a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993:

Art. 1º A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar. [...]

Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União: [...]

V - apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial; [...]

VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes; [...]

§1º O Advogado-Geral da União pode representá-la junto a qualquer juízo ou Tribunal.

§2º O Advogado-Geral da União pode avocar quaisquer matérias jurídicas de interesse desta, inclusive no que concerne a sua representação extrajudicial. [...]

Art. 10. À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Parágrafo único. Compõem a Consultoria-Geral da União o Consultor-Geral da União e a Consultoria da União.

Capítulo VI – Das Consultorias Jurídicas

Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no *caput* deste artigo; [...]

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no *caput* deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

A missão das instituições de advocacia do Estado é positivada na Constituição pela figura da (re)representação da pessoa jurídica de direito público. A (re)representação<sup>9</sup> em juízo é de fácil apreensão semântica, à vista da extensa e conhecida doutrina processualística que detalha a relação entre o advogado e a pessoa por ele representada/defendida perante a jurisdição na busca de tutela para determinadas pretensões.

As atribuições do advogado público incluídas na representação extrajudicial devem ser examinadas à luz da estrutura do próprio Estado Democrático de Direito de 1988. A partir desse quadro político-jurídico, a principal tarefa da advocacia do Estado no campo extrajudicial deve ser o controle de legalidade e de legitimidade dos atos estatais:

Quanto às *modalidades*, a *consultoria* e a *representação judicial* são hoje apenas o núcleo de uma

constelação de funções da advocacia de Estado. Para a realização da promoção e da defesa do interesse público, as modernas funções dos órgãos dela encarregados distribuem-se em três tipos de atividades: a *orientação*, a *defesa* e o *controle jurídicos* da atividade administrativa. A *orientação jurídica* envolve as funções de *assistência jurídica* e as de *consultoria jurídica*; a assistência é função ancilar e de apoio, exercida sem autonomia e em benefício de um órgão de decisão administrativa, enquanto que a consultoria é função principal (essencial), exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica. A *defesa jurídica* é a atuação contenciosa, que evoluiu da representação judicial para um conceito de defesa integral, judicial e extrajudicial, inclusive nos contenciosos de regulação não-estatal e nos tribunais administrativos e para-administrativos, onde existam. O *controle jurídico*, por fim, vem-se alçando à função mais importante da advocacia de Estado pelas extraordinárias potencialidades que se reconhece em qualquer de suas submodalidades: o *controle prévio*, o *controle simultâneo* e o *controle posterior*. Às vantagens da atuação preventiva, pela consultoria, acrescenta-se a do acompanhamento da atividade administrativa enquanto ela se desenvolve.<sup>10</sup> (grifos no original)

A par da regulação constitucional sobre as atribuições de representação judicial e extrajudicial do ente federativo, a Lei Complementar nº 73 estruturou uma Consultoria-Geral da União — para assessoria da Presidência da República — e Consultorias Jurídicas para os demais órgãos do Poder Executivo. O objeto dessas Consultorias é o assessoramento jurídico às chefias do Executivo Federal através da produção de pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos necessários para responder uma consulta ou prestar uma assessoria em matéria jurídica.

Dentro destes estreitos limites normativos, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo devem ser exercidas exclusivamente no âmbito administrativo e para indicar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a serem seguidas em suas inúmeras manifestações. Entende-se que os advogados públicos integrados nessas Consultorias Federais não detêm competência para atuações jurisdicionais — seja pela própria natureza das funções nelas inseridas, seja pela ausência de previsão legal.<sup>11</sup> Nesse sentido, interessa lembrar que nem mesmo a elaboração de informações (atribuição indicada nos arts. 10, *caput* e 11, IV, da Lei Complementar nº 73) resultaria em atuação jurisdicional do advogado público-consultor porquanto o agente-informante é uma autoridade do Poder Executivo.<sup>12</sup>

A Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, dispõe especificamente acerca da representação judicial de agente público (pessoa física, portanto) por advogado da União:

Art. 21. Aos titulares dos cargos de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico das respectivas carreiras da Advocacia-Geral da União incumbe representá-la judicial e extrajudicialmente, bem como executar as atividades de assessoramento jurídico do Poder Executivo, conforme dispuser ato normativo do Advogado-Geral da União. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001*)

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles

efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. (*Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998*) (*Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001*)

§1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no *caput*, e ainda: (*Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998*) (*Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001*)

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e (*Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998*) (*Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001*)

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial. (*Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998*) (*Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001*)

§2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo. (*Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998*) (*Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001*)

Como visto, foi a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, art. 50, que veio positivar a atribuição para as advocacias da União representar em juízo os agentes públicos, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público do ente federativo, de suas respectivas autarquias e fundações.

Esse quadro legislativo mostra-se adequado às disposições constitucionais das competências da advocacia do Estado, porquanto a delimitação das circunstâncias autorizadas da defesa judicial de agente público pelo advogado do Estado relaciona o exercício do mister institucional a atos em que o ente público fora personificado pela pessoa física defendida.<sup>13</sup> Em outras palavras: a defesa judicial de agente público por advogado do Estado somente está legalmente prevista para litígios decorrentes do exercício regular das competências funcionais da pessoa física defendida (inclusive na seara penal). Ao fim, se atendidos esses limites materiais estipulados em lei, o sujeito e os atos defendidos pelo advogado público em tais circunstâncias são representações do próprio Estado.

### 1.3 Vínculos com o Poder Executivo

A distinção constitucional da advocacia do Estado é precisa ao delimitar as respectivas competências funcionais, referindo-as à (re)representação dos entes públicos mas não de seus agentes (as pessoas naturais que, necessariamente, instrumentalizam as atuações estatais). Contudo, vislumbra-se que esse intento não foi inteiramente alcançado no que respeita à prática funcional cotidiana dos advogados e procuradores dos Entes federados, pois, ainda vistos por muitos como mandatários do eleito da hora.

Mesmo após a regência de 1988 para as advocacias públicas — concursadas,<sup>14</sup> racionalizadas e explicitamente submetidas à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da

nossa constitucionalizada<sup>15</sup> “modernidade” —, a confusa e intrincada relação entre interesses do Estado com os interesses do mandatário eleito para gerir esse patrimônio público ainda persiste em nossa realidade.<sup>16</sup> Impõe-se lembrar que a personificação do Estado — a chefia de Estado — é ficção jurídica necessária à validade dos atos criados de acordo com a regra jurídica atinente à espécie.

A violação do dever de um órgão do Estado, o delito constituído pelo fato de um órgão do Estado não ter executado sua função do modo prescrito pela ordem jurídica, não pode ser imputada ao Estado, já que um indivíduo é órgão (em particular, um funcionário público) do Estado apenas na medida em que sua conduta se conforme às normas jurídicas que determinam sua função.

Na medida em que um indivíduo viola uma norma jurídica, ele não é um órgão do Estado. A imputação ao Estado não diz respeito a ações ou omissões que têm o caráter de delitos. Um delito que é violação da ordem jurídica nacional não pode ser interpretado como um delito do Estado, não pode ser imputado ao Estado, já que a sanção — a reação jurídica ao delito — é interpretada como um ato do Estado. O Estado não pode — falando-se de modo figurado — “querer” ambos, o delito e a sanção. O parecer oposto é culpado, pelo menos, de uma inconsistência teleológica.

[...] o indivíduo que executa um ato antijurídico ao não cumprir a obrigação do Estado (no sentido do Direito nacional) não está atuando como órgão do Estado, nem está no exercício de sua função de funcionário público. Ele está apenas atuando em conexão com sua função oficial de órgão do Estado.<sup>17</sup>

Por isso, advogar para o Estado é tarefa diversa da defesa do cidadão eleito para a chefia de Poder Executivo nas acusações de ilicitudes particulares. Na atualidade, o recorrente equívoco que transfigura o advogado do Estado em advogado de um agente político-administrativo (pessoa natural vinculada ao Estado) é decorrência, principalmente, da inclusão das Procuradorias Estatais na estrutura administrativa dos respectivos Poderes Executivos, assim submetidas hierarquicamente à chefia da administração pública correspondente. O desenho constitucional inclui as procuradorias do Estado nas esferas organizacionais dos Poderes Executivos dos entes federados, de modo que não se caracteriza personalização, nem autonomia financeira ou administrativa: todas as instituições da advocacia pública são órgãos dos Executivos, sem orçamento próprio e diretamente submetidas aos respectivos ditames organizacionais. Por isso, frente à estrutura orgânica da administração pública correspondente, o advogado público é investido no cargo e tratado como agente/servidor público com regime jurídico especial.

Contudo, a disciplina administrativa pela chefia do Executivo deve atender às regências constitucional (arts. 131 e 132) e legal da função advocatícia,<sup>18</sup> sem poderes para delimitar o objeto técnico-funcional do ofício do advogado público. O procurador estatal detém autonomia de decisão para a condução técnico-jurídica de seu trabalho de (re)presentar o Estado, por isso, podendo inclusive ser responsabilizado.<sup>19</sup>

Nem mesmo a reunião na chefia do Executivo (regime presidencialista)<sup>20</sup> das funções de chefias do Estado,<sup>21</sup> do governo e da direção hierárquica da administração pública tem o condão de afetar o exercício funcional da advocacia pública. Para além da distinção técnica entre tais funções,<sup>22</sup> o exercício dessas três atribuições por um único indivíduo deve ser feito à luz da disposição constitucional sobre o Estado, impondo-se a imprescindível diferenciação entre o Ente Público e o mandatário eleito para chefiá-lo.



## 2 As categorias da ilicitude eleitoral

A regularidade das eleições e a subsequente legitimidade dos mandatos dos cidadãos indicados pela soberania popular detém proteção normativa na própria Constituição Republicana de 1988:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]

§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

§10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

A partir dessa regência fundamental, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder e/ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública justificam a delimitação das categorias jurídico-eleitorais do abuso de poder e as condutas vedadas aos agentes públicos como ilícitos eleitorais.

### 2.1 Abusos de poder

A teoria do abuso de poder foi desenvolvida a partir da noção civilista de abuso de direito.<sup>23</sup> Se o titular de um direito subjetivo (poder ou faculdade de credor) o exercita para prejudicar terceiros, caracterizam-se o uso abusivo<sup>24</sup> de direito e a responsabilidade civil do agente, nos moldes do Código Civil.<sup>25</sup> O exercício de um direito deve ser normal, regular, delimitado, em harmonia com os interesses sociais.

A administração estatal é espaço propício ao uso abusivo dos poderes manejados pelos ocupantes de cargos e funções públicos. Nessa constatação reside o fundamento para as clássicas teorias da separação dos poderes e dos freios e contrapesos (*checks and balances*), pois somente o poder refreia o poder. A categoria jurídico-eleitoral 'abuso de poder' não está positivada em preceito expresso:

[...] a expressão "abuso de poder" deve ser interpretada como a concretização de ações que denotam o mau uso de recursos detidos, controlados pelo beneficiário ou a ele disponibilizados. As condutas levadas a cabo não são razoáveis nem normais à vista do contexto em que ocorrem, revelando existir exorbitância, abuso ou excesso.<sup>26</sup>

De modo geral, não há tipologia legal sobre abuso de poder. Trata-se de conceito jurídico indeterminado (ou cláusula aberta) cuja configuração decorre dos elementos presentes em cada circunstância. Mesmo que seja considerada como uma categoria una, sua materialização ocorre através de fatos variados quanto à forma, natureza, extensão, efeitos e, com isso, o ordenamento

pode imputar-lhe respectivas caracterizações e sanções diferenciadas.

A caracterização do ilícito de abuso de poder exige a vinculação com o processo eleitoral. A conduta abusiva implica desvio da norma, fraude à lei, excesso ou mal uso de prerrogativas com potencialidade para afetar a legitimidade do processo eleitoral — apesar de não ser exigido um especial nexo de causalidade entre a conduta e o resultado da eleição.

Portanto, o abuso de poder congrega ilícitos decorrentes da violação de princípios e regras do direito eleitoral que podem surgir de fontes diversas, disso construindo-se a especificação dos abusos de poder econômico, político, social, cultural, dos meios de comunicação de massa.

### **2.1.1 Abuso de poder econômico**

Esta espécie de ilícito eleitoral materializa-se por ações que indicam o mau uso de recursos patrimoniais detidos, controlados ou disponibilizados ao agente:

O abuso de poder econômico tanto pode decorrer do emprego abusivo de recursos patrimoniais, como do mau uso de meios de comunicação social ou do descumprimento de regras atinentes à arrecadação e ao uso de fundos de campanha (LE, arts. 18, §2º, 25 e 30-A). Estará configurado sempre que houver oferta ou doação, a eleitores, de produtos ou serviços diversos [...] Também caracteriza abuso de poder econômico o emprego na campanha, de recurso oriundos de “caixa dois”, ilicitamente arrecadados, não declarados à Justiça Eleitoral, e, ainda, a realização de gastos que superem a estimativa apresentada por ocasião do registro.<sup>27</sup>

Na solução jurisprudencial, o abuso de poder econômico é ilícito que se caracteriza independentemente de o fato específico apresentar potencialidade para afetação do resultado eleitoral. Ou seja: é irrelevante que o uso abusivo do poder econômico influencie concretamente a vontade do eleitor. A potencialidade de induzir o resultado no caso concreto implicaria maior gravidade na conduta, por isso, admitida a decretação da inelegibilidade do candidato beneficiado.

### **2.1.2 Abuso de poder político (de autoridade)**

No direito eleitoral, o abuso de poder político, também denominado abuso de autoridade, é um gênero de condutas ilícitas relacionado ao uso, a qualquer tempo, das estruturas público-administrativas com objetivos “eleitoreiros” em favor de um partido político, candidato ou coligação.<sup>28</sup> Em princípio, não são tipificadas, mas a Constituição de 1988, art. 14, §9º, comina a sanção de inelegibilidade contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato e a normalidade e legitimidade das eleições. Observa-se uma hipótese típica de abuso de autoridade na publicidade institucional irregular (art. 37, §1º, Constituição de 1988 c/c art. 74, Lei nº 9.504/1997).

A categoria ‘abuso de poder político’ trata de hipótese normativa aberta, cujo conteúdo deve ser apurado em cada caso. Como o anúncio legal da ilicitude nessa categoria objetiva resguardar a legitimidade e normalidade das eleições, faz-se necessário verificar a potencialidade da conduta

para afetar o resultado do pleito:

Cumprе ressaltar que não há a necessidade de que haja um verdadeiro nexo de causalidade entre a conduta e o resultado da eleição, como já entendeu o TSE. Basta a verificação, a partir de todo o conjunto probatório, de que a conduta foi apta a comprometer a lisura do pleito. Portanto, não há necessidade de cálculos aritméticos que demonstrem a diferença quantitativa em favor de quem praticou a conduta abusiva, ou mesmo, repito, a demonstração de relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.<sup>29</sup>

A verificação da ocorrência do abuso de poder político deve ser processada através de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), de acordo com a Lei Complementar nº 64/1990, arts. 19 e 22.<sup>30</sup> Embora haja polêmica doutrinária<sup>31</sup> acerca do termo inicial (antes ou depois do registro da candidatura, mesmo para apurar fatos anteriores), deve ser ajuizada até a diplomação dos eleitos, sob pena de decadência. “É irrelevante a participação direta do beneficiário no ato abusivo para a imposição da sanção: o abuso pode ser praticado por terceiro, bastando a comprovação de forte probabilidade de que a conduta é apta a desequilibrar o pleito”.<sup>32</sup>

Comprovada a ocorrência de abuso de poder político, tal conduta deve ser sancionada com a cassação do registro da candidatura e inelegibilidade por três anos do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato abusivo (Lei Complementar nº 64/1990, art. 1º, I, d) — se a AIJE resultar na procedência do pedido antes das eleições. O julgamento posterior à eleição demanda a remessa de cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para ajuizamento de recurso contra expedição de diploma (RCED) e/ou ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) (Lei Complementar nº 64/1990, art. 22, XV).

## 2.2 Condutas vedadas

Diferentemente, as “condutas vedadas” configuram-se através de tipos positivados na Lei das Eleições, arts. 73, 75 e 77, referenciando ações de agentes públicos (de específica colocação da máquina administrativa) a serviço de certa candidatura. Correspondem a hipóteses de desvio de finalidade<sup>33</sup> no uso de competências e prerrogativas funcionais de agentes públicos, especialmente, por mandatários políticos que se candidatam à reeleição.<sup>34</sup>

É categoria jurídica que visa proteger o equilíbrio de oportunidades e/ou a igualdade entre os candidatos, estando agrupadas em função do período de ocorrência proibida das condutas tipificadas na Lei nº 9.504/97:

1. A qualquer tempo, art. 73, I a IV;
2. Em ano eleitoral (até a data da diplomação), art. 73, VII, §§10, 11;
3. No intervalo dos cento e oitenta dias anteriores ao dia da eleição e a posse dos eleitos (art. 73, VIII);
4. No intervalo dos três meses antecedentes à eleição e a posse (art. 73, V);
5. No trimestre antecedente ao dia da eleição (arts. 73, VI; 75; 77).

Como as condutas vedadas estão expressamente indicadas na Lei nº 9.504/1997, entende-se inexigível a constatação de potencialidade lesiva da conduta para o resultado final da eleição:

[...] há precedentes do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que as "... condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. [...] Pouco importa se o ato tem potencialidade para afetar o resultado do pleito. Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição, pela só comprovação da prática do ato" (RESPE nº 24.795, de 26.10.2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira; vide, também, entre outros: RESPE nº 27.737, de 04.12.2007, rel. Min. José Augusto Delgado).<sup>35</sup>

A representação contra qualquer tipo de conduta vedada deve observar o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 e ser ajuizada até a data da diplomação dos eleitos (art. 73, §12, Lei nº 9.504/1997), sob pena de decadência. As sanções previstas para a prática de conduta vedada são a aplicação de multa aos agentes públicos responsáveis, aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem (art. 73, §§4º, 8º) e cassação do registro ou diploma do candidato favorecido (art. 73, §5º). A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, levando em conta a gravidade da conduta, tem indicado a atenção ao princípio da proporcionalidade na fixação da multa e, principalmente, para a cassação de registro:

No caso, observo que a adoção da proporcionalidade, no que tange à imposição das penalidades quanto às condutas do art. 73 da Lei das Eleições, demonstra-se mais adequada, porquanto, caso exigível potencialidade para todas as proibições descritas na norma, poderiam ocorrer situações em que, diante de um fato de somenos importância, não se poderia sequer aplicar uma multa, de modo a punir o ilícito averiguado.<sup>36</sup>

A aplicação do princípio da insignificância (com exclusão da tipicidade), para casos de menor gravidade, mostra-se incompatível com tipologia das condutas vedadas. Considera-se que o descumprimento da vedação eleitoral, *de per se*, é suficiente para afetar o equilíbrio entre os candidatos, assim materializando a ilicitude tipificada e merecendo a sanção proporcional.

As condutas vedadas podem gerar efeitos na esfera político-administrativa, pois a materialização comprovada possibilita a perda do cargo ou função pública, a suspensão dos direitos políticos e, ainda, a condenação ao ressarcimento do erário prejudicado.

### **2.3 Regência eleitoral da improbidade administrativa**

A Lei Geral das Eleições, art. 73, §7º,<sup>37</sup> é vista como norma heterotópica<sup>38</sup> por estipular que as condutas vedadas aos agentes públicos (tipificadas em seu art. 73, *caput*) caracterizam, também, atos de improbidade administrativa, os quais estão disciplinados pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...].

### Capítulo III – Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...]

III - na hipótese do art. 11, 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.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Assim, a regra de direito eleitoral termina por assemelhar toda a gama de condutas vedadas tipificadas nos oito incisos do *caput* do art. 73 ao desvio de finalidade indicado no art. 11, I, da Lei das Improbidades Administrativas, por isso, devendo ser criticado:

O §7º do art. 73 da Lei 9.504, de 1997, é preceito cheio de impropriedades, já que pretende assimilar numa figura específica de improbidade administrativa uma série de condutas extremamente díspares entre si, muitas das quais, à falta dessa estipulação, poderiam enquadrar-se em outros preceitos da própria Lei 8.429, de 1992. Veja-se, com efeito, que as condutas tipificadas nos incisos I, II e III poderiam enquadrar-se em hipóteses dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, com sanções mais severas que aquelas previstas para as hipóteses do art. 11. Ademais, as condutas definidas pelos incisos do art. 73 da Lei 9.504, de 1997, poderiam perfeitamente ter sido assujeitadas às sanções do inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, sem estarem referidas ao inciso I do art. 11 desse diploma legal, já que muitas delas não se amoldam, nem de longe, à figura do desvio de finalidade, capitulada naquele inciso.<sup>39</sup>

Por esse quadro, entende-se que os diversos objetos contidos nos tipos das condutas vedadas não se enquadram na genérica identificação com o desvio de finalidade positivada na lei eleitoral.

### 3 A defesa eleitoral de agente público por advogado do Estado

Esta pesquisa está centrada no tipo do art. 73, III, da Lei Geral das Eleições. Investiga-se se a defesa eleitoral de agente público por um membro integrante da respectiva “advocacia de Estado”<sup>40</sup> materializa a conduta vedada de “ceder servidor público ou empregado da administração direta 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”.

Apesar da constitucionalizada separação entre Estado e mandatário eleito para sua representação, não se vê questionamentos sobre a (in)validade jurídica e/ou (i)legitimidade na defesa eleitoral de governantes ou de outro agente público pela advocacia pública — nem mesmo pelo Ministério Público Eleitoral ou Juiz Eleitoral.

Adotando-se como premissas a exposição anterior sobre a advocacia do Estado e os ilícitos eleitorais (abusos de poder e condutas vedadas aos agentes públicos), impõe-se examinar em face do direito eleitoral o cerne do problema exposto.

### 3.1 Relação com as funções institucionais

A atribuição positivada na Constituição para as instituições advocatícias dos Entes Federados é a de (re)apresentação do Estado — uma das pessoas jurídicas de direito público interno. Observando-se o desenho normativo das competências da jurisdição brasileira, constata-se que as lides apresentadas à Justiça Eleitoral tratam de matéria estranha aos atos do Estado (ente público apresentado em juízo pelo advogado público):

Direito Eleitoral é a disciplina da participação do povo na formação do governo e os direitos políticos de modo que se estabeleça a precisa equação entre a vontade popular e a atividade governamental.

A limitação do objeto do direito eleitoral é fundamental para definir a competência da justiça eleitoral. A atividade partidária, por exemplo, não se constitui uma matéria eleitoral. Assim, possíveis conflitos existentes no âmbito interno dos partidos políticos não se constituem, em regra, matéria de conhecimento da Justiça Eleitoral. [...]

Do mesmo modo, matérias atinentes ao exercício do mandato também não são afeitas à justiça eleitoral. A legitimidade para interferir nos mandatos apenas existe quando decorrente de fatos ocorridos nas eleições. [...]

O Direito Eleitoral tem por objeto a regulamentação do alistamento eleitoral e seus incidentes, aquisição, perda ou suspensão dos direitos políticos do cidadão, manutenção do Cadastro Nacional de Eleitores, sistemas eleitorais, registro de candidatos propaganda eleitoral, garantias eleitorais, crimes e outros ilícitos de natureza eleitoral, recursos eleitorais, votação eletrônica e por cédulas, apuração, proclamação dos candidatos eleitos e diplomação.

Obedece aos parâmetros delineados pela Constituição Federal, pois regula os deveres do cidadão em suas relações com o Estado (como entidade político-jurídica — governo, administração) para sua formação e atuação, bem como os direitos políticos conseqüentes do adimplemento do dever eleitoral. Assim, objeto do direito eleitoral encontra-se fundamentado, precipuamente, nos direitos políticos, eleições e hipóteses de consulta ao povo — plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis.<sup>41</sup>

A atuação válida da Justiça Eleitoral pressupõe que o objeto litigioso esteja regido pelo direito eleitoral, conforme indicação doutrinária e legal.<sup>42</sup> Por isso, nos casos ajuizados perante a Justiça Eleitoral, a pessoa ocupante de cargo/função na administração pública neles envolvida não manifesta ato estatal e nem deve estar representando o Ente Político. O agente público questionado perante a Justiça Eleitoral lá responde como cidadão eleito (ou por outra forma vinculado à gestão administrativa do ente público) e não como (re)presentante do Estado.

Ora, como a atribuição institucional das advocacias do Estado é a representação do ente público,<sup>43</sup> essa delimitação objetiva (pelo direito eleitoral) da competência da Justiça Eleitoral caracteriza a ilegitimidade da atuação de advogado público nessa seara: se o ato estatal não foi incluído dentre as matérias regidas pelo direito eleitoral, não há fundamento para atuação válida do advogado público na Justiça Eleitoral pela respectiva ausência de competência para sindicância de ato estatal.

Os dispositivos regentes da advocacia pública não indicam competência institucional para a representação advocatícia de agente público em matéria eleitoral. E assim o é porque tal matéria

somente alcança e rege os atos relacionados ao cidadão (pessoa natural), em suas próprias manifestações, no campo de seus direitos políticos.

### 3.2 Relação com a improbidade administrativa

À vista das regências constitucional e legal das advocacias de Estado, a hipótese de uma defesa de agente público por advogado público perante a Justiça Eleitoral deve ser confrontada com a Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 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. [...]

Capítulo II – Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, [...] o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...].

Seção II – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, [...] o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Entende-se que a representação na justiça eleitoral de agente público por advogado do Estado caracteriza ato de improbidade administrativa, cujo enquadramento legal deve ser feito à vista dos elementos presentes em cada circunstância.

Assim, quando agente público defendido pelo advogado público é aquele que determina essa irregular atuação em seu próprio benefício, materializa-se ato que importa enriquecimento ilícito e a improbidade caracterizada é aquela descrita no art. 9º, IV, da Lei. Inclusive, vista a semelhança entre os dispositivos político-administrativo e eleitoral, a conduta vedada destacada neste estudo (art. 73, III, da Lei nº 9.504/1997) confunde-se com este tipo de ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito.

Quando a defesa eleitoral por advogado público é determinada ou possibilitada em favor de outrem, o agente público mandante<sup>44</sup> da atuação ilegal deve ser responsabilizado por ato de improbidade que causa lesão ao erário, de acordo com o tipo do art. 10, XIII, da Lei das Improbidades.

### 3.3 Relação com o abuso de poder

Em tese, a defesa eleitoral de agente público por advogado público deve se realizar por

determinação (hierárquica) superior — seja da chefia do Poder Executivo, seja da chefia da respectiva instituição. Nessa hipótese, estariam caracterizados a ilegalidade, a incompetência e o desvio de finalidade necessários à ineficácia/invalidação da ordem superior irregular, nos termos estipulados na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965,<sup>45</sup> cujo âmbito de aplicação é a seara administrativa.

No campo regido pelo direito eleitoral, tal ilícito administrativo deve ser analisado sob os moldes do abuso de poder político ou de autoridade, porquanto tal ordem irregular tem efeitos imediatos na esfera de atuação funcional de um agente subordinado (pela hierarquia administrativa). Um agente público que seja também candidato requer em seu benefício os serviços da advocacia pública. Ou, ainda, mesmo quando não seja candidato — mas detenha o poder de gestão da estrutura administrativa —, um agente público determina a atuação do advogado público em defesa eleitoral de outrem (membro de partido político/coligação) a ele relacionado.

Mesmo quando se entenda haver uma presumida vantagem em favor do agente público — especialmente, dos candidatos à reeleição — que detém a gestão da máquina administrativa com todos os recursos nela inseridos, a técnica eleitoral (particularmente, a respectiva jurisprudência) construiu a categoria 'abuso de poder político' exigindo-lhe uma correspondente comprovação do potencial lesivo do ato abusivo para o resultado eleitoral.

Assim, dada a natureza aberta do tipo 'abuso de poder político', a caracterização do ilícito eleitoral em tal hipótese decorrerá da verificação da potencial lesividade desse ato administrativo ilegal para afetação do resultado das eleições relacionadas.

### **3.4 Relação com a conduta vedada do art. 73, III, da Lei Geral das Eleições**

A defesa eleitoral de agente público por advogado estatal configura a conduta vedada tipificada no art. 73, III, da Lei das Eleições, por força da Constituição Republicana de 1988 (arts. 131 e 132) positivar as competências institucionais das advocacias públicas para defesa dos interesses do Estado e não em benefício (particular) dos agentes públicos.

Em princípio, são insindicáveis perante a Justiça Eleitoral os atos de governo e de administração pública — aqueles que se constituem como manifestações do Estado, embora materializada por intermédio da pessoa natural do respectivo agente público. Nessa hipótese, o ente público (União, Estado-membro ou Município) não é chamado como parte no processo judicial-eleitoral e, por isso, a representação pela advocacia de Estado não deve ser instaurada.<sup>46</sup>

Diferentemente, a circunstância de um governante (ou outro gestor público) atribuir caráter "eleitoreiro" a determinado ato de governo ou de administração pública é comumente questionada perante a jurisdição eleitoral, formatando acusações de condutas vedadas, uso indevido da máquina administrativa, abusos de poder, propaganda eleitoral irregular etc.<sup>47</sup> Mesmo quando seja indicado como parte processual o cargo público (Presidente da República, Governador de Estado, Ministro de Estado etc.), o processado perante a Justiça Eleitoral é o agente público (pessoa natural) — não como representante estatal, mas na qualidade de cidadão, pela prática de ilícito político-eleitoral mesclado ao ato administrativo ou de governo.



Como os atos próprios de Estado não têm natureza eleitoral,<sup>48</sup> a defesa eleitoral de agente público apresenta-se como matéria estranha às atribuições dos advogados públicos. Portanto, o cidadão — que é também agente público acusado — deve promover sua defesa em matéria eleitoral mediante contratação particular e outorga de mandato específico a advogado privado, de acordo com a regra geral da representação processual.<sup>49</sup> Os advogados-membros das advocacias do Estado não devem ser chamados a atuar nessa seara porque a incompetência institucional e o desvio de finalidade nessa representação transfiguram-se na conduta vedada<sup>50</sup> de “ceder servidor público da administração direta 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 estiver licenciado”.

## Conclusão

A circunstância relatada acima como problema tem sido vista com frequência na Justiça Eleitoral, sem que nela seja questionada a legitimidade da atuação dos advogados públicos. A defesa eleitoral de governantes ou de outro agente público pela advocacia do Estado vem sendo tranquilamente aceita, até mesmo pelo Ministério Público Eleitoral, pois não se vê impugnações processuais sobre tal atuação.

Entende-se, contudo, pela caracterização de ilicitude eleitoral na atuação da advocacia do Estado no contexto relatado. Percebem-se substanciais fundamentos jurídicos (constitucionais e eleitorais) na conclusão de caracterizar-se o abuso de autoridade e/ou conduta vedada nessa circunstância: enquanto o agente público defendido tem à disposição de seus interesses eleitorais um quadro de advogados financiados pelo erário, seu opositor político deve resistir à tal defesa arcando com os custos de patrono particular.

Vislumbra-se em tal circunstância uma manifestação do patrimonialismo arcaico (?!) mas, resistente e integrado às instituições republicanas do Estado brasileiro de 1988.

Certamente, trata-se de uma conjuntura tendente a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais (art. 73, *caput*, da Lei nº 9.504/1997) e, até mesmo, a lisura do pleito nos casos em que haja grande diferença de recursos econômicos entre os concorrentes, pois o custo do patrono particular agravaria as consequências da ilicitude cometida pelo agente público (defendido “sem ônus econômico” pela advocacia do Estado).

Maceió, abril de 2013.

## The Electoral Defense of Public Official by Public Lawyers

**Abstract:** The study examines, in the perspective of the electoral law, the problem in the electoral defense of public official by public lawyer. It is to investigate the characterization (or not) of misfeasance and/or prohibited action the public officer in such circumstances.

**Key words:** Misfeasance. Prohibited actions. Governor. Candidate.

## Referências

AMORIM, Filipo Bruno Silva. A Advocacia Pública Federal e suas peculiaridades: do regime jurídico às atribuições constitucionais: da ética à proteção jurídica do interesse público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3420, 11 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22990>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. até a EC nº 53/2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Francisco Dirceu. *Prática das ações eleitorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições municipais: Eleições 2008*. Brasília: AGU; SAJ/Casa Civil, 2008.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1/todas-as-leis-complementares#content>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/codigos-1#content>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/codigos-1#content>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/codigos-1#content>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Jurisprudência). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI - 11488 Agravo de Instrumento Município - Uf de Origem Almirante Tamandaré - PR. Data 22.10.2009. Relator Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJe*, p. 28, 30 n o v . 2 0 0 9 . D i s p o n í v e l e m : <[http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Condutas vedadas a agentes públicos*. Brasília: SGI/Cojur, 2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus>>. Acesso em: 05 mar. 2010.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. A ética profissional dos procuradores públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 321, ano 89, p. 21-39, jan./mar. 1993.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. CD-ROM.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr., 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 129, jan./mar. p. 275-279, 1996. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176399>> Acesso em: 03 jan. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano 54, n. 63. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29276.pdf/rev630305ResponsabilidadeAdvogadoEstado.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2010.

OLIVEIRA, Alexandre Afonso Barros. Abuso de poder político e econômico. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/eje/html/artigo.html>>. Acesso em 1º fev. 2010.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PELICIOI, Angela Cristina. A impossibilidade da terceirização da cobrança da dívida ativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 341-345, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/496>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1 - Introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PROBST, Marcos Fey. Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11194>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 49/50, j a n . / d e z . 1 9 9 8 . D i s p o n í v e l e m : <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2049-50.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

SILVA FILHO, Derly Barreto. Advocacia pública: competência constitucional dos Estados-membros. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 28., Gramado, 2002. *Caderno de Teses*. Porto Alegre: Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, JOSÉ Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

---

<sup>1</sup> "Advogado [...] Etimologia: [...] Nascentes deriva de *advocatu*- 'chamado para junto (para defender)'" (HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*).

<sup>2</sup> MOREIRA NETO. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, p. 1.

<sup>3</sup> Apesar de a advocacia pública municipal estar excluída da regência constitucional indicada, entende-se que ela também se enquadra no contexto do problema exposto neste trabalho, como será detalhado no texto. Os Municípios podem ser representados por seus Procuradores ou pelo Prefeito, inclusive, em juízo (Código de Processo Civil, art. 12, II).

<sup>4</sup> "As *funções de Advocacia Pública* da União foram outorgadas a uma nova Instituição, que a Constituição denominou 'Advocacia-Geral da União' [...] Procuradorias e consultorias estaduais. A carreira de Procurador de Estado e do Distrito Federal foi institucionalizada em nível de Constituição Federal. Isso significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e de consultoria dos Estados, uma vez que os Procuradores a que se incumbem essa função, no art.

132 daquela Carta Magna, hão de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que sejam todos congregados” (SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 609-611).

<sup>5</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, p. 233 *apud* FARIA. A ética profissional dos procuradores públicos. *Revista Forense*, p. 26.

<sup>6</sup> “Art. 2º [...] §1º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública” (Lei nº 6.830/1980).

<sup>7</sup> “[...] a terceirização, ou qualquer outra denominação que se dê à tentativa de passar a cobrança da dívida ativa para advogados não Procuradores dos Estados, Distrito Federal e União, [...] irá tão-somente contrariar o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal” (PELICIOLI. A impossibilidade da terceirização da cobrança da dívida ativa. *Revista de Informação Legislativa*, p. 341)

<sup>8</sup> MACEDO. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, p. 30.

<sup>9</sup> “Segundo clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos *presentam* a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se a *representação*. Com efeito, ‘o órgão torna presente, portanto *presenta* a respectiva pessoa jurídica de cujo organismo faz parte. Esta é a razão pela qual não se haverá de exigir a outorga de mandato pela União e demais entidades de direito público a seus respectivos procuradores’. Já se vê que, uma vez investido no cargo ou função, o procurador público adquire a representação (leia-se *representação*) da Fazenda Pública, estando incluídos nessa representação os poderes gerais para o foro” (CUNHA. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 20).

<sup>10</sup> MOREIRA NETO. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, p. 278.

<sup>11</sup> “Uma vez que a atividade administrativa é infralegal, submissa à lei e preordenada à satisfação de seus comandos, as competências *administrativas* nada mais podem ser senão feixes de atribuições concebidos para proporcionar a realização *in concreto* dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativos — repita-se e enfatize-se — como uma imposição à qual, de direito, não podem se esquivar. Segue-se que os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo *necessário* e *suficiente* ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-lo” (BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 140, grifos no original).

<sup>12</sup> Uma circunstância que demanda a elaboração de informações por agente do Poder Executivo é a recorrente indicação como autoridade coatora em ação de mandado de segurança. A Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, estabelece com precisão a distinção entre o agente público que deve prestar suas informações (portanto, firmadas por si próprio) e a defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público relacionada com a lide — essa segunda a ser distintamente exercida pela respectiva Advocacia do Estado: “Art. 6º [...] §3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial,

enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”.

<sup>13</sup> Cf. MACEDO. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, p. 133-134; AMORIM. A Advocacia Pública Federal e suas peculiaridades: do regime jurídico às atribuições constitucionais: da ética à proteção jurídica do interesse público. *Jus Navigandi*.

<sup>14</sup> “Não obstante, os Advogados de Estado têm investidura especial em cargos para tanto constitucionalmente diferenciados, não se tratando, por isso, de cargos administrativos, mas de cargos jurídicos próprios, tal como instituídos na própria Carta Magna, especificamente dirigidos ao desempenho das funções advocatícias públicas de promoção e controle de legalidade (aqui entendida em sua acepção mais ampla, de juridicidade). 6. São inequivocamente funções de corte político, inconfundíveis portanto, por mais esse relevante diferencial constitucional *ratione materiae*, com as de servidores que exercem funções administrativas, pois essa especial investidura, além de induzir uma responsabilidade corporativa geral, perante os órgãos colegiados de classe, implica também em uma responsabilidade corporativa especial, perante os órgãos colegiados institucionais que lhes são próprios” (MOREIRA NETO. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*).

<sup>15</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (Constituição de 05 de outubro de 1988).

<sup>16</sup> A educação e o posterior comportamento dos gestores da coisa pública brasileira, na atualidade, ainda podem ser criticados nos mesmos moldes aplicados à realidade político-estatal no Século XVI por Raymundo Faoro: “FAZENDA, GUERRA E JUSTIÇA são as funções dos reis, no século XVI, funções que se expandem e se enleiam no controle e aproveitamento da vida econômica. Uma constelação de cargos, já separada a administração pública da casa real, realiza as tarefas públicas, com as nomeações e delegações de autoridade. Separação, na verdade, tênue, em que o valido da corte se transmuta em funcionário ou soldado, num processo de nobilitação, que abrange o letrado e o homem de armas. O patrimônio do soberano se converte, gradativamente, no Estado, gerido por um estamento, cada vez mais burocrático. No *agente público* — o agente com investidura e regimento e o *agente por delegação* — pulsa a centralização, só ela capaz de mobilizar recursos e executar a política comercial. O funcionário é o outro eu do rei, um outro eu muitas vezes extraviado da fonte de seu poder” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 2001 p. 197).

<sup>17</sup> KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 199-200.

<sup>18</sup> “Art. 2º [...] §3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. Art. 3º [...] §1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades

de administração indireta e fundacional” (Lei nº 8.906/1994).

<sup>19</sup> Cf. MOREIRA NETO. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*.

<sup>20</sup> “Já para o sistema *presidencial*, [...] a estrutura do poder político se concentrará fundamentalmente na figura do *presidente da república*, que concentrará as atribuições de governo e de representação do Estado, fazendo agigantar o papel político do detentor da função executiva no comando das decisões políticas, em razão da *unipessoalidade* que vai identificar este modelo, onde um corpo de auxiliares de confiança irá atuar para dar suporte às ações políticas” (STRECK; MORAIS. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 170-171).

<sup>21</sup> “O Estado aparece como comunidade de homens concretos, constituído com duração indefinida em certo lugar. Comunidade na qual se exerce um poder em seu nome, dirigido a cada uma das pessoas e dos grupos que a integram; e poder que se encarregam as pessoas investidas na qualidade de titulares de órgãos. Comunidade e poder que se vertem em organização — em organização jurídica — como a que é dada, primeiro que tudo pela Constituição” (MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 170).

<sup>22</sup> “As funções estatais do Estado contemporâneo [...] são três [...]: a) a função governamental-normativa ou função de governo — [...] é exercida pelo órgão de direção do Executivo (Presidente, Governador, Prefeito) com o *placet* da maioria do Legislativo. Ao Executivo cabe propor ações, programas e medidas; ao Legislativo remanesce a tarefa de aprovar-desprovar tais medidas, bem assim alterar seu sentido, se for o caso. [...] b) a função administrativa — burocracia a executar decisões políticas anteriores (leis, decisões e atos de governo)” (PALU. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, p. 108-109).

<sup>23</sup> Cf. GOMES. *Direito eleitoral*, p. 252 *et seq.*

<sup>24</sup> PEREIRA. *Instituições de direito civil*, p. 465 *et seq.*

<sup>25</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Lei nº 10.406/2002 – Código Civil).

<sup>26</sup> GOMES. *Direito eleitoral*, p. 253.

<sup>27</sup> GOMES. *Direito eleitoral*, p. 256-257.

<sup>28</sup> “Tal hipótese já ocorreu, por exemplo, na oportunidade em que o Tribunal Superior Eleitoral penalizou o então Ministro de Estado da Previdência Social por ter remetido carta aos aposentados e pensionistas (cerca de dezessete milhões de cartas em 1998) do INSS com conteúdo que a Justiça Eleitoral entendeu beneficiar dada candidatura à Presidência da República” (BRASIL.

Advocacia-Geral da União. *Condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições municipais: Eleições 2008*, p. 1).

<sup>29</sup> OLIVEIRA. Abuso de poder político e econômico.

<sup>30</sup> Cf. BARROS. *Prática das ações eleitorais*, p. 198, 213.

<sup>31</sup> O TSE responde à questão doutrinária decidindo que: "O dia do registro das candidaturas não é o marco inicial para a atuação da Justiça Eleitoral na apuração de abuso de poder político ou econômico, bem como do uso abusivo dos meios de comunicação, capazes de prejudicar a igualdade de oportunidades nas eleições e a livre manifestação da vontade política popular. Atos anteriores ao registro podem ser apurados (RCED 761, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 26.3.2009; RCED 627/CE, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, *DJ* de 24.6.2005; RO 725/GO, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Rel. Designado Min. Caputo Bastos, *DJ* de 18.11.2005)" (RCED nº 703, Florianópolis/SC. Rel. Min. Felix Fischer, 28.05.2009. *DJe*, 1º set. 2009).

<sup>32</sup> OLIVEIRA. Abuso de poder político e econômico.

<sup>33</sup> "Art. 2º, Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (Lei nº 4.717/1965).

<sup>34</sup> Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *Jus Navigandi*.

<sup>35</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições municipais: Eleições 2008*, p. 3.

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI - 11488 Agravo de Instrumento Município - Uf de Origem Almirante Tamandaré - PR Data 22.10.2009. Relator Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJe*, p. 28, 30 nov. 2009.

<sup>37</sup> "Art. 73. [...] §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" (Lei nº 9.504/1997).

<sup>38</sup> "O que a norma prescrita pelo §7º faz é justamente isso: qualifica como improbidade os fatos apanhados pelas diversas normas do art. 73 e transformados em condutas vedadas aos agentes públicos. [...] Nada obstante, trata-se de norma heterotópica, que deveria estar acomodada na lei de improbidade administrativa (LIA – Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992)" (COSTA. *Instituições de direito eleitoral*, p. 596).

<sup>39</sup> Cf. PRADO. *Improbidade administrativa*, p. 139.

<sup>40</sup> Cf. MOREIRA NETO. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*.



[41](#) COÊLHO. *Direito eleitoral e processo eleitoral*: direito penal eleitoral e direito político, p. 68-69.

[42](#) “Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado” (Lei nº 4.737/1965 – Código Eleitoral).

[43](#) “O advogado público — seja ele Advogado da União ou Procurador do Estado ou do Distrito Federal — é um agente público, que exerce uma função essencial à Justiça e que detém a função imprescindível à dinâmica governamental e administrativa das entidades políticas, qual seja, a de profissional responsável pela representação judicial e pela consultoria jurídica daquelas pessoas” (ROCHA. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 26).

[44](#) Importante lembrar-se o poder-dever do advogado público de apontar a ilegalidade da atuação eleitoral determinada pela superior hierarquia, sob risco de sua própria responsabilização: “Tais agentes, incumbidos da representação do Estado, exercem a defesa ativa e passiva do ente público perante os órgãos do Poder Judiciário, nos mais diversos foros e instâncias. Quando se deparam com atos ilegais e procedem a representações às instâncias competentes, sugerindo providências de correção, de anulação e, até mesmo, de responsabilização da autoridade pública, tudo visando a defender eficientemente, o interesse público (e também proteger-se contra eventuais acusações), também exercem, mesmo reflexa ou indiretamente, atividade de controle intra-orgânico da Administração Pública” (SILVA FILHO. Advocacia pública: competência constitucional dos Estados-membros. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, p. 32-33).

[45](#) “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

[46](#) Os advogados da União Federal e os Procuradores de Estado ou do Distrito Federal são dispensados de apresentar procuração nos autos processuais por deterem mandato legal, positivado na Constituição de 1988 (arts. 131 e 132) e no Código de Processo Civil: “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores”.

[47](#) Essa é a hipótese mais propícia à materialização da conduta vedada aqui exposta como problema de direito eleitoral. E a materialização deste tipo de conduta vedada dependerá das circunstâncias de cada caso, admitindo-se sua ocorrência na esfera extrajudicial ou perante a própria jurisdição eleitoral.

<sup>48</sup> Nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral já declarou que “por não se tratar de pessoa física, não é possível que o Estado do Mato Grosso do Sul ingresse com o pedido de resposta” (RESPE nº 15.535/MS, Acórdão nº 15.535 de 1º.10.1998. Rel. Min. Edson Carvalho Vidigal. PSESS, 1º out. 1998).

<sup>49</sup> “Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz. [...] Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso” (Lei nº 5.869/1973 – Código de Processo Civil).

<sup>50</sup> Entende-se que a tipificação legal e a desnecessidade de verificação de potencial lesivo neste ilícito aproximam-no do abuso de poder econômico. É o que pode acontecer quando, na real circunstância, o agente público beneficiado com o uso irregular dos serviços públicos disputa com candidato com poucos recursos econômicos.

---

#### **Como citar este artigo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ARAUJO, Nadja. Defesa eleitoral de agente público pelas Advocacias de Estado. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96270>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

---

#### **Como citar este artigo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

ARAUJO, Nadja. Defesa eleitoral de agente público pelas Advocacias de Estado. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 61-90, jan./jun. 2013.