

Assistencialismo eleitoral e improbidade administrativa

José Guilherme Ferraz da Costa

Procurador da República no Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo: Este artigo versa o problema da utilização das políticas públicas assistenciais por gestores com objetivo principal de ganho político-eleitoral, notadamente a distribuição gratuita de bens e valores, que pode assumir notório impacto em resultados eleitorais. Parte de breve análise do regime sancionatório da improbidade administrativa, especialmente por violação a princípios, e da moldura jurídica adequada aos programas públicos assistenciais, diagnostica suas distorções mais comuns com previsão na legislação eleitoral e, ao mesmo tempo, demonstra seu enquadramento como improbidade administrativa. Destaca-se o papel que cabe ao Ministério Público nesse contexto, acompanhando referidos programas e buscando corrigir suas distorções, por meio de variados instrumentos jurídicos.

Palavras-chave: Programas assistenciais. Infrações eleitorais. Improbidade administrativa. Ministério Público.

Abstract: This paper discusses the problem of using public policies by managers with the main purpose of political gain-election, notably the free distribution of goods and assets, which may take noticeable impact on election results. It starts from a brief analysis of administrative misconduct penalties, especially for violating principles and the appropriate legal framework for public assistance programs, in order to diagnose its most common distortions which are predicted in electoral legislation and, at the same time, demonstrate its framework as administrative misconduct. It points out and highlights the actions of public prosecution in this context, monitoring these programs and seeking to correct its distortions, through various legal instruments.

Keywords: Welfare programs. Electoral offenses. Administrative misconduct. Public Prosecution.

Sumário: 1 Introdução. 2 Improbidade Administrativa por violação aos princípios da administração pública. 3 Assistência social como política pública de inclusão inserida no sistema de seguridade social. 4 Conduta vedada aos agentes públicos prevista no art. 73, VII, da Lei n. 9.504/1997. 5 Caracterização do assistencialismo eleitoreiro entre os atos de improbidade administrativa. 6 Conclusão.

1 Introdução

Os vinte anos de vigência da Lei n. 8.429/1992 permitiram a paulatina consolidação de abordagens teóricas sistemáticas de tratamentos para as mais diversas patologias da gestão pública, diagnosticadas como passíveis de subsunção naquele instrumento legal. Isto principalmente a partir de iniciativas pioneiras de membros do Ministério Público brasileiro, instituição que vem inegavelmente contribuindo, assim, para melhoria qualitativa da aludida gestão.

Entretanto, uma das referidas patologias de feição mais sofisticada, a despeito de sua notável gravidade e impacto na saúde moral e financeira dos entes públicos bem como na própria legitimação dos mandatos populares, ao nosso ver, ainda se mostra das mais carentes de sistematização teórica e enfrentamento direto na praxe ministerial, qual seja, o assistencialismo eleitoreiro, disfarçado de política de seguridade social.

Com efeito, ao estipular regras estáveis para a realização de eleições periódicas por meio da Lei n. 9.504/1997, o legislador pátrio procurou reforçar os mecanismos de controle na conduta de administradores públicos em contexto eleitoral, prevendo punições

de caráter cível-eleitoral mais rigorosas para condutas de desvio de finalidade na administração pública em benefício de interesses político-partidários. Essa iniciativa relacionou-se à introdução do instituto da reeleição para cargos do Executivo no ordenamento pátrio, evidente fator de agravamento do risco de desequilíbrio de oportunidades entre candidatos pela utilização indevida da chamada “máquina administrativa”.

Entre os expedientes que a Lei n. 9.504/1997 pretendeu coibir, destaca-se a utilização indevida de programas públicos de distribuição gratuita de bens e serviços com a finalidade precípua de conferir vantagem eleitoral a gestores candidatos à reeleição ou mesmo a seus aliados políticos. Isso porque se trata de prática com evidente e significativo impacto na legitimidade dos pleitos eleitorais, especialmente se considerarmos os milhares de pequenos municípios encravados em todo o país, o elevado *déficit* educacional e a acentuada vulnerabilidade econômica de enorme parcela de nosso eleitorado.

Sabe-se que referidos programas, na maioria das vezes criados sob o rótulo de assistência social, política de seguridade social amparada no comando do art. 203 da Carta Magna e regulamentada pela Lei n. 8.742/1993, acabam se prestando a toda sorte de manipulações nas mãos de gestores pouco comprometidos com o interesse público em geral e muito menos com os objetivos de uma verdadeira política de inclusão social.

Nesse panorama, inseriu-se, no art. 73, inciso VI, da referida lei eleitoral, uma previsão específica de conduta vedada aos agentes públicos em contexto eleitoral, consistente no uso promocional da distribuição de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público em favor de candidato, partido político ou coligação.

Posteriormente, a Lei n. 11.300/2006, visando coibir de modo mais eficaz os abusos até então cometidos, enrijeceu a disciplina legal dessa matéria ao simplesmente proibir a criação de novos programas dessa natureza em anos eleitorais, nos termos do novel §10, introduzido no mesmo art. 73, com algumas exceções estritamente previstas ali. Mais recentemente, a Lei n. 12.034/2009 completou tal dispositivo, cominando expressamente a sanção de perda de mandato para tal hipótese bem como proibindo a execução de tais programas, em ano eleitoral, por entidades privadas ligadas a candidatos.

Com efeito, a mesma lei explicitou que as condutas nela apontadas como proibidas a agentes públicos em campanha eleitoral também caracterizariam improbidade administrativa, punível nos termos da Lei n. 8.429/1992, por implicarem violação a princípios da administração pública, nos termos do seu art. 11.

Como dito, este último diploma legal representou sensível avanço no fomento à boa gestão pública, embora sua aplicação ainda se encontre em fase de maturação jurisprudencial, principalmente no que se refere à novidade nela contida quanto ao conceito ampliado de improbidade por violação a princípios regentes da Administração Pública, mesmo se ausente a constatação de lesividade ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito do agente.

A aplicação recente das citadas vedações pela Justiça Eleitoral tem lançado luzes sobre as distorções verificadas nas políticas de assistência social adotadas principalmente por estados e municípios, levando-nos a refletir acerca de suas repercussões na esfera da improbidade administrativa, uma vez que configuram formas de desvio de finalidade de atos administrativos em gritante violação

aos princípios constitucionais vetores da Administração Pública e a diversas outras normas contidas no ordenamento jurídico pátrio.

Neste artigo, discorreremos acerca dos modos nos quais se apresentam as ditas distorções em programas de assistência social, notadamente com intuito eleitoreiro, e seu enquadramento como atos de improbidade administrativa. Nosso objetivo será fundamentar o cabimento de medidas punitivas, na esfera cível, em face dos pertinentes responsáveis, bem como da suspensão ou adequação de tais programas ao modelo legal e constitucional previsto para as políticas públicas assistenciais.

Investigaremos os conceitos constitucionais de improbidade administrativa e assistência social bem como seus desdobramentos contidos nas Leis n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), aprofundando o exame do regramento da conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral prevista no art. 73, inciso VI, da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições – LE), quanto aos aludidos programas.

Indicaremos então as principais distorções verificadas na prática, em relação aos programas públicos ditos de assistência social, abrangidos pelo aludido dispositivo da legislação eleitoral, analisando sua caracterização entre os atos de improbidade administrativa, ao menos a daqueles que violam princípios da Administração Pública.

Ressalte-se que a abordagem interdisciplinar ora proposta para o fenômeno em estudo tem implicações no âmbito do Direito Administrativo, Eleitoral e da Seguridade Social, servindo para apontar vias de atuação concreta para o Ministério Público no controle do que chamamos improbidade administrativa eleitoreira, um

dos desafios que, entendemos, deva ser priorizado numa terceira década de vigência da LIA.

2 Improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública

O conceito de improbidade administrativa foi acolhido pelo art. 37, §4º, da Constituição Federal, segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Foi reforçado ainda pelo art. 15, V, da mesma Carta Magna, onde consta remissão à pena de suspensão dos direitos políticos aplicável ao agente público ímprobo.

A pesquisa semântica do vocábulo *improbidade*, com origem na palavra latina *improbitas*, revela conteúdo contraposto ao de probidade, equivalendo esta a honestidade, retidão e integridade de caráter. Daí a associação do vocábulo improbidade, no senso mais comum, à figura do administrador desonesto (*improbus administrator*), que se aproveita da coisa pública em benefício próprio ou alheio, e à gerência deliberadamente temerária.

Registra-se a existência de uma corrente doutrinária que considera a probidade administrativa gênero, da qual faz parte a moralidade administrativa, bem como de outra corrente, segundo a qual a moralidade administrativa seria o gênero do qual a probidade seria uma espécie, indicada como moralidade qualificada, a exigir, portanto, traços de desonestidade para sua caracterização (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 6-8).

Parece-nos francamente prevalente, na doutrina e jurisprudência pátrias, a segunda orientação, conforme a qual determinados atos administrativos, embora eivados de ilegalidade, não neces-

sariamente contêm a nota de desonestidade ou deslealdade apta a caracterizar a improbidade administrativa. Dessa forma, propugna-se por uma aplicação mais prudente e equilibrada das sanções por improbidade administrativa, especialmente em se tratando das hipóteses de violação aos princípios da Administração Pública, sem dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

Deve-se agregar a essa conceituação, ainda, que os atos de improbidade podem ser aqueles que, além de ilegais, mostrem-se fruto de desonestidade ou ainda de inequívoca atuação temerária do agente público. Desse modo, embora as punições da LIA não alcancem o administrador que se equivoca na gestão pública, dentro de uma razoável margem de erro profissional, podem atingir comportamentos culposos, como, aliás, prevê expressamente o *caput* do art. 10 da mesma lei (Osório, 2007, p. 247-253).

A LIA regulamentou o referido dispositivo constitucional, descrevendo diversas condutas caracterizadoras de improbidade administrativa com as correspondentes sanções que abrangem perda de bens, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três a dez anos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, também pelo prazo de três a dez anos (art. 12).

A doutrina majoritária reconhece a natureza cível das sanções cabíveis, embora evidente a possibilidade de que as aludidas condutas também caracterizem crimes a serem objeto, cumulativamente, de persecução penal. A jurisprudência pátria, capitaneada pelos nossos tribunais superiores, até recentemente, endossava essa concepção, afastando a incidência do foro especial por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, justamente

em face da natureza cível das sanções cuja aplicação nelas se requer (SANTOS, 2007, p. 7-9).

Por ocasião do julgamento da Reclamação n. 2138-6/DF, entretanto, o Plenário do STF reconheceu às condutas ditas ímprobas a natureza de crimes de responsabilidade, no caso dos agentes políticos sujeitos ao regime peculiar de punição por infrações político-administrativas delineado na própria Carta Magna, afastando-se quanto a eles o sistema punitivo da LIA¹.

A LIA classifica os atos de improbidade ali descritos em três categorias (arts. 9º, 10 e 11) – os atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que importam dano ao erário e os atos violadores de princípios da administração pública –, graduando sanções de maior ou menor gravidade de modo decrescente entre tais categorias (art. 12).

Em todos eles, o legislador utilizou formulação genérica no *caput* e exemplificativa nos respectivos incisos, de modo que a ausência de subsunção a um dos aludidos incisos não afasta a caracterização do ato de improbidade, caso seja possível seu enquadramento no *caput* genérico de cada um dos dispositivos. (SANTOS, 2007, p. 50-51)

Entre as referidas categorias adotadas pela LIA, a que tem gerado maior polêmica doutrinária, interessando-nos mais especi-

1 Em se tratando de decisão adotada por escassa maioria e, em face da recentes mudanças na composição daquele colegiado, espera-se uma revisão daquele posicionamento, altamente discutível tendo em vista que representou, na prática, uma forma de imunização dos principais responsáveis pelas condutas que aquela lei visou punir. De qualquer forma, o STJ já alinhou sua jurisprudência no mesmo sentido (vide Reclamação n. 2790/SC), valendo ressaltar que, a despeito da restrição jurisprudencial, no caso de condutas que não encontrem tipificação na lei específica referente às infrações político-administrativas, a LIA ainda seria aplicável aos agentes políticos.

ficamente neste artigo, é aquela caracterizada pela violação a princípios da Administração Pública.

Constata-se, nesse ponto, que, enquanto o art. 4º da LIA reporta-se ao dever geral dos gestores públicos em observar os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, o *caput* do art. 11 indica como contrárias aos aludidos postulados a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Esses deveres são decorrência clara da conjugação dos princípios da moralidade e impessoalidade, sem prejuízo de extrairmos destes, e ainda do próprio princípio da legalidade, outros subprincípios, como os da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade civil do Estado, conforme pensamento de Celso Antônio Bandeira de Melo. (SANTOS, 2007, p. 92).

Lembre-se que, embora apenas tenha sido explicitado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, após o advento da LIA, não vislumbramos impedimentos a que se enquadrem violações ao princípio da eficiência administrativa como atos de improbidade administrativa, uma vez que tal princípio também decorre dos demais, notadamente da moralidade administrativa (GARCIA, 2008, p. 49 e 54-56; OSÓRIO, 2007, p. 142-181).

Com efeito, no caso dos atos a que se reporta o art. 11 da LIA, há maior flexibilidade na identificação do que seria caracterizado como improbidade administrativa, exigindo-se, portanto, maior prudência em se tratando da delimitação da fronteira entre o que seria um ato meramente ilegal (por vezes adotado de boa-fé pelo administrador, de acordo com certas interpretações da lei ou das circunstâncias de fato) e o que seria exatamente um ato de improbidade administrativa.

A doutrina especializada alerta para o risco de excessos na aplicação do art. 11 da LIA, sendo que, como solução para tal problema, na mesma linha que já destacamos anteriormente, deve-se invocar o conteúdo constitucional da própria noção de improbidade, buscando-se a nota de desonestidade ou deslealdade funcional ínsita ao comportamento do agente ímprobo.

Dessa forma, afasta-se o risco de punição desproporcional a certos equívocos no exercício da administração pública, podendo-se aplicar o mesmo raciocínio em casos em que não se vislumbra sequer risco de dano ao erário ou mesmo a insignificância da lesão frente ao princípio da proporcionalidade². Nesse sentido orientou-se a jurisprudência pátria, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 6-8).

Discute-se, ainda, acerca da possibilidade de identificação de atos de improbidade sob a forma culposa, uma vez que, em casos tais, não há uma vontade previamente orientada a certa finalidade, mas apenas a negligência, imprudência ou imperícia.

Para a doutrina prevalente, seria admissível a forma culposa para os atos de improbidade administrativa apenas nos casos do art. 10, ou seja, quando verificado dano ao erário, mas não nos demais, registrando-se posição minoritária defendida por Maria Sylvia Zanela di Pietro nesse particular, admitindo modalidade culposa para as três categorias de improbidade administrativa (SANTOS, 2007, p. 92-93).

2 Para Carlos Frederico Brito dos Santos (2007, p. 101), no caso de violação aos princípios da administração pública, o problema reside no tocante ao da legalidade. Segundo aquele autor, deve-se exigir, nesse caso, a ocorrência de perigo de dano ao erário bem como que a aplicação das sanções previstas na LIA não viole o princípio da proporcionalidade. Esclarece ele ainda que, no caso de violação aos demais princípios indicados na LIA, seria dispensável a caracterização do aludido risco de dano ao erário.

Em que pese encontrarmos precedentes, na jurisprudência do STJ, que proclamam a desnecessidade de prova de elemento subjetivo dolo ou culpa no tocante à caracterização dos atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (Resp 880.662/MG, Resp 826.678/GO e Resp 717.375/PR), é fato que decisões posteriores se alinharam no mesmo sentido da aludida orientação doutrinária (vide como exemplo o Resp 875163/RS). Chegou-se, mais recentemente, a se proclamar praticamente a impossibilidade de caracterização de ato meramente culposo de improbidade, mesmo no caso do art. 10 (REsp 1.199.582/SP).

Destacamos, entretanto, que não se deve esquecer que, por vezes, embora não revele um comportamento preordenado a atingir o resultado ilícito, o agente praticamente aceita que este se produza, incidindo na categoria do dolo eventual, bastante decantada pela teoria geral do crime, que também nos parece servir, no particular, à análise do ato de improbidade administrativa.

Enfim, doutrina e jurisprudência pátrias majoritariamente tendiam a cancelar a gradação das sanções cominadas pela LIA ao agente ímprobo (SANTOS, 2007, 142-150), justamente conforme o elemento subjetivo e a gravidade das consequências para a administração pública, admitindo-se, assim, que não necessariamente seja o agente punido com todas elas. Na esteira desse raciocínio, foi introduzida alteração no art. 12, *caput*, da LIA, pela Lei n. 12.120/2009, explicitando essa possibilidade de gradação de sanções.

Em relação às condutas previstas no art. 11, um aparente equívoco redacional contempla a ressalva de “ressarcimento integral do dano, se houver”, pois em caso de dano econômico ao erário, pela técnica residual adotada pelo legislador na LIA, sabe-se que seriam cabíveis as punições do art. 12, inciso II, e não do inciso III do mesmo dispositivo.

Partindo-se, outrossim, do raciocínio clássico segundo o qual na lei não há palavras inúteis, pode-se extrair dessa ressalva legal a possibilidade de indenização de um possível dano moral, subjacente às condutas violadoras aos princípios da administração pública (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 22).

3 Assistência social como política pública de inclusão inserida no sistema de seguridade social

O constituinte de 1988 seguiu as mais modernas tendências internacionais ao estruturar um sistema de seguridade social em três subsistemas com características e funções próprias, as quais se integram e favorecem a universalidade da proteção social para o conjunto da população brasileira, conforme a maior ou menor necessidade de cada indivíduo. Tal sistema restou conceituado como sendo o “conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 204 da CF/88).

Desse conjunto, sobressai-se o subsistema de previdência social, que segue o modelo tradicional de seguro social contributivo por natureza, ao lado da assistência social gratuita voltada aos excluídos do mercado de trabalho que, por algum motivo superior, não poderiam ser chamados a contribuir para sua manutenção. Por sua vez, no subsistema de saúde, impera a máxima universalidade do atendimento, permitindo-se acesso gratuito aos cuidados médicos por qualquer cidadão, na medida de suas necessidades.

Esses subsistemas da seguridade social se articulam e se integram para amparar o segurado em situação de vulnerabilidade e, ao mesmo tempo, para permitir que ele possa (re)ingressar no mercado de trabalho, tornando-se economicamente independente e capaz de contribuir para manutenção do sistema como um todo.

Dessas breves considerações, emerge que o conceito constitucional de assistência social está vinculado à atenção aos segmentos mais fragilizados da população, com enfoque principal na proteção à família, à infância, à adolescência e à velhice, no amparo às crianças e aos adolescentes carentes, na promoção da integração ao mercado de trabalho, na habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e na promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203 da CF/88).

Tal conceito foi mais bem explicitado no art. 1º da LOAS, editada com base na competência legislativa privativa da União (art. 22, inciso XXIII), segundo a qual a assistência social é definida como direito do cidadão e dever do Estado e como “Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Aliás, as doutrinas nacional e internacional especializadas reforçam essa conceituação, devendo-se considerar que a estruturação do sistema de seguridade social brasileiro reflete uma notável confluência de estudos internacionais acerca da atuação estatal no domínio da previdência e assistência sociais bem como no atendimento à saúde pública³.

3 Nesse sentido, vale conferir o conceito de assistência social segundo Ilídio das Neves (1996, p. 281), numa das mais completas obras sobre seguridade social em língua portuguesa, para quem “o direito à assistência ou solidariedade social [...] visa a garantia de rendimentos mínimos de subsistência, conforme exigências básicas de dignidade humana, ou seja, rendimentos de natureza estritamente social [...] o direito à assistência ou solidariedade social é definido mediante a aplicação do princípio da selectividade, no sentido de que a protecção social se destina a grupos específicos da sociedade ou a certas pessoas pertencentes a esses grupos, que se encontram ‘à margem’ de um certo rendimento estipulado”. Feijó Coimbra (1993, p. 66) também assevera que a concessão de prestações assistenciais tem como limite natural o da carência de recursos verificada no interessado, como ocorre no caso das prestações em moeda deferidas ao deficientes físicos e aos idosos que não dispõem de outra fonte de recursos com os quais possam atender suas necessidades. Citando

Dessa explanação, extrai-se a conclusão peremptória de que não há que se falar em assistência social para categorias abastadas ou mesmo de renda média. As medidas que beneficiem tais segmentos podem até ser consideradas relevantes para o interesse público, mas jamais sob a denominação de assistência social no sentido técnico-jurídico do termo.

Daí concluirmos pela absoluta impropriedade de leis estaduais, distritais e municipais que eventualmente contemplem “ajudas” a título de assistência social para quem não se enquadre no conceito de pessoa carente, que abrange apenas indivíduos sem meios para prover minimamente sua sobrevivência e, portanto, em situação de acentuada vulnerabilidade. Ademais, a assistência social deve focar-se em proporcionar prestações para garantia da sobrevivência do indivíduo, excluídas outras formas de amparo público não relacionadas ao mínimo vital.

Registre-se que, no Brasil, certa corrente doutrinária tributarista tem propugnado incisivamente por uma interpretação mais elástica desse conceito de assistência social, com o objetivo de ampliar o alcance de benefícios fiscais de imunidade concedidos pela Constituição de 1988 a instituições de assistência social e entidades beneficentes de assistência social, conforme art. 154, inciso VI, *c*, e art. 195, § 7º, daquela Carta Magna. A inadequação dessa visão ampliativa mostra-se evidente, contudo, quando invocado o conteúdo preciso do conceito jurídico de assistência social como subsistema de seguridade social, conforme acima destacado⁴.

Por outro lado, mesmo os programas de assistência social voltados genuinamente a pessoas carentes são frequentemente descri-

Paul Durand, o mesmo autor aduz que “para prestações custeadas pela sociedade inteira só se pode encontrar justificativa na concessão delas aos realmente carentes”.

4 Para uma visão aprofundada da matéria, confira-se o nosso “Seguridade Social e Incentivos Fiscais” (2007).

tos como problemáticos do ponto de vista da garantia de lisura e eficiência, isso em face da grandiosidade do desafio de resgate de excluídos em países que sofrem crônica estagnação econômica bem como da frequente imbricação de tais programas com interesses populistas e eleitoreiros (ILO, 2007, p. 66)⁵.

Os mesmos estudos demonstram, entretanto, que é perfeitamente possível serem estabelecidas alternativas técnicas para estruturação desses programas, de modo a prevenir ou minimizar tais distorções e lhes conferir maior eficiência, seja por meio da cuidadosa construção dos requisitos de elegibilidade à concessão de benefícios, seja por meio do incremento dos mecanismos de controle estatal e social sobre sua implementação.

Nessa linha de raciocínio, a LOAS preconiza que a assistência social deve se integrar a políticas setoriais de enfrentamento da pobreza e universalização de direitos sociais, afastadas discriminações de qualquer natureza e garantida a divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão. Reforça ainda a diretriz de participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis dos sistema de assistência social (art. 2º, parágrafo único; art. 4º, II, IV e V; e art. 5º, II).

De acordo com a LOAS, tanto os benefícios quanto os serviços assistenciais não podem consistir em iniciativas isoladas e aleatórias, mas devem se inserir em verdadeiros programas que contemplem ações integradas e complementares, perseguindo objetivos, dentro

5 Nesse sentido, o relatório da Organização Internacional do Trabalho intitulado *Social Security: A new consensus*, embora aponte a relevância dos programas de transferência de renda, alerta para o fato de que “*social assistance is often subject to considerable administrative discretion, opening the way to favouritism, clientelism and discrimination*”. (2001, p. 66)

de parâmetros de tempo e de área de abrangência, de modo a qualificar, incentivar e melhorar resultados em termos de inclusão social (arts. 23 e 24, *caput*).

Por sua vez, confirmando esse raciocínio, a Lei n. 12.101/2009, visando regulamentar benefícios fiscais concedidos a entidades assistenciais privadas, delineou, em seu art. 18, as ações assistenciais como sendo implementadas “de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e a quem deles necessitar, sem qualquer discriminação, observada a Lei 8.742/93”. Mais recentemente, a concepção do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) foi inserida no texto da própria LOAS (art. 6º) pela Lei n. 12.435/2011.

Com efeito, com base em todos esses princípios e regras, infere-se a exigência normativa de uma estruturação lógica, coerente e sistemática de medidas assistenciais que favoreçam a reintegração social, bem como a exigência de tratamento igualitário da clientela, tudo sob amplo controle social. Infere-se ainda que, na esteira das previsões constitucionais, passa-se a reconhecer, no ordenamento jurídico brasileiro, o efetivo direito subjetivo público a prestações de assistência social, que não se resumem a meras benesses discricionárias do Poder Público, na medida de suas sobras orçamentárias. Portanto, apenas são legítimas do ponto de vista constitucional as medidas de assistência social implantadas pela União, estados, Distrito Federal e municípios a partir de leis federais e locais, quando observados todos esses princípios e diretrizes, os quais, obviamente, implicam a gestão metódica, planejada e profissionalizada das políticas públicas assistenciais.

Agrega-se a essas diretrizes todo o arcabouço pertinente ao controle das despesas públicas em geral, notadamente a Lei n. 4.320/1964 e a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), atraindo, inclusive, normas específicas para essa modalidade

de despesa, como é o caso do art. 26 dessa última, segundo o qual a destinação de recursos para referidos programas deve ser “autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento”.

Salta aos olhos, portanto, que todas as diretrizes acima explicitadas repudiam supostos programas de distribuição eventual e aleatória de benesses a pessoas tidas como carentes (e, com maior razão, para não carentes) mediante critérios subjetivos do administrador e sem os adequados mecanismos de controle.

4 Conduta vedada aos agentes públicos prevista no art. 73, VI, da Lei n. 9.504/1997

A Lei das Eleições (LE), desde a sua redação original, previu, em seu art. 73, inciso VI, como modalidade de conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral “fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público”.

Registre-se que tal conduta pode abranger a distribuição gratuita de bens e serviços ligados a diversas políticas públicas de caráter social, como, por exemplo, merenda escolar, livros didáticos, material de construção, etc (CONEGLIAN, 2006, p. 335; CANDIDO, 2008, p. 572). Contudo, parece-nos que a mais comum e ampla possibilidade de sua ocorrência relaciona-se aos programas de assistência social propriamente ditos, que, por natureza, comportam amplamente tal distribuição como instrumento de ação.

Segundo a doutrina eleitoralista prevalente, trata-se de conduta punível quando ocorrida a qualquer tempo, e não somente no período eleitoral (compreendido entre julho e outubro), embora mencionada ali a figura do candidato e da coligação,

oficialmente existentes apenas no aludido período, uma vez que não há delimitação temporal no texto do respectivo inciso legal, ao contrário do que ocorre nos incisos V e VI do mesmo dispositivo (BARRETO, 2006, p. 52 e 75).

Observe-se que tal espécie de conduta já era antes enquadrável no conceito genérico de abuso de poder político de conteúdo econômico, extraído do art. 14 da Constituição Federal e do art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, podendo gerar também as sanções de inelegibilidade e perda de mandato.

Contudo, a previsão específica na LE importou mais eficácia na punição daquela, uma vez que, além de maior clareza e precisão da formulação legal, houve ainda a cominação de multa e possibilidade de cassação de mandato em Ação de Investigação Eleitoral ajuizada antes da proclamação dos eleitos, mesmo quando julgada após a diplomação destes. Registre-se que, no caso do abuso, isso exigiria o subsequente ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo, conforme previa o art. 22, XV, da Lei Complementar n. 64/1990, revogado pela Lei Complementar n. 135/2010.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência especializadas debatem se o requisito de potencialidade para afetar concretamente os resultados eleitorais, normalmente associado ao conceito de abuso de poder econômico construído pela jurisprudência pátria, seria exigível ou não para caracterização das condutas vedadas no art. 73 da LE, prevalecendo até recentemente o entendimento que afasta tal requisito no último caso.

Essa visão havia facilitado a punição desse tipo de ilícito na esfera eleitoral, todavia detectamos um indicativo de modifica-

ção nesse posicionamento, em sentido oposto, em alguns julgados oriundos do Tribunal Superior Eleitoral⁶.

Vale ressaltar que, com o advento da recente Lei Complementar n. 135/2010, que alterou vários dispositivos da Lei Complementar n. 64/1990, o legislador introduziu o novo conceito de “gravidade” da conduta abusiva, afastando agora o de “potencialidade” para fins de caracterização do ilícito eleitoral em referência. Certamente tal mudança poderá motivar nova abordagem jurisprudencial na aferição das aludidas condutas vedadas a agentes públicos.

Como hipóteses mais evidentes da discutida conduta vedada, podemos imaginar situações em que o gestor associa ostensivamente o programa público de distribuição de benesses públicas a determinada campanha eleitoral, seja promovendo atos de divulgação de candidaturas no recinto onde ocorre a distribuição, seja instruindo servidores públicos a abordar beneficiários, lembrando-lhes acerca de certas candidaturas, ou mesmo com políticos candidatos distribuindo diretamente tais benesses, mediante discursos de auto-promoção (CONEGLIAN, 2006, p. 335; CASTRO, 2008, p. 359-360).

Pensamos que, em casos tais, não há a menor dúvida acerca da caracterização da conduta vedada, colhendo-se da jurisprudência pátria diversos exemplos em que houve aplicação das aludidas penalidades, inclusive com cassação de mandatos⁷. Lembre-se que, em hipóteses extremas, de verdadeiro condicionamento da con-

6 Vide, como exemplo, a decisão proferida no RO n. 1516/SP.

7 Da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral divulgada em <www.tse.gov.br>, (acesso em: 17 ago. 2012), serve de exemplo eloquente o seguinte precedente: “[...] 4. O comprovado uso de programa habitacional do poder público, por agente público, em período eleitoral, com distribuição gratuita de lotes com claro intuito de beneficiar candidato que está apoiando, com pedido expresso de voto, configura abusivo desvio de finalidade do mencionado projeto social, caracterizando conduta vedada pelo inciso III do art. 73 da Lei no 9.504/97. [...]” (Ac. de 29 jun. 2006 no REspe n. 25.890/2006, rel. min. José Delgado.)

cessão do benefício à promessa de voto, tem-se a caracterização da captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da mesma lei e ainda do crime tipificado no art. 299 do Código Eleitoral como corrupção eleitoral, sem prejuízo de se caracterizar subsidiariamente o tipo de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal.

O exame da casuística enfrentada diuturnamente pela Justiça Eleitoral revela, entretanto, hipóteses mais sutis de utilização promocional desses programas públicos para o fim de obter vantagem eleitoral, associando-os à imagem de políticos em campanha⁸.

Sabe-se que, no contexto de enormes desigualdades sociais existentes em nosso país, é presumível o impacto de benesses públicas proporcionadas por qualquer ente governamental a pessoas tidas como carentes. Com efeito, automaticamente, há uma tendência psicológica à adesão de tais segmentos à proposta política do governante responsável pelo programa assistencial, mesmo que não empregados meios explícitos de propaganda eleitoral.

8 Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, extraído da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral divulgada em <www.tse.gov.br> (acesso em: 22 ago. 2012) “Eleições 2002. [...] Conduta vedada aos agentes públicos. Uso de programas sociais, em proveito de candidato, na propaganda eleitoral. Recurso provido para cassar o diploma de governador. Aplicação de multa. [...] É vedado aos agentes públicos fazer ou permitir o uso promocional de programas sociais custeados pelo poder público.” NE: “[...] O que se vê do processo é uma série de iniciativas do primeiro recorrido, por meio de decretos e de mensagens legislativas, inclusive estabelecendo regime de urgência, à produção legislativa de benefícios sociais. Vejam, V. Exas., que, perdendo o recorrido as eleições no primeiro turno, alguns atos foram praticados durante o processo do segundo turno. Foram estímulos à agricultura, vales-alimentação para policiais, incentivos fiscais, redução do ICMS para combustíveis, remissão de débitos dos mutuários de contratos de aquisição da casa própria, que estão suficientemente documentados nos autos. Não se questiona a legalidade desses atos, diante do processo legislativo do estado. [...] Não se trata de interromper o programa social, que pode, perfeitamente, continuar o seu curso. O que é vedado é valer-se dele para fins eleitorais, em proveito de candidato ou partido, como inquestionavelmente está posto na propaganda eleitoral do recorrido. [...]” (Ac. N. 21.320, de 3 ago. 2004, rel. min. Humberto Gomes de Barros, red. Designado Min. Luiz Carlos Madeira.)

É claro que, enquanto se trate de política pública assistencial adequadamente estruturada, nada há que se objetar à eventual vantagem eleitoral decorrente da aprovação do eleitorado no tocante a tais medidas. Todavia, em certos casos, o que ocorre, na verdade, é a implementação de ação governamental aleatória e sujeita a elevado nível de discricionariedade do administrador público, visando transmitir a imagem de um favor prestado por este ao cidadão e possibilitando toda sorte de manipulações em benefício de interesses eleitoreiros. Nesses casos, afasta-se completamente o elemento de coerência e sistematicidade da política para se centrar o foco exclusivamente na possibilidade de distribuição gratuita de benesses.

De fato, percebemos que tem chamado atenção da própria classe política o acentuado desnível de oportunidades em campanhas políticas, quando um dos candidatos tem em seu favor a possibilidade de utilização desses programas com acentuada margem de discricionariedade.

Daí verificarmos situações em que tais programas são implementados sem que haja sequer alguma previsão legal autorizando distribuição de bens ou serviços gratuitos a título de assistência social, sob alegação, por exemplo, de que a miséria não poderia esperar trâmites formais para ser combatida (!).

Em outros casos, adotam-se leis que autorizam genericamente tal distribuição sem que sejam indicados quaisquer critérios para seleção de beneficiários ou sem que sejam integrados a quaisquer programas sistemáticos de assistência social, visando à inclusão duradoura de indivíduos marginalizados. Nesses casos, identifica-se claramente o objetivo principal de se legitimar formalmente a entrega de tais benesses a eleitores, com o intuito de angariar simpatia e, conseqüentemente, vantagem eleitoral. Assim, ignoram-se

completamente as diretrizes constitucionais e legais para estruturação de políticas de assistência social, as quais não contemplam a pura e simples distribuição de benesses, mas sim um conjunto de medidas estatais coordenadas e sistemáticas para resgate igualitário da cidadania.

Basta que se imagine o que se pode esperar de um “programa” em que o gestor público simplesmente distribui quantias eventuais a cidadãos carentes (ou não tão carentes) que ele ache merecedores, conforme seu critério subjetivo, sem qualquer preocupação em verificar a causa dessa necessidade e como solucioná-la, ou pelo menos mitigá-la, de modo duradouro e igualitário para todos que se encontrem em idêntica situação. Em tais hipóteses, o intuito eleitoreiro acaba sendo revelado pela forma distorcida como se estrutura tal ação, a ponto de garantir máxima discricionariedade ao gestor para concessão de benefícios, normalmente nas proximidades ou em pleno período eleitoral.

Não será nenhuma surpresa verificar, em casos tais, por exemplo, uma notável e injustificável elevação de gastos às vésperas ou no próprio período da campanha eleitoral, dado que não deixa dúvida acerca da busca pelo efeito promocional em favor de certo(s) candidato(s).

Diante desse quadro, a Lei n. 11.300/2006 introduziu o § 10 no art. 73 da LE, estabelecendo a proibição, no ano em que se realizar eleição, da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, ressalvados casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, hipóteses em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Desse novel dispositivo, extrai-se uma proibição geral de criação de programas assistenciais em anos eleitorais, ressalvadas hipóteses emergenciais, como, por exemplo, a calamidade pública e o estado de emergência. Outrossim, mesmo no caso dos programas já em execução orçamentária no ano anterior ao ano eleitoral ou dos contemplados naquelas excepcionais condições de urgência, permanece ainda a possibilidade de se demonstrar o seu uso promocional, nos termos do inciso VI do mesmo dispositivo legal.

Com efeito, embora entendamos possível, em tese, a implementação de tais programas em bases legítimas, mesmo em anos eleitorais, desde que respeitados estritamente os princípios e regras próprios do sistema de assistência social, como explicado anteriormente, diante dos abusos verificados na realidade prática, a opção do legislador foi a de proibir radicalmente esse tipo de iniciativa em tais circunstâncias.

Assim, como a vivência da própria classe política demonstrou que tais programas poderiam ser criados por lei justamente nos anos eleitorais com notório impacto ao eleitorado, introduziu-se a dita proibição legal com base na presunção de que, em casos tais, há elevado risco de que prevaleça o intuito eleitoral sobre a perspectiva de interesse público ínsita ao conceito de assistência social.

Considerando-se a topologia do dispositivo em questão, aventou-se, à primeira vista, que se trataria de norma sem sanção eleitoral específica, como multa ou cassação de registro e diploma, mas passível de fundamentar tão somente ordem judicial para cessação de programas irregulares.

Pensamos, entretanto, que, a partir do objetivo maior da alteração legislativa e da própria conformação da conduta sob exame, o simples desrespeito à aludida proibição fazia presumir o uso promocional do programa, atraindo-se a incidência do inciso VI do

mesmo art. 73 e possibilitando-se a aplicação das sanções de multa e cassação de registro ou diploma, sem prejuízo da decretação de inelegibilidade, se configurada potencialidade para afetar concretamente o resultado eleitoral.

Mais recentemente, a Lei n. 12.034/2008 pôs fim a qualquer dúvida nesse particular, ao remodelar o § 5º do mesmo dispositivo legal, seguindo exatamente a orientação acima defendida, ao estabelecer taxativamente que: “Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma”.

Por outro lado, mesmo no caso de programas existentes no ano eleitoral, que já se encontravam em execução orçamentária desde o exercício anterior ou criados nas exceções emergenciais legalmente previstas, à constatação das distorções estruturais destacadas acima, quais sejam, o elevado grau de discricionariedade para o gestor público, inobservância dos parâmetros indicados na LOAS e notável e notório impacto dos programas sobre a vontade de parcela frágil e numerosa do eleitorado, deve-se, *a priori*, reputá-los como preordenados a conferir efeito promocional em favor de certo(s) candidato(s). Afinal, sabe-se que, na verdade, políticos que distribuem benesses públicas sem observância do regramento pertinente à assistência social, normalmente visam mesmo captar simpatia de potenciais eleitores no futuro.

Nesse particular, a recente Lei n. 12.034/2009 introduziu ainda um novel § 11 no citado art. 73 da LE, prevendo que, “nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o §10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida”. Com efeito, pelo que extraímos desse dispositivo, tal proibição visou alcançar a gestão de programas sociais

que tenham interfaces com organizações não governamentais ligadas a candidatos, as quais poderiam ser utilizadas para facilitar o uso promocional desses programas em campanhas políticas.

De qualquer forma, mesmo que se entenda não caracterizada a conduta vedada do art. 73, VI, da LE, em casos tais, restará ainda cabível a punição do mesmo fato com base na LIA, sem prejuízo de eventual enquadramento na esfera penal e de outras medidas de caráter cível para correção da ação estatal, conforme explicaremos a seguir.

5 Caracterização do assistencialismo eleitoreiro dentre os atos de improbidade administrativa

O § 7º do art. 73 da LE estabelece expressamente que as condutas enumeradas no *caput* daquele dispositivo configuram também os atos de improbidade administrativa a que se refere o art. 11, inciso I, da LIA, sujeitando-se às disposições deste último diploma legal, em especial às cominações do seu art. 12, inciso III. Trata-se de exemplo de tipos sancionadores que se incorporam à LIA por meio de legislação setorial (OSÓRIO, 2007, p. 222-223).

Não há dúvidas de que todas as condutas ali descritas como puníveis na seara eleitoral devem ser examinadas também à luz da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que envolvem o uso da máquina administrativa com desvio de finalidade em contexto eleitoral, constituindo portanto um acréscimo ao rol exemplificativo contido nos incisos do art. 11 da LIA.

Portanto, considerado o intuito eleitoreiro identificado nessas condutas, pensamos restar caracterizada a improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública, conforme art. 11 da LIA, quando não configurada conduta mais grave que se enquadre nas previsões dos arts. 9º e 10 da mesma

lei. Imagine-se, por exemplo, hipótese em que, para viabilizar o uso promocional do programa assistencial, o agente ainda pratique atos que importem despesas absolutamente irregulares ou seu enriquecimento ilícito.

Logo, parece-nos que tal raciocínio afasta as preocupações manifestadas por alguns estudiosos do tema (GARCIA, 2008, p. 279; BARRETO, 2000, p. 141-143), no sentido de que a previsão do aludido dispositivo limitaria o reconhecimento da improbidade decorrente das condutas vedadas, previstas no art. 73 da LE, apenas ao art. 11 da LIA, excluindo-se a caracterização do disposto nos arts. 9º e 10 desta última. Ao que nos parece, o texto legal indica que, no mínimo, ditas condutas violam princípios da Administração Pública, sem prejuízo de ensejarem também enriquecimento ilícito e dano ao erário, hipótese em que poderiam ter enquadramento mais preciso nos citados arts. 9º e 10.

Assim, as hipóteses de uso promocional mais explícito de programas de assistência social, mencionadas pela doutrina especializada e já destacadas acima, com a associação direta e explícita à campanha de candidato por meio de instrumentos de propaganda não ensejam maiores discussões quanto ao seu enquadramento no *caput* e inciso I do aludido dispositivo, por violação simultânea a praticamente todos os princípios ali contemplados.

Em casos tais, mesmo em se tratando de programa legalmente estruturado, de acordo com os cânones do sistema de assistência social, sem que seja detectada qualquer distorção em termos de critérios ou forma de distribuição dos benefícios (ou seja, mesmo quando contemple exatamente quem de direito, de modo igualitário, planejado e integrado a outras políticas públicas), restará caracterizado o ato de improbidade pela vantagem eleitoral explícita buscada às custas do erário em detrimento de outros candidatos e

da coletividade, que vê a atuação governamental contaminada por elemento de pessoalidade do administrador.

Também não deve haver dúvidas para se enquadrarem, no aludido dispositivo, situações em que o gestor associa sutilmente o programa à sua pessoa, subsistindo, no fundo, a intenção de obter vantagem eleitoral às custas da ação governamental. Como sustentado acima, o intuito eleitoral pode restar evidenciado pelas características distorcidas do programa, notadamente quando implantado no ano ou no período eleitoral, bem como, por exemplo, quando se detecta elevação de gastos associada àquele período.

O advento da proibição de criação desses programas em ano eleitoral, nos termos do novel § 10 do art. 73 da LE, indica, como sustentado acima, a presunção legal de que, em caso de violação dessa proibição, restaria configurado uso promocional do programa assistencial, nos termos do art. 73, VI, da mesma lei, caracterizando-se também ato de improbidade administrativa.

Mesmo que não se concorde com tal raciocínio, no mínimo se pode vislumbrar, como móvel desse tipo de conduta, a busca pela satisfação de interesses pessoais ligados a autopromoção, ao prestígio individual, ao exercício do poder, além de outros benefícios privados que possam ser decorrentes da “boa imagem” conquistada às custas do erário, quando não interesses mais óbvios como benefícios financeiros indiretos ao premiar “discricionariamente” aliados e parentes com as prestações assistenciais.

Ponderamos que, mesmo em casos de inadequada estruturação normativa dos programas assistenciais, se o gestor agia de boa-fé, no intuito de atender ao interesse público subjacente ao sistema de assistência social, seria perfeitamente viável para ele demonstrar esse elemento subjetivo. Afinal, se assim ocorreu, certamente houve algum critério não discriminatório para atendimento, observando-

-se minimamente os requisitos de controle administrativo sobre os atos de concessão. Caso contrário, não vemos como se afastar a nota de má-fé do gestor na execução do programa.

Com efeito, ainda que se entenda não caracterizada a utilização de tais programas para fins explicitamente eleitorais, nos termos do art. 73, VI, da LE, sua inadequada estruturação, permitindo ampla manipulação discricionária de prestações, ao largo dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, já configuraria improbidade administrativa, no mínimo por violação desses princípios, se não caracterizada outra forma de improbidade prevista nos arts. 9º e 10 da LIA.

Espera-se que tais programas, para funcionarem legitimamente, sejam instituídos em lei, a qual indique os objetivos estratégicos da política de assistência social e a estes relacione todas as medidas a serem empregadas, mesmo a distribuição de benefícios eventuais (prestações pecuniárias ou *in natura*). Nesse sentido, deverão ser previstos requisitos mínimos visando ao atendimento igualitário de beneficiários, inclusive estabelecendo-se prioridades para concessão, sem prejuízo de sua adequada regulamentação por atos infralegais, tudo em conformidade com as diretrizes da LOAS.

Outrossim, na execução dessas leis, devem ser estritamente observados requisitos de transparência e mecanismos de controle, notadamente a possibilidade de participação popular na pertinente fiscalização, sem prejuízo do atendimento aos requisitos de execução desse tipo de despesa pública, quais sejam, a previsão orçamentária específica e a pertinente documentação de todas as fases de execução dos gastos.

Note-se que, do tipo de conduta ora analisado, emerge inequivelmente, o elemento subjetivo *dolo* direto, voltado à execução de programa conforme diretrizes subjetivas do administrador, não

sendo plausível que este venha a negar ter consciência do desvirtuamento do programa, ainda que tenha ele remotas ou frágeis bases legais. Reputamos pouco verossímil uma situação de implantação culposa desse tipo de programa em desvio de finalidade.

De fato, nas hipóteses acima mencionadas, não parece crível que o administrador não perceba as distorções evidentes do programa em face dos princípios constitucionais da Administração Pública, não se podendo confundir tal conduta com a mera falta de habilidade administrativa ou desinformação crônica do gestor sobre a legislação de regência. Aliás, se ele fechava os olhos diante dos vícios da ação governamental, no mínimo teve conduta extremamente temerária, indicadora de dolo eventual.

Enfim, na esteira da corrente doutrinária e jurisprudencial predominante, corroborada pela nova redação do art. 12, *caput*, da LIA, devem ser graduadas as penalidades ali previstas, tendo em vista a amplitude do programa e a maior ou menor discrepância de critérios de atribuição de benefícios, além, obviamente, da eventual associação explícita a campanhas, da quantidade de possíveis eleitores atingidos, ou mesmo da intensidade do dolo do agente.

6 Conclusões

Observa-se que entes públicos, por vezes, têm executado programas de distribuição gratuita de bens a particulares, carentes ou não, sob o rótulo de assistência social, sem observância de todo o conjunto de princípios e regras que regem o subsistema constitucional de assistência social.

Normalmente, tais iniciativas revelam interesses eleitoreiros de conquistar a parcela mais vulnerável do eleitorado às custas de

benefícios pontuais que em nada contribuem enquanto motor de reintegração social, igualitária e permanente, de tal segmento.

Nesse contexto, além das punições cabíveis na esfera eleitoral, é imprescindível que tais fatos sejam devidamente analisados sob a ótica da improbidade administrativa, ensejando tratamento adequado por meio das ações judiciais próprias.

Constata-se que a inobservância do arcabouço normativo acima descrito para a assistência social legítima, além de possivelmente se enquadrar como conduta vedada pelo art. 73, V, da LE, ensejando representações eleitorais, caracterizará também a prática de improbidade administrativa, exigindo o ajuizamento da pertinente ação cível pelos legitimados, notadamente o Ministério Público, nos termos do art. 17 da LIA.

Caberá ainda, no caso, a cumulação de pedidos típicos de ações civis públicas para se obter a suspensão ou correção de programas executados em desacordo com tais diretrizes, tudo com base no art. 129, III, da CF/88; no art. 5º, I, da Lei n. 7.347/1985 da Lei da Ação Civil Pública (LACP); e no art. 31 da LOAS, que amparam a legitimidade do Ministério Público para mover a aludida ação, visando defender interesses difusos e coletivos relacionados à proteção do patrimônio público e social, mediante a correta implementação do subsistema de assistência social.

Ademais, a jurisprudência e a doutrina pátrias há tempos restaram praticamente uniformes em admitir tal legitimidade para defesa do patrimônio público, embora não listado esse caso expressamente nos incisos do art. 1º da LACP (Súmula 329 do Col. STJ), valendo refletir que a implantação assistemática de assistencialismo público implica nítida violação ao princípio da eficiência, com o desperdício de recursos em face de objetivos maiores da seguridade social.

Lembre-se ainda a viabilidade e a conveniência da utilização dos instrumentos da recomendação, nos termos do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.265/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) – e do art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), bem como do termo de ajustamento de conduta previsto no § 6º do art. 5º da LACP, objetivando-se uma solução consensual para a questão, pautada na iniciativa do órgão ministerial, sem prejuízo das punições cabíveis.

Vale salientar que a menção contida na parte final do §10 do art. 73 da LE não traduz nenhuma novidade entre as atribuições do Ministério Público, uma vez que cabe à instituição, por imperativo do art. 129, II, da própria Constituição, seja na esfera federal, seja na esfera estadual, acompanhar a implementação de serviços de relevância pública, verificando sua regularidade a qualquer tempo, de ofício ou com base em qualquer notícia de irregularidades.

Referido dispositivo apenas explicitou o cabimento dessa atuação especificamente com relação aos programas de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social, assim como a própria LOAS já o admitia, ao prever a atribuição do Ministério Público para velar pela execução de suas políticas.

Outrossim, parece-nos que tal acompanhamento se insere nas atribuições dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, respectivamente no tocante aos programas assistenciais federais e estaduais, bem como nas do Ministério Público Eleitoral (projeção do primeiro, nos termos do art. 72 da LOMPU), no que se refere a eventuais consequências a serem deflagradas perante a Justiça Eleitoral.

Tendo em vista a conjugação desses instrumentos punitivos e corretivos, espera-se que se atinja a meta de fomentar concomitantemente a legitimidade do processo eleitoral, a eficácia das políti-

cas públicas assistenciais e a observância dos princípios vetores da gestão responsável pelo patrimônio público.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Prefácio de José dos Santos Carvalho Filho. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARRETO, Lauro. *Condutas vedadas aos agentes públicos pela “Lei das Eleições” & suas implicações processuais: art. 73 e seguintes da Lei n. 9.504/1997*. Doutrina, jurisprudência e resoluções do TSE. Bauru: Edipro, 2006.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro: comentários à resolução n. 22.610 do TSE, de 25.10.2007*. Perda de cargo eletivo e justificção de desfiliação partidária. Bauru: Edipro, 2008.

CARNEIRO, Renato César. *Eleições 2006: as novas regras do jogo*. João Pessoa: Universitária, 2006.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de direito eleitoral: direito material*. Lei 11.300/06 e a polêmica aplicação pelo TSE nas eleições de 2006. Medidas jurídicas do eleitor, dos candidatos e dos partidos políticos. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COIMBRA, Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1993.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada: lei 9.504/97 com as alterações das leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03 e 11.300/99*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: Teoria da inelegibilidade*. Direito processual eleitoral. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COSTA, José Guilherme Ferraz da. *Seguridade social e incentivos fiscais*. Curitiba: Juruá, 2007.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Social security: a new consensus*. Geneva: ILO, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/>> Acesso em: 27 fev. 2007

JARDIM, Torquato. *Introdução ao direito eleitoral positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social. In: Balera, Wagner. (Coord.). *Curso de direito previdenciário*. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. 5. ed. São Paulo: LTR, 1996. p.13-32.

MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2001.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 6. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança sócia: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Portugal: Coimbra Editora, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. n. 56. p. 320. abr/jun. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. Noções gerais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 4. ed. rev. e atual. até a EC n. 46/2005. Niterói: Impetus, 2005.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SANTOS, Carlos Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/1992*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 2007.