



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DO TRE/RS

Porto Alegre

v.12 - número 25
julho/dezembro 2007

ISSN 1806-3497

Rev. do TRE/RS, Porto Alegre, v.12, n.25, 168p., jul./dez. 2007

ASPECTOS MATERIAIS DAS CONDUTAS VEDADAS – UMA ANÁLISE DO ART. 73 DA LEI N. 9.504/97

*Rodrigo López Zilio

1. Introdução. 2. As Hipóteses Materiais (art. 73 da Lei n. 9.504/97). 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As condutas vedadas – na esteira de entendimento sedimentado pela doutrina¹ e jurisprudência² – constituem-se como espécie do gênero abuso de poder e surgiram como um antídoto à reeleição, a qual foi instituída através da Emenda Constitucional n. 16/97. Em verdade, pode-se conceituar os atos de conduta vedada como espécies de abuso de poder político que se manifestam através do desvirtuamento dos recursos materiais (incisos I, II, IV e § 10º do art. 73 da Lei n. 9.504/97), humanos (incisos III e V do art. 73 da Lei n. 9.504/97), financeiros (inciso VI, “a”, VII e VIII do art. 73 da Lei n. 9.504/97) e de

* PROMOTOR DE JUSTIÇA/RS - PROFESSOR DE DIREITO ELEITORAL DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

¹ Eis o magistério de Caramuru Afonso Francisco: “Não existe um rol único dos atos de abuso do poder político, mas assim pode ser caracterizado todo exercício de autoridade que transgrida qualquer norma legal que limite a atuação do administrador durante o processo eleitoral. O rol mais extenso é o constante do art. 73 da Lei n. 9.504/97, que tipifica oito condutas que são vedadas aos agentes públicos em época de campanha eleitoral, bem como condutas previstas nos arts. 75 e 77 da mesma lei, regras, entretanto, que não esgotam a matéria.” In: CARAMURU, Afonso Francisco. **Dos abusos nas eleições** - a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.85.

² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 718. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 24.05.05. Agravo Regimental. Recurso Ordinário. Representação eleitoral. Condutas Vedadas. Lei n. 9.504/97, art. 73. As condutas vedadas (Lei das Eleições, art. 73) constituem-se em espécie do gênero abuso de autoridade. Afastado este, considerados os mesmos fatos, resultam afastadas aquelas. O fato considerado como conduta vedada (Lei das Eleições, art. 73) pode ser apreciado como abuso do poder de autoridade para gerar a inelegibilidade do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. O abuso do poder de autoridade é condenável por afetar a legitimidade e normalidade dos pleitos e, também, por violar o princípio da isonomia entre os concorrentes, amplamente assegurado na Constituição da República. Agravo Regimental desprovido. Decisão mantida. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.161, 17 jun. 2005. Seção 1.

comunicação (inciso VI, “b” e “c” do art. 73 da Lei n. 9.504/97) da Administração Pública (*lato sensu*).

O rol previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/97, ao listar os tipos considerados proscritos pelo ordenamento vigente, constitui-se em inovação no Direito Eleitoral, o qual, até então, convivia com o sistema da generalidade do abuso de poder. Neste passo, convém gizar que a previsão de atos de abuso em *numerus clausus* é, sob o ponto de vista pragmático, inútil – porque não coibe de modo eficaz o abuso – e, sob o ponto de vista processual, ingênuo – porque supõe que a resolução das intempéries do Direito Eleitoral passa, exclusivamente, pelo crivo do Poder Legislativo. Daí que, inobstante se reconheça que, em regra, as condutas vedadas devam ser analisadas pelo princípio da legalidade estrita e taxatividade³, em situações excepcionais – e bem definidas – necessita-se, sob pena de ineficácia do preceito legal, de interpretação mais extensiva, à semelhança que ocorre com o recurso em sentido estrito em matéria processual penal⁴, como forma de dispensar proteção mais eficaz ao princípio da isonomia entre os candidatos.

O bem jurídico tutelado pelas condutas vedadas, como decorre da redação do próprio *caput* do art. 73 da Lei n. 9.504/97, é o princípio da igualdade entre os candidatos. Despiciendo, pois, qualquer cotejo com eventual malfeitamento à lisura, normalidade ou legitimidade do pleito. É indiferente, à incidência da norma, perquirir acerca do resultado do pleito. Basta, apenas, seja afetada a isonomia entre os candidatos; nada mais. Até mesmo porque, entendimento diverso, a exigir prova da potencialidade da conduta no resultado do pleito, equivale a um amplo e irrestrito esvaziamento da norma preconizada, porquanto importaria, ao representante, duplo ônus: a prova da adequação do ilícito à norma (legalidade estrita ou taxatividade) – que não é exigido nas demais ações

³ A partir do Recurso Especial Eleitoral n. 24.795, o c. TSE tem acolhido, sistematicamente, que as condutas vedadas submetem-se à legalidade estrita e taxatividade; inexistindo a adequação ao tipo, pode o ato ser caracterizado como ato de abuso, mas não conduta vedada. Consoante excerto do voto do Relator Ministro Luiz Carlos Madeira: “exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente. A falta de correspondência entre o ato e a hipótese descrita em lei poderá configurar uso indevido do poder de autoridade, o que é vedado; não ‘conduta vedada’, nos termos da Lei das Eleições”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.795. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 26.10.04. Eleição 2004. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada (art. 73, IV e VI, “b”, da Lei n. 9.504/97). Não configurada. Cassação do registro. Impossibilidade. Propaganda divulgada no horário eleitoral gratuito não se confunde com propaganda institucional. Esta supõe o dispêndio de recursos públicos, autorizados por agentes (art. 73, § 1º, da Lei n. 9.504/97). As condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. As normas são rígidas. 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. [...]. Recursos Especiais conhecidos, mas desprovidos. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, Brasília, DF, v.16, T.2, p.345.

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 504789. Rel. Min. Paulo Gallotti. 21.08.07. Processo Penal. [...] 1. Não obstante predomine o entendimento de ser taxativo o rol de hipóteses de utilização do recurso em sentido estrito, esse rigor vem sendo abrandado, porque não se revela razoável sua estagnação, notadamente diante de constantes mudanças na legislação processual, sendo prudente, em determinadas situações, permitir que a ele se recorra. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.363, 17 set. 2007.

eleitorais que tratam do abuso genérico – e, também, a prova da potencialidade da conduta.

Incumbe ressaltar que a Colenda Corte Superior, mais do que nunca, tem oscilado, como um pêndulo, na exigência dos requisitos necessários para a procedência da representação por conduta vedada. Assim, por vezes, corroborando entendimento firmado na composição anterior⁵, aduz que basta a ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei, sendo que o juízo de proporcionalidade incide, apenas, no momento da fixação da pena, e, em outras oportunidades⁶, embora com a mesma formação, tem exigido a prova de que a conduta vedada teve capacidade concreta de comprometer a igualdade entre os candidatos, o que, em síntese, equivale a exigir a prova da potencialidade de afetar a normalidade e legitimidade do pleito.

O presente trabalho, longe da pretensão de esgotar a matéria, busca perscrutar, em síntese, sobre as hipóteses materiais das condutas vedadas prevista no art. 73 da Lei das Eleições.

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 27.737. Rel. Min. José Augusto Delgado. 04.12.07. Recurso Especial Eleitoral. Eleições 2004. Conduta vedada. Captação ilícita de sufrágio. Realização de novo pleito. Eleições indiretas. Provimento. 1. A jurisprudência do TSE considera que a configuração da prática de conduta vedada independe de sua potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes: REspe n. 21.151/PR, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 27.6.2003; REspe n. 24.739/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 28.10.2004; REspe n. 21.536/ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 13.8.2004; REspe n. 26.908, desta relatoria, DJ de 12.2.2007. 2. O juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena. Precedentes: AgRg no REspe n. 25.358/CE, desta relatoria, DJ de 8.8.2006; REspe n. 26.905/RO, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 19.12.2006; REspe n. 26.908/RO, desta relatoria, DJ de 12.2.2007. 3. Quanto à captação ilícita de sufrágio, o TSE considera despropicienda a potencialidade da conduta para influenciar no resultado do pleito. Precedentes: REspe n. 26.118/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 28.3.2007; AG n. 3.510/PB, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 23.5.2003; REspe n. 21.248/SC, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 8.8.2003; REspe n. 21.264/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 11.6.2004. 4. Uma vez reconhecida a captação ilícita de sufrágio, a multa e a cassação do registro ou do diploma são penalidades que se impõem ope legis. Precedentes: AgRg no RO n. 791/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 26.8.2005; REspe n. 21.022/CE, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 7.2.2003; AgRg no REspe n. 25.878/RO, desta relatoria, DJ de 14.11.2006. 5. A jurisprudência do TSE tem compreendido que "[...] prevendo o art. 222 do Código Eleitoral a captação de sufrágio como fator de nulidade da votação, aplica-se o art. 224 do mesmo diploma no caso em que houver a incidência do art. 41-A da Lei n. 9.504/97, se a nulidade atingir mais da metade dos votos" (REspe n. 21.221/MG, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 10.10.2003). 6. É descabida a diplomação dos candidatos de segunda colocação, haja vista a votação obtida pelo candidato vencedor, de 51,61% dos votos válidos. 7. Pelo princípio da simetria implicitamente correlacionado com o art. 81, § 1º, da CF, a renovação do pleito no último biênio do mandato ocorre em eleição indireta, a cargo do Poder Legislativo local. Precedentes: REspe n. 21.308/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 21.6.2004; AgRg no MS/PE n. 3.634/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 24.9.2007; Ag n. 4.396/MS, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 6.8.2004; REspe n. 21.432/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.6.2004; Cta n. 1.140/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 10.10.2005. 8. Recursos especiais providos para cassar o diploma dos recorridos por infringência ao art. 41-A da Lei n. 9.504/97, aplicar a penalidade cabível pela prática de conduta vedada (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei n. 9.504/97) e determinar a realização de eleição indireta no Município de Caxingó/PI. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.37, 01 fev. 2008. Seção 1.

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.758. Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. 22.03.07. 1. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 73, I, III e V, da Lei n. 9.504/97. Prazo para ajuizamento até as eleições. Precedente. Preliminar de falta de interesse processual afastada. O prazo para ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral, com fundamento no art. 73 da Lei n. 9.504/97, vai até a data das eleições. 2. Influência no equilíbrio do pleito. Inexistência. Ausência de configuração de conduta vedada a agente público. Precedente. Recurso especial não admitido. Agravo improvido. Para configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o fato deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.199, 11 abr. 2007. Seção 1.

2. AS HIPÓTESES MATERIAIS (ART. 73 DA LEI N. 9.504/97)

I – CEDER OU USAR, EM BENEFÍCIO DE CANDIDATO, PARTIDO POLÍTICO OU COLIGAÇÃO, BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL, DOS TERRITÓRIOS E DOS MUNICÍPIOS, RESSALVADA A REALIZAÇÃO DE CONVENÇÃO PARTIDÁRIA.

A cessão e o uso de bens pertencentes à Administração Pública (*lato sensu*) é, ao lado da utilização de servidores públicos, a forma mais usual de caracterização do uso da máquina pública. Proíbe-se, *in casu*, o efetivo – e intencional⁷ – uso e cessão de bens da Administração que configurem benefício à candidata, partido ou coligação. Pune-se aquele ato que é praticado com o fim deliberado de causar benefício ou prejuízo indevido aos participantes do processo eletivo.

Tal vedação incide não somente em relação àqueles bens (móveis e imóveis) em que a Administração Pública é proprietária, abrangendo qualquer espécie de vínculo que a Administração Pública tenha em relação ao bem e, também, configura-se – a proibição – tanto na cessão ou uso a título gratuito como a título oneroso⁸. Por consequência, a expressão “pertencentes” deve ser compreendida de forma ampla, recebendo do intérprete, em colmatação ao seu conteúdo normativo, a adjetivação “a qualquer título”. Ou seja, é indiferente, pa-

⁷ O c. TSE, aduzindo que “a melhor interpretação do inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/97 é aquela no sentido de que a cessão ou o uso de bens públicos móveis ou imóveis em benefício de candidato ou partido ocorra de forma evidente e intencional”, entendeu não configurar a vedação do inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/97 o desfile de duas viaturas policiais, com sirenes e luzes ligadas, entregue pelo Governo do Estado à Município, sendo que, em um dos veículos encontrava-se uma candidata a vereadora. No entanto, entende-se que o caso concreto mereceria desfecho diverso, porquanto o ato de utilização do bem público foi praticado, diretamente, pela candidata a vereadora; daí, não há como acolher entendimento de que o uso não teve o cunho de intencional. O tipo sob comento, gize-se, veda tanto o uso como a cessão de bens públicos; basta, assim, que qualquer deles – o uso ou a cessão – seja intencional. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 18.900. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 10.05.01. Conduta vedada - Art. 73, I, da Lei n. 9.504/97 - Uso de veículo - Polícia Militar - Caráter eventual - Conduta atípica. Cassação de registro - Representação - Art. 96 da Lei n. 9.504/97 - Possibilidade. 1 – [...]. 2. A aplicação da penalidade de cassação de registro de candidatura pode decorrer de violação ao art. 73 da Lei n. 9.504/97, apurada mediante representação prevista no art. 96 da mesma lei. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.211, 29 jun. 2001. Seção 1.

⁸ Conforme Caramuru Afonso Francisco: “O bem jurídico maior que se está a proteger com estas medidas não são as finanças públicas, como pode parecer *prima facie*, mas os princípios da impessoalidade, da moralidade e da igualdade de oportunidade entre os candidatos, como, aliás, é expresso o *caput* do art. 73 da Lei n. 9.504/97, como já se viu. Neste passo, pouco importa se a cessão foi gratuita ou onerosa, se houve diminuição ou não do patrimônio público. Basta ter ocorrido a cessão para que se tenha configurado o abuso de poder político, ainda que se comprove que houve até ganho patrimonial para o erário público num caso concreto”. Tal entendimento doutrinário deixa estreme de dúvidas que é irrelevante, para a configuração da conduta vedada prevista no inciso I, a comprovação de eventual prejuízo financeiro ao erário público. A justificativa é plausível a partir de uma análise da própria norma sob comento e, ainda, considerando eventual cotejo com a Lei de Improbidade Administrativa (art. 21, I, da Lei n. 8.429/92); se a improbidade administrativa – que exige um plus para sua configuração, caracterizado na presença do elemento subjetivo (*dolo* ou culpa) do agente – pode estar configurada independente de prejuízo ao erário, com muito mais razão deve ser admitida a conduta vedada – que reclama a figura do beneficiário –, ainda que sem prejuízo financeiro comprovado ao erário. Em verdade, pois, a caracterização da conduta vedada do inciso I do art. 73 prescinde de análise do aspecto pecuniário (do prejuízo ao erário), bastando, apenas, a prova da incidência da norma prevista. In: *Op. Cit.* p.90/91.

ra a incidência da norma, que a Administração Pública seja proprietária, possuidora, detentora, depositária ou, mesmo, locatária do bem. Somente tal interpretação é que será suficiente para a ampla proteção do princípio da igualdade entre os candidatos e, assim, preservar o bem jurídico eleito pelo legislador pátrio.

De outra parte, deve-se ressaltar que o c. TSE⁹ já entendeu que o ilícito não se configura quando envolva uso e cessão de bens de uso comum ou, mesmo, de área de uso compartilhado com a comunidade, concluindo-se que não incide na vedação mencionada a cessão ou o uso de local de fruição coletiva. No entanto, convém consignar que há possibilidade de ocorrência da conduta vedada, com desequilíbrio entre os contendores, quando o bem – embora de fruição coletiva – é cedido exclusivamente a determinado candidato, partido ou coligação, em detrimento dos demais participantes; assim, conclui-se que a conduta vedada em apreço se caracteriza não pela qualidade ou natureza do bem, mas pela forma como tal bem é utilizado ou cedido e, ainda, se o uso ou a cessão acarreta, efetivamente, privilégio ou vantagem para determinado candidato, com quebra da isonomia de oportunidade entre os concorrentes. A mera cessão ou uso de bens, por si só, não caracteriza a conduta vedada, sendo necessário, pois, que tal conduta seja realizada em benefício de candidato, partido político ou coligação. Assim, necessita-se da prova da vinculação, ainda que indireta, do uso (ou cessão) de bens públicos em prol de candidato, partido ou coligação, em detrimento dos demais participantes do pleito.¹⁰

⁹ O TSE já decidiu que "a vedação do uso de bem público, em benefício de candidato, não abrange bem público de uso comum" e, também, que a cessão ou utilização de bem, "de uso compartilhado com a comunidade", que "poderia ter sido utilizado por qualquer candidato, observadas as formalidades de praxe" igualmente não se caracteriza como conduta vedada. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 4.246. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 24.05.05. Agravo de Instrumento. Provento. Recurso Especial. Recebido como ordinário. Eleição estadual. Conduta vedada. Art. 73, I, II, e III, da lei n. 9.504/97. desprovido. [...]. Para a ocorrência de violação ao art. 73, II, da Lei n. 9.504/97, é necessário que o serviço seja custeado pelo erário, o que não restou caracterizado. O uso de serviço de servidores públicos na campanha eleitoral não se confunde com a prestação de segurança à autoridade que se candidata à reeleição. Recurso conhecido e desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.171, 16 set. 2005. Seção 1

No mesmo sentido: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.865. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 09.11.04. Recurso especial. Representação. Objetivo. Cassação. Registro. Candidato. Alegação. Utilização. Bem público. União. Administração. Exército. Realização. Showmício. Conduta vedada. Art. 73, I, da Lei n. 9.504/97. Improcedência. 1) O local da realização do evento em questão é área de uso compartilhado com a comunidade, onde, inclusive, ocorreu a festa do Peão de Boiadeiro, não caracterizando, a sua cessão, nenhum favorecimento por agente público ou instituição a determinado candidato, em desfavor dos demais. 2) Registre-se, ainda, que referido espaço poderia ter sido utilizado por qualquer candidato, observadas as formalidades de praxe, o que, em si, já retira da cessão o caráter de privilégio e desequilíbrio de forças entre os partícipes do certame eleitoral. 3) Recurso provido para o fim de se julgar improcedente a representação. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, Brasília, DF, v.15, T.4, p.396.

¹⁰ Neste ponto, importante ressaltar a observação de Pedro Henrique Távora Niess: "Em outras palavras, se o ato decorre da autorização e observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie, a vedação não persiste, porque à disposição de qualquer interessado, preenchidos os requisitos devidos. De outro lado, se a cessão, ainda que irregular sob o ponto de vista administrativo, provoca a repartição do benefício igualmente entre todos os candidatos ao mesmo cargo, o prejuízo eleitoral não existe, porque nenhum deles terá sido favorecido em detrimento dos demais, subsista embora a infração para outros fins." In: NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos** – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2000. p.55/56.

Com base em tal premissa – possibilidade de utilização do espaço público por qualquer candidato – o TSE entendeu

O disposto no inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/97 não restringe a utilização de imagens de bens públicos em atos de propaganda eleitoral, dentro do período regulamentar, já que a apresentação de imagens – positivas ou negativas –, dentro do contexto enfocado, insere-se dentro da dialética inerente ao processo eleitoral. A conduta vedada é o efetivo uso e cessão de bens públicos, e não a veiculação, reprodução ou divulgação de imagens de tais bens; da mesma sorte, entendeu o TSE que eventual manifestação de apoio a candidato, realizado em inauguração de obra pública e efetuado por exercente de mandato eletivo, cuja circunscrição não esteja sob disputa, não caracteriza a conduta vedada em apreço.¹¹

A vedação, extrai-se do próprio texto legal, abrange bens móveis e imóveis da Administração Direta e Indireta, de todos os entes públicos (Município, Estado ou União). Logo, a norma tem incidência ampla e não tem limite de circunscrição, ou seja, sempre que existir eleição – qualquer que seja (municipal ou geral) – incidirá a norma sob comento.

O inciso I do art. 73 prevê, em sua parte final, exceção expressa à conduta vedada de cessão ou uso de bens pertencentes à Administração Pública, permitindo, assim, a realização de convenção partidária em prédios públicos. Conquanto a previsão normativa permita a realização de convenção partidária, entende-se possível, sem prejuízo ao espírito da lei, a realização de eventos análogos (v.g., reunião de prévias) e, ainda, permite-se que as convenções realizadas não se restrinjam apenas àquelas que tenham o desiderato de escolher os candidatos ao pleito, estendendo-se às realizadas em um âmbito partidário. O § 3º do art. 37 da Lei n. 9.504/97 estatui, ainda, como exceção à incidência da norma prevista no inciso I do art. 73, a possibilidade de veiculação de propaganda eleitoral no âmbito do Poder Legislativo, a critério do estabelecido pela Mesa Diretora.

Por fim, a previsão estatuída pelo § 2º do art. 73 da Lei das Eleições, permite, modo sucinto, a seguinte distinção: de um lado, a vedação do inciso I não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da

improcedente representação que visa à caracterização da conduta vedada, pelo fato de utilização de imóvel da União, administrado (e cedido) pelo Exército, para comício por candidatos ao pleito municipal. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso especial Eleitoral n. 24.865. *Op. Cit.*

¹¹ A Corte Superior, embora por maioria (vencido o Ministro Marco Aurélio), entendeu que a manifestação de apoio externalizada pelo Presidente da República à candidata a Prefeito Municipal, por ocasião de inauguração de obra pública, não configurava a conduta vedada pelo inciso I do art. 73 da Lei das Eleições. Prevaleceu, no caso em tela, o entendimento que prestigiou a interpretação restritiva da vedação sob comento e a liberdade de manifestação de pensamento. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.963. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 10.03.05. Recurso especial. Representação. Condenação. Multa. Presidente da República. Discurso. Elogio. Administração. Candidata. Prefeita. Pedido. Voto. Ocasião. Inauguração. Obra pública. Alegação. Favorecimento. Candidatura. Improcedência. Ausência. Caracterização. Cessão. Uso. Bem público. Benefício. Candidatura. Prefeita. Prejuízo. Equilíbrio. Diversidade. Participante. Eleição. Configuração. Liberdade. Manifestação. Opinião. Inaplicabilidade. Art. 73, I, da Lei n. 9.504/97. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.171, 09 set. 2005. Seção 1.

República, obedecido o disposto no art. 76, o qual estabelece o ressarcimento de despesas com o uso do transporte oficial; de outro lado, permite que os candidatos aos cargos do Poder Executivo, e seus vices, nas três esferas, possam usar, na campanha, suas residências oficiais para atos que, em suma, não tenham caráter de ato público.

II – USAR MATERIAIS OU SERVIÇOS, CUSTEADOS PELOS GOVERNOS OU CASAS LEGISLATIVAS, QUE EXCEDAM AS PRERROGATIVAS CONSIGNADAS NOS REGIMENTOS E NORMAS DOS ÓRGÃOS QUE INTEGRAM.

Dispositivo similar já constava no artigo 40 da Lei n. 9.100/95. O presente inciso originou-se, fundamentalmente, do “Caso Humberto Lucena”, o qual teve seu mandato cassado, em face de ter ordenado, às custas da gráfica do Senado, a impressão de 130.000 calendários, com propaganda eleitoral em proveito próprio.¹²

O uso de materiais e serviços custeados pelos governos ou suas casas legislativas decorre da própria necessidade de organização e funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo e é consectário da própria autonomia administrativa e financeira desses poderes de Estado. Com efeito, visando a tornar mais efetivo o desempenho das atividades parlamentares, de regra, o Governo ou a Casa Legislativa respectiva traz previsão legal que custeia, aos exercentes de mandato eletivo, o uso de materiais e serviços, estabelecendo (e limitando), exemplificativamente, determinados gastos com despesas de correio, telefone, gasolina e impressos.

Daí, tem-se, em tese, por lícita a permissão de uso dos materiais e serviços, custeados pelos governos ou casas legislativas, desde que não excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram, já que somente o excesso de tais prerrogativas é que caracteriza a ilegalidade. Tal assertiva, porém, deve ser compreendida dentro de certos limites, já que não se pode desvincular o exercício do mandato eletivo do fim público, que é inerente à toda atividade administrativa. Assim, pois, conclui-se que não é permitido o uso de materiais e serviços, mesmo que observados os limites esta-

¹² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Ordinário n. 12.244. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 13.09.94. Recurso - Prazo - Acórdão - Assinatura - Ministério Público - Efeito. Na dicção da ilustrada maioria, em relação a qual guardo reservas, a assinatura do acórdão pelo órgão do Ministério Público não implica a respectiva intimação, começando a correr o prazo recursal somente da publicação no Diário da Justiça. Abuso de autoridade - Parlamentar - Serviço gráfico do Senado Federal. Consubstância abuso de autoridade a utilização do serviço gráfico do Senado Federal em confecção de calendários, contendo a imagem do parlamentar, e que tenham sido enviados aos cidadãos do estado no qual possui o domicílio eleitoral, ocorrendo a remessa em pleno ano destinado as eleições. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.25373, 23 set. 1994. Seção 1.

belecidos nos regimentos e normas dos órgãos que os integram, para fins exclusivamente privados, ainda que derivativos de propaganda eleitoral com vista à reeleição, porquanto evidente o desvio de finalidade na aplicação das respectivas verbas.¹³ Tal afirmação, porém, deve ser corretamente compreendida, porque, no caso concreto, por vezes, há imensa dificuldade em distinguir, por exemplo, se o conteúdo veiculado através do boletim informativo configura ato de prestação de contas da atividade exercida¹⁴ – o que, em tese, é permitido – ou, ao revés, caracteriza-se como propaganda eleitoral – o que é expressamente vedado pelo inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97.

Neste sentido, evidente que, ainda que observada a limitação das prerrogativas, é descabido o uso de materiais e serviços, custeados pelo governo ou casa legislativa, como gastos de campanha eleitoral – mesmo que registrados

¹³ Na lição exarada por Francisco Afonso Caramuru: "Deste modo, ainda que se esteja diante de utilização de verba autorizada pelo regimento ou norma de órgão que integre, a autoridade não pode se promover pessoalmente mediante estes materiais e serviços, ainda que dentro de suas pretensas prerrogativas, pois a Constituição da República, que é a lei maior do país, não permite que a autoridade se promova com o uso de recursos públicos. Assim, ao contrário do que imaginaram os usuários de materiais e serviços, não se tem aqui uma permissão senão quantitativa, ou seja, é permitido que se usem materiais e serviços públicos, mas permanece intacta a total vedação qualitativa, ou seja, continua sendo proibido o uso de materiais e serviços públicos com o fim de promoção pessoal da autoridade que, para isso, nunca poderá utilizar-se de qualquer material ou serviço público". E prossegue, o doutrinador, em análise: "[...] mesmo que não haja promoção pessoal e que se esteja dentro dos limites previstos nas normas e regimentos, sempre se poderá invocar a questão do desvio de finalidade, porquanto as normas e regimentos deverão prever, com clareza e precisão, qual o propósito da utilização destes materiais e serviços, de forma que, não se tendo a utilização consoante os fins determinados, estaremos diante de nítida hipótese de desvio de finalidade que, conforme já analisamos, pode dar ensejo a anulação da votação e aplicação das sanções sobre os responsáveis." In: *Op. Cit.* p.103/104.

Em sentido similar, obtempera Antônio Carlos Martins Soares: "[...] se as verbas autorizadas, ainda que dentro dos limites regimentais, forem empregadas na confecção de materiais ou na prestação de serviços com a finalidade de promoção pessoal ou eleitoral, estará configurado o abuso do poder político." In: SOARES, Antônio Carlos Martins. *Direito Eleitoral* – questões controvertidas. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p.47.

¹⁴ Em julgado paradigmático, o c. TSE julgou improcedente representação por propaganda eleitoral extemporânea, que consistiu no envio, a todos os advogados inscritos na OAB, de boletim informativo que enaltecia o nome do representado bem como seus feitos como Presidente da Câmara dos Deputados. No caso em tela, o TSE concluiu que o boletim divulgado teve "o sentido inequívoco de informativo da atuação do recorrente no exercício do mandato do presidente da Câmara dos Deputados, no qual se põe em relevo o seu protagonismo nos fatos positivos da crônica da Casa, na primeira sessão legislativa sob sua presidência" e asseverou, ainda, que a propaganda eleitoral deve ser aferida "segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promove". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.752. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 12.11.02. I - Embargos de Declaração e prazo para outros recursos: Não interrupção se os embargos declaratórios forem corretamente declarados protelatórios: Inteligência do art. 275, § 4º, C. Eleitoral. 1. Julgados protelatórios os Embargos de Declaração, em princípio, será intempestivo o recurso especial, se nele se impugnar a declaração do caráter procrastinatório dos embargos. 2. Se houve, no acórdão, omissão sobre questão relevante de direito, anteriormente aventada, não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fito de satisfazer o requisito de prequestionamento para o recurso especial. II - Propaganda eleitoral extemporânea (L. 9.504/97, art. 36, § 3º). Ineficiência. Informativo de atuação do representado como Presidente da Câmara dos Deputados, que não resulta em propaganda eleitoral. 1. O TSE tem considerado não constituir questão de fato, mas de sua qualificação jurídica - portanto, susceptível de deslinde em recurso especial -, saber, a partir do exame do seu texto, se a mensagem questionada constitui ou não propaganda eleitoral. 2. Boletins informativos de atuação parlamentar: licitude a qualquer tempo, se se conforma a publicação à Res./TSE 20.217, de 2.6.98, Eduardo Ribeiro. É da experiência comum que esse propósito de credenciar-se à disputa de novos mandatos eletivos dificilmente estará ausente dos informativos da atividade parlamentar de um homem público cujo perfil se enquadra no que se tem denominado - muitas vezes, com injusta coloração pejorativa -, de um "político profissional". 3. Ocorre que a lei expressamente permite sua veiculação à conta das câmaras legislativas, nos limites regimentais (L. 9.504/97, art. 73, II, a contrario sensu). O que se veda - na esteira da Res./TSE 20.217 - é que a publicação "tenha conotação de propaganda eleitoral", a qual, portanto, há de aferir-se segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promove. 4. Caso em que a conotação de propaganda eleitoral vedada é elidida se todo o conteúdo do boletim questionado tem o sentido inequívoco de informativo da atuação do recorrente no exercício do mandato de presidente da Câmara dos Deputados, no qual se põe em relevo o seu protagonismo nos fatos positivos da crônica da

e incluídos no limite legal do art. 26 da Lei das Eleições¹⁵, já que a vedação decorre do próprio art. 24, inciso II, da Lei n. 9.504/97, como assevera, com precisão, PEDRO ROBERTO DECOMAIN (*op. cit.*, p.353):

Mesmo tendo a lei aqui comentada feito referência às usuais prerrogativas dos mandatários, proibindo que estes se excedessem no seu uso, em período de campanha, tal não significa que delas possam desfrutar como recursos de campanha. Isso representaria uso de dinheiro público em campanha eleitoral, o que a presente lei veda, de forma expressa, em seu art. 24, inciso II.

Com efeito, se o art. 73, inciso II, permite o uso de materiais e serviços custeados pelos governos ou suas casas legislativas, desde que não ocorra o excesso nas prerrogativas, o art. 24, inciso II, veda o recebimento – direto, indireto, ainda que sob forma de publicidade de qualquer espécie –, por candidato ou partido, de doação em dinheiro ou estimável em dinheiro procedente de órgão da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Por conseguinte, conquanto não transpareça de modo evidente, não é somente o desvio quantitativo que é repudiado pela legislação pátria. Com efeito, ainda que acolhida a compreensão restrita da incidência das condutas vedadas – na exata interpretação que tem sido delineada pelo c. TSE –, deve-se consignar que tanto o desvio quantitativo como o desvio qualitativo são repelidos pelo ordenamento legal.

Em outras palavras, se o artigo 73, inciso II, da Lei das Eleições repudia, expressamente, o excesso quantitativo das prerrogativas, tal premissa não afasta que, de igual modo, o desvio qualitativo é igualmente vedado pela legislação eleitoral (ou, mesmo, constitucional). Se não o for por interpretação sistemática ou extensiva do inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97, o será pela genérica caracterização do abuso de poder, a ser apurado na forma apropriada. Consecutário do exposto, o excesso qualitativo – seja no uso das prerrogativas para fins particulares ou, diretamente, eleitorais¹⁶ – é repelido pela legislação pátria. A

Casa, na primeira sessão legislativa sob a sua presidência. 5. Não lhe desnatura a licitude cuidar-se de um veículo que, enfatizando os pontos positivos da sua atuação na Presidência da Casa, na sessão legislativa de 2001, contém indisfarçada exaltação dos méritos do parlamentar responsável pela edição: admitida expressamente por lei a legitimidade de tais boletins, é manifesto que nenhum deles terá deixado de tocar os dados positivos da atuação parlamentar de quem lhe promove a publicação, ainda de quando não se tratasse do presidente da Câmara dos Deputados, mas, sim, do integrante mais humilde do seu "baixo clero". In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.135, 28 out. 2005. Seção 1.

¹⁵ Acrescente-se que, não obstante o registro do gasto eleitoral e a par da violação direta à norma prevista pelo art. 24 da Lei n. 9.504/97, a utilização de verba oriunda das prerrogativas parlamentares e/ou governamentais diretamente para utilização na campanha eleitoral, importaria, ainda, a violação do princípio da igualdade, criando um situação desigual para os candidatos a reeleição e os não-candidatos a reeleição.

¹⁶ Em recente decisão, o TSE corroborou decisão do Regional gaúcho, confirmando a cassação do registro de candidato a vereador, Presidente do Poder Legislativo, punido pelo fato de ter enviado cartas, com propaganda eleitoral a eleitores, cuja postagem foi paga pela Câmara de Vereadores do Município, tendo afastado o argumento defensivo de que houve ressarcimento de despesas ao erário. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral

vedação contida no inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97 deve ser corretamente compreendida, até mesmo para evitar distorção e incongruência do sistema. Assim, pois, embora se reconheça doutrina¹⁷ em sentido diverso, é proibida a utilização das prerrogativas em desacordo com o fim público, que é inerente ao mandato eletivo exercido pelo parlamentar ou governante.

Em apertada síntese, pois: se o excesso quantitativo, sem maiores delongas e *de per se*, constitui conduta vedada (art. 73, II), o excesso qualitativo, de seu turno, ou é abuso (genérico) de poder ou, alternativamente, por interpretação extensiva e sistemática e, mesmo, inconstitucionalidade parcial com redução de texto¹⁸, configura-se, do mesmo modo, como conduta vedada pela lei das eleições (Lei n. 9.504/97). De qualquer forma, indubitosa a ilegalidade (*lato sensu*) de ambos os excessos, seja na forma vedada pela Lei n. 9.504/97, seja na forma do abuso genérico (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90; art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral; art. 14, § 10º, da Constituição Federal).

n. 25.770. Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. 06.03.07. ELEIÇÕES 2004. Recurso. Agravo. Regimental. Conduta vedada. Remessa de propaganda eleitoral pela Câmara de Vereadores. Art. 73, II, da Lei n. 9.504/97. Arguição de falsidade do instrumento de mandato. Falta de capacidade processual. Ausência de prequestionamento. Ilegitimidade da autora da representação. Disputa de pleito diverso. Inocorrência. Julgamento *extra petita*. Inexistência. Princípio do livre convencimento. Ressarcimento do valor da postagem. Irrelevância. Princípio da proporcionalidade. Matéria não prequestionada. Sustentação oral. Não cabimento. Execução. Possibilidade. Publicação do acórdão. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A arguição de falsidade de documento preclui, se não deduzida no prazo do art. 390 do Código de Processo Civil. 2. É parte legítima para propor representação fundada na Lei n. 9.504/97, a coligação que participa de eleição majoritária, ainda que a representação se refira a pleito proporcional. 3. Decisão que obedece ao princípio do livre convencimento fundamentado não caracteriza julgamento *extra petita*. 4. É irrelevante o ressarcimento das despesas, para descaracterização das condutas vedadas pelo art. 73 da Lei n. 9.504/97. 5. A aplicação do princípio da proporcionalidade, perante eventual irrelevância do ato, exige prequestionamento para cognição de recurso especial. 6. É inadmissível sustentação oral no julgamento de agravo regimental. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.159, 21 mar. 2007. Seção 1.

¹⁷ Conquanto sempre correto e judicioso, no caso concreto não se pode concordar com a assertiva de Pedro Henrique Távora Niess: "Dessarte, exemplificativamente, pode um parlamentar utilizar os impressos custeados por sua Casa para fazer propaganda atinente à sua reeleição, respeitada a quota que lhe é regularmente reservada, muito embora a confecção de material impresso e publicidade sejam consideradas gasto eleitoral, insuscetível de ser suportado pela Administração Pública (arts. 24, II, c/c art. 26 da Lei n. 9.504/97 e arts. 9º, IV, e 10, XIII, da Lei n. 8.429/92). Por artifício legal, portanto, os materiais e serviços custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que não excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram, 'pertencem' àqueles que dessas regalias gozam". In: **Op. Cit.** p.60.

¹⁸ O ensinamento de Fabio Medina Osorio é, por demais, esclarecedor e elucidativo: "Nenhuma prerrogativa regimental poderia autorizar agente público ao uso de carros oficiais em campanha política, ou papel, documentos, serviços de seus subordinados para a finalidade privada relativa ao pleito eleitoral, eis que semelhante autorização equivaleria a uma sentença de morte contra princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e probidade administrativas, sem falar no desprezo por múltiplos dispositivos legais que, sem dúvida, permanecem em vigor e não foram revogados pelo art. 73, II, da Lei n. 9.504/97, dada a generalidade e abstração desse último comando normativo. A ressalva contida no art. 73, II, da Lei n. 9.504/97, em sua parte final, se interpretada como autorização de que normas regimentais ou administrativas pudessem viabilizar o uso privado de materiais e serviços públicos, *data maxima venia*, acarretaria flagrante inconstitucionalidade do dispositivo legal, por afronta ao disposto no art. 37, *caput*, e parágrafo 4º, da Carta de 1988 e ao próprio princípio constitucional da isonomia, proporcionando chance de desequilíbrio nas eleições. Necessário que se interprete o art. 73, II, da Lei n. 9.504/97 com redução de texto, desprezando-se, por inconstitucional, a parte que remete às normas administrativas e regimentais suposto poder de criar prerrogativas de uso privado de materiais e serviços custeados pelos Governos e Casas Legislativas. É possível, ainda, interpretar o art. 73, II, da Lei n. 9.504/97 no sentido de que as prerrogativas ali mencionadas seriam aquelas compatíveis com o interesse público". OSÓRIO, Fábio Medina. O uso da máquina administrativa e as finalidades privadas dos agentes públicos: observações sobre a Lei n. 9.504/97 à luz da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n.41, p.53/98, Porto Alegre, 2000.

Em sentido similar, Thales Tácito Cerqueira assevera: "Existe aqui uma evidente ambigüidade, pois o texto como está posto permeia uma verdadeira permissão, ao usar a expressão 'que excedam'. Todavia, apesar disto, inconcebível o uso destes materiais públicos etc. para fins particulares, mesmo que aquém das prerrogativas consignadas nos regimentos e normas

O c. TSE¹⁹, nas vezes em que enfrentou a matéria, tem acolhido a tese de que as prerrogativas inerentes aos mandatos eletivos circunscrevem-se ao fim público, admitindo, no máximo, a utilização de tais verbas para divulgação da atividade parlamentar, mas censurando – por configurado ato de abuso²⁰ – quando veiculada propaganda eleitoral.

A norma prevista pelo inciso II do art. 73 da Lei n. 9.504/97 tem ampla incidência, não sendo limitada pela circunscrição do pleito; assim, independentemente da espécie de eleição a ser realizada – se municipal ou geral –, forçoso reconhecer a incidência da norma e a respectiva limitação aos agentes públicos.

III – 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

dos órgãos que integram, pois do contrário violaria o princípio da igualdade, impessoalidade e moralidade. [...] Devemos assim, concluir pela inconstitucionalidade deste inciso II por violação da igualdade, impessoalidade e moralidade". CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral* – Direito material. T.I. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p.808.

Da mesma sorte, Roberto Amaral e Sérgio Sêrvulo da Cunha observam que: "[...] a ilicitude é absoluta, é o simples uso de recursos públicos, representados por serviços (inclusive os serviços prestados por funcionários de gabinetes de parlamentares) ou materiais (cuja confecção é custeada pelo erário), e não o excesso, que configura o crime de abuso de autoridade ou abuso político, implicando como implica o rompimento do equilíbrio que deve prevalecer na disputa eleitoral, donde inafastável abuso". AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *Manual das Eleições*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.341.

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 714. Resolução n. 20.891. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 09.10.01. Consulta formulada por deputado federal, em 5 itens, assim respondida: a) Itens 1 a 3 - sim, em termos. Vale dizer, contanto que a promoção pessoal não resulte em propaganda eleitoral antecipada ou, sendo realizada no período eleitoral, observe as restrições dos arts. 37 e seguintes da Lei n. 9.504/97, bem como não se configure abuso do poder econômico ou conduta vedada aos agentes públicos; b) Item 4 - todos os meios de publicidade são, em princípio, lícitos, observadas as considerações dos questionamentos anteriores; c) Item 5 - as normas da Portaria n. 5 da Câmara dos Deputados, como se deduz da sua própria ementa, não têm - nem poderiam ter - conteúdo eleitoral, não sendo cogitável examinar a compatibilidade entre normas de natureza e conteúdos diversos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.422, 08 fev. 2002. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 444. Resolução n. 20.217. Rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira. 02.06.98. Deputados. Trabalhos gráficos. Possibilidade de que sejam fornecidos pela Câmara, no ano eleitoral, desde que relativos à atividade parlamentar e com obediência às normas estabelecidas em ato da Mesa, vedada sempre qualquer mensagem que tenha conotação de propaganda eleitoral. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.60, 26 jun. 1998. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 746. Resolução n. 20.974. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 07.02.02. Consulta - Câmara dos Deputados - Verba indenizatória do exercício parlamentar - Ressarcimento de gastos com divulgação de atividade parlamentar. 1. A divulgação da atividade parlamentar que caracterize propaganda eleitoral não pode ser paga pelo Poder Público. 2. Não é da competência da Justiça Eleitoral a análise de atos que não possuam finalidade eleitoral. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.192, 19 abr. 2002. Seção 1.

²⁰ Decidiu a Corte Superior que: "configura abuso de autoridade a utilização, por parlamentar, para fins de campanha eleitoral, de correspondência postada, ainda que nos limites da quota autorizada por ato da Assembléia Legislativa, mas cujo conteúdo extrapola o exercício das prerrogativas parlamentares". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 16.067. Rel. Min. Maurício José Corrêa. 25.04.00. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário. Propaganda eleitoral. Parlamentar. Utilização de serviços. Assembléia Legislativa. Abuso de autoridade. Declaração de inelegibilidade. 1. [...] 2. A prática de conduta incompatível com a Lei n. 9.504/97, artigo 73, II, e com a Lei Complementar 64/90, enseja a declaração de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos três anos subseqüentes àquela em que se verificou o fato. Recurso parcialmente provido. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.56, 04 out. 2000. Seção 1.

EXPEDIENTE NORMAL, SALVO SE O SERVIDOR OU O EMPREGADO ESTIVER LICENCIADO.

É, ao lado da norma prevista no inciso I, das mais comezinhas espécies de abuso praticados na esfera eleitoral. Pune-se, alternativamente, duas condutas vedadas: a cessão do servidor (*lato sensu*) ou o uso de seus serviços. A cessão do servidor público ocorre a qualquer título e sob qualquer pretexto, ou seja, incide a norma sob comento na cessão a título gratuito, oneroso, eventual, transitória, definitiva; desimporta, ainda, aferir acerca de eventual irregularidade na cessão do servidor, na medida em que o fato de haver regularidade na cessão do servidor não traz licitude à conduta e tampouco afasta a incidência da norma sancionatória. O uso do serviço, do mesmo modo, ocorre em qualquer de suas espécies e formas.

Caracteriza-se como conduta vedada a cessão de servidor público e o uso de seus serviços “para comitês de campanha eleitoral”. A expressão adotada pelo legislador não é das mais felizes e precisa ser corretamente interpretada. Tomando por base o desiderato de preservação da isonomia de oportunidade entre os candidatos, deve-se ponderar que somente uma interpretação ampla da expressão em apreço é que poderá culminar em uma maior proteção ao bem jurídico albergado pela norma sancionatória das condutas vedadas. Por conseqüência, a expressão “para comitês de campanha eleitoral” corresponde, em apertada síntese, na vedação de cessão de servidor público e uso de seus serviços para a prática de atos de campanha – quaisquer que sejam –, em horário normal de expediente. Assim, a expressão “para comitês de campanha eleitoral” não se restringe à prática de ato exclusivo de pedido de voto ou ato de convencimento ao eleitor, incluindo qualquer atividade – ainda que de cunho burocrático – que tenha vinculação com o procedimento da campanha eleitoral do candidato, partido ou coligação. Pode conjecturar, *v.g.*, como exemplos de atos que devem ser englobados na expressão “para comitês de campanha eleitoral”, a condução de veículos e bens em atividade de campanha eleitoral, o agendamento de reuniões, comícios e entrevistas, a participação em atos de fiscalização do processo eleitoral perante a Justiça Eleitoral, a efetiva distribuição de material de propaganda. No mesmo toar, caracteriza a conduta vedada em apreço a cessão de servidores públicos, em horário de expediente e sem a respectiva licença, vinculados ao departamento de limpeza urbana, para preparar local destinado a comício de candidato que busca reeleição ao pleito ou é apoiado pelo atual mandatário da circunscrição. Portanto, a expressão “para comitês de campanha eleitoral” alcança qualquer atividade vinculada à campanha eleitoral do candidato, partido ou coligação, abrangendo tanto atividades de coordenação como de mera execução.

Desimporta, também, o vínculo estabelecido entre o servidor (*lato sensu*) e a Administração Pública, ou seja, pune-se e veda-se a utilização e cessão do servidor efetivo, concursado ou não, com contrato temporário, cargo em comissão, função comissionada. Nesse sentido, aliás, revela-se adequada a opção do legislador pela expressão “servidor público”, que apresenta sentido largo, de modo a abranger todo e qualquer vínculo que mantenha com a Administração Pública.

A redação dada ao inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 dirige-se, em análise preliminar, tão-somente ao servidor público vinculado ao Poder Executivo. Esta, ao menos, é a conclusão obtida através de uma interpretação literal do dispositivo, embora se reconheça a insuficiência de tal previsão legal. Ademais, ainda que prevaleça uma interpretação restritiva da norma sob comento – sendo sujeito ativo da conduta, apenas o servidor vinculado ao Poder Executivo –, tal premissa não possibilita concluir que é permitida a utilização indiscriminada de quaisquer outros servidores (desde que não vinculados àquele Poder), em horário de serviço, para atos de campanha eleitoral em benefício de candidato, partido político ou coligação partidária. Com efeito, evidente que nenhum servidor público, qualquer que seja o vínculo com a Administração Pública (em quaisquer de suas esferas ou Poderes), pode ser utilizado, ou cedido, para, durante o horário normal de expediente, realizar ato de campanha eleitoral em benefício de candidato, partido ou coligação. O servidor público sujeita-se ao fim público, ou seja, deve prestar – a sua atividade – um serviço voltado ao bem comum da sociedade; assim, durante o horário de expediente, veda-se-lhe toda e qualquer atividade de cunho particular, até mesmo – e principalmente – aquela voltada para ato de campanha eleitoral de quem quer que seja.

Daí, conclui-se: a cessão ou utilização de serviços de servidor público vinculado ao Poder Executivo, para realizar ato de campanha eleitoral, caracteriza-se como conduta vedada, a teor do disposto no inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97; a cessão ou utilização de serviços de servidor público vinculado, de qualquer modo, com a Administração Pública (mas necessariamente não vinculado ao Poder Executivo), configura, evidentemente, ato ilícito. A questão que se impõe é a correta caracterização de qual espécie de ilícito que resta configurado: se conduta vedada ou se abuso de poder (genérico).

Em uma primeira vertente, poder-se-ia, a partir de uma interpretação sistemática, cogitar que o inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 dirige-se, indistintamente, a todo e qualquer servidor público, independentemente do vínculo que o liga à Administração Pública²¹. Assim, acolhendo-se, por analogia, a judiciosa

²¹ Thales Tácito Cerqueira observa que: “Esta cessão não se restringe aos servidores do Poder Executivo, mas do Poder Legislativo e Judiciário também, consoante artigo 24, inciso II”. In: Op. Cit. p.808.
No magistério de Roberto Amaral e Sérgio Sérvulo da Cunha: “Nas proibições evidentemente se incluem, porque alcança-

lição, mencionada alhures, de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, poder-se-ia cogitar uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto do inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 e, pois, o dispositivo legal passaria a ter a seguinte redação:

[...] ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal, 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 o empregado estiver licenciado.

Esta interpretação, ao que parece, é a que encontra maior lógica e razoabilidade dentro do âmbito protetivo do Direito Eleitoral, até mesmo porque as demais soluções, embora juridicamente plausíveis, encontram resistência em relação à efetividade de uma resposta eficaz do sistema repressivo eleitoral. De qualquer modo, inequívoco que esta interpretação dá tratamento igual à hipóteses similares e, assim, encontra-se com plena razoabilidade tal proposição, que preserva, na plenitude, o princípio da isonomia entre os candidatos.

Outra possibilidade existente é considerar que a cessão ou utilização de serviços de servidor público vinculado, de qualquer modo, com a Administração Pública (mas, necessariamente, não vinculado ao Poder Executivo), configura ato de abuso de poder político genérico²², a ser perseguido através da investi-

dos pelos mesmos princípios, os funcionários de autarquia ou de fundação mantida com recursos que tenham origem no poder público, tanto quanto o empregado de empresa ou entidade concessionária ou permissionária do serviço público, ou de entidade que receba contribuição derivada de disposição legal, ou entidade de classe (patronal ou sindical), ou de pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior". In: *Op. Cit.* p.342/343.

Peculiar é o entendimento de Pedro Roberto Decomain, para o qual a conduta vedada dirige-se aos servidores do Poder Executivo, Judiciário e do Legislativo, mas apenas àqueles que estejam a serviço da Casa, e não vinculados a um parlamentar específico. Nas palavras do autor: "O dispositivo refere-se apenas aos servidores e empregados do Poder Executivo. Quanto aos do Legislativo, de rigor deveria ser também a eles estendida. Surgiria aí, porém, a situação peculiar em que o assessor de determinado parlamentar ficaria proibido de pedir votos para ele, ainda que o fizesse sem prejuízo de suas funções normais. Talvez por essa razão é que os servidores do Poder Legislativo não tenham sido incluídos no dispositivo. Mas, evidentemente que a regra os abrange, quando se trata de servidores que não estejam a serviço especificamente de um determinado parlamentar, mas sim a serviço da Casa Legislativa como um todo. [...] Onde não se vislumbra qualquer justificativa, é para a ausência de expressa referência aos servidores do Poder Judiciário. É certo que o Judiciário goza de autonomia administrativa. Mas ninguém de sã consciência haveria de considerar inconstitucional, por ofensa a esta autonomia, a regra de Direito Eleitoral que proibisse a cessão de servidor público do Poder Judiciário para prestar serviços em comitê de campanha de partido ou candidato, em horário de expediente. A proibição, portanto, alcança também os servidores do Judiciário". DECOMAIN, Pedro Roberto. *Eleições* – Comentários à Lei n. 9.504/97. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.354.

Embora as judiciosas razões do doutrinador catarinense, entende-se que a melhor interpretação da regra é a inclusão, indistinta, de todo e qualquer servidor público, independentemente do vínculo que possua com a Administração Pública, ou seja, abrange inclusive os servidores do Tribunal de Contas e do Ministério Público. De outro vértice, não é razoável a exclusão de servidor do Legislativo vinculado a parlamentar; a um (e fundamental), porque todo o servidor deve prestar um serviço visando a um fim público (e não privado – de qualquer espécie); a dois, porque tal permissão significa uma violação ao princípio da igualdade de oportunidade em relação aos demais candidatos (que não possuem mandato eletivo) e, assim, não poderão usufruir de tal "mão-de-obra qualificada".

²² Caramuru Afonso Francisco aventa a incidência do abuso de poder genérico: "A proibição alcança apenas os servidores da administração direta ligados ao Poder Executivo, bem como os servidores da administração indireta, aqui entendidos os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e autarquias, conforme dispõe o próprio art. 73, § 1º, da Lei n. 9.504/97. Deste modo, lamentavelmente, vê-se que os servidores do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público não se encontram abrangidos por esta proibição, o que é deplorável, eis que são tão servidores quanto os demais [...]. Trata-se de norma que deve ser, o quanto antes, alterada para que, de *lege ferenda*,

gação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90), de recurso contra di-plomação (art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral) e da ação de impugnação ao mandato eletivo (art. 14, §10º, da Constituição Federal). Tal hipótese, porém, tem a dificuldade prática inerente à procedência das ações propaladas, tendo em vista a necessidade de prova de potencialidade de ofensa à lisura do pleito e, ainda, concede tratamento diverso à situações equiparadas.

A conduta vedada caracteriza-se, convém esclarecer, com a utilização e cessão do servidor “durante horário de expediente normal”²³, expressão que abrange, indistintamente, o horário normal de serviço e, também, eventual horário extraordinário. Excluem-se os horários de folga, o descanso semanal remunerado, as férias e licenças regulares, já que, em seu horário particular, é assegurado ao servidor toda e qualquer atividade – lícita – que lhe convenha. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, com propriedade, sintetiza a correta interpretação da hipótese sob comentário:

Em suma, enquanto à disposição da Administração – assim deve ser entendida a regra – não pode o trabalhador ser designado para (e/ou aceitar) contribuir com seus serviços para campanha eleitoral, como seria incorreto fazê-lo em relação a qualquer outra atividade.

Da mesma forma que as alíneas anteriores, a norma prevista pelo inciso III do art. 73 da Lei n. 9.504/97 tem ampla incidência, não sendo limitada pela circunscrição do pleito; assim, independentemente da espécie de eleição a ser realizada – se municipal ou geral –, forçoso reconhecer a incidência da norma e a respectiva limitação aos agentes públicos.

a proibição seja geral e abranja todos os poderes, pois não se pode conceber que se permita o uso dos recursos públicos para benefício de candidatos, partidos ou coligações, a tanto equivalendo o serviço de servidores e empregados públicos. De qualquer modo, entendemos que, constatada a utilização de servidores ou empregados dos outros poderes em comitês ou utilização de seus serviços em prol de candidatos, partidos ou coligações, estaremos diante de hipótese de desvio de poder de autoridade, que, além da responsabilização por improbidade administrativa, poderá ser invocado como causa de anulação da votação nos termos do art. 222 do Código Eleitoral”. In: *Op. Cit.* p.107.

²³ Caramuru Afonso Francisco aduz: “Destarte, deve-se entender por ‘horário de expediente normal’ não a jornada ordinária, mas todo o período de trabalho a ser remunerado pelo erário público ou, até mesmo, todo o período em que o servidor ou empregado seja obrigado a prestar serviços”. In: *Op. Cit.* p.105.

A seguir, o doutrinador referido apresenta a possibilidade do abuso na utilização de licenças por servidores público, aduzindo que: “[...] devemos verificar que, embora seja permitido que servidores ou empregados licenciados (al entendidos os que estejam em gozo de férias regulamentares) possam trabalhar para candidatos, partidos ou coligações, constitui nítido abuso de poder político a colocação em massa de servidores e empregados em licenças e férias no período eleitoral, precisamente para que a formação de um exército de ‘cabos eleitorais’ e de ‘servidores’ para candidatos, partidos e coligações. [...] Constatada esta situação anormal, não se terá a prática da infração que ora se trata, pois o inciso III afirma que se o servidor ou empregado estiverem licenciados estará descaracterizada a conduta, mas teremos hipóteses que se subsume ao inciso V do art. 73, pois terá ocorrido uma readaptação de vantagens de forma a dificultar o exercício funcional, única e exclusivamente com o propósito de beneficiar candidatos, partidos e coligações”. In: *Op. Cit.* p.106-107.

Deve-se registrar, no entanto, que o dia-a-dia da atividade forense tem indicado que a maior hipótese de burla desta conduta vedada é praticada pelos chamados “cargos em comissão”, os quais, de regra, não se submetem a cartão ponto, tornando extremamente dificultosa a correta e eficaz aplicação da norma em apreço. Em tais situações, porém, espera-se que a Justiça Eleitoral desempenhe, com veledade, a função de zelar pela incolumidade do pleito.

IV – 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.

A presente previsão legal contém regra que visa a combater questão de difícil resolução prática, embora das mais recorrentes em períodos eleitorais. De fato, se costumeiramente, por força da injusta repartição de renda existente no país, a distribuição de bens de caráter social pelo Poder Público é fonte de personalismo desenfreado, a proximidade com o pleito – e a respectiva intenção de obter o benefício eleitoral a qualquer preço – traz importância geométrica à correta compreensão da conduta vedada em apreço. Infelizmente, nos dias atuais, mais do que nunca, alguns governantes parecem mais interessados na prática indiscriminada de atividades de cunho assistencialista – de resultados práticos duvidosos, mas com intensa repercussão prática na vida de pessoas determinadas (e necessitadas) –, em detrimento da execução de um plano de governo comprometido com metas e propostas de longo prazo, mas que objetivem ao bem comum (de toda a comunidade).

Em síntese apertada, o dispositivo sob comento veda a prática do assistencialismo (em sentido *lato*) – caracterizado pela distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo poder público –, vinculado à obtenção de vantagem, de qualquer espécie, eleitoral. Acrescentando-se, ainda, que a norma legal traz dois verbos nucleares factíveis de configurar o dito uso promocional, ou seja, tanto se caracteriza a conduta vedada através do “fazer” (praticar, realizar, executar...) como também do “permitir” (admitir, tolerar, consentir) o uso promocional, que se traduz em benefício eleitoral. O c. TSE²⁴, em determinada oportunidade, entendeu configurada a conduta

²⁴ Entendeu a Corte Superior que “a mera disposição, aos cidadãos, de serviço de cunho social custeado pela Prefeitura Municipal, por meio de ampla divulgação promovida em prol de candidatos a cargos eletivos, importa na violação do art. 73, IV, da Lei das Eleições”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 20.353. Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, 17.06.03. Agravo Regimental. Provimento. Recurso Especial. Art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. Serviço de cunho social custeado pela prefeitura municipal, posto à disposição dos cidadãos. Ampla divulgação. Ocorrência da prática vedada, a despeito de seu caráter meramente potencial. Responsabilidade dos candidatos, pela distribuição dos impressos, defluente da prova do cabal conhecimento dos fatos. Art. 22, XV, da LC n. 64/90. A adoção do rito desse artigo não impede o TRE de aplicar a cassação do diploma, prevista no art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97, bem como não causa prejuízo à defesa. Art. 14, § 9º, da CF/88. Não implica nova hipótese de inelegibilidade prever-se a pena de cassação do diploma no referido art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97. Dissídio pretoriano. Não-ocorrência. Ausência do cotejo analítico. Aplicação da Súmula n. 291/STF. Recurso não conhecido. [...] - A responsabilidade dos candidatos pela distribuição dos impressos deflui da circunstância de que tinham cabal conhecimento dos fatos, tanto que acompanharam pessoalmente a distribuição daquele material. - Ainda que adotado o rito previsto no art. 22 da LC n. 64/90, não está o Regional impedido de aplicar a cassação do diploma estabelecida no art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97. Precedentes. Também não há falar que isso importe em prejuízo à defesa. - Não consiste em nova hipótese de inelegibilidade a previsão, no indigitado art. 73, § 5º, da Lei n. 9.504/97, da pena de cassação do diploma, que representou tão-somente o atendimento, pelo legislador, de um anseio da sociedade de ver diligentemente punidos os candidatos beneficiados pelas condutas ilícitas descritas nos incisos I a IV e VI desse artigo. - Inviável o dissídio pretoriano alegado, à falta do indispensável cotejo ana-

vedada, pela mera disposição de serviço de cunho social custeado pelo Poder Público, entendendo desnecessária, para a configuração do ilícito, a prova do efetivo uso do serviço disponibilizado. Em outra ocasião, porém, com formação diversa, a Corte exigiu a prova da efetiva distribuição dos bens ou serviços, para a incidência da conduta vedada.²⁵

Convém esclarecer, de logo, que, em princípio, não é proibida a distribuição gratuita de bens e serviços social pelo Poder Público; logo, não se exige a cessação da atividade assistencial porventura desenvolvida²⁶. Veda-se é o uso

lítico. Incidência do Verboete Sumular n. 291/STF. Recurso especial de que não se conhece. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.156, 08 ago. 2003. Seção 1.

²⁵ Na hipótese, concluiu que "para a configuração da infração ao art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97 faz-se necessária a efetiva distribuição de bens e serviços de caráter social". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 5.817. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 16.08.05. Representação. Candidato a prefeito. Art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. Programa habitacional. Doação de lotes. Decisão regional. Condenação. Alegação. Julgamento *ultra petita*. Não-configuração. Cassação. Registro ou diploma. Alegação. Hipótese de inelegibilidade. Improcedência. Precedentes. Conduta vedada. Configuração. Necessidade. Comprovação. Elementos. Ilícito eleitoral. 1. A delimitação da demanda não ocorre em função da fundamentação jurídica dada pela parte na inicial, mas sim pelos fatos postos à apreciação do julgador, além do que compete a este a tarefa de subsunção desses fatos à norma. 2. Conforme já assentado por esse Tribunal, "os limites do pedido são demarcados pela *ratio petendi* substancial, segundo os fatos imputados à parte" (Acórdãos n.s 3.066 e 3.363). 3. É pacífica a jurisprudência da Casa no sentido de que as sanções de cassação de registro de candidatura ou de diploma previstas em diversos dispositivos da Lei n. 9.504/97 (arts. 41-A, 73, 74, e 77) não implica inelegibilidade. 4. Em relação à condenação fundada no art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97 aplica-se a regra do art. 257 do Código Eleitoral, que estabelece que "os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo", resultando, portanto, a imediata execução da decisão. 5. Averiguada a necessidade de implementação das providências administrativas para adoção de programa social, mostra-se óbvia a necessidade de rapidez por parte do administrador público, em face da natureza da situação e ponderando, ainda, o advento das restrições impostas pela lei eleitoral, com a proximidade do pleito, não se podendo, simplesmente, por meio dessa circunstância, se inferir o intento eleitoral do candidato. 6. Um candidato em campanha normalmente é instado a se manifestar sobre determinado programa que implementou ou pretende implementar, sendo assim permitido que se manifeste sobre ele, não podendo daí concluir-se o indevido uso promocional a que se refere o art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. 7. Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação de registro ou de diploma. 8. [...] Agravo de instrumento provido. Recurso especial conhecido e provido. Liminar deferida na Medida cautelar por ora mantida. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.172, 16 set. 2005. Seção 1.

²⁶ [...] 2. A Lei das Eleições veda 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 (art. 73, IV). Não se exige a interrupção de programas nem se inibe a sua instituição. O que se interdita é a utilização em favor de candidato, partido político ou coligação. [...] In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 21.320. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 09.11.04. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral processado como ordinário. 1. Configurada a conduta vedada (art. 73 da Lei n. 9.504/97), incide a sanção de multa prevista no seu § 4º. Além dela, nos casos que o § 5º indica, o candidato ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. Não se exige fundamentação autônoma. [...] 3. As contradições a serem consideradas em embargos de declaração são as do próprio acórdão - contradição interna ou contradição nos próprios termos ou nas próprias proposições. Não se consideram contradições a ensejar embargos de declaração as divergências que se estabelecem entre as correntes que se formam no julgamento. 4. Fita VHS. Degravação. Se o representante deixa de apresentar, juntamente com a fita, a degravação, não havendo impugnação do representado, pode a fita VHS ser reconhecida como prova válida. 5. Não se confundem validade da prova com o seu valor para o deslinde da causa. Se a prova não é inválida, considera-se o seu valor probante na decisão de mérito. No incidente de falsidade não caberia pronunciamento sobre o conteúdo da prova. 6. Se o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento sobre o incidente de falsidade da prova, não há mais questionamento sobre a sua validade. 7. Nos embargos de declaração é inoportuno o enfrentamento de temas em relação aos quais não se impunha manifestação no julgamento, especialmente quando não estejam diretamente ligados à omissão ou à contradição apontadas. 8. Os embargos de declaração não se prestam para introduzir novos temas, até então não considerados. As omissões que devem ser consideradas nos embargos de declaração dizem com os fundamentos deduzidos no recurso ou nas contra-razões ou sobre vícios de procedimento que se verificarem no próprio acórdão. 9. A contrariedade dos votos com a prova é tema para novo julgamento. 10. É despropositado pretender manifestação do Tribunal sobre preceitos constitucionais, lançados de cambulhada, sem maiores explicitações pertinentes a omissões ou contradições. 11. A jurisprudência firme da Corte é no sentido de que o vice-governador está numa relação de subordinação em relação ao governador, sendo atingido pela decisão que cassa o registro ou o diploma pela prática de conduta vedada. 12. Compete ao Tribunal Superior Eleitoral determinar os termos da execução das suas decisões. 13. Nas eleições disputadas em segundo turno (CF, art. 77, § 3º; Lei

promocional, em benefício de partido, candidato ou coligação, desta atividade desenvolvida.²⁷

A correta compreensão do dispositivo sob comento inclui, na expressão²⁸ “serviços de caráter social”, a prestação de serviços médicos, jurídicos e odontológicos pelo Poder Público, ao passo que a “distribuição gratuita de bens” abrange a entrega de material de construção, escolar, medicamentos, vestuários e alimentos. Embora o dispositivo legal refira-se à distribuição gratuita de bens e serviços, entende-se que, no caso concreto, mesmo a distribuição onerosa pode configurar a conduta vedada pelo inciso IV do art. 73. Com efeito, imagine-se que, na proximidade da eleição, um determinado Município passa a oferecer à população, por custo simbólico, medicamentos e serviços (v.g., exames médicos) de alto custo, vinculando esta distribuição de bens e/ou serviços a determinado candidato, partido ou coligação. Tal hipótese, sem embargo da adjetivação “gratuita”, cunhada pelo legislador, caracteriza-se, em interpretação sistemática, como conduta vedada, na medida em que importa violação patente ao princípio da isonomia de oportunidade entre os candidatos.

A norma prevista pelo inciso IV do art. 73 da Lei n. 9.504/97 tem ampla incidência, não sendo limitada pela circunscrição do pleito; assim, independentemente da espécie de eleição a ser realizada – se municipal ou geral –, forçoso reconhecer a incidência da norma e a respectiva limitação aos agentes públicos. A Lei n. 11.300/06, convém registrar, criou nova espécie de conduta vedada, através do acréscimo do parágrafo 10 ao artigo 73 da Lei n. 9.504/97, tipo normativo que, embora de incidência mais ampla e sanção menos gravosa (já que não prevê a sanção de cassação do registro ou diploma), apresenta certa similitude com o inciso IV.

n. 9.504/97, art. 2º, § 1º), considera-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. Não-incidência, na situação posta, da norma do art. 224 do Código Eleitoral. 14. Cassado o diploma de governador de estado, eleito em segundo turno, pela prática de ato tipificado como conduta vedada, deve ser diplomado o candidato que obteve o segundo lugar. Rejeitados os primeiros embargos. Recebidos os segundos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.162, 17 jun. 2005. Seção 1.

²⁷ Pedro Henrique Távora Niess, com clareza, observa: “Mas é defeso, a quem as executa, transmutar em operação eleitoral a obra social, ou permitir que assim seja feito. Contra isso se revolta o legislador. [...] Isso não quer dizer que o idealizador do benefício, ou quem o pôs em prática, não possa propalar a sua iniciativa a fim de esclarecer os eleitores sobre sua atuação política, prestando-lhes conta do mandato recebido. A distribuição dos bens ou serviços é que não pode ser promocionalmente utilizada, dando ensejo a qualquer tipo de retribuição, já que feita gratuitamente. A entrega de uma cesta básica, v.g., com pedido ostensivo de voto, ou acompanhada de ‘santinho’ de candidato, desvirtua o propósito original do ato, sacrificando o princípio da moralidade administrativa [...]”. In: *Op. Cit.* p.6.

Na acepção de Pedro Roberto Decomain: “Nessa distribuição não pode haver a vinculação a qualquer partido, coligação ou candidato, no momento da entrega do bem ou da prestação do serviço”. In: *Op. Cit.* p.354.

²⁸ Para Caramuru Afonso Francisco: “Por serviços de caráter social deve-se entender não só toda e qualquer programa ou ação do Poder Público relativo à assistência social, como toda iniciativa que tenha como substrato erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CR) ou que tencione o primado do trabalho e vise ao bem-estar e a justiça sociais (art. 193 CR)”. In: *Op. Cit.* p.108.

V – NOMEAR, CONTRATAR OU DE QUALQUER FORMA ADMITIR, DEMITIR SEM JUSTA CAUSA, SUPRIMIR OU READAPTAR VANTAGENS OU POR OUTROS MEIOS DIFICULTAR OU IMPEDIR O EXERCÍCIO FUNCIONAL E, AINDA, EX OFFICIO, REMOVER, TRANSFERIR OU EXONERAR SERVIDOR PÚBLICO, NA CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO, NOS TRÊS MESES QUE O ANTECEDEM E ATÉ A POSSE DOS ELEITOS, SOB PENA DE NULIDADE DE PLENO DIREITO, RES-SALVADAS:

- A) A NOMEAÇÃO OU EXONERAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E DESIGNAÇÃO OU DISPENSA DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA;**
- B) A NOMEAÇÃO PARA CARGOS DO PODER JUDICIÁRIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS E DOS ÓRGÃOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA;**
- C) A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS HOMOLOGADOS ATÉ O INÍCIO DAQUELE PRAZO;**
- D) A NOMEAÇÃO OU CONTRATAÇÃO NECESSÁRIA À INSTALAÇÃO OU AO FUNCIONAMENTO INADIÁVEL DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS, COM PRÉVIA E EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO;**
- E) A TRANSFERÊNCIA OU REMOÇÃO EX OFFICIO DE MILITARES, POLICIAIS CIVIS E DE AGENTES PENITENCIÁRIOS.**

Trata-se de norma que objetiva, em apertada síntese, evitar a utilização indevida do quadro de pessoal da Administração Pública com interferência na igualdade de oportunidade entre os candidatos. Busca-se evitar que interesses políticos prevaleçam em detrimento do bom andamento da Administração Pública, acarretando, assim, no período vedado, injustificáveis atos de perseguições ou favorecimentos políticos. No dizer de ANTÔNIO CARLOS MARTINS SOARES²⁹:

A objetividade jurídica deste dispositivo é impedir que os agentes públicos, na condição de candidatos, possam tirar vantagens do poder de autoridade insito ao próprio cargo, função ou emprego que exercem na Administração Pública, ou, ainda, valerem-se dessa condição para perseguir desafetos políticos.

Dúvida de monta ocorre acerca da abrangência da vedação sob comento. Com efeito, de um lado existe doutrina³⁰ – de cunho restritivo – que entende a

²⁹ *Op. Cit.* p.49.

³⁰ Neste sentido, é o ensinamento de Pedro Roberto Decomain, para quem o inciso V é aplicável: "aos servidores e empregados públicos da Administração Direta e das autarquias, qualquer que seja a natureza do vínculo com elas mantido. Não, porém, aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. Seu vínculo com seu pessoal é regido pela legislação trabalhista comum, e em relação a eles não incidem as proibições de admissão, demissão sem justa causa, ou remoção". In: *Op. Cit.* p.355.

inaplicação do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97 aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista; de outro lado, reconhecida a existência de doutrina³¹ que aduz alcance ampliativo à vedação mencionada. Entende-se, em suma, que as vedações são dirigidas a todos os servidores públicos que mantêm, de qualquer modo, vínculo (relação de trabalho ou emprego) com o Poder Público, inclusive, pois, os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Conforme lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*apud*, GASPARINI, Diogenes, *op. cit.* p.160), servidores públicos são: “todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência”. Portanto, a expressão tem um cunho ampliativo e abrange, indistintamente, o servidor estatutário e o celetista, inclusive o servidor com contrato temporário³²; não, porém, os denominados agentes políticos, até mesmo porque, em regra, ausente a característica de hierarquia nas relações havidas por esta categoria.

A conduta vedada em apreço possui uma limitação geográfica (“circunscrição do pleito”, na exata forma definida pelo art. 86 do Código Eleitoral) e temporal (três meses antes do pleito até a posse dos eleitos) definidas.

Divide-se, basicamente, em quatro partes autônomas: vedação à nomea-

³¹ Caramuru Afonso Francisco obtempera que: “De pronto, vemos que o legislador utilizou-se de uma expressão ampla, a saber, ‘servidor público’, precisamente para fugir da expressão restrita ‘funcionário público’, vez que se refere esta última tão-somente a quem estiver ocupando um cargo mediante aprovação em concurso. A expressão ‘servidor público’, aliás, foi cunhada pelo próprio constituinte [...], como se depreende do teor do art. 37 e seus incisos e parágrafos da Constituição da República. [...] A questão, porém, não é tão simples assim, tendo em vista que mister se faz compreender o alcance da expressão ‘administração indireta’, a qual abrange, conforme cristalizado no direito administrativo pátrio (em especial, pelo professor José Cretella Júnior no seu já clássico ‘Administração Indireta’), tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista, nos termos do Decreto-Lei n. 200/1967. Deste modo, se está sujeita à vedação o ocupante de cargo ou função em empresa pública ou sociedade de economia mista, é evidente que as normas a respeito de contratação e qualquer outra forma de alteração no quadro de pessoal destas entidades também estão sujeitas à vedação constante deste inciso do art. 73, pois não faria sentido algum submeter à qualidade de agentes públicos os seus dirigentes e não se estender que as alterações nelas não estejam igualmente vedadas”. In: *Op. Cit.* p.110/111.

³² O TSE assentou que a contratação (e demissão) de servidores temporários, nos três meses antes da eleição até a posse, constitui conduta vedada e, por consequência, não se enquadra na exceção da alínea “a” (nomeação ou exoneração de cargos em comissão) do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 21.167. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 21.08.03. Embargos de declaração - Contradição - Inexistência. 1. A contratação e demissão de servidores temporários constitui, em regra, ato lícito permitido ao administrador público, mas que a lei eleitoral torna proibido, nos três meses que antecedem a eleição até a posse dos eleitos, a fim de evitar qualquer tentativa de manipulação de eleitores. 2. A contratação temporária, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal, possui regime próprio que difere do provimento de cargos efetivos e de empregos públicos mediante concurso e não se confunde, ainda, com a nomeação ou exoneração de cargos em comissão ressalvadas no art. 73, V, da Lei n. 9.504/97, não estando inserida, portanto, na alínea a desse dispositivo. 3. Para configuração da conduta vedada pelo art. 73 da Lei das Eleições, não há necessidade de se perquirir sobre a existência ou não da possibilidade de desequilíbrio do pleito, o que é exigido no caso de abuso de poder. 4. As condutas vedadas no art. 73 da Lei n. 9.504/97 podem vir a caracterizar, ainda, o abuso do poder político, a ser apurado na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, devendo ser levadas em conta as circunstâncias, como o número de vezes e o modo em que praticadas e a quantidade de eleitores atingidos, para se verificar se os fatos têm potencialidade para repercutir no resultado da eleição. 5. O uso da máquina administrativa, não em benefício da população, mas em prol de determinada candidatura, reveste-se de patente ilegalidade, caracterizando abuso do poder político, na medida em que compromete a legitimidade e normalidade da eleição. 6. Embargos rejeitados. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.122, 12 set. 2003. Seção 1.

ção, contratação ou qualquer forma de admissão ou demissão sem justa causa; vedação à supressão ou readaptação de vantagens; vedação a outros meios de dificultar ou impedir o exercício funcional; vedação de remoção, transferência ou exoneração *ex officio*.

Em primeira instância, existem vedações em relação ao ingresso – seja através de nomeação, contratação ou qualquer forma de admissão – e também em relação ao desligamento – demissão sem justa causa – na Administração Pública. Dito de outro modo, ainda que observadas as formalidades legais e administrativas, quaisquer das formas de movimentação administrativa exaustivamente enumeradas no inciso sob comento caracterizam-se como condutas vedadas. Não importa, portanto, e é despicando, eventual cotejo da legalidade administrativa do ato praticado, dado que, se realizado no período crítico, possui presunção de ilicitude na esfera eleitoral, com a quebra da igualdade entre os candidatos. No entanto, *a contrario sensu*, é possível a demissão por justa causa e, ainda, é possível, no período vedado, a realização de concurso público, consoante entendimento externalizado pelo c. TSE³³.

A norma proibitiva alcança, também, a vedação de supressão ou readaptação de vantagens, no prazo legal. DIOGENES GASPARINI, didaticamente, classifica as vantagens pecuniárias³⁴ em adicionais (por tempo de serviço e de função), gratificações (de serviço – *v.g.*, risco de vida, serviços extraordinários – e pessoais – *v.g.*, salário-família, salário-educação) e indenizações (ajudas de custo, diárias e transporte). Restam, pois, proibidas, nos três meses antes

³³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.065. Resolução n. 21.806. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.06.04. Consulta. Recebimento. Petição. Art. 73, V, Lei n. 9.504/97. Disposições. Aplicação. Circunscrição do pleito. Concurso público. Realização. Período eleitoral. Possibilidade. Nomeação. Proibição. Ressalvas legais. 1. As disposições contidas no art. 73, V, Lei n. 9.504/97 somente são aplicáveis à circunscrição do pleito. 2. Essa norma não proíbe a realização de concurso público, mas, sim, a ocorrência de nomeações, contratações e outras movimentações funcionais desde os três meses que antecedem as eleições até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito. 3. A restrição imposta pela Lei n. 9.504/97 refere-se à nomeação de servidor, ato da administração de investidura do cidadão no cargo público, não se levando em conta a posse, ato subsequente à nomeação e que diz respeito à aceitação expressa pelo nomeado das atribuições, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo. 4. A data limite para a posse de novos servidores da administração pública ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento, nos termos do art. 13, § 1º, Lei n. 8.112/90, desde que o concurso tenha sido homologado até três meses antes do pleito conforme ressalva da alínea "c" do inciso V do art. 73 da Lei das Eleições. 5. A lei admite a nomeação em concursos públicos e a consequente posse dos aprovados, dentro do prazo vedado por lei, considerando-se a ressalva apontada. Caso isso não ocorra, a nomeação e consequente posse dos aprovados somente poderão acontecer após a posse dos eleitos. 6. Pode acontecer que a nomeação dos aprovados ocorra muito próxima ao início do período vedado pela Lei Eleitoral, e a posse poderá perfeitamente ocorrer durante esse período. 7. Consoante exceções enumeradas no inciso V, art. 73, as proibições da Lei n. 9.504/97 não atingem as nomeações ou exonerações de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; as nomeações para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; as nomeações ou contratações necessárias à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo e as transferências ou remoções *ex officio* de militares, de policiais civis e de agentes penitenciários. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.02, 12 jul. 2004. Seção 1.

³⁴ Vantagens pecuniárias, na concepção de Diogenes Gasparini, são: "[...] acréscimos estipendiários em razão do tempo de serviço ou decorrentes da natureza ou local de trabalho, conhecidas como adicionais e gratificações, instituídas e reguladas pela maioria dos estatutos [...]. A par dos adicionais e gratificações, o Estatuto federal criou as indenizações (arts. 51 a 60)". In: GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.205/206.

do pleito até a posse dos eleitos, a eliminação ou readaptação de todas estas vantagens – seja na espécie de adicionais, gratificações ou indenizações.

Ainda acolhendo as noções da esfera administrativista, é vedada, *ex officio*, a remoção, transferência ou exoneração de servidor público. De outro vértice, é permitido o pedido de remoção ou transferência voluntária do servidor público, bem como é possível o pedido de exoneração mediante requerimento do interessado. Existem situações pontuais, contudo, em que inexistente a voluntariedade no pedido de remoção, transferência ou exoneração do agente público, sendo o servidor forçado, de qualquer modo – seja através de mero ato de constrangimento público, seja por meio de assédio (moral ou sexual), seja por meio de grave ameaça (*v.g.*, perda do emprego ou perseguição política) – a adotar conduta tida por espontânea. Por evidente, configurado, em tais casos, o ato de abuso de poder, como já decidido pelo TSE, porque caracterizada a conduta vedada consistente em “dificultar ou impedir o exercício funcional”.

Nesta alínea, por fim, a vedação abrange, ainda, quaisquer outros meios de dificultar ou impedir o exercício funcional. Trata-se, em verdade, de cláusula genérica, que visa preservar o bom andamento da atividade administrativa, evitando que interesses políticos sobreponham-se à correta e eficaz prestação do serviço público. Por conseguinte, qualquer meio de dificultar ou impedir o exercício funcional de servidor público, que ocorra dentro do período vedado, resta proibido pela legislação eleitoral. Cumpre consignar que o c. TSE³⁵ entendeu que se caracteriza como conduta vedada aos agentes públicos a realização de reuniões com servidores públicos sem estabilidade, com o fim de ameaçá-los com represálias, e, também, vinculando a manutenção ou extinção do vínculo de cargos em comissão ao sabor dos interesses eleitorais dos mandatários.

As exceções, de seu turno, são cinco.

Excepciona, a lei eleitoral na alínea “a”, a nomeação e exoneração de cargos em comissão e a designação ou dispensa de funções de confiança, previstos no art. 37, inciso V, da Constituição Federal. A justificativa do legislador é que a mesma precariedade que permite a admissão do servidor é a que faculta o seu desligamento, ainda que no período glosado. No entanto, vê-se com reserva a permissão desta discricionariedade ao administrador, dado que, possibilita, indistintamente, sejam efetuadas verdadeiras perseguições políticas, em

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.167. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.04.03. Recurso especial - Admissão e dispensa de servidores temporários - Conduta vedada - Art. 73, V, da Lei n. 9.504/97 - Dificultar ou impedir o exercício funcional - Caracterização - Reexame de fatos e provas - Impossibilidade - Ato que podem também configurar abuso do poder político a ser apurado por meio de investigação judicial, na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Recursos especiais não conhecidos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.95, 13 jun. 2003. Seção 1.

pleno período crítico da campanha eleitoral, com inegável prejuízo à continuidade administrativa. Razão assiste à PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS³⁶, quando observa que: “nada justifica o tratamento desigual destes com os demais servidores, o que, pelo contrário, frustra o objetivo primordial do legislador que é, em todos os casos, assegurar o equilíbrio do pleito.” Assim, a restrição sob comento deve interpretação razoável, com o desiderato de preservar o princípio da igualdade entre os candidatos, na medida em que é cláusula que, sem o devido temperamento, permite, através da nomeação de cargos em comissão e funções de confiança, a arregimentação de um verdadeiro exército de cabos eleitorais, além de atrair o voto dos familiares e dependentes dos beneficiários da ilicitude.

Permite, também, o legislador eleitoral, dentro do período vedado, a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República (alínea “b”). Entende-se possível, porém, a par da nomeação (investidura) de tais agentes, também seja realizada a remoção e promoção, bem como qualquer outra espécie de movimentação na carreira. Com efeito, se a legislação admite o mais (“nomeação”) parece evidente que não proscree o menos (“remoção ou promoção”). A possibilidade de movimentação em tais carreiras decorre do vínculo diferenciado que é mantido com a atividade estatal, já que tais cargos não guardam, dentro da estrutura de cada carreira, vínculo de subordinação e hierarquia, sendo, ao contrário, dotados das características de vitaliciedade e inamovibilidade, a par da consagrada independência funcional. Por conseqüência, tais cargos estão, em regra, alheios aos interesses político-eleitorais e, daí, não recebem o influxo legislativo da alínea comentada. No mesmo sentido, é o escólio de PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS³⁷, conquanto exista doutrina³⁸ que professe interpretação extensiva à exceção mencionada, concluindo pela aplicação da ressalva a todos os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Públi-

³⁶ *Op. Cit.* p.66.

³⁷ Nas palavras de Távora Niess: “Ressalva-se, nesta alínea, apenas a nomeação, dentre todas as possibilidades enumeradas no inciso V, e pelo que deste consta (proibindo genericamente a nomeação) e de sua letra “c” (permitindo a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados em tempo hábil), parece forçoso concluir que a investidura aqui permitida refere-se tão-só aos cargos de Juiz, inclusive pelo quinto constitucional, de membros do Ministério Público e dos Conselhos ou Tribunais de Contas, além daqueles que compõem a Presidência da República, cuja imprescindibilidade não admite acomodação em qualquer cláusula restritiva, no tocante ao tempo de homologação do concurso”. In: *Op. Cit.* p.67.

³⁸ Caramuru Afonso Francisco aduz que: “[...] lamentavelmente, vê-se que os servidores do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público não se encontram abrangidos por esta proibição, o que é deplorável, eis que são tão servidores quanto os demais [...]”. In: *Op. Cit.* p.107.

Embora, em uma interpretação literal do dispositivo e notadamente em face à opção do legislador pela expressão “servidor público” (e não agente público) compreenda-se a conclusão do renomado doutrinador, entende-se que não há motivo razoável para dispensar tratamento privilegiado aos servidores públicos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal ou Conselho de Contas e dos órgãos da Presidência da República em detrimento dos demais servidores públicos, apenas porque vinculados ao Poder Legislativo ou Executivo. Ademais, é entendimento sedimentado que a exceção à regra geral, que é o caso da alínea “b” do inciso V do art. 73, deve ser interpretada restritivamente.

co, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República.

É possível, ainda, mesmo dentro do período vedado, a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo, ou seja, até três meses antes do pleito (alínea “c”), porquanto tais atos, desde que em observância ao regramento legal (*v.g.*, observância da ordem de classificação dos candidatos e dos prazos regulares para posse e nomeação), são considerados como regulares dentro da relação administrativa. Em resposta à consulta formulada por interessado, o TSE³⁹ entendeu que a norma sob comento não restringe a realização de concurso público, e sim, apenas, a contratação, nomeação e outras movimentações funcionais dos servidores públicos, dentro do período vedado.

Cabível, também, seja realizada, mesmo dentro do período proibido, a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo (alínea “d”). A exceção exige com requisitos cumulativos: o serviço público deve ser caracterizado como essencial; a nomeação ou contratação deve ser necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de tal serviço; deve haver prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo. Serviço público é todo aquele prestado pela Administração Pública, direta ou indireta, e, mesmo, por seus delegados; no entanto, a concepção de serviço público essencial, por evidente, é mais restrita. Calcada na previsão do § 1º do art. 9º da Carta Republicana – que, ao tratar do direito de greve dos trabalhadores, prevê que caberá à lei específica a definição dos serviços ou atividades essenciais – parte da doutrina eleitoral⁴⁰ concluiu que são caracterizados como serviços essenciais, para os fins da alínea “d” do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97, aqueles previstos pelo art. 10 da Lei n. 7.783/89 (Lei da Greve). A contratação deve, ainda, ser necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável do serviço público essencial, ou seja, na hipótese concreta, para justificar a contratação, deve-se caracterizar que a instalação ou o funcionamento do serviço sob comento não pode ser adiada, prorrogada ou, de qualquer forma, preterida. Com efeito, se a instalação ou funcionamento do serviço pode ser, de qualquer modo, protelada, inexistindo na procrastinação prejuízo ao interesse público, o legislador conclui que não precisa ser efetuada no período crítico. Por fim, a par do preenchimento de todos os requisitos mencionados, é necessário e indispensável que haja a prévia (ou seja, antecedente) e expressa (manifesta, terminante,

³⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.065. *Op. Cit.*

⁴⁰ Calha trazer a registro, neste sentido, o ensinamento de Antonio Carlos Martins Soares - *Op. Cit.* p.51; e Caramuru Afonso Francisco - *Op. Cit.* p.114.

categorica) autorização do Chefe do Poder Executivo⁴¹, através do respectivo ato normativo fundamentado. Segundo ANTÔNIO CARLOS MARTINS SOARES⁴²:

Tendo presente que cabe à Justiça Eleitoral apreciar a presença dos requisitos a que alude o supramencionado dispositivo, o ato normativo baixado pelo Presidente, Governador ou Prefeito deverá ser fundamentado, com a demonstração explícita de que se trata de serviço público essencial e inadiável. A exigência de ato normativo alcança, também, as prestadoras de serviços terceirizadas.

Por fim, permite a legislação, ainda, no período vedado, a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários (alínea “e”). A motivação do legislador, *in casu*, esteia-se em razões de segurança pública e soberania nacional, as quais, evidentemente, não podem ficar condicionadas a interesses eleitorais. Tem-se por entendimento sedimentado que a permissão não é extensiva à contratação dos membros das guardas municipais (art. 144, § 8º, da Constituição Federal), os quais não exercem função de polícia judiciária ou policiamento ostensivo. No magistério de CARAMURU AFONSO FRANCISCO⁴³:

[...] o legislador excluiu expressamente a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis e as guardas municipais, que, deste modo, não estão abrangidas pela exceção legal e não podem sofrer modificação em sua estrutura administrativa e nem seus servidores serem removidos ou transferidos durante o período da campanha eleitoral.

A sanção específica para os atos praticados em inobservância ao inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97 é a nulidade de pleno direito de tais atos, sem prejuízo, por evidente, da aplicação das sanções na esfera eleitoral. Convém, ainda, registrar que o parágrafo único do art. 21 da Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) dispõe, da mesma forma, que:

[...] é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa

⁴¹ Para o TSE “a autorização referida na alínea “d” do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97 deve ser específica para a contratação pretendida e devidamente justificada” e, ainda, “o fato de se tratar de contratação de pessoal para prestar serviços essenciais e inadiáveis não afasta a necessidade de que, no período a que se refere o inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97, haja expressa autorização por parte do chefe do Executivo”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.248. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 20.05.03. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Contratação de pessoal - Art. 73, V, da Lei n. 9.504/97 - Surto de dengue - Serviço essencial e inadiável - Convênio - Assinatura e aditamento - Anterioridade - Pleito - Chefe do Poder Executivo - Autorização - Alínea “d” - Não-ocorrência. 1. [...]. Agravo a que se nega provimento. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.100, 29 ago. 2003. Seção 1.

⁴² *Op. Cit.* p.51/52.

⁴³ *Op. Cit.* p.121.

de pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular respectivo do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

VI – NOS TRÊS MESES QUE ANTECEDEM O PLEITO:

O inciso VI do artigo 73 da Lei n. 9.504/97 possui lapso temporal delimitado (três meses antes do pleito); porém, excepcionalmente e em casos específicos, é possível a extensão temporal do lapso de incidência da norma, com o fim de evitar o esvaziamento do dispositivo sob comento, a partir de atos praticados com o evidente e deliberado fim de ludibriar a regra geral, causando prejuízo ao princípio da igualdade de oportunidade entre candidatos, partidos ou coligações.

A) REALIZAR TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS DA UNIÃO AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS, E DOS ESTADOS AOS MUNICÍPIOS, SOB PENA DE NULIDADE DE PLENO DIREITO, RESSALVADOS OS RECURSOS DESTINADOS A CUMPRIR OBRIGAÇÃO FORMAL PREEXISTENTE PARA A EXECUÇÃO DE OBRA OU SERVIÇO EM ANDAMENTO E COM CRONOGRAMA PREFIXADO, E OS DESTINADOS A ATENDER SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA.

O dispositivo decorre do reconhecimento expresso do sistema de arrecadação tributária existente na Constituição Federal, que se caracteriza pela concentração de recursos na União em detrimento dos entes públicos das demais esferas. Trata-se de norma que visa a obstaculizar, no período próximo à realização do pleito, a proliferação de repasse de verbas públicas a simpatizantes políticos da mesma agremiação partidária em prejuízo de seus opositores. Em verdade, pretende-se, ao máximo, diminuir a esfera de discricionariedade na liberação de verbas públicas não-obrigatórias por lei, já que, habitualmente, constata-se que a transferência de tais valores – e a conseqüente materialização de obra ou serviço à comunidade beneficiada – acarreta inequívoco bônus eleitoral ao administrador público. Daí, portanto, a regra que veda, nos três meses antes da eleição, a transferência voluntária de recursos entre os entes da federação; excepciona-se, porém, os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado e, ainda, os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS⁴⁴ observa

⁴⁴ *Op. Cit.* p.70.

que, através do preceito:

[...] opõe-se o legislador à transferência de verbas que, podendo ser momentaneamente dispensada, possa refletir, por via oblíqua, na vontade do eleitor quando do seu comparecimento às urnas, propelida a votação por uma administração que se lhe exhibe eficiente em tempo importante.

Transferência voluntária⁴⁵, para o dispositivo legal, é, *a contrario sensu*, toda aquela que não decorre de determinação legal (constitucional ou não) ou judiciária. Não importa o instrumento jurídico que prevê a transferência de recursos (*v.g.*, por contrato, convênio, consórcio); inexistindo determinação legal ou judicial que ampare a transferência e não comprovada a incidência da exceção legal, caracteriza-se a conduta vedada, ressalvando-se, no entanto, que o TSE já entendeu pela descaracterização da vedação sob comento quando o recurso é voluntariamente transferido à pessoa jurídica de direito privado.⁴⁶

O art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) traz o conceito de transferência voluntária e estabelece, no parágrafo 1º, os requisitos respectivos. Segundo predita lei:

[...] entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos cor-

⁴⁵ No ensinamento de Caramuru Afonso Francisco: “[...] Estas transferências, a qualquer título, que foram vedadas são as transferências voluntárias, ou seja, aquelas que não decorrem de normas que determinam a repartição das receitas tributárias, transferências estas que são impostas por lei e que, portanto, não são fruto de uma discricção da autoridade nem de uma opção do governante. Devem ser entendidas aqui como transferências voluntárias todas aquelas que não decorrem das normas de repartição das receitas tributárias, que se encontram previstas nos arts. 157 a 162 da Constituição da República, e em algumas outras regras contidas nas Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Salvo esta repartição das receitas tributárias, entendemos que todas as demais transferências estão vedadas a partir dos três meses antes do pleito, ainda que previstos em instrumentos contratuais ou até atos normativos instituídos por programas, planos ou projetos que decorrem de uma opção do governante, não de uma imposição constitucional ou de natureza constitucional (leis complementares ou regulamentares da Constituição)”. In: *Op. Cit.* p.126/127.

Em sentido similar, embora mais completo porque abrange a transferência de recurso oriunda de determinação judicial, Pedro Henrique Távora Niess observa que: “Não são voluntárias, mas necessárias, as transferências de recurso constitucional ou legalmente impostas, ou as determinadas pelo Judiciário e aquelas que visam a atender situações de emergência e de calamidade pública”. In: *Op. Cit.* p.71.

⁴⁶ O TSE já decidiu que “a transferência de recursos do governo estadual a comunidades carentes de diversos municípios não caracteriza violação ao art. 73, VI, a, da Lei n. 9.504/97, porquanto os destinatários são associações, pessoas jurídicas de direito privado”, concluindo que “a regra restritiva do art. 73, VI, “a”, da Lei n. 9.504/97 não pode sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto”. Embora as razões do julgado, convém registrar que tal interpretação permite que o chefe do Poder Executivo da municipalidade beneficiada, valendo-se do aparente vazio legislativo, angarie incalculável vantagem eleitoral, sob o argumento de que intercedeu na liberação das verbas para os beneficiários. Assim, caso prevaleça a interpretação dada pela Corte Superior, incumbirá aos prejudicados eleitoralmente com a liberação da verba, dentro da dialética da campanha eleitoral, demonstrar a realidade dos fatos, sem embargo da reconhecer-se como consumado, e praticamente irrecuperável, o prejuízo eleitoral causado pelo aporte dos recursos, ainda mais quando o número de beneficiados é expressivo dentro do colégio de votantes. Portanto, entende-se que a interpretação do TSE deve receber alargamento, para incluir na vedação, igualmente, pessoas jurídicas de direitos privado, mormente quando comprovada vinculação destas com o ente público municipal, sob pena de restar malferido o princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Reclamação n. 266. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 09.12.04. Eleitoral. Agravo Regimental. Reclamação. Liminar indeferida. Conduta vedada. Transferência voluntária de recursos dos estados aos municípios. Art. 73, VI, “a”, da Lei n. 9.504/97. Violação à decisão na Consulta-TSE n. 1.062. Não-configuração. Improcedência. 1- [...]. 2- [...] (Ac. n. 16.040, rel. Min. Costa Porto). 3- Agravo regimental não provido. 4- Reclamação julgada improcedente. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.115, 04 mar. 2005. Seção 1.

rentes ou de capital o outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação legal, constitucional ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Portanto, como assevera HELY LOPES MEIRELLES⁴⁷:

[...] estão fora do conceito [de transferência voluntária], portanto, as transferências efetuadas com base nas normas constitucionais que disciplinam a repartição das receitas tributárias (arts. 157-162) e os recursos destinados à seguridade social, inclusive os destinados ao SUS.

Duas são as exceções à proibição de transferência voluntária: os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado e, ainda, os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública.

É possível, portanto, dentro do prazo de três meses antes da eleição, a transferência voluntária de recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado. Obrigação formal é aquela contraída dentro do regramento legal, em observância ao disposto na Lei n. 4.320/64 e na Lei n. 8.666/93. A preexistência, *in casu*, significa anterioridade ao período vedado (três meses antes do pleito). Da mesma forma, a obra ou o serviço, para o qual o recurso está sendo destinado, já deve estar em andamento, inclusive com todo o cronograma prefixado. Obra ou serviço em andamento significa aquela já fisicamente iniciada, mas ainda não concluída. Não prescinde, pois, a ressalva legal, do início de fato da obra ou serviço⁴⁸. Acrescente-se, ainda, que todos os três requisitos (obrigação

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.245.

⁴⁸ Nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes: "[...] para atrair a ressalva contida no art. 73, VI, "a", não basta a mera celebração do convênio ou a formalização dos procedimentos preliminares; é indispensável a sua efetiva execução física antes do início do período da vedação.". In: TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 25.324. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 07.02.06. Art. 73, VI, "a", da Lei n. 9.504/97. Convênio celebrado com o governo do estado para a pavimentação de ruas e construção de casas populares. Transferência voluntária de recursos no período vedado, destinados à execução de obra fisicamente iniciada nos três meses que antecedem o pleito. Resolução-TSE n. 21.878, de 2004. À União e aos Estados é vedada a transferência voluntária de recursos até que ocorram as eleições municipais, ainda que resultantes de convênio ou outra obrigação preexistente, quando não se destinem à execução de obras ou serviços já iniciados fisicamente. Recursos Especiais desprovidos. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.126, 17 fev. 2006. Seção 1.

A correta amplitude da vedação foi profundamente analisada em consulta, através de despacho do então Presidente do TSE, Ministro Sepúlveda Pertence, referendado, após, pelo Pleno. Em síntese, o Ministro Pertence afastou o parecer do Consultor-Geral da União que – sob a premissa de que fundamental é a "existência formal do convênio ou contrato até noventa dias antes da eleição", pois, assim, "todos os requisitos legais e formais anteriores à obra ou serviço estão atendidos", sendo "a execução da obra ou serviço é no mínimo uma consequência administrativamente necessária, lógica e tão legítima como os atos que os determinaram" – aduziu que "obra ou serviço em andamento não é só a que está fisicamente em andamento, mas também a que vai estar, no tempo próprio e na forma compatível, em execução conforme as praxes e costumes da época e da natureza respectiva". Partindo da necessidade de uma "interpretação da legislação eleitoral à vista da significação dos fatos no seu campo normativo específico", o Ministro Pertence referiu que: "não se pode abstrair, na inteligência da vedação legal a interpretar, de um dado da experiência comum: os momentos culminantes de impacto eleitoral da realização de uma obra pública é, antes de sua inauguração - também objeto de preocupação da lei (Art. 77) -

formal preexistente; execução de obra ou serviço em andamento; cronograma prefixado) devem estar, de modo concomitante, presentes, a fim de caracterizar a ressalva à regra geral.⁴⁹

A outra exceção legal – permissiva da transferência voluntária de recursos no período glosado – consiste na destinação de recursos destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Por evidente, tanto a situação de emergência como a de calamidade pública devem ser devidamente reconhecidas pela autoridade competente, à qual incumbe observar todos os requisitos legais exigíveis à espécie para a correta caracterização da situação excepcional⁵⁰. Não é possível, porém, ainda que sob o pretexto da ocorrência de situação de emergência, que o administrador público pratique excesso na distribuição de recursos oriundos da transferência voluntária, sob pena de quebra da isonomia entre os participantes do prélio. Assim, é vedado ao administra-

o do começo da percepção física da execução da obra. Para o eleitor comum, não são os trâmites burocráticos que necessariamente a precedem, mas o início da construção que faz visível a concretização do empreendimento governamental e aguça a expectativa dos benefícios que a sua conclusão possa trazer ao público: é a partir daí que se tem uma, como é da linguagem cotidiana uma "obra em andamento". Esse valor simbólico do começo efetivo da construção da obra que dá a medida do seu impacto eleitoral - é que a lei veda seja propiciado, na antevéspera dos pleitos, locais, por transferências voluntárias de verbas públicas das entidades maiores da Federação." Prosseguiu, ainda, o Ministro Pertence: "[...] é preciso convir em que a interpretação que restringe às obras cuja execução física esteja "em andamento" a possibilidade de transferências voluntárias de verbas federais ou estaduais ao municípios, no período eleitoral, não constitui demasia capaz de desarticular ou frustrar o desenvolvimento de toda a administração pública. Cuida-se, afinal, de apenas um trimestre de vigência da proibição, da qual, por outro lado, se ressalva a transferência de recursos "destinados a atender situações de emergências e de calamidade pública". De sua vez, a vedação não compreende a celebração de novos convênios, mas apenas a transferência efetiva dos recursos. Certo, da observância da proibição legal, somada à proximidade do término do mandato dos prefeitos, pode resultar que um convênio firmado com correligionários de fé somente venha a ser executado com adversários jurados: a eventualidade, contudo, homenageia a impessoalidade da administração, o que faz bem à República.". Então, concluiu o Ministro: "De tudo, *ad referendum* do Tribunal, respondo negativamente à consulta para assentar que, por força do disposto no art. 73, VI, "a", da L. 9504/97, é vedado à União e aos Estados, até as eleições municipais, a transferência voluntária de recursos aos Municípios - ainda que constitua objeto de convênio ou de qualquer outra obrigação preexistente ao período - quando não se destinem à execução já fisicamente iniciada de obras ou serviços, ressalvadas unicamente as hipóteses em que se faça necessária para atender a situação de emergência ou de calamidade pública.". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.062. Resolução n. 21.878. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. 12.08.04. Consulta. Eleições 2004. Impossibilidade de transferência de recursos entre entes federados para execução de obra ou serviço que não esteja em andamento nos três meses que antecedem o pleito. Incidência da vedação do art. 73, VI, "a", da Lei n. 9.504/97. Decisão referendada pela corte. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.76, 16 set. 2004. Seção 1.

⁴⁹ Como bem observa Caramuru Afonso Francisco: "Todavia, observe-se que o legislador fala em obra ou serviço em andamento, com cronograma prefixado, ou seja, impossível será iniciar-se obras ou serviços no período dos três meses que antecedem ao pleito, ainda que tal tenha sido contratado ou firmado antes do prazo, pois tal contrato ou estipulação serão nulos de pleno direito. O que se está a proteger é a continuidade do serviço público e não abrir uma brecha para o início de obras e serviços no período eleitoral [...]. Prossegue, com razão, referido doutrinador: "Outra exigência para que se possa fazer a transferência é a de que haja cronograma prefixado, ou seja, que o instrumento contratual, o programa, o projeto, o convênio prevejam, com clareza, o repasse de recursos dentro do período eleitoral. Prefixado quer dizer fixado com antecedência e esta fixação deve ter sido feita antes do período de três meses antes do pleito.". E, a seguir, conclui: "[...] qualquer orientação que tenha sido efetuada por um governo no sentido de, no ano da eleição, estabelecer de forma generalizada a fixação de repasses de recursos a determinados governantes a ele politicamente alinhados no período dos três meses antecedentes ao pleito configurará desvio do poder de autoridade e, como tal, poderá ser alvo de nulificação tanto no campo do direito administrativo como do direito eleitoral.". In: **Op. Cit.** p.127/128.

⁵⁰ Nas palavras de Caramuru Francisco Afonso: "[...] para que a transferência se possa fazer, mister se faz que as regras existentes sobre defesa civil tenham sido observadas, com a regular instauração do estado de calamidade pública, somente após o que se poderão tratar de repasses de recursos". Acrescentando, ainda, que "[...] mister se faz considerar que o encaminhamento dos recursos se faça para a região atingida de forma equânime e dentro dos princípios da igualdade, para que não se caracterize o desvio do poder de autoridade, caso se verifique que a ajuda é mais célere e efetiva aos governantes politicamente alinhados em detrimento dos adversários políticos". In: **Op. Cit.** p.129.

dor, ainda que caracterizada a hipótese legal de calamidade pública, realizar a transferência de recursos em valores superiores aos que seriam necessários para sofrear a situação excepcional, na medida em que, do mesmo modo, restaria frustrada a igualdade de oportunidade entre os candidatos em período crítico, o que é terminantemente proibido pela legislação eleitoral.

A par das sanções tipicamente eleitorais, a norma sob comento prevê, como efeito específico da conduta vedada do inciso VI, alínea “b”, a nulidade de pleno direito do ato realizado.

B) COM EXCEÇÃO DA PROPAGANDA DE PRODUTOS E SERVIÇOS QUE TENHAM CONCORRÊNCIA NO MERCADO, AUTORIZAR PUBLICIDADE INSTITUCIONAL DOS ATOS, PROGRAMAS, OBRAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU DAS RESPECTIVAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, SALVO EM CASO DE GRAVE E URGENTE NECESSIDADE PÚBLICA, ASSIM RECONHECIDA PELA JUSTIÇA ELEITORAL.

A norma analisada, em síntese, proíbe, no prazo previsto pela legislação eleitoral, a autorização de propaganda institucional, ressalvados aqueles produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública, devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral. Como explicita a própria norma legal, a vedação à publicidade institucional incide nos três meses que antecedem o pleito.

De início, importa estabelecer uma correta compreensão do que caracteriza a publicidade ou propaganda institucional para, após, apontar as exceções da vedação legal, e, ainda, as conseqüências da violação das normas previstas na Lei das Eleições e na Constituição Federal. O legislador constitucional estabeleceu que:

[...] a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos (§1º do art. 37 da Constituição Federal).

Não há como negar à Administração Pública, como gênero, a divulgação de suas atividades de governo, até mesmo como consectário do princípio constitucional da publicidade, inserto no *caput* do art. 37 da Carta Republicana. É, pois, a propaganda institucional – a par de um direito do cidadão (de ser informado acerca da aplicação dos recursos públicos arrecadados) – uma forma de expressão do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, não obstante aquela divulgação tenha de, necessariamente, observar determinados

limites. Com efeito, a fim de evitar o abuso e a distorção da liberdade de comunicação dada aos entes públicos, foram estabelecidos limites legais para impedir que o personalismo do agente público sobreponha-se ao caráter informativo, educativo ou de orientação social que deve constar da publicidade a ser divulgada. Veda-se, em suma, a violação ao princípio da impessoalidade⁵¹; ou, na forma escolhida pelo legislador constitucional, na propaganda institucional não podem constar “nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos”.

Parece evidente que o legislador constituinte erigiu o direito à informação das atividades de governos à categoria de interesse público dos próprios administrados. Estes têm o dever de exigir transparência e retidão do administrador público, o que importa conceber uma concepção de propaganda institucional adstrita aos seus limites legais, sem transbordar para atos que denotem promoção pessoal, seja de autoridade ou grupo exercente ou vinculado ao poder. O desiderato do legislador constitucional, ao consagrar o princípio da impessoalidade, é vedar a utilização na propaganda institucional, ainda que de modo indireto ou sub-reptício, de promoção pessoal tanto de autoridade ou servidor como de grupo (partido político, associação, sociedade, sindicato, etc.) que exerça, ou tenha relação de afinidade, com o poder governamental.

Para ser válida, pois, a publicidade institucional deve agregar, ao interesse público, o caráter educativo, informativo ou de orientação social. JUDITH MARTINS COSTA, em parecer exarado junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Parecer Coletivo n. 05/90⁵², acolhido pelo Tribunal Pleno em 09.05.1990), após asseverar que o desvio de finalidade da publicidade institucional é “vício de caráter objetivo, pouco importando, pois, a intenção do agente, se agiu de boa ou má-fé”, explica que a divulgação tem caráter educativo:

[...] quando servir à educação ou formação da comunidade. Por exemplo, a que esclarecer sobre perigos de doenças, campanhas de aleitamento materno, ou, ainda, sobre o exercício do direito ao voto, o zelo

⁵¹ Para José Afonso da Silva: “O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e providimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que ele não é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que manifesta a vontade estatal. [...] Logo, as realizações da administrativo-governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de que as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que conste nome, símbolo ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidades de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.570.

⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer Coletivo n. 05. Rel. Dra. Judith Martins Costa. 09.05.90. Consulta. Limites constitucionais à divulgação de obras, atos, serviços ou campanhas do Poder Público. Discernimento entre publicidade e propaganda. Hipóteses de vedação constitucional. Responsabilidade do administrador público. Princípios informadores da ação administrativa. Disponível em <www.tce.rs.gov.br/Pareceres_ASC/Pareceres_ate_96/index.php> Acesso em 20 fev. 2008.

com os equipamentos públicos, entre outras de semelhante caráter. Terá caráter informativo quando a sua finalidade for a de informar⁵³ a população, exemplificativamente, sobre um serviço que é posto à sua disposição, ou uma obra que lhe será de utilidade, ou uma campanha realizada em benefício da própria comunidade. Aí se incluem, também, as campanhas para a divulgação de produtos do município ou Estado (v.g., a 'Festas da Maçã, da Uva, Pêssego, Vinho', etc.) ou de incentivo ao turismo, uma vez que essas atividades, além de atraírem divisas, servem também para informar a população de outras regiões acerca de eventos úteis à produção, ao comércio ou ao lazer. Informações úteis à população, portanto. Terá caráter misto, informativo-educativo a transmissão radiofônica de sessões legislativas, desde que devidamente amparada em dotações orçamentárias específicas, não induzir à promoção pessoal de um ou de alguns parlamentares ou partidos, isto é, quando não for direcionada à louvação direta ou indireta de quem quer que seja. Observa-se que, nas comunidades do interior do Estado, notadamente, é de utilidade para a população o acompanhamento, por esta via, dos trabalhos legislativos. Os critérios de moralidade, razoabilidade e utilidade pública, evidentemente, conformarão os limites a que estão adstritos os ordenadores de despesa. À evidência, supõe-se ainda, para a licitude de tal procedimento, a conformidade às normas do Decreto-Lei n. 2.300/86. Terá, por fim, o sentido de orientação social quando o seu objetivo for o de orientar ou conscientizar a população acerca de fatos e/ou valores relevantes para a comunidade. Assim, v.g., a cidadania, as liberdades públicas, o direito ao voto, ao patriotismo.

Neste passo, ainda, extrai-se excerto de voto do Ministro Octávio Galloti⁵⁴, que demonstra a diretriz interpretativa que baliza o respeito ao princípio da impessoalidade: "o conteúdo educativo, informativo ou de orientação social há de ter como alvo a utilidade e o proveito da comunidade, não o interesse, mesmo legítimo, do administrador".

A jurisprudência eleitoral tem entendido que é vedada a publicidade institucional, ainda que de forma indireta⁵⁵, e que há necessidade de a publicidade

⁵³ Evidente que a informação prestada sobre o serviço posto à disposição, sob o pretexto de divulgação de publicidade institucional, ainda que praticada antes do período glosado, não pode incidir na vedação prevista no inciso IV do art. 73 da Lei n. 9.504/97.

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 208.114. Rel. Min. Octavio Gallotti. 18.04.00. Ação popular. Publicação custeada pela Prefeitura de São Paulo. Ausência de conteúdo educativo, informativo ou orientação social que tivesse como alvo a utilidade da população, de modo a não se ter o acórdão recorrido como ofensivo ao disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal. Recurso extraordinário de que, em consequência, por maioria, não se conhece. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.73, 25 ago. 2000.

⁵⁵ Para o TSE "a norma do art. 73, VI, "b", da Lei n. 9.504/97 veda toda e qualquer publicidade institucional nos três meses anteriores à eleição, ainda que realizada de forma indireta, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública reconhecida pela Justiça Eleitoral, o que visa evitar sejam favorecidas aquelas autoridades ou servidores públicos que estejam em campanha eleitoral, provocando uma injustificada desigualdade entre os candidatos e comprometeria a lisura do pleito", concluindo que "a mencionada regra proibitiva não admite publicidade institucional, ainda que realizada sem ofensa ao art. 37, § 1º, da

ser custeada pelos cofres públicos⁵⁶ para a caracterização da propaganda institucional. No entanto, em determinado caso concreto, o TSE⁵⁷ entendeu não caracterizada a conduta vedada, em face da distinção entre propaganda institucional e propaganda turística, ainda que custeada pelos cofres públicos e veiculada em período vedado.

Constituição Federal". In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.171. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 17.06.04. Representação. Evento. Município. Convites. Menção. Apoio. Governo estadual. Contrapartida. Show artístico. Contratação. Publicidade institucional indireta. Conduta vedada. Art. 73, VI, "b", da Lei n. 9.504/97. Infringência. Multa. Dissenso jurisprudencial. Não-configuração. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Prequestionamento. Ausência. 1. A exceção estabelecida no art. 73, § 3º, da Lei n. 9.504/97 expressamente preceitua que as condutas explicitadas se aplicam aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa. [...] ou seja, mesmo que tenha exclusivo caráter educativo, informativo ou de orientação social. Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.163, 06 ago. 2004. Seção 1.

⁵⁶ Decidiu a Corte Superior que "a conduta vedada prevista no art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, somente se caracteriza nas hipóteses de publicidade institucional, o que implica necessariamente dispêndio de recursos públicos autorizado por agentes públicos." In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 5.565. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 21.06.05. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada. Art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97. Publicidade institucional. Não-caracterização. Ausência. Ato administrativo. Agente público. Autorização. Presunção. Responsabilidade. Não-comprovação. Dispêndio. Recursos públicos. 1. Não é admissível a cassação de diploma pelo ilícito do art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, com fundamento em presunção. 2. Esta Casa já assentou que, para restar caracterizada a infração do art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, é necessária a comprovação do ato de autorização de veiculação de publicidade institucional. 3. [...]. 4. Cabe ao autor da representação o ônus da prova tanto do ato de autorização quanto do fato de a publicidade ser custeada pelo Erário, na medida em que se cuida de fatos constitutivos do ilícito eleitoral. 5. Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 21.320, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, de 9.11.2004, decidiu que compete a este Tribunal determinar os termos da execução das suas decisões. Agravo provido. Recurso Especial provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.175, 26 ago. 2005. Seção 1.

No mesmo sentido: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 25.120. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 21.06.05. Recurso especial. Conduta vedada. Publicidade institucional. Período proibido. Ausência. Comprovação. Autorização. Presunção. Não-caracterização. Permissão. Necessidade. Demonstração. Dispêndio. Recursos públicos. 1. Para restar demonstrada a responsabilidade do agente público pelo cometimento do ilícito eleitoral instituído pelo art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, é indispensável a comprovação de que o suposto autor da infração tenha autorizado a veiculação de publicidade institucional nos três meses que antecedem o pleito, não se podendo presumir a responsabilidade do agente público. 2. A conduta vedada prevista no art. 73, inciso VI, letra "b", da Lei n. 9.504/97, somente se caracteriza nas hipóteses de publicidade institucional, o que implica necessariamente dispêndio de recursos públicos autorizados por agentes públicos. Recurso especial provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.152, 19 ago. 2005. Seção 1.

⁵⁷ Interessante precedente, pois, a decisão recentemente externalizada pelo TSE, na qual entendeu que a divulgação, por meio de *folder*, de atrações turísticas do município, sem referência à candidatura do Prefeito à reeleição, não caracteriza-se como propaganda institucional e, assim, pode ser veiculada, mesmo que em período vedado e custeada pelos cofres públicos. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.299. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 06.12.05. Agravo Regimental. Recurso Especial. Art. 73 da Lei n. 9.504/97. Propaganda institucional. Não-configuração. Divulgação, por meio de *folder*, de atrações turísticas do município, sem referência à candidatura do Prefeito à reeleição. Inexistência de conotação eleitoral. Agravo desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.170, 03 fev. 2006. Seção 1.

Na hipótese dos autos, foi veiculado *folder*, pelo Município de Capinzal/SC, com pequeno histórico, fotos antigas e de vista aérea, além de informações sobre a altitude, número de habitantes, clima, atividades comerciais do Município, mencionando, ainda, os principais eventos culturais da comunidade, sendo que o juízo *a quo* entendeu que o *folder* requerido caracteriza-se como material publicitário com fins turísticos, não havendo de se cogitar como existente propaganda de atos, programas, obras, serviços e campanhas da atual administração municipal. Concluiu o julgador que sequer a inclusão da logomarca do Município no *folder* caracteriza a infração à norma constitucional. O Min. Relator Gilmar Mendes asseverou: "Não me parece razoável impedir um prefeito candidato à reeleição de dar ciência à comunidade das atrações turísticas do Município, dos serviços postos à sua disposição ou mesmo – se fosse o caso, o que não ocorreu – das realizações da prefeitura. Até porque as atividades desse prefeito não se encerram no período eleitoral; ele nem mesmo está obrigado a afastar-se do cargo. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que não se deve pretender que a ação governamental seja ocultada da população devido a eventuais reflexos eleitorais, hipótese essa que seria inadmissível. O que se pode e deve evitar são os excessos advindos dessa divulgação. Na hipótese dos autos, não houve excesso algum a ser reprimido, pois se tratou de divulgação de atrações turísticas da cidade, sem nenhuma relação com a administração do prefeito eleito. (...)." Em suma, o acórdão traçou distinção entre a propaganda turística – que entendeu permitida – e a propaganda institucional – que é vedada. A distinção efetuada é razoável, desde que, sob o pretexto de divulgação turística, não permita a obtenção

Não obstante a legislação mencione apenas a conduta de autorizar a publicidade institucional, entende-se, por evidente, que a proibição alcança, também, a própria veiculação da publicidade institucional, pois, se é vedado o menos (mera autorização), parece óbvia a vedação do mais (veiculação da publicidade). Neste sentido é o entendimento francamente majoritário na doutrina⁵⁸ e jurisprudência⁵⁹ especializada, a qual aduz, ainda, que o ônus da prova da autorização da publicidade institucional incumbe ao autor da representação.⁶⁰

A norma sob comento é aplicável, por força de expressa previsão legal, aos “órgãos públicos ou das respectivas entidades da administração indireta”, ou seja, veda-se a publicidade institucional, nos três meses antes do pleito, tanto à administração direta, quanto à administração indireta.⁶¹

de bônus eleitoral, com a inclusão de slogan, na propaganda veiculada, que personalize, ou de qualquer modo identifique, o administrador público, em prejuízo aos demais concorrentes ao pleito.

⁵⁸ Segundo o magistério de Olivar Coneglian: “O texto se refere a ‘autorizar’. Pode parecer, na primeira leitura, que a autorização não pode ser dada nos três meses que antecedem a eleição, mas a própria publicidade poderia ser feita neste período, desde que a autorização tivesse ocorrido antes disso. Engano. O objetivo da lei foi coibir a propaganda institucional ou oficial no período de três meses anterior à eleição. Dessa forma, nem a autorização, nem a própria propaganda podem ocorrer nesse período. Proceder à autorização com antecedência, para propaganda a se realizar na véspera ou às portas do pleito, é burlar a lei e ofender o objetivo da norma proibitiva. Aliás, a própria exceção final (propaganda urgente e necessária com a chancela da Justiça Eleitoral) mostra, justamente, que a proibição atinge a própria propaganda, e não apenas a sua autorização. Se se pudesse autorizar antes do prazo, para fazer propaganda depois, a exceção não teria razão de ser.” In: CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral** – de acordo com o Código Eleitoral e a Lei n. 9.504/97. 6.ed. São Paulo: Juruá, 2004. p.81/82.

⁵⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.106. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 08.05.03. Recursos especiais. Representação. Propaganda institucional veiculada em período vedado. Art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. 1. O art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97 veda a veiculação de propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito, mesmo que tenha sido autorizada antes deste período. Precedentes da Corte. 2. Para a imposição da multa do art. 73, § 8º, da Lei n. 9.504/97, é imperioso que o candidato tenha sido efetivamente beneficiado pela propaganda ilegal. 3. Primeiro recurso especial não conhecido. Segundo recurso especial conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.286, 01 ago. 2003. Seção 1.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 25.096. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 09.08.05. Recurso Especial. Conduta vedada (art. 73, VI, “b”, Lei n. 9.504/97). Para que se configure a conduta vedada no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97, basta a veiculação da propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período. Não se verifica a divergência jurisprudencial quando o entendimento constante dos acórdãos paradigmas já se encontra superado. Recurso Especial conhecido e desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.173, 16 set. 2005. Seção 1.

No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 4.365. Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet. 16.12.03. Agravo de Instrumento. Art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Autorização e veiculação de propaganda institucional. Basta a veiculação de propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito para que se configure a conduta vedada no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período. Porém, em se tratando de placas referentes a obras, é necessário que se tenha a comprovação da responsabilidade efetiva do candidato para que lhe seja aplicável a pena pecuniária (art. 73, § 4º, da Lei n. 9.504/97). Precedentes. Provedimento do agravo para que subam os autos principais. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.94, 13 fev. 2004. Seção 1.

⁶⁰ Segundo o TSE: “cabe ao autor da representação o ônus da prova tanto do ato de autorização quanto do fato de a publicidade ser custeada pelo Erário, na medida em que se cuida de fatos constitutivos do ilícito eleitoral. [...] Agravo provido. Recurso Especial provido.” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo de Instrumento n. 5.565. *Op. Cit.*

⁶¹ Para Caramuru Afonso Francisco: “[...] a proibição abarca tanto a administração direta quanto a indireta, estando incluída nesta noção não só as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações públicas, como também todas as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos bem assim eventuais empresas que estejam a prestar serviços terceirizados a estas entidades [...]”. In: **Op. Cit.** p.130.

Na lição de Diogenes Gasparini, a administração indireta ou descentralização administrativa poder ocorrer com a transferência da titularidade e da execução do serviço público da Administração Pública competente para uma pessoa jurídica de direito público, especialmente criada pelo Estado para este fim (caso das autarquias e da fundação pública) ou com o transpasse do simples desempenho ou mera execução do serviço público da Administração Pública competente para uma pessoa jurídica de direito privado, criada por particular (sociedade civil, comercial, industrial), que assumirá a posição de

O c. TSE⁶² tem entendido, ainda, que é possível – e, assim, não configura conduta vedada aos agentes públicos – a manutenção de placas colocadas anteriormente ao período proscrito; porém, ressalva a Corte Superior que a permanência das placas em período vedado somente é possível se nelas não constarem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral.

A vedação sob comento é restrita à circunscrição cujos mandatos estejam sob disputa, consoante disposição expressa do § 3º do art. 73 da Lei n. 9.504/97; logo, possível, em tese⁶³, a publicidade institucional no âmbito municipal,

concessionária ou permissionária, ou instituída pelo Estado (empresa pública, sociedade de economia mista), que assumirá a posição de delegatária. In: *Op. Cit.* p.280/281.

⁶² Assim, v.g., decidiu-se admissível: “[...] a manutenção de placas de obras públicas colocadas anteriormente ao período previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei das Eleições, desde que delas não constem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral. Precedentes. [...]” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 24.722. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 09.11.04. Representação. Art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Prefeito. Candidato a reeleição. Placas. Divulgação. Obras e serviços da municipalidade. Veiculação. Momento anterior. Período vedado. Infração. Não-configuração. 1. Não procede a alegação de perda de objeto de recurso ao fundamento de que, em sede de representação, somente poderia ser decretada a cassação do registro caso a decisão condenatória fosse proferida até a proclamação dos eleitos, na medida em que o art. 73 da Lei n. 9.504/97 possui expressa previsão de cassação tanto do registro como do diploma, nos termos do respectivo § 5º desse dispositivo, não se aplicando o que decidido pela Casa no Acórdão n. 4.548. 2. O Tribunal tem admitido a manutenção de placas de obras públicas colocadas anteriormente ao período previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei das Eleições, desde que delas não constem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral. Precedentes. 3. Considerando as circunstâncias postas no acórdão regional, não há como pressupor que a propaganda institucional veiculada em momento anterior ao período vedado, conforme reconheceu a instância ad quem, e durante ele mantida configure a conduta tipificada no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. In: *Revista de Jurisprudência do TSE*, v.16, T.1, p.300.

No mesmo sentido:

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 19.326. Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. 16.08.01. Propaganda institucional em período vedado (Lei 9.504/97, art. 73, § 4º) - Mensagens intermitentes, colocadas em relógios eletrônicos instalados em pontos de grande convergência de público. 1. Incontroverso o fato de que foram veiculadas mensagens alusivas à ação administrativa da Prefeitura em momento anterior à vedação, legal dos três meses que antecedem o pleito. 2. A permanência de placas em obras públicas, antes do período vedado, é admissível, desde que delas não constem expressões que possam identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral (Precedentes: Representação 57 e Recurso Especial 19.323). 3. Recurso especial conhecido e provido. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, v.1, p.140, 05 out. 2001. Seção 1.

Nesta senda, cumpre consignar o entendimento de Olivar Coneglian, para quem: “[...] a administração pública não precisa retirar placas permanentes de obras. Assim, se o município (em processo de eleição municipal) está construindo uma escola em cujo tapume se exhibe uma placa com referência à mesma obra, essa placa não precisa ser retirada no período da vedação. Não se admite, porém, a colocação de uma placa nova nesse período, mesmo que a obra tenha sido iniciada nesse tempo”. No entanto, considerando o entendimento externalizado pelo TSE, a praxe tem sido a colocação de faixas impedindo que seja visualizada qualquer expressão ou slogan que possa identificar autoridades, servidores ou administrações cujos dirigentes estejam em campanha eleitoral. In: *Op. Cit.* p.83.

⁶³ A colocação de que, “em tese”, é possível a publicidade pelo Município quando da realização das eleições gerais justifica-se. Com efeito, por vezes, diante de circunstâncias concretas, pode ser extremamente condenável – e, pois, vedada – a veiculação de publicidade institucional, no período glosado, realizada pelo Município quando da eleição geral. Tome-se como exemplo, hipoteticamente, que em determinado Município – cujo mandatário é filiado a partido político idêntico ao do Presidente da República ou Governador do Estado –, às vésperas do pleito (no período vedado), passe a divulgar, sistematicamente e por toda a extensão geográfica, publicidade institucional municipal, contendo, porém, a menção expressa de que as obras locais foram financiadas pelo governo estadual ou federal. Nesta hipótese, pois, entende-se que o intérprete não pode ser ingênuo, de modo a admitir que possa o administrador, aproveitando-se de lacuna legal, burlar a lei, realizando publicidade institucional de modo indireto; sobreleva-se, no caso concreto, que o indiscriminado elogio, ainda que indireto, realizado por administrador, vinculado partidária e ideologicamente a administrador de esfera distinta, não possa servir como subterfúgio ao descumprimento da lei. Não é outro, aliás, o entendimento de Thales Tácito, que observa: “[...] é de se frisar que a propaganda institucional irregular da União e dos Estados poderá configurar propaganda eleitoral indireta no âmbito dos Municípios se os governantes daqueles entes estiverem aberta e notoriamente apoiando determinados candidatos no pleito municipal.” In: *Op. Cit.* p.798.

quando da realização das eleições gerais; possível a publicidade na esfera estadual e federal, em época de eleições municipais.

Possibilita, a legislação eleitoral, a veiculação de publicidade institucional, dentro dos três meses que antecedem ao pleito, em duas situações específicas: produtos e serviços que tenham concorrência no mercado⁶⁴ e nos casos de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. Nesta última hipótese (“grave e urgente necessidade pública”), será lícita a publicidade somente quando haja autorização prévia⁶⁵ da Justiça Eleitoral, a qual reconhece, com antecedência, a grave e urgente necessidade pública. Ou seja, o interessado na veiculação da publicidade institucional submete o pedido ao Poder Judiciário e busca licença para divulgá-la; no entanto, incumbe ao petionário a prova da “grave e urgente necessidade pública.”

Importante ressaltar: a regra geral, consagrada na alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/97, é a vedação ampla e irrestrita à propaganda institucional⁶⁶. Neste sentido, é desnecessário qualquer cotejo com eventual influência no pleito ou, mesmo, com qualquer interesse ou reflexo da publicidade no processo eleitoral. A norma é clara: excepciona-se, de modo abrangente, o princípio da ampla publicidade. De outra parte, o interessado em veicular a publicidade institucional deve provar, de modo irrefutável, a incidência de “grave e urgente necessidade pública”. Incumbe à Justiça Eleitoral analisar, apenas, se ocorre, ou não, a hipótese de “grave e urgente necessidade pública”. Não é possível, assim, à Justiça Eleitoral – que tem a atribuição de autorizar o pedido – supor ou imaginar que, em regra, é permitida a divulgação de propaganda

⁶⁴ Na dicção de Caramuru Afonso Francisco são, exemplificativamente, produtos e serviços que tem concorrência no mercado, os “produtos bancários ou financeiros, combustíveis e outros derivados do petróleo, serviços de telecomunicação e outros”; no entanto, convém repisar que somente aqueles produtos e serviços que tenham concorrência no mercado (v.g., Banco do Estado do Rio Grande do Sul, Petrobrás) é que são exceção à vedação legal. In: *Op. Cit.* p.130.

⁶⁵ Pedro Henrique Távora Niess traz raciocínio interessante: “Havendo grave e urgente necessidade, a publicidade poderá ser autorizada pelo agente público competente. A gravidade e a urgência da necessidade permitem a comunicação imediata, mas não se tem por caracterizadas essas qualificações senão após o pronunciamento da Justiça Eleitoral que, provocada, deverá sobre o assunto manifestar-se sem demora. Embora recomendável a consulta prévia, nenhum inconveniente motiva o reconhecimento posterior da legalidade do ato, ficando o agente pressuroso sujeito às sanções cabíveis quando não aprovada a medida que tomou (art. 73, §§4º a 8º e art. s. 74 e 78), com repercussão nas agremiações e candidatos beneficiados (§§8º e 9º). Frise-se, contudo, mais uma vez, que a lei não coloca a autorização da Justiça como pressuposto da ilicitude da atuação do agente, o que seria eventualmente incompatível com a necessidade de grave e urgente da propagação: basta que aquela reconheça que a ação deste foi acertada, embora seja melhor que a autorização judicial proceda o ato do administrador, quando possível.”. Convém repisar a parte final do ensinamento do doutrinador paulista, dado que, efetivamente, coaduna-se com o texto legal a prévia autorização para veiculação da publicidade institucional. Com efeito, prevalecendo o entendimento da possibilidade da autorização *a posteriori*, em caso de a Justiça Eleitoral entender que não restou comprovada a existência da ressalva legal (isto é, quando a Justiça Eleitoral entender que não é o caso de grave e urgente necessidade pública), mesmo que se conclua pelo cabimento de representação por conduta vedada, o infrator pode assumir o risco de papalar a divulgação, já que o desequilíbrio do pleito restará inevitável e não há garantia de que a sanção de cassação do registro ou do diploma será, efetivamente, aplicada, em face de eventual cotejo do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena. In: *Op. Cit.* p.72.

⁶⁶ No mesmo sentido, é o magistério de Olivar Coneglian: “A alínea 'b' desse inc. VI proíbe toda e qualquer propaganda institucional ou oficial. Essa alínea tem justamente por objetivo inviabilizar a publicidade oficial ou institucional. A meta visada pelo legislador foi colocar um parapeito neste tipo de propaganda no mesmo período de campanha eleitoral”. In: *Op. Cit.* p.81/82.

institucional, desde que não haja influência ou conteúdo eleitoral na propagação pretendida. Como mencionado, o raciocínio é inverso: a vedação à publicidade é ampla e irrestrita, e o interessado deve comprovar a “grave e urgente necessidade pública”; não há espaço – ou discricionariedade – para deferir a autorização da publicidade institucional, sob o argumento de que a veiculação não tem conteúdo eleitoral. Repisa-se: o que é censurado é a veiculação de propaganda institucional (apenas), e não propaganda institucional com reflexo na esfera eleitoral.

A *mens legis* do art. 73, inciso VI, alínea “b”, é suficientemente clara: proíbe-se toda e qualquer propaganda institucional durante o período vedado pela legislação eleitoral. Compreende-se a preocupação do legislador, ainda mais com o instituto da reeleição, na medida em que a desenfreada utilização de publicidade institucional durante o período vedado importa em inegável vantagem àqueles que estão à frente da Administração Pública, importando na quebra do princípio da igualdade em relação aos demais candidatos. Porém, cumpre consignar que o c. TSE⁶⁷ tem decisões que, preconizando o princípio da reserva legal proporcional, vêm esvaziando a aplicabilidade da conduta vedada sob comentário, na medida em que a adoção de tal interpretação importa, ainda que de modo indireto, em um incentivo para a perpetuação de atos abusivos em

⁶⁷ Pode-se citar como exemplo de um certo esvaziamento do art. 73 da Lei n. 9.504/97, o precedente no qual, houve o descerramento de placa, na qual constou o nome do Governador (candidato a reeleição), em inauguração de obra pública, no período vedado, devidamente autorizada pela Justiça Eleitoral, em face da urgência e gravidade do caso. No caso em tela, o Relator Ministro Gilmar Mendes, embora tenha reconhecido a incidência do suporte fático da norma sob comentário, asseverou o art. 73 deve ser compreendido no “contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais”, concluindo que a intervenção da Justiça Especializada deverá ocorrer de “forma minimalista, com o cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular”; no entanto, convém referir que, inobstante as razões expostas pelo eminente Ministro, no julgado em referência foi aplicada, apenas, a sanção pecuniária. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.592. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 03.11.05. Propaganda institucional. Obra pública. Solenidade de descerramento de placa inaugural com nome do chefe do Executivo local. Ausência de violação ao art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Proibições contidas na Lei Eleitoral devem ser entendidas no contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais. Agravo desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.142, 09 dez. 2005. Seção 1.

No mesmo sentido, o c. TSE entendeu que a divulgação, no Diário Oficial do Município, de atos meramente administrativos, sem referência a nome, nem divulgação de imagem do candidato à reeleição, não configura o ilícito previsto no art. 73, inciso VI, alínea “b”, da Lei n. 9.504/97. No julgado, o Relator Ministro Gilmar Mendes, embora tenha reconhecido a existência da propaganda institucional em período vedado, concluiu que “não houve engrandecimento dos feitos, nem adjetivação dos fatos, nem referência às eleições vindouras a caracterizar excesso na divulgação dos atos de gestão da Prefeitura – divulgação essa, frise-se, que constitui atividade inerente à função exercida pelo administrador público. Observe-se que sequer houve menção ao nome ou à imagem do então prefeito, mas apenas o relato de fatos ligados à administração. É de se ressaltar que esse fato não representaria nenhum dano às eleições, visto que prefeito nem era candidato.” Sem embargo das judiciosas razões do nobre Ministro do TSE, as argumentações expendidas em seu voto carecem de fundamentação legal e não encontram amparo no ordenamento jurídico brasileiro; ao revés, as razões do voto do Relator vão de encontro de toda doutrina e jurisprudência já consolidada acerca do tema, além de consistir em direta e inequívoca afronta à letra da lei. Ademais, repise-se, eventual cotejo do princípio da proporcionalidade é matéria a ser sopesada quando do sancionamento, e não como forma de evitar a incidência da norma, em um reconhecimento do princípio da insignificância no Direito Eleitoral. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.086. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. 03.11.05. Agravo Regimental. Recurso Especial. Art. 73 da Lei n. 9.504/97. Propaganda Institucional. A divulgação, em Diário Oficial do Município, de atos meramente administrativos, sem referência a nome nem divulgação de imagem do candidato à reeleição, não configura o ilícito previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Observância ao princípio da proporcionalidade. Agravo Regimental desprovido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.97, 02 dez. 2005. Seção 1.

relação à veiculação de propaganda institucional, com o manifesto desequilíbrio entre os participantes do prélio eleitoral.

Em apertada síntese, a publicidade institucional ilegal, que viola o princípio da impessoalidade (art. 37, §1º, CF), pode configurar, a um só tempo, ato a ser perquirido em ação de improbidade administrativa ou em ação popular, a ser apurado na Justiça Comum (Estadual ou Federal) e, havendo prova da repercussão ou influência na seara eleitoral, pode caracterizar-se como abuso de autoridade (art. 74 da Lei n. 9.504/97), a ser perseguido na forma de investigação judicial eleitoral. De outra parte, mesmo a propaganda institucional dita legal (ou seja, sem violação ao princípio da impessoalidade), se autorizada ou veiculada no período vedado (03 meses antes do pleito), caracteriza-se como conduta vedada e deve ser apurada pela Justiça Eleitoral, através de representação por descumprimento à Lei das Eleições ou, a critério do autor, investigação judicial eleitoral.

C) FAZER PRONUNCIAMENTO EM CADEIA DE RÁDIO E TELEVISÃO FORA DO HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO, SALVO QUANDO, A CRITÉRIO DA JUSTIÇA ELEITORAL, SE TRATAR DE MATÉRIA URGENTE, RELEVANTE E CARACTERÍSTICA DAS FUNÇÕES DE GOVERNO.

Caracteriza-se também como conduta vedada aos agentes públicos a realização de pronunciamento em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, pela situação concreta, a Justiça Eleitoral autorizar tal veiculação, reconhecendo a matéria como urgente, relevante e característica das funções de governo. O pronunciamento em cadeia – seja em rádio ou televisão – consiste em valioso e eficaz meio de comunicação do mandatário com a comunidade representada, configurando-se como necessária ferramenta que assegura o direito à informação da coletividade. Existem situações de relevância ímpar em que o administrador público tem como fundamental a convocação de cadeia de rádio ou televisão para que possa buscar comunicação profícua com seus representados. Entretanto, inquieta-se o legislador com a possibilidade de uso eleitoreiro desta discricionariedade pelo administrador público, causando quebra do princípio igualitário entre os candidatos.

Preocupa-se o legislador, fundamentalmente, em assegurar que o administrador, utilizando-se da prerrogativa de prestar contas à comunidade dos atos de governo, não obtenha, às vésperas da realização do pleito, vantagem de tal privilégio, em detrimento dos demais pretendentes ao mandato eletivo. A regra, pois, restringe a possibilidade de manifestação dos candidatos a mandato eletivo ao âmbito do horário eleitoral gratuito; a conduta vedada, portanto, é pronuncia-

mento através de cadeia⁶⁸ de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, e não mera entrevista transmitida através de rádio ou televisão.

Excepcionalmente, quando a Justiça Eleitoral reconhecer a urgência e relevância da matéria, é possível o pronunciamento em cadeia de rádio e televisão. A exigência de somente ser constituída cadeia de rádio e televisão através de autorização da Justiça Eleitoral não caracteriza ofensa à governabilidade, pois a necessidade de equilíbrio do pleito não pode ser desprezada e, de qualquer sorte, havendo a configuração da urgência, existe plena possibilidade de formação da cadeia, mediante permissão da Justiça Eleitoral.

Centra-se a ressalva à caracterização da conduta vedada em relação às atividades “características das funções de governo”; afasta-se, assim, a possibilidade de, mediante pronunciamento em cadeia, haver manifestações de cunho eleitoral, partidário e/ou pessoal. De outro vértice, reconhecida a possibilidade de reeleição para os cargos do Poder Executivo, somente através de uma minuciosa atividade de joeiramento realizada pela Justiça Eleitoral é que se pode afastar a possibilidade de que tais pronunciamentos, às vésperas do pleito, transmudem-se em atos indiretos de campanha eleitoral. Tal vedação não se olvide, a teor do § 1º do art. 73, é dirigida aos agentes públicos, na ampla concepção dada pelo legislador eleitoral, e não apenas aos candidatos a mandatos eletivos; por conseguinte, não é possível, por exemplo, a um secretário municipal ou chefe de gabinete, sem amparo na exceção legal, fazer pronunciamento em cadeia, sob pena de ofensa à norma proibitiva.

À exemplo do previsto para a alínea “b” do inciso VI, incumbe à Justiça Eleitoral, entendendo presentes os requisitos legais, autorizar o pronunciamento em rede. Matéria urgente é aquela cuja necessidade seja iminente e indispensável, tendo de, necessariamente, haver o pronunciamento dentro do período proscrito, sob pena de ineficácia do teor da comunicação a ser efetivada. É exemplo de matéria urgente o chamado à população em caso de vacinação, quando houver surto ou epidemia. Matéria relevante é aquela considerada de grande valor e importância, com inegável interesse social e comunitário. Para configurar-se a exceção à regra proibitiva, os requisitos de urgência e relevância devem estar cumulativamente presentes, a par de, como exige a norma, tratar-se de matéria “característica das funções de governo”.

⁶⁸ A Corte Superior negou provimento à recurso especial, concluindo que, por vedado o reexame de provas, deveria ser mantida a decisão do Regional que entendeu por atípica a conduta – porque não houve convocação de cadeia de rádio, e sim mera entrevista em rádio com manifestação de apoio à determinado candidato –, além de não vislumbrar, no caso em tela, potencialidade de a conduta vedada influir no resultado do pleito. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.671. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 04.04.06. Representação. Conduta vedada. Art. 73, VI, “c”, da Lei n. 9.504/97. Prefeito. Pronunciamento. Rádio local. Favorecimento. Candidato. Decisão regional. Improcedência. Ausência. Tipicidade e potencialidade. Recurso especial. Violação legal e dissenso jurisprudencial. Não-configuração. Orientação do acórdão recorrido em consonância com a atual jurisprudência da Casa. Agravo regimental a que se nega provimento. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.101, 26 maio 2006. Seção 1.

A conduta vedada em apreço, a teor do disposto no § 3º do art. 73 da Lei das Eleições, possui limite de circunscrição; assim, quando da realização das eleições municipais, é permitido, indistintamente, o pronunciamento nas esferas estadual e federal, enquanto nas eleições gerais é permitido o pronunciamento em cadeia no âmbito municipal. Calha referir, da mesma sorte que em relação à publicidade institucional, que existe a possibilidade de burla à norma proscribida quando, nas eleições gerais, o Prefeito Municipal de um grande centro urbano utiliza-se da cadeia em rede e, nas entrelinhas da matéria a ser exposta, faz manifestação em benefício de determinado candidato a Governador ou à Presidência da República.

VII – REALIZAR, EM ANO DE ELEIÇÃO, ANTES DO PRAZO FIXADO NO INCISO ANTERIOR, DESPESAS COM PUBLICIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU DAS RESPECTIVAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, QUE EXCEDAM A MÉDIA DOS GASTOS NOS TRÊS ÚLTIMOS ANOS QUE ANTECEDEM O PLEITO OU DO ÚLTIMO ANO IMEDIATAMENTE ANTERIOR À ELEIÇÃO, PREVALECENDO O QUE FOR MENOR.

A conduta vedada, na hipótese em causa, consiste na realização de despesas com publicidade, dos órgãos públicos ou das entidades da administração indireta, acima da média dos gastos dos três últimos anos anteriores ao pleito ou do último ano anterior à eleição, prevalecendo o menor. Enquanto o inciso VI preocupa-se com o período do trimestre anterior ao pleito, o inciso VII tem por desiderato a cobertura do prazo antecedente ao previsto no inciso anterior, ou seja, desde o início do ano até o dia imediatamente anterior ao trimestre que precede a eleição.

Dentro deste período (desde o início do ano da eleição até antes dos três meses que antecedem o pleito), são permitidos gastos com publicidade, desde que, no entanto, não excedam a média prevista na norma legal. Em caso de divergência de valores, entre a média dos gastos nos três últimos anos e do último ano imediatamente anterior ao pleito, o legislador optou, claramente, que deve prevalecer o menor valor. Em outras palavras, basta que o valor dos gastos com publicidade seja excedente à média do menor dos valores mencionados para que se caracterize a conduta vedada em apreço. Correta a observação de PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS⁶⁹: “[...] não é dado ao agente público optar pela média que melhor atenda aos seus interesses: são proibidos os gastos que excedam uma ou outra das importâncias alvitradas, isto é, qualquer delas”.

⁶⁹ *Op. Cit.* p.77.

O desiderato legislativo, aqui, mais uma vez, é soffrear a tendência – quase compulsiva – dos administradores de, em ano eleitoral, difundir publicidade institucional de modo massivo e incessante, culminando por, ainda que oblíqua e inconscientemente, afetar a voluntariedade de opção de sufrágio do eleitor. PEDRO ROBERTO DECOMAIN⁷⁰ assim traduz o espírito do legislador:

[...] o que o dispositivo pretende é que os gastos com publicidade, mesmo aquela a ser veiculada antes dos três meses antecedentes ao pleito, não sejam maiores do que os realizados nos anos anteriores. O legislador pretendeu impedir, também através deste dispositivo, que a publicidade oficial, embora indiretamente, pudesse servir como meio de difusão e propaganda de candidaturas, pretensão que não caracteriza nenhum disparate, principalmente quando se considera, mais uma vez, a possibilidade de uma reeleição para mandato consecutivo, dos Chefes dos Poderes Executivo, responsáveis por essa publicidade, que por vezes se denomina “institucional”, mas com freqüência, embora de modo velado, acaba na verdade por violar o § 1º do art. 37 da Constituição Federal.

Em síntese, tenciona, aqui, o legislador, evitar que, sob o pretexto da perfectibilização do princípio da publicidade, o administrador, em verdade, vinculando umbilicalmente o seu nome com a atividade de governo, concretize forma indireta de financiamento público de campanha. Deve ser considerado como despesa com publicidade, tanto o dispêndio efetivo de pecúnia para aquisição de espaço, como o gasto advindo de doação indireta – que é o implementado através de recebimento de tempo ou espaço, em meio de comunicação social, em troca de isenção tributária ou qualquer outra vantagem, à empresa proprietária do respectivo veículo de comunicação. No caso em que determinada empresa de televisão, por exemplo, em troca de determinado favor, cede espaço para que haja veiculação da publicidade institucional pela administração pública configura-se a burla ao regramento legal, devendo ser procedido o cálculo do *quantum* gasto em publicidade pelo valor de mercado, em proporção aos minutos cedidos.

A conduta vedada sob comento não possui limite de circunscrição, sendo, portanto, proscrito a qualquer ente da federação (União, Estado, Distrito Federal ou Município) e qualquer que seja a eleição a ser realizada (municipal ou geral). Nas raras vezes que enfrentou a matéria, o TSE⁷¹ adotou entendimento

⁷⁰ *Op. Cit.* p.358.

⁷¹ Para o TSE: “é automática a responsabilidade do governador pelo excesso de despesa com a propaganda institucional do estado, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre ao chefe do executivo, mesmo que este possa delegar os atos de sua execução a determinado órgão de seu governo”, concluindo que “também é automático o benefício de governador, candidato à reeleição, pela veiculação da propaganda institucional do estado, em ano eleitoral, feita com gastos além da média dos últimos três anos”. In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 21.307.

de que é automático o benefício do Chefe do Executivo pelos gastos com publicidade em desacordo com o inciso VII do art. 73 da Lei n. 9.504/97, concluindo também pela automaticidade de sua responsabilidade.

VIII – FAZER, NA CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO, REVISÃO GERAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXCEDA A RECOMPOSIÇÃO DA PERDA DE SEU PODER AQUISITIVO AO LONGO DO ANO DA ELEIÇÃO, A PARTIR DO INÍCIO DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 7º DESTA LEI E ATÉ A POSSE DOS ELEITOS.

Veda-se, em síntese, qualquer recomposição que exceda o repique inflacionário, seja qual for a denominação dada àquele acréscimo financeiro. Em outras palavras, resta proibido, pela norma legal, todo e qualquer aumento real na remuneração do servidor público, como já assentado pelo TSE⁷². Assim, entende-se que a expressão “revisão geral da remuneração” não pode receber uma interpretação meramente literal, que não apresente eficácia para barrar os – constantes e oportunos – atos de abuso praticados pelos mandatários de plantão. Infelizmente, porém, a jurisprudência eleitoral tem enveredado por outro caminho, que surpreende mais pela ingenuidade do que, propriamente, pelo esvaziamento da norma, embora se reconheça que, a prevalecer o atual posicionamento dos tribunais eleitorais, ter-se-á uma conduta vedada, apenas, para fins cosméticos. Não é outro, aliás, o escólio de PEDRO ROBERTO DECOMAIN⁷³:

[...] o que o dispositivo proíbe, portanto, é a concessão geral de aumentos reais de remuneração dos servidores públicos. Reajustes meramente inflacionários, para reposição de perda do poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, estes são admitidos. [...] O que não se permite é o aumento real de salários. Conceder aumentos além da inflação pretérita, havida até o momento da concessão, ao pretexto de que seriam destinados a cobrir expectativa de inflação futura, até a posse dos eleitos, também não se admite. Na realidade, aí se está a mascarar aumento real, cuja concessão é proibida.

Como mencionado alhures, porém, o TSE, apegado a uma interpretação

Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Rel. designado Min. Fernando Neves da Silva. 14.10.03. Propaganda institucional estadual. Governador. Responsabilidade. Ano eleitoral. Média dos últimos três anos. Gastos superiores. Conduta vedada. Agente público. Art. 73, VII, da Lei n. 9.504/97. Prévio conhecimento. Comprovação. Desnecessidade. 1. [...] Recurso conhecido e provido. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.146, 06 fev. 2004. Seção 1.

⁷² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.086. Resolução n. 21.812. Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. 08.06.04. Consulta. Eleição 2004. Revisão geral da remuneração servidor público. Possibilidade desde que não exceda a recomposição da perda do poder aquisitivo (inciso VIII do art. 73 da Lei n. 9.504/97). In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.105, 09 ago. 2004. Seção 1.

⁷³ *Op. Cit.*, p. 358.

literal da expressão “revisão geral da remuneração”, tem trilhado outro caminho, que, infelizmente, tem dado ensanchas a condutas que, efetivamente, rompem por completo o princípio da isonomia entre os candidatos. Para o TSE⁷⁴:

[...] a revisão geral da remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo de moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissionais de carreiras específicas.

Assim, resta aberta a porta para que os administradores, às vésperas do pleito (quando não na própria semana decisiva), determinem a reestruturação de diversas carreiras de servidores públicos, com aumentos extremamente significativos e profundo impacto da folha de pagamento. Pode-se cogitar, assim, exemplificativamente, que, o administrador público, acautelando-se contra o rigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, tenha em vista aquelas carreiras com o maior número de servidores, propiciando-lhes aumentos bastante expressivos, para que seja obtido expressivo bônus eleitoral. Bastaria ao administrador, justificar, de modo pueril, que se trata de uma reestruturação de carreira e, ainda que tenha sido inerte durante todo o tempo anterior do mandato, caso adotada a interpretação atual do TSE, seria descogitada a caracterização da conduta vedada em apreço. Neste passo, convém registrar que, recentemente, a sociedade brasileira assistiu perplexa – e sem reação – à conduta de candidato a reeleição ao Executivo que, através da edição de medidas provisórias e sob o pretexto de que se tratava de reestruturação de carreiras e modificação dos planos de cargos, concedeu aumento de até 190% do valor real do salário e atingiu cerca de 85% dos servidores públicos federais, sem que tal ato tivesse qualquer conseqüência na esfera eleitoral.

Assiste plena razão à PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS⁷⁵:

⁷⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 782. Resolução n. 21.296. Rel. Min. Fernando neves da Silva. 12.11.02. Revisão geral de remuneração de servidores públicos - Circunscrição do pleito - Art. 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504/97 - Perda do poder aquisitivo - Recomposição - Projeto de lei - Encaminhamento - Aprovação. 1. O ato de revisão geral de remuneração dos servidores públicos, a que se refere o art. 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504/97, tem natureza legislativa, em face da exigência contida no texto constitucional. 2. O encaminhamento de projeto de lei de revisão geral de remuneração de servidores públicos que exceda à mera recomposição da perda do poder aquisitivo sofre expressa limitação do art. 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504/97, na circunscrição do pleito, não podendo ocorrer a partir do dia 9 de abril de 2002 até a posse dos eleitos, conforme dispõe a Resolução/TSE n. 20.890, de 9.10.2001. 3. A aprovação do projeto de lei que tiver sido encaminhado antes do período vedado pela lei eleitoral não se encontra obstada, desde que se restrinja à mera recomposição do poder aquisitivo no ano eleitoral. 4. A revisão geral de remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo da moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de carreiras específicas. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v.1, p.133, 07 fev. 2003. Seção 1.

Também já decidiu a Corte Superior que: “a aprovação, pela via legislativa, de proposta de reestruturação de carreira de servidores não se confunde com revisão geral de remuneração e, portanto, não encontra obstáculo na proibição contida no art. 73, inciso VIII, da Lei n° 9.504, de 1997.” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 772. Rel. Min. Fernando Neves da Silva. 02.05.02. [...]. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p.120, 12 ago. 2002. Seção 1.

⁷⁵ Op. Cit. p.78.

Ataca-se a revisão geral, indistintamente concedida, com o propósito escuso, ou sem esse objetivo, mas com o mesmo efeito de propiciar o clima para que essa expressiva parcela de trabalhadores propenda pela continuidade administrativa.

Reitera-se, no ponto: a prevalecer uma interpretação literal da expressão “revisão geral da remuneração” ter-se-á, por consectário, a absoluta ineficácia da norma sancionatória. A diretriz interpretativa do julgador deve, no caso em tela, exercer um cotejo entre a conduta do administrador público para com o funcionalismo público em todo o transcorrer do mandato eletivo; assim, se, durante a legislatura, o mandatário foi leniente e omissivo em relação aos servidores públicos terminando por, apenas no período glosado, conceder revisão nos proventos do funcionalismo, tem-se um elemento importante de convicção acerca da prática de ilícito eleitoral (conduta vedada) pelo administrador público.

A conduta vedada prevista no inciso VIII, por força da redação dada ao próprio texto legal, está adstrita à circunscrição do pleito, e incidindo a concessão de benesses aos servidores fora dos limites da circunscrição pode-se, a entender prevalente ainda a interpretação restrita às condutas vedadas, perquirir acerca de eventual abuso de poder genérico, conforme precedente do TSE.⁷⁶

Por fim, cumpre registrar, ainda, que o lapso temporal de incidência material da conduta vedada do inciso VIII do art. 73 é a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. O artigo 7º da Lei n. 9.504/97, em verdade, somente prevê prazo em seu parágrafo primeiro, quando estabelece que, na hipótese de omissão do estatuto partidário, o órgão de deliberação nacional deve estatuir as normas relativas à convenção para escolha dos candidatos, tendo o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias antes das eleições para publicação no Diário Oficial da União. A princípio, nenhuma é a vinculação

⁷⁶ Segundo o TSE: “a concessão de benefícios a servidores públicos estaduais nas proximidades das eleições municipais podem caracterizar abuso do poder político, desde que evidenciada, como na hipótese, a possibilidade de haver reflexos na circunscrição do pleito municipal, diante da coincidência de eleitores.” In: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Especial Eleitoral n. 26.054. Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. 08.08.06. Recurso Especial. Pleito municipal. Concessão de benefícios a servidores públicos estaduais. Proximidade da eleição. Favorecimento a candidato a prefeito. Abuso do poder político. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 22 da LC n. 64/90. Procedência. Inelegibilidade. Conduta vedada. Art. 73 da Lei n. 9.504/97. Multa. Inexistência de omissão e de nulidade dos acordos do TRE. Impossibilidade de reexame de prova. Aplicação de multa em investigação judicial. Falta de prequestionamento. Candidato não eleito. Abuso do poder. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. I - Não há o que se falar em afronta aos arts. 275, II, do CE e 535, II, do CPC, quando a decisão regional enfrenta todas as matérias pontuadas no recurso. II - Se as instâncias ordinárias assentaram estar configurado abuso de poder político, por serem os fatos incontroversos e potencialmente capazes de influir no pleito, não se pode rever esta conclusão sem o reexame do quadro fático. Incidência das Súmulas nos 7/STJ e 279/STF. III - [...]. IV - Inexistência de nulidade da decisão proferida em investigação judicial que apure, em eleições municipais, abuso do poder e contrariedade a dispositivos da Lei Eleitoral, por ser o juiz eleitoral competente para ambas as ações e por ser o rito do art. 22 da LC n. 64/90 mais benéfico para as partes que o procedimento previsto no art. 96 da Lei n. 9.504/97. V - Não é fator suficiente para desconfigurar o abuso do poder político de que cuida o art. 22 da LC n. 64/90, o fato de o candidato por ele beneficiado não ter sido eleito, pois o que se leva em consideração na caracterização do abuso do poder são suas características e as circunstâncias em que ocorrido. VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.169, 25 ago. 2006. Seção 1.

entre o prazo fixado no parágrafo primeiro do art. 7º com a restrição à concessão de revisão geral de remuneração dos servidores. Aparentemente, o prazo do início da realização das convenções partidárias para a escolha dos candidatos (10 de junho do ano eleitoral), por já estabelecer a correlação de forças do prélio eleitoral, é que poderia ser utilizado como o limite legal. No entanto, forçoso reconhecer que a adoção de prazo tão exíguo importa, também, na iminente possibilidade de burla ao princípio da isonomia entre os candidatos. Daí, pois, embora a – aparente – ausência de vinculação material entre as normas, a adoção do prazo mais longo, previsto no § 1º do art. 7º da Lei n. 9.504/97, é que estabelece uma real e efetiva proteção ao bem juridicamente tutelado. Deve-se ponderar, ainda, no mesmo toar, que o prazo de 180 dias – previsto pelo art. 7º, § 1º – coincide com o mais largo prazo de desincompatibilização da Lei das Inelegibilidades, encontrando, então, neste ponto, coerência com o desiderato de proteção e equilíbrio que deve pautar a disputa eleitoral, ao largo de qualquer influência nociva à manifestação de voto do eleitorado. Neste sentido, aliás, recentemente, embora por maioria, decidiu o colendo TSE.⁷⁷

§ 10. NO ANO EM QUE SE REALIZAR ELEIÇÃO, FICA PROIBIDA A DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS, VALORES OU BENEFÍCIOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EXCETO NOS CASOS DE CALAMIDADE PÚBLICA, DE ESTADO DE EMERGÊNCIA OU DE PROGRAMAS SOCIAIS AUTORIZADOS EM LEI E JÁ EM EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO EXERCÍCIO ANTERIOR, CASOS EM QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO PODERÁ PROMOVER O ACOMPANHAMENTO DE SUA EXECUÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA.

O § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97 prevê uma nova hipótese de conduta vedada e foi acrescentado pela minirreforma eleitoral realizada recentemente através da Lei n. 11.300/06. Esta conduta vedada apresenta certa vinculação com a estabelecida pelo inciso IV do mesmo artigo 73, conquanto algumas distinções fundamentais: no inciso IV, veda-se, em suma, o uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, da distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; no § 10, de outra parte, a regra é a – ampla – proibição da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública.

⁷⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 1.229. Resolução n. 22.252. Rel. Min. José Gerardo Grossi. 20.06.06. Remuneração - Servidor público - Revisão - Período crítico. Vedação - Artigo 73, inciso VIII, da Constituição Federal. A interpretação - literal, sistemática e teleológica - das normas de regência conduz à conclusão de que a vedação legal apanha o período de cento e oitenta dias que antecede às eleições até a posse dos eleitos. In: *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, p.130, 01 set. 2006. Seção 1.

Por conseguinte, para a incidência do § 10: prescinde-se do uso promocional da distribuição gratuita dos bens (basta a distribuição em si); a distribuição gratuita vedada é de qualquer bem (e não apenas dos de caráter social ou assistencial); é vedada também a distribuição gratuita de qualquer valor ou benefício por parte da Administração Pública. Se, de um lado, bem é algo voltado para saciar uma necessidade de alguém, valor significa a medida de determinada coisa que deflui poder de aquisição; benefício, *in casu*, tem larga acepção, incluindo a prestação de serviços, realização de obras e, ainda, a inclusão em programas habitacionais, educacionais, sociais e assistenciais, além de isenção de débito ou tributo. A gratuidade exigida pelo legislador deve ser corretamente compreendida, alcançando, de igual modo, a distribuição de bens, valores e benefícios em troca de valores irrisórios ou meramente simbólicos. Em verdade, pois, a regra é que o bem ou benefício a ser distribuído deve observar o preço estabelecido pelo mercado e, para não ser considerado como gratuito, não pode apresentar preço vil.

O bem, valor ou benefício a ser distribuído gratuitamente, de modo inequívoco, proporciona uma vantagem ou proveito ao beneficiado, sendo elementar o estabelecimento de uma relação de gratidão do beneficiário, seus familiares e dependentes com o benfeitor, criando-se um vínculo que torna exigível, a qualquer momento, a satisfação do favor realizado. Se a distribuição gratuita de qualquer bem, valor ou benefício é feita somente a partir do ano eleitoral, o legislador estabelece uma presunção objetiva de quebra da paridade entre os candidatos, fundamentalmente porque é regra da experiência comum que a retribuição do favor recebido – seja através do recebimento gratuito de bem, valor ou benefício – é efetivada através da forma de voto àquele que proporcionou a distribuição ou à quem for indicado.

O norte interpretativo para concluir pela ilicitude da conduta vedada em apreço, necessariamente, leva a um cotejo da ação administrativa realizada durante todo o mandato exercido. Assim, o legislador preceitua que é ilícita a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios que ocorra a partir do ano eleitoral, mas ressalva os casos derivados de situações excepcionais (calamidade pública e estado de emergência) e as ações preexistentes (programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior). A exceção derivada à situação excepcional guarda justificativa na necessidade premente de prestar qualquer forma de assistência ao corpo social atingido pela calamidade pública e estado de emergência, sob pena de frustração do fim básico do Estado – que é o bem comum geral. A ressalva para os programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior demonstra que o legislador reconhece – e dispensa tratamento diferenciado – entre o administrador que possui um plano de governo de médio e longo prazo,

em cujo projeto inclui-se a prestação de serviços assistenciais aos necessitados, daquele administrador desprovido de uma estratégia governamental minimamente duradoura, que privilegia ações imediatistas, ao sabor da variabilidade das circunstâncias; distingue-se, portanto, o administrador que possui um método de governo determinado e com planejamento, do administrador oportunista, que faz da necessidade alheia um instrumento de benefício próprio.

Deve-se ponderar, contudo, que é igualmente ilícita a conduta que privilegia, intencionalmente, o excessivo aumento de distribuição de bens, valores e benefícios, ainda que albergados pela exceção à regra geral, em ano eleitoral. Desta feita, caracteriza-se o abuso de poder se, ainda que calcado em plano governamental estável, com programa social autorizado em lei e já em execução orçamentária, o administrador – futuro candidato a reeleição – inicia a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, no primeiro ano do mandato, com determinado valor, havendo aumento progressivo da benesse nos anos subsequentes, até que, no ano eleitoral, a distribuição atinja valores excessivamente acima da média dos exercícios anteriores; se, por força de legalidade estrita, não se entender o ato como conduta vedada, pode-se cogitar, *in casu*, de abuso de poder político e econômico, a ser apurado na esfera apropriada.

A vedação do § 10 é dirigida à Administração Pública, em sua acepção ampla, alcançando todos os entes da administração direta, indireta e fundacional. Como mencionado alhures, excepciona, a legislação eleitoral, entendendo como lícita, a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, ainda que em ano eleitoral, nos casos de calamidade pública, estado de emergência ou em caso de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Tanto a hipótese de calamidade pública como de estado de emergência devem, de igual modo, estar devidamente previstas em lei específica ou no respectivo decreto, não bastando, como justificativa, a mera alegação fática da existência da situação excepcional. Portanto, a autoridade que reconhece a calamidade pública e o estado de emergência tem o dever de justificar e demonstrar a existência da situação fática excepcional, sob pena de responsabilização.

Observados os requisitos na esfera administrativa⁷⁸ e devidamente com-

⁷⁸ Hely Lopes Meirelles leciona que: "A transposição de recursos é uma contingência de toda Administração diante da variabilidade dos fatos e da modificação das condições que atuaram na elaboração do orçamento; e, por isso mesmo, é admitida dentro de critérios técnicos e legais. Havendo necessidade de transposição, total ou parcial, de dotação de um elemento para outro, dentro ou fora da mesma unidade orçamentária, será indispensável que, por lei especial, se anule a verba inútil ou sua parte excedente e se transfira o crédito resultante dessa anulação para a dotação insuficiente. Essa exigência constitucional, todavia, não se aplica aos casos em que se admite dotação global (programas especiais de trabalho, entidades da Administração indireta), nos quais a discriminação das parcelas se faz por decreto do Executivo ou por ato do

provada a situação excepcional, entende-se possível a distribuição gratuita de bens e benefícios adquiridos por meio de créditos extraordinários e transposição de recursos orçamentários, desde que não haja excesso na repartição. Ou seja, dito de outro modo, não é possível ao administrador, sob o pretexto de abrigo em uma situação excepcional, transformar o ato de calamidade pública (ou estado de emergência) em benefício eleitoral, distribuindo bens para pessoas outras, além das efetivamente necessitadas e, da mesma sorte, não é possível que o administrador, sob o argumento de sofrear a situação excepcional, supra deficiências orçamentárias para além do necessário – seja através da abertura de créditos (suplementares, especiais ou extraordinários), seja através da transposição de recursos –, valendo-se do excesso para obter bônus eleitoral.

Também é exceção legal, que torna lícita a conduta, a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, mesmo em ano de eleição, quando houver autorização legal e o programa já estiver em execução orçamentária no exercício anterior. Busca-se, assim, evitar a criação de mecanismos oportunistas e demagógicos que, mais do que o bem-estar da comunidade, propiciem vantagens de cunho eleitoral ao mandatário de plantão.

A incidência do § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97, acrescentado pela Lei n. 11.300/06, traz à baila um conflito aparente entre o princípio da continuidade administrativa e princípios basilares do Direito Eleitoral – seja sob o aspecto da isonomia de oportunidade entre os candidatos, seja sob o pálio da normalidade e legitimidade do pleito. Neste diapasão, não se pode olvidar que o princípio da continuidade administrativa, que é de fundamental importância para a sustentação da autonomia gerencial do ente público estatal, continua subsistindo em toda sua inteireza, até mesmo porque prestigiado, igualmente, na esfera eleitoral, pelo legislador constituinte, que admitiu a possibilidade de reeleição para o Chefe do Poder Executivo, para um período subsequente, sem a necessidade de desincompatibilização (art. 14, § 5º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 16/97).

Deste modo, as restrições impostas ao administrador público, em sede eleitoral, devem coexistir em harmonia com as regras de administração pública, não podendo – sem justo motivo – haver a paralisação ou modificação de execução (seja quantitativa ou qualitativa) na prestação dos serviços públicos, com prejuízo ao cidadão. Configura-se como justo motivo – para restringir, em ano eleitoral, a distribuição de bens, valores e benefícios pela administração

dirigente da entidade, na forma estatutária, conforme o caso, com possibilidade de alteração por ato da mesma natureza".
In: *Op. Cit.* p.269.

pública – a quebra do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos ou, ainda, a perturbação da normalidade do pleito. Com base em tal premissa, aliás, o legislador estabeleceu condicionantes básicas para a continuidade de determinados atos administrativos, exigindo que haja autorização legal, com programa em execução orçamentária no exercício anterior, para que seja possibilitada a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral.

Incumbe ao intérprete, ante a aparente antinomia principiológica, reconhecer a existência do princípio da continuidade administrativa, mesmo no período crítico eleitoral, já que a prestação do serviço público deve ser perene, e, ao mesmo tempo, buscar, de modo intransigente, a preservação dos princípios do Direito Eleitoral. Não é possível, ainda que sob o pretexto da continuidade administrativa, permitir a quebra na paridade entre os candidatos ao prélio ou qualquer deturpação na legitimidade do pleito, porquanto é função basilar do Direito Eleitoral a preservação da higidez da manifestação de vontade do corpo eleitoral.

A prestação dos serviços públicos em ano eleitoral, inclusive através da distribuição de bens, valores e benefícios, desde que observados os requisitos legais condicionantes, por força do § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97, não pode ser intermitente⁷⁹. Da mesma forma, a possibilidade de uso indevido ou deturpação de valores, benefícios e bens não pode servir como instrumento de desequilíbrio na disputa eleitoral, de modo a corromper a intenção de voto do eleitor. Um dos fundamentos elementares do próprio instituto da reeleição é permitir que o exercente do mandato eletivo possa receber aprovação do corpo eleitoral, por decorrência natural de seu mérito administrativo, e não por determinada conduta praticada, de modo intencional, em pleno período crítico, mas que, forçosamente, incute no eleitorado a – errônea – impressão de que a recondução do mandatário é a opção mais adequada.

Em verdade, pois, da correta interpretação da expressão “execução orçamentária” depende, e em muito, a eficácia da norma em apreço. Orçamento⁸⁰, em suma, consiste na previsão de receita e estimativa de receita; de seu turno, na percuciente lição de HELY LOPES MEIRELLES⁸¹:

[...] a execução do orçamento é de ser feita com o fiel atendimento do

⁷⁹ Na dicção de Diogenes Gasparini: “[...] o princípio da continuidade administrativa nem sempre significa atividade ininterrupta, sem intermitência, mas tão-só regular, isto é, de acordo com a sua própria natureza ou forma de prestação. [...] Para a continuidade é irrelevante, nesses casos, o intervalo de tempo entre uma e outra das atuações públicas”. In: *Op. Cit.* p.16.

⁸⁰ José Afonso da Silva assevera que orçamento: “é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro”. In: *Op. Cit.* p.622.

⁸¹ *Op. Cit.* p.709.

que ele dispõe, quer quanto à arrecadação, quer quanto à despesa. Executar é cumprir o determinado. Em matéria orçamentária as verbas de despesa têm destinação própria e específica: não podem ser estornadas, desviadas ou aplicadas em fins diversos dos indicados nas respectivas rubricas, embora lícita e necessária a nova despesa. [...] Qualquer modificação orçamentária depende de lei especial prévia, salvo as transposições de verbas dentro das dotações globais, que podem ser feitas por decreto do Executivo [...].

Portanto, acolhendo o magistério do consagrado administrativista, curial que execução orçamentária pressupõe a efetivação do previsto no orçamento, não sendo suficiente, pois, a mera previsão orçamentária ou, mesmo, a aprovação do orçamento. Prestigia-se, na esteira da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), os projetos e atos governamentais em andamento, até mesmo em face do princípio da continuidade administrativa.

Por consectário, não é possível que haja a retomada, em ano eleitoral, de programa social cuja execução tenha sido interrompida em oportunidade anterior. De igual sorte, é proibida a distribuição de bens ou benefícios, cujos recursos financeiros utilizados na aquisição tenham sido previstos e aprovados no orçamento do exercício anterior, à pessoa que tenha sido cadastrada no ano eleitoral. Deve-se registrar, neste diapasão, que a ressalva legal pressupõe a prévia execução orçamentária – e não a mera aprovação do orçamento –, além da conclusão de que o cadastramento em ano eleitoral consiste em evidente possibilidade de manipulação dos beneficiários, com quebra da normalidade do pleito.

Na mesma senda, é vedada, em ano eleitoral, a continuidade de repasse de recursos à entidade executora, para fins de distribuição de bens, valores e benefícios, ainda que já tenha havido o início de repasse e que o convênio tenha sido firmado no exercício anterior; no ponto, convém registrar, mais uma vez, a vedação da norma incide sobre a conduta de distribuição de bens e valores, sendo despicienda a época em que realizado o convênio, e, havendo a interrupção do repasse de recursos em ano não-eleitoral, não pode haver a retomada dos repasses em pleno ano crítico.

Para a perfectibilização da exceção legal, no entanto, entende-se que, a par dos requisitos cumulativos previstos no § 10 (existência de lei autorizativa e de execução orçamentária do programa), por evidente, a despesa legalmente prevista deve ter correspondência no respectivo orçamento do ente público. Em outras palavras, a par dos requisitos da legislação eleitoral, curial é que o administrador observe, do mesmo modo, a legislação constitucional e, também, a previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A atribuição do Ministério Público para acompanhamento da execução

financeira e administrativa dos programas em execução orçamentária é medida que decorre da própria Constituição Federal e está umbilicalmente vinculada à própria função inerente à instituição ministerial. Tal atribuição, registre-se, incumbe ao Ministério Público Eleitoral – não importando se a verba liberada para aquisição de bens ou benefícios é de origem municipal, estadual ou federal – e deve ser exercida com o fito de assegurar a isonomia de oportunidade entre os candidatos, partidos ou coligações. Por evidente, não pode o órgão ministerial imiscuir-se em questão vinculada ao mérito administrativo, que pertence exclusivamente ao administrador, mas pode (e deve) postular a sustação de qualquer ato que, aparentemente albergado no princípio da continuidade administrativa, tenha reflexos inquestionáveis na igualdade de forças entre os participantes do prélio. No entanto, se a fiscalização do Ministério Público Eleitoral deve ser plena e incessante, a intervenção da Justiça Eleitoral, sustando a conduta vedada, exige cautela e somente deve ser levada a efeito em casos em que exista prova suficiente de que determinado ato causou rompimento do equilíbrio de oportunidade entre os candidatos.

A comprovação material da conduta vedada prevista no § 10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97 leva à incidência da sanção pecuniária aos infratores, além da possibilidade de exclusão dos partidos beneficiados da distribuição dos recursos do fundo partidário. Cabível, de igual modo, o pedido de suspensão imediata da conduta perpetrada pelo agente público, com suporte no art. 73, § 4º, da Lei n. 9.504/97. Não é possível, porém, a aplicação de sanção de cassação do registro ou do diploma, que é restrita aos incisos I, II, III, IV e V do art. 73; ressalva-se, contudo, a hipótese de caracterização do ato de abuso de poder político ou econômico, que poderá, igualmente, ser apurado na esfera apropriada.

3. CONCLUSÃO

A preservação da higidez da consciência do eleitor, no momento do exercício do sufrágio, constitui, sem dúvida, em tarefa das mais árduas e primordiais para os aplicadores do Direito. Reconhecida a fragilidade do sistema preventivo na esfera especializada, tal desiderato somente pode ser obtido através da contenção aos atos de corrupção, fraude e abuso que permeiam o processo eleitoral.

A edição da Lei n. 9.840/99, estabelecendo a sanção de cassação do registro ou diploma para determinadas hipóteses de condutas vedadas, constituiu-se em grande avanço na consecução de um sistema repressivo na esfera

eleitoral, sendo fato público e notório o elevado número de detentores de mandato eletivo afastados do exercício de suas funções, em face de registros e diplomas cassados. Se, de um lado, a atitude vigilante da Justiça Eleitoral é motivo de satisfação; de outra parte, deve-se atentar para que – sob o sedutor argumento de combate aos abusos (*lato sensu*) – não se termine por utilizar o Poder Judiciário como substitutivo da vontade popular. Com efeito, o atual momento reclama, acima de tudo, prudência, sobriedade e cautela dos intérpretes das lides eleitorais, buscando-se a preservação do princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos e, do mesmo modo, evitando-se o apelo – dissimulado – à esfera judicial, com o intuito único de afastar a derrota sofrida nas urnas.

Através da correta compreensão dos aspectos materiais das condutas vedadas, busca-se contribuir para a manutenção do equilíbrio entre o princípio da igualdade de forças e de oportunidade entre os candidatos e a preservação da continuidade administrativa – sem espaço para o desvirtuamento dos recursos materiais, humanos, financeiros e de comunicação por parte dos administradores e agentes públicos, em benefício de determinado candidato, partido ou coligação –, tendo por objetivo final o aperfeiçoamento do processo democrático, conservando-se incólume de vícios a manifestação de vontade externalizada pelo corpo eleitoral.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Preleções de Direito Eleitoral – Direito Material**. T.I. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.
- CONGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral** – de acordo com o Código Eleitoral e a Lei n. 9.50/97. 6.ed. São Paulo: Juruá, 2004.
- COSTA, Judith Martins. Parecer Coletivo n. 05/90. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br/Parecer_ASC/Parecers_ate_96/index.php> Acesso em 20 fev. 2008.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Eleições** – Comentários à Lei n. 9.504/97. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Dos abusos nas eleições** - a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GARCIA, Émerson. **Abuso de poder nas eleições** – meios de coibição. São Paulo: Lúmen Júris, 2000.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos** – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O Uso da Máquina Administrativa e as Finalidades Privadas dos Agentes Públicos: observações sobre a Lei n. 9.504/97 à luz da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. n.41, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOARES, Antônio Carlos Martins. **Direito Eleitoral** – questões controvertidas. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.