

Vedação de transferência voluntária em ano eleitoral

INTRODUÇÃO

Como se sabe, a legislação vigente prevê uma série de limitações referentes à realização de despesas em ano eleitoral, as quais serão a seguir abordadas.

DESENVOLVIMENTO

A grosso modo, as eleições interferem na gestão da Administração Pública, por impor uma série de restrições, com o objetivo de impedir a interferência da máquina pública no processo eleitoral.

Dentre as mencionadas restrições, merece destaque aquela prevista no artigo 73, VI, “a”, da Lei nº 9.504/97, que estabelece normas gerais para eleições, *verbis*:

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

(...)

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

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 execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

Embora em um primeiro momento a redação do dispositivo possa parecer de fácil entendimento, traz em seu bojo uma série de questões tormentosas, referentes a indefinições de conceitos, início de prazos, e, principalmente, de aplicabilidade a casos concretos, os quais serão logo adiante abordados.

Tamanha é a controvérsia existente no que tange à aplicação desse dispositivo, que a questão já foi objeto de consulta à Advocacia-Geral da União em três oportunidades distintas, ocasião em que foram proferidos pelo então Advogado-Geral da União, os Pareceres GQ 113/1996, 158/1998 e AC-12/2004, submetidos e aprovados pelo

Excelentíssimo Sr. Presidente da República, com caráter normativo e força vinculante a todos os Órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como da Consulta ° 1062/2004/TSE, cujos principais pontos serão a seguir abordados.

Em um primeiro plano de análise, resta a indefinição do quem vem a ser “obra em andamento”, haja vista a ausência de conceito expresso em lei, tornando-se necessário o esclarecimento do efetivo alcance do mandamento legal.

Através do Parecer nº GQ-113/1996, o então Advogado-Geral da União, entendeu como sendo obra em andamento aquela já fisicamente iniciada, razão pela qual as etapas preliminares e internas dos projetos em trâmite não deveriam ser consideradas para fins de aplicação do dispositivo. Vejamos, à respeito, trecho da referida manifestação:

(...)

Visto que o termo obra possui um sentido preciso, concreto, que não se confunde com os atos preparatórios para sua execução, passo a analisar o conceito de obra em andamento. Definido que obra é a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação, pode-se afirmar que uma obra pode estar concluída ou em andamento. Concluída, é evidente, é a obra acabada, aquela que já preencheu todas as etapas necessárias à sua entrega. Já a obra em andamento é aquela que, já tendo sido iniciada, ainda não foi concluída. E esse início da obra deve ser, inequivocadamente, físico, ou seja, deve ter sido iniciada a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação.

(...)

Vê-se, assim, que, nos termos da legislação vigente, também por esta razão os atos preliminares, integrantes da programação ou planejamento, e prévios à celebração do acordo, não podem, em hipótese alguma, ser considerados no conceito de obra em andamento.

(...)

Todavia, em 2004 a Advocacia-Geral da União modificou o entendimento, ao proferir o Parecer nº AC-12/2004, submetido e aprovado pelo Presidente da República, ao concluir que a:

(...) solução que se oferece, portanto, não pode ser outra que considerar obra ou serviço em andamento como aquela que,

regularmente pactuada antes da data limite, está em andamento ou deveria ou poderá estar em andamento de acordo com o cronograma prefixado segundo as praxes usuais da construção ou prestação respectiva, sendo excessiva a exigência da necessária verificação física dos trabalhos.

Ao ser publicado, porém, o tema despertou interesse pela suposta divergência de entendimento entre Pareceres da AGU, no que foi submetido à apreciação pelo Tribunal Superior Eleitoral, mediante a Consulta nº 1062. Na ocasião, o Excelentíssimo Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente da Corte, entendeu que deveria prevalecer o primeiro entendimento da AGU, exarado no Parecer QG 113/1996, no sentido de que obra em andamento deve ser aquela fisicamente iniciada antes da data limite, vejamos:

34. 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: e é a partir daí que se tem uma, como é da linguagem cotidiana uma "obra em andamento".

35. 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.

Posteriormente, em 2004, o Tribunal, apreciando a consulta, referendou, por unanimidade, o entendimento esposado por seu Presidente, o que deu origem à edição da Resolução nº 21.878/TSE/2004, que dispõe ser vedada transferência voluntária de recursos até que ocorram as eleições, ainda que resultantes de convênio ou outra obrigação preexistente, quando não se destinarem à execução de obras ou serviços já iniciados fisicamente.

Desse modo, após unificação do entendimento, a regra a se seguir é a de que as inúmeras providências que, por ventura, tenham antecedido o início da execução física da obra, tais como, planejamento, elaboração do plano de trabalho, obtenção das autorizações legais, viabilização de recursos orçamentários, entre outras, não autorizam a transferência voluntária de recursos no período de vedação, ainda que tenham ocorrido no prazo dos três meses que

antecedem as eleições, se não se destinarem à execução de obras ou serviços fisicamente iniciados.

Demais disso, esses atos prévios ao início de execução das obras, embora não autorizem o repasse financeiro voluntário, podem ser praticados durante o prazo de três meses que antecedem as eleições, uma vez que o dispositivo legal somente veda a transferência de recursos durante o mencionado período.

Isso porque não se deve deixar de considerar que a regra contida no art. 73, VI, “a”, da Lei nº 9.504/97 apresenta natureza proibitiva, merecendo, por isso, exegese estrita. Dessa forma, apenas as proibições expressamente elencadas na lei estão vedadas ao administrador, por tratar-se de rol exaustivo, não cabendo às hipóteses regulamentadas pelo diploma legal interpretação extensiva ou analógica, o que acabaria por admitir a inclusão, na lista, de condutas semelhantes às já previstas.

Pelos mesmos motivos, não cabe ao intérprete da lei, baseado no critério teleológico, tentar superar a vedação expressa de repasse financeiro voluntário, sob o argumento de que em determinado caso concreto a conduta prevista em abstrato na lei, não acarretaria prejuízo efetivo, por não ofender diretamente a finalidade inicialmente buscada pelo legislador com o advento da lei.

Portanto, qualquer ato não expressamente vedado pela lei pode ser, legitimamente, praticado pelo gestor público durante os três meses que precedem a eleição. Para exemplificar, podemos dizer que durante o período de restrição de repasse financeiro voluntário, estão autorizadas as transferências obrigatórias, como aquelas atinentes a empreendimentos do PAC, e a realização dos atos preparatórios necessários ao início de obra ou serviço, inclusive a assinatura de convênio, acordo ou instrumento congênere.

Tal entendimento resulta do fato de que a soberania popular, garantida constitucionalmente através da realização de eleições¹, não pode se transformar em empecilho ou elemento de desarticulação ou frustração dos atos da Administração, engessando a dinâmica pública e obrigando o administrador a aguardar o término do período para, somente após, começar a praticar os atos necessários ao bom funcionamento da máquina estatal. Ademais, não é plausível, nem lógico, por ofender o bom senso, pretender

¹ O artigo 14 da Constituição Federal estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

estender a condutas não proibidas em lei, vedação de cunho específico, cujo objetivo é claramente impedir transferência voluntária de recursos para obras ou serviços de caráter eleitoral e o uso de verbas públicas em benefício de candidatos filiados a determinada corrente política.

É nesse sentido a orientação contida no PARECER nº 158/1998/AGU, *verbis*:

28. Verificado que o elenco de condutas vedadas pelo art. 73 da Lei nº 9.504/97 é taxativo, concluiu-se que apenas aquelas condutas ali mencionadas são proibidas, não cabendo ao intérprete acrescentar outras baseado em possíveis semelhanças. Por outro lado, viu-se, também, que não cabe ao intérprete, por meio de investigação teleológica, acrescentar outras condutas que seriam vedadas. Mas também não lhe cabe, baseado no critério teleológico, tentar superar qualquer daquelas condutas vedadas, sob o argumento de que, naquele caso, a conduta não tenderia a afetar aquela igualdade desejada pela lei.

29. Em razão do que se acabou de afirmar, considero absolutamente legítimo que, durante os três meses que antecedem as eleições, os agentes públicos pratiquem todos os atos preparatórios necessários ao início de uma obra ou serviço, incluindo a assinatura do convênio, acordo ou instrumento congênere, pois nenhum desses atos se encontra proibido pelo art. 73. Não se pode admitir, como já se viu, que se interprete a lei nela inserindo proibições que não existem, levando ao absurdo de obrigar a Administração a cruzar os braços, aguardando o término do período para, somente aí, começar a praticar os atos preparatórios.

30. Como afirmei, esses atos preparatórios, inclusive a assinatura do instrumento próprio, podem ser legitimamente praticados. Para deixar evidente que não se está descumprindo qualquer proibição legal, o convênio, acordo ou instrumento congênere deverá conter cláusula que explicita que os recursos somente serão liberados, ou seja, a transferência dos recursos somente ocorrerá, após o término do prazo previsto no inciso VI, alínea a, do art. 73 da Lei nº 9.504/97. E isso porque a única proibição que aí existe é quanto à transferência de recursos.

CONCLUSÃO

Desse modo, conclui-se no sentido de que as providências que, por ventura, tenham antecedido o início da execução física da obra, não autorizam a transferência voluntária de recursos no período de vedação, ainda que tenham ocorrido no prazo dos três meses que antecedem as eleições, se não se destinarem à execução de obras ou serviços fisicamente iniciados. Ainda, conclui-se que apenas as condutas expressamente vedadas em lei estão proibidas, já que, por tratar-se de norma restritiva, não pode ter interpretação extensiva.