

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo

do PA nº 2016-0.018.090-2

Folha de informação nº 65
em 05 / 10 / 2016 C-
CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS

ASSUNTO : Doação de material de iluminação pública para outro ente federativo. Análise da incidência do disposto no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97 (Lei eleitoral).

Informação nº 1.102/2016 – PGM.AJC

COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhor Procurador Assessor Chefe

Trata-se de processo autuado para doação de bens (material de iluminação pública) considerados, pelo ILUME, como inservíveis, para outros entes federativos possivelmente interessados.

Na manifestação de fls. 50/52, a d. assessoria jurídica da Secretaria do Governo Municipal expôs – dentre outras questões – entendimento de que a doação só poderia ser feita após o encerramento do ano eleitoral, considerando a vedação contida no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97. Por outro lado, a d. assessoria jurídica de SES, no parecer de fls. 59/63, manifestou-se no sentido da inaplicabilidade da vedação legal no caso concreto, considerando que a doação se fará a outro ente da Federação – e não a eleitores –, o que afasta o risco de tal conduta desequilibrar o pleito em favor de certos candidatos.

Em razão da divergência de posicionamentos, SES/AJ sugeriu o encaminhamento do processo a esta Procuradoria Geral, para que a questão relativa à incidência da vedação contida no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97 seja dirimida.

É o relato do necessário.

Nos termos do dispositivo legal sobre o qual pesa a divergência:

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo**

do PA nº 2016-0.018.090-2

Folha de informação nº 66em 25/10/2016**CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA**
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

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:

(...)

§ 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 (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006).

A d. assessoria jurídica de SGM, ao sugerir a aplicação da norma ao caso concreto, propôs uma interpretação literal da disposição, fiada, ainda, em precedente do Tribunal Superior Eleitoral (acórdão de fls. 44/49), o qual, embora não tenha analisado situação semelhante a do caso em tela (por não se tratar de doação exclusivamente entre entes federativos), também incorporou interpretação literal do comando normativo, afastando a possibilidade de doação, pelo IBAMA, de bens perecíveis apreendidos em decorrência do exercício do poder de polícia ambiental a órgãos e entidades públicos ou privados, apesar de tal doação estar autorizada em lei e inobstante pareceres favoráveis tanto da assessoria do TSE quanto do Ministério Público (fls. 45/46 e 56/58).

Por outro lado, a d. assessoria jurídica de SES propôs uma interpretação teleológica do dispositivo citado, ao ressaltar que a doação pretendida não apresenta potencial para desequilibrar o pleito em favor de qualquer candidato concorrente a cargos eletivos no Município doador, pois o beneficiário não é eleitor, e sim um ente federativo.

Julgamos que a interpretação de SES/AJ é razoável, já que, no caso concreto, não se antevê potencialidade lesiva da conduta em relação ao pleito eleitoral. Parece-nos, em princípio, que, quando o §10 do art. 73 da Lei eleitoral menciona "*distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública*", a disposição pretende abranger a doação a pessoas físicas ou jurídicas privadas, que podem influenciar o pleito, retribuindo o benefício na forma de apoio. As exceções previstas no corpo da disposição

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo**Folha de informação nº 67em 05 / 10 / 2016**CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA**
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

do PA nº 2016-0.018.090-2

legal (*casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior*) tendem a reforçar tal entendimento, na medida em que se dirigem, ordinariamente, à distribuição de bens e benefícios a pessoas privadas.

Ademais, eventual argumentação de que a doação, embora não tenha o condão de beneficiar os atuais gestores da Administração Pública doadora, poderia desequilibrar o pleito no âmbito do Município donatário em favor dos atuais gestores, esbarra na falta de vedação, pela lei eleitoral, de transferências de recursos entre Municípios, eis que o art. 73, VI, alínea 'a', apenas proíbe, nos três meses antecedentes ao pleito, a *"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"*.

Nada obstante, a interpretação literal – e mais rígida – do dispositivo legal encontra certa ressonância na jurisprudência do TSE, que, ao cuidar das vedações previstas no art. 73, por vezes afasta a possibilidade de interpretação finalística ao supor que o prejuízo ao pleito é presumido, inerente a própria conduta. Neste sentido:

"Representação. Conduta vedada. Art. 73, VI, b e § 10, da Lei nº 9.504/97. [...] 3. Ainda que a distribuição de bens não tenha caráter eleitoral, incide o § 10 do art. 73 da Lei das Eleições, visto que ficou provada a distribuição gratuita de bens sem que se pudesse enquadrar tal entrega de benesses na exceção prevista no dispositivo legal. [...]"
(Ac. de 19.8.2010 no AgR-AI nº 12165, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

"Ação de investigação judicial eleitoral. Candidatos a prefeito e vice-prefeito. Eleições de 2012. Conduta vedada. Ofensa ao art. 275 do código eleitoral. Não configurada. Preliminares de ilegitimidade recursal e cerceamento de defesa. Rejeitadas. Art. 73, inciso IV e §§ 4º, 5º e 10, da Lei nº 9.504/97. Doação gratuita de bens durante o ano eleitoral. Inexistência. Conduta não caracterizada. Recurso especial parcialmente conhecido e,

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo

do PA nº 2016-0.018.090-2

Folha de informação nº 68

em 05/10/2016

CLAUDIA IOANNINA DE SOUZA
AGPP - RF 047.074.2
PGM-AJC

nessa extensão, provido [...]. 6. No ano eleitoral, é possível a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, desde que no bojo de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. 7. As condutas do art. 73 da Lei nº 9.504/97 se configuram com a mera prática dos atos, os quais, por presunção legal, são tendentes a afetar a isonomia entre os candidatos, sendo desnecessário comprovar a potencialidade lesiva.

(Ac. de 5.8.2014 no RESpe nº 1429, rel. Min. Laurita Vaz.)

“Conduta vedada. Distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios. 1. À falta de previsão em lei específica e de execução orçamentária no ano anterior, a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, em ano eleitoral, consistente em programa de empréstimo de animais, para fins de utilização e reprodução, caracteriza a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97. [...]”

(Ac. de 13.12.2011 no RO nº 149655, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

“[...] 1. A conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, qual seja, veiculação de publicidade institucional nos três meses anteriores ao pleito, reclama, para sua configuração, apenas e tão somente a realização do ato ilícito, tornando-se desnecessária a comprovação de potencialidade lesiva [...]”

(Ac. de 14.5.2015 no AgR-RESpe nº 20871, rel. Min. Luiz Fux.)

“[...] conforme jurisprudência desta Corte, no que tange ao tema das condutas vedadas do art. 73 da Lei das Eleições, o requisito da potencialidade é examinado apenas quando se cogita da cassação do registro ou do diploma [...]”

(Ac. de 25.11.2010 no AgR-AI nº 31488, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

“[...] Conduta vedada a agente público. [...] Propaganda política em imóvel público. Ocorrência. Potencialidade. Inexigibilidade em razão de presunção legal. Proporcionalidade na sanção. Multa no valor mínimo. 1. Uso em benefício de candidato de imóvel pertencente à administração indireta da União. 2. Inexigível a demonstração de potencialidade lesiva da conduta vedada, em razão de presunção legal. 3. Juízo de proporcionalidade na aplicação da sanção. 4. Recurso

do PA nº 2016-0.018.090-2

Folha de informação nº

em 05 / 10 / 2016

69

C

ordinário a que se dá provimento para aplicar multa no mínimo legal.

(Ac. de 28.10.2009 no RO nº 2.232, rel. Min. Ricardo Lewandowski.)

"[...] 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. [...] NE: No caso concreto, [...] a propaganda eleitoral na escola pública municipal configurou a prática de conduta vedada pelo art. 73, I, da Lei nº 9.504/97". Embora tenha reconhecido a ocorrência de tal prática, o Tribunal Regional deixou de aplicar as sanções cabíveis em razão de não ter ficado demonstrada a potencialidade de tal conduta influir no resultado do pleito.

(Ac. de 4.12.2007 no REspe nº 27.737, rel. Min. José Delgado.)

Em sentido contrário, pela necessidade de existir, no caso concreto, potencialidade para causar desequilíbrio no pleito:

"Consulta. Banco do Brasil. Projeto Criança Esperança. Apoio e doação. Natureza de processo administrativo. Prioridade constitucional absoluta à criança. Dever do Estado. Inexistência de objetivo eleitoral. Possibilidade."

(Res. nº 22.323, de 3.8.2006, rel. Min. Carlos Ayres Britto.)

"[...] 2. Representação. Conduta vedada. Art. 73 da Lei nº 9.504/97. Potencialidade de a conduta comprometer o resultado do pleito. Condição indispensável para configuração do ilícito eleitoral. Precedentes. A potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições, segundo posicionamento atual e dominante do TSE, é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei nº 9.504/97. [...] 3. Conduta vedada. Captação ilícita de sufrágio. Pressupostos de configuração. Equiparação. Impossibilidade. É inviável equiparar os pressupostos de configuração dos ilícitos previstos nos arts. 41-A e 73 da Lei Eleitoral, pois a vedação à captação de sufrágio visa a proteger o voto livre do eleitor, e não o equilíbrio entre os candidatos no pleito. [...]"

do PA nº 2016-0.018.090-2

Folha de informação nº 70
em 05/10/2016 CCLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

(Ac. de 19.6.2008 no ARESPE nº 27.197, rel. Min. Joaquim Barbosa; no mesmo sentido, Ac. de 7.5.2009 no RO nº 1.516, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

"1. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 73, I, III e V, da Lei nº 9.504/97. [...] 2. Influência no equilíbrio do pleito. Inexistência. Ausência de configuração de conduta vedada a agente público. Precedente. [...] 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." NE: Trecho do voto do relator: "[...] para que se configure o tipo do art. 73 da Lei das Eleições, deve-se verificar, no caso, se o fato apresenta capacidade concreta – não teórica, pois essa decorre do texto legal – de comprometer a igualdade entre os candidatos do pleito. [...] Se a Corte Regional, analisando os fatos à luz das provas, entendeu que não houve comprometimento da igualdade entre os candidatos, inexistindo potencialidade nos fatos para influenciar o resultado da eleição, o tipo não se realizou, de modo que se não justifica pena alguma."

(Ac. de 22.3.2007 no AgRgRESpe nº 25.758, rel. Min. Cezar Peluso.)

"[...] 1. A existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada. [...]"

(Ac. de 10.10.2006 no AgRgRESpe nº 25.754, rel. Min. Caputo Bastos.)

Vê-se, portanto, há séria controvérsia no TSE acerca de como devem ser interpretados os tipos legais previstos no art. 73 da Lei eleitoral. Em alguns julgados, a Corte entendeu ser necessária potencialidade lesiva, enquanto, em outros, se posicionou no sentido de que o mero enquadramento no tipo legal seria suficiente para atrair suas consequências.

Isso atrai uma incerteza jurídica para a doação que se deseja realizar, agravada pelo fato de não termos localizado decisões judiciais a respeito de situações semelhantes às do caso em tela (doação para entes federativos). Caberá à Superior Administração ponderar os riscos e

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo**

do PA nº 2016-0.018.090-2

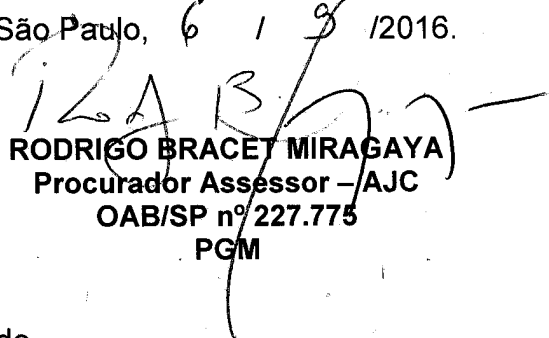
Folha de informação nº 71

em 05 / 10 / 2016 C

decidir a respeito, nos termos da competência outorgada pelo Decreto municipal nº 55.117/14¹.

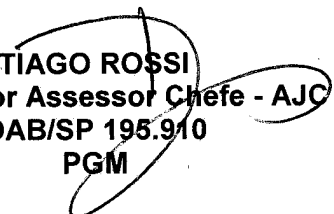
Sub censura.

São Paulo, 6 / 9 / 2016.


RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor - AJC
OAB/SP nº 227.775
PGM

De acordo.

São Paulo, 08 / 09 / 2016.


TIAGO ROSSI
Procurador Assessor Chefe - AJC
OAB/SP 195.910
PGM

¹ Art. 2º Fica delegada ao Secretário do Governo Municipal a competência para autorizar a doação dos bens móveis de que trata este decreto, obedecidos os parâmetros legais vigentes.

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo**

do PA nº 2016-0.018.090-2

Folha de informação nº 72
em 05 / 10 / 2016 C

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS

ASSUNTO : Doação de material de iluminação pública para outro ente federativo. Análise da incidência do disposto no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97 (Lei eleitoral).

Cont. da Informação nº 1.102/2016 – PGM.AJC

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Senhor Procurador Geral do Município**

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral, que acompanho, no sentido de que, embora razoável a interpretação de SES/AJ segundo a qual seria inaplicável o disposto no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97 ao caso em análise, por – considerando a natureza do donatário – inexistir potencialidade de prejuízo ao equilíbrio eleitoral, há profunda divergência na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral acerca da necessidade de haver potencialidade de prejuízo ao equilíbrio do pleito para o enquadramento da conduta nos tipos legais previstos no art. 73 da Lei eleitoral. Consequentemente, por não haver segurança jurídica na operação, sugerimos que eventual doação seja realizada somente após o período eleitoral.

São Paulo, 05 / 10 / 2016.


ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL FILHO
COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO
OAB/SP 162.363
PGM

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo

Folha de informação nº 73

em 05 / 10 / 2016

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS

ASSUNTO : Doação de material de iluminação pública para outro ente federativo. Análise da incidência do disposto no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97 (Lei eleitoral).

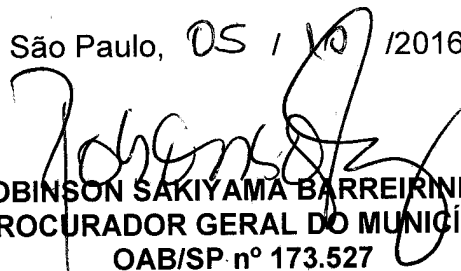
Cont. da Informação nº 1.102/2016 – PGM.AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS

Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, para ciência da manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo, que endosso, no sentido de que, embora razoável a interpretação de SES/AJ segundo a qual seria inaplicável o disposto no art. 73, §10, da Lei federal nº 9.504/97 ao caso em análise, por – considerando a natureza do donatário – inexistir potencialidade de prejuízo ao equilíbrio eleitoral, há profunda divergência na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral acerca da necessidade de haver potencialidade de prejuízo ao equilíbrio do pleito para o enquadramento da conduta nos tipos legais previstos no art. 73 da Lei eleitoral. Consequentemente, por não haver segurança jurídica na operação, sugerimos que eventual doação seja realizada somente após o período eleitoral.

São Paulo, 05 / 10 / 2016.


ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 173.527
PGM

RBM

Doação de bens a ente federativo - análise incidência vedação art. 73, §10, Lei 9.504 (Lei eleitoral) PA 018090