

Ofício nº 103/2020

Procedimento Administrativo nº 62.278.000572/2020

Interessado: *Prefeito de Guarujá*

Objeto: *Diretrizes jurídicas para exercício da prerrogativa prevista no §10º do artigo 73 da Lei Nacional nº 9.504/97*

Recomendação

Guarujá, 05 de maio de 2020.

I - O Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo promotor de Justiça *infra* assinado, no exercício de funções institucionais **eleitorais** e considerando:

- a) que o **equilíbrio na disputa** constitui **pilar e valor inegociável** nos pleitos eleitorais num Estado Democrático ¹, a ponto de ensejar justificável **limitação no exercício de competências administrativas**

1. "A normalidade e a legitimidade do pleito, referidas no artigo 14, §9º, da Constituição Federal, decorrem da ideia de igualdade de chances entre os competidores, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual se compromete a própria essência do processo democrático." (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060186488, relator ministro JORGE MUSSI, Diário de justiça eletrônico, Tomo 186, de 25.09.19)

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

em ano eleitoral² e graves consequências aos violadores dessa diretriz³;

2. Nesse sentido a lição de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO: **“O cerne para a vedação de condutas a gestores públicos em campanhas eleitorais é impedir que a utilização da máquina pública possa desequilibrar o pleito em prol dos detentores de Poder Público...São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais (artigo 73 da Lei Eleitoral). Elas indicam a ingerência de atividades governamentais, tentando privilegiar os detentores de poder, para manter seu domínio e assegurar o contínuo nas administrações, mormente nos casos de reeleição”** (Et WALBER DE MOURA AGRA in Elementos de Direito Eleitoral, 3ª edição, Editora Atlas, 2012, página 285)

3. Nesse sentido a orientação de NEWTON GUEDES: **“A ação de impugnação de mandato eletivo, também conhecida por sua abreviação (AIME), tem como objeto precípuo a persecução de condutas que possam, pois, corromper o resultado das eleições com abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. O abuso do poder econômico significa a utilização de recursos materiais e financeiros em detrimento da legislação eleitoral, com o propósito de desequilibrar o resultado das eleições, ou subverter o livre convencimento do eleitor. De fato, a legislação eleitoral, especialmente a Lei 9.504/97, estabelece uma série de limitações quanto ao legítimo desenvolvimento das campanhas eleitorais, buscando, sobretudo, proteger o princípio da igualdade entre os competidores, assim como a liberdade de formação da vontade política dos eleitores. Assim, se em desacordo com a legislação, o candidato utiliza-se de meios materiais, ou financeiros, não importa se seus, ou de financiadores de campanha, ou mesmo recursos públicos, em detrimento da legislação eleitoral, com propósito de subverter o resultado das eleições, ou iludir o livre convencimento do eleitor, pratica abuso de poder econômico declarado ilícito pela própria Constituição”** (in Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação Científica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LENIO LUIZ STRECK, 2ª edição, 2018, Editora Saraivajur, página 747). No mesmo sentido: **“A ratio essendi da ação de impugnação de mandato eletivo é impedir que os mandatos eletivos sejam desempenhados por candidatos eleitos que adotaram comportamentos censuráveis durante o prélio eleitoral, com vilipêndio aos valores mais caros ao processo político, tais como a igualdade de chances entre os players da competição eleitoral, a liberdade de voto dos cidadãos e a estrita observância das disposições constitucionais e legais respeitantes ao processo eleitoral.”** (Recurso Especial Eleitoral nº 298, relator ministro LUIZ FUX, Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 153, de 08.08.17, página 9/11).

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

- b) a existência da **prerrogativa em favor de candidatos atualmente titulares de cargos eletivos**, estampada no §10º do artigo 73 da Lei Nacional nº 9.504/97 ⁴;
- c) a imprescindibilidade de **convivência** entre o equilíbrio na disputa eleitoral e o exercício de atividades discricionárias ⁵, sem **aniquilação de nenhum dos interesses tutelados**, mediante **juízo de**

4. Eis o conteúdo do dispositivo legal: ***“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.”***

5. Eis o conteúdo do §10º do artigo 73 da Lei Nacional nº 9.504/94: ***“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.”***

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020
Comarca de Guarujá

harmonização ⁶ entre valores de estatura constitucional, como a dignidade humana ⁷ e o republicanismo ⁸.

6. Nesse sentido a proposição de LUIS ROBERTO BARROSO: "**A Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema. O problema maior associado ao princípio da unidade não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mais sim às tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto do debate e da composição política. Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos. Nesses casos, como intuitivo, a solução das colisões entre normas não pode se beneficiar, de maneira significativa, dos critérios tradicionais. Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos dos outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas**" (in Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação Científica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LENIO LUIZ STRECK, 2ª edição, 2018, Editora SaraivaJur, página 93)

7. Nesse sentido a lição de INGO WOLFGANG SARLET: "**O direito à alimentação foi recentemente incorporado ao caput do artigo 6º da Constituição Federal, por meio da EC 64, de 04-02-2010. Tal inovação constitucional sedimentou o reconhecimento do direito à alimentação como direito fundamental social integrante do nosso sistema constitucional. Do ponto de vista material, mesmo antes de positivação formal do direito à alimentação no artigo 6º da Constituição Federal, já seria adequado o seu reconhecimento como integrante do nosso catálogo de direitos fundamentais, por força da indivisibilidade dos direitos fundamentais, da abertura material do catálogo de direitos prevista no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, na condição de direito humano consagrado em tratado internacional ratificado pelo Brasil (é o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966). Ainda no que diz com a justificação constitucional do direito à alimentação, o mesmo já constava do conteúdo do salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal), ou seja, das 'necessidades vitais básicas', ao lado da moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Portanto, a inserção do direito à alimentação no artigo 6º da Constituição Federal resultou na incorporação apenas formal de tal direito ao nosso texto constitucional, uma vez que materialmente ele já tinha sede constitucional, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios da Constituição Federal, designadamente do direito à vida, direito à saúde, dignidade da pessoa humana e da noção de uma garantia de mínimo existencial...Em casos mais extremos, a ausência ou precariedade da alimentação coloca em risco o próprio direito à vida. Por tal razão, o acesso à alimentação**

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

d) que o princípio da razoabilidade, para além de vetor interpretativo constitucional ⁹, expressamente “**determina à Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes**” ¹⁰, exigindo-se “**uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas**” ¹¹, especialmente na prestação de atividades materiais, de modo a não só a evitar atuação **destituída de causa** ¹²,

adequada – como direito do indivíduo e da coletividade e dever do Estado – conforma, de forma bastante expressiva, a ideia em torno da interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais – e humanos -, sendo pré-requisito para o desfrute de uma vida digna e saudável!” (Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação Científica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LENIO LUIZ STRECK, 2ª edição, 2018, Editora SaraivaJur, página 580/581, sem grifo no original)

8. Nessa linha a doutrina de ADRIANO SANT’ANA PEDRA: “**O sentido de República não se restringe à sua manifestação concreta como forma de governo e não se pode perder o ideário republicano. Assim, há que se distinguir, a despeito de seus importantes pontos de contato, entre ‘a República como forma de governo e o republicanismo (ou princípio republicano), como conjunto de valores e princípios que norteiam a República em seus traços essenciais’ (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, página 291). As principais características do Republicanismo são: negação de qualquer tipo de dominação; defesa e difusão das virtudes cívicas; estabelecimento de um Estado de Direito; construção de uma democracia participativa; incentivo ao autogoverno dos cidadãos; e implementação de políticas que diminuam as desigualdades sociais (AGRA, 2005). Os valores republicanos impõem uma atuação virtuosa dos cidadãos voltada para o bem comum e não para a realização de interesses privados**” (in Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação Científica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LENIO LUIZ STRECK, 2ª edição, 2018, Editora SaraivaJur, página 110)

9. Nesse sentido a lição de ALEXANDRE DE MORAES: “**O princípio da razoabilidade, enquanto vetor interpretativo, deverá pautar a atuação discricionária do Poder Público, garantindo-lhe a constitucionalidade de suas condutas e impedindo a prática de arbitrariedade.**” (in Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional, 8ª edição, Editora Atlas, 2011, página 286)

10. Conforme artigo de JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, intitulado “Princípios Constitucionais da administração pública (de acordo com a emenda constitucional nº 19/98)”, in “Os 10 anos da Constituição Federal, São Paulo, Editora Atlas”, coordenação de ALEXANDRE DE MORAES.

11. Conforme ALEXANDRE DE MORAES, *idem, ibidem*, página 285.

12. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.158/AM, Medida Liminar, Pleno, relator ministro CELSO DE MELLO, julgado em 19.12.94.

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

como “**pautar sua atuação no sentido de evitar um prejuízo de grande proporções à sociedade civil**”¹³, isto é, **inibindo e neutralizando o abuso** do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes¹⁴;

- e) que a **exaustiva, clara e objetiva** explicitação do **motivo do ato**¹⁵ constitui **fundamental** elemento para preservação jurídica da correspondente prestação de utilidade material praticada mediante discricionariedade, por permitir identificar a **razoabilidade na competência exercitada**¹⁶;

13. Conforme ALEXANDRE DE MORAES, *idem, ibidem*, página 286.

14. Suspensão de Segurança nº 1.320-9/DF, relator ministro CELSO DE MELLO, Diário da Justiça de 14.04.99.

15. Segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “**Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Cumpre distinguir motivo do ato de motivo legal. Enquanto este último é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, o motivo do ato é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato**” (in Curso de Direito Administrativo, 14ª edição, Malheiros Editores, 2002, página 350/351)

16. Nesse sentido a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: “**Só serão de aceitar os que possam ser havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessarte, sintonia com a finalidade legal. Vale dizer: prestantes são os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicada**” (*idem, ibidem*, página 351)

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

- f) o conceito ¹⁷, objeto ¹⁸ e reflexos ¹⁹ do **abuso de direito**, a ponto de se concluir que **“não se pode na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio”** ²⁰.
- g) o conceito de abuso de poder ²¹ - **espécie de abuso de direito** - e suas consequências na disputa eleitoral ²².

17. **“O abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”** (RUBENS LIMONGI FRANÇA in Instituições de direito civil, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1991, página 889, sem grifo no original),

18. Ensina a doutrina que o abuso de direito constitui **“espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo”** (PAULO NADER in Curso de Direito Civil, Parte Geral – volume 1, Rio de Janeiro, Forense, 2004, página 553, sem grifo no original), e **“consiste no uso imoderado do direito subjetivo, de modo a causar dano a outrem.”** (FRANCISCO AMARAL in Direito Civil: introdução, 5ª edição, revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, página 550).

19. Nesse sentido a doutrina de FRANCISCO AMARAL: **“No entanto, o titular do direito subjetivo, no uso desse direito, pode prejudicar terceiros, configurando ato ilícito e sendo obrigado a reparar o dano”** (*idem, ibidem*, página 550).

20. Conforme CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA in Instituições de Direito Civil, volume I, Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, página 673).

21. **“O abuso do poder econômico caracteriza-se pelo emprego desproporcional de recursos patrimoniais (públicos ou privados), com gravidade suficiente para afetar o equilíbrio entre os candidatos e macular a legitimidade da disputa.”** (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060186488, relator ministro JORGE MUSSI, Diário de justiça eletrônico, Tomo 186, de 25.09.19)

22. Nesse sentido: **“No plano infraconstitucional, a Lei 9.504/97 reprime, com a perda do registro de candidatura ou com a cassação do diploma, a captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A) e a movimentação ilícita de recursos de campanha (artigo 30-A). Igualmente, pune diversos comportamentos administrativos ‘tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais’ (artigo 73), demonstrando a inequívoca preocupação em proteger a manifestação popular e o necessário equilíbrio da disputa política de influência indevida do poderio econômico e político da sociedade.”** (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060186488, relator ministro JORGE MUSSI, Diário de justiça eletrônico, Tomo 186, de 25.09.19). No mesmo sentido: **“Em sede de AIJE, a legislação prevê que o reconhecimento da incidência de abuso enseja a declaração de inelegibilidade, para além de eventual cassação de registro ou mandato obtido com impulso de expedientes ilícitos. A Constituição da República, ao situar, em um único contexto, o abuso de poder, a**

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

h) que a **interação** entre Ministério Público e candidatos a mandatos eletivos é ponto que atende ao princípio democrático porque qualifica a disputa eleitoral pelo **efetivo respeito** à soberania popular, dada a **precípua função** do Ministério Público de **defensor do regime democrático** ²³;

moralidade para o exercício dos mandatos e as hipóteses de inelegibilidade, termina por conceber um esquema de tutela repressiva, de caráter dúplici imediato e diferido, preocupando-se não apenas com a aplicação de uma resposta negativa imediata, mas em igual medida com a projeção dos efeitos do abuso pró-futuro, em vista de fundamentos éticos que envolvem, em definitivo, a proteção do quadro da democracia. A AIJE possui um objeto duplo e independente, uma vez que, em paralelo com um provimento com carga desconstitutiva (cassação do registro ou diploma), também se busca uma decisão de caráter positivo, destinada à criação de uma situação jurídica limitadora da capacidade eleitoral passiva.”(Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 537610/MG, relator ministro EDSON FACHIN, Diário de Justiça Eletrônico de 13/03/2020, página 50/52).

23. Nesse sentido o escólio de NÉVITON GUEDES: *“Da afirmação de que os direitos políticos são antes de tudo direitos fundamentais resultam, obviamente, sérias consequências jurídicas. Em primeiro lugar, ao se afirmar a sua natureza de direitos fundamentais, aos direitos políticos também se incorporam todas as qualidades, em sua mais ampla extensão e profundidade, que tão facilmente associamos aos demais direitos fundamentais. Por outro lado, é na condição de direitos fundamentais que os direitos políticos revelam, como uma de suas tarefas principais, a de criar e manter as condições elementares para uma vida em liberdade e com dignidade humana. Nunca será demasiado acentuar, pois, a excelência dos direitos políticos como pressupostos insubstituíveis para a conformação livre da esfera pública, e isso por pelo menos duas razões essenciais: (a) em primeiro lugar, os direitos políticos formam estruturalmente a base do regime democrático; (b) em segundo lugar, mas talvez o mais importante, apesar de nem sempre adequadamente considerado, o direito de votar e ser votado é antes de tudo um direito político fundamental porque nele se assenta a garantia de preservação de todos os demais direitos fundamentais...Por tudo o que se viu, não se podendo recusar que o exercício dos direitos políticos é a maneira mais consentânea, livre e desembaraçada de preservar os demais direitos fundamentais nas sociedades democráticas, além de se assegurar o seu mais amplo desenvolvimento (tarefa de todos os poderes do Estado), deve-se acentuar que toda e qualquer forma de possível restrição ao sufrágio, em qualquer de suas manifestações (direito ativo ou passivo), deve sofrer a mais severa e meticulosa sindicância por parte dos órgãos e agentes encarregados de fiscalização e aplicação do direito, especialmente do Ministério Público e do Poder Judiciário”. Em nota de rodapé, destaca a doutrina: “Não é sem mais, aliás, que a Constituição incumbiu como uma função precípua do Ministério Público, precisamente, a defesa do regime democrático (artigo 127 da Constituição da República)” (in Comentários à*

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020
Comarca de Guarujá

- i) que constitui função institucional do Ministério Público “**a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo**”

24;

II - Venho respeitosamente, com assento na lei ²⁵ e no regramento administrativo de regência ²⁶, **a fim de prevenir responsabilidades e eliminar futura alegação de ignorância, culpa strictu sensu e boa-fé**, e sob pena de cassação de registro de candidatura, de mandato eletivo e de inelegibilidade, **recomendar-lhe que observe**, no exercício da prerrogativa prevista no § 10º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97, **dentre outras diretrizes ditadas pelos princípios regentes da Administração Pública estampados no artigo 37 da Constituição Federal**, as seguintes:

- a) imprescindibilidade de prévia oficial declaração de estado de calamidade pública, suficientemente amparada em **apontados, pertinentes e realmente ocorridos** pressupostos de fato;
- b) adoção de critérios **objetivos** na escolha dos destinatários da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, em especial a observância de cadastros **públicos** preteritamente elaborados por órgãos governamentais que, sobretudo, permitam identificar os

Constituição do Brasil, Coordenação Científica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LENIO LUIZ STRECK, 2ª edição, 2018, Editora SaraivaJur, página 724/725).

24. Conforme CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO e WALBER DE MOURA AGRA, *idem, ibidem* página 61.

25. Artigo 113, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 734/93, artigo 27, IV da Lei nº 8.625/93 e artigo 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93.

26. Artigo 2.º, inciso VIII, da Resolução nº 156/98-PGJ.

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020

Comarca de Guarujá

- beneficiários como **efetivas vítimas** das calamidades públicas oficialmente declaradas;
- c) escolha do provedor dos bens ou benefícios a serem gratuitamente distribuídos por meios que assegurem, sobretudo, a **impessoalidade** na eleição desse fornecedor e a **modicidade** do preço unitário a ser pago;
 - d) inibição de identificação da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios com a figura de qualquer candidato, especialmente mediante **abstenção de participação de pessoas com vínculos profissionais diretos, especialmente Secretários Municipais, ou de parentesco** com qualquer candidato na distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios;
 - e) abstenção de uso **promocional** da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em favor de qualquer candidato, partido ou coligação;
 - f) ausência de desproporcionalidade **qualitativa** dos bens, valores ou benefícios a serem gratuitamente distribuídos em comparação com os exercícios financeiros anteriores do presente mandato;
 - g) ausência de excessividade **quantitativa** do contingente de destinatários da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios.

III – Fica facultado o encaminhamento da prova de toda a execução orçamentária no cumprimento da prerrogativa realizada no presente exercício financeiro ao Ministério Público de Contas, se o caso, para análise da conformidade da prestação com os preceitos orçamentários ou financeiros.

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020
Comarca de Guarujá

Nesses termos,
Subscrevo respeitosamente

Eloy Ojea Gomes
8º promotor de Justiça de Guarujá

Ao
Excelentíssimo Senhor Doutor
Valter Suman
Digníssimo Prefeito de Guarujá

Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.278.000572/2020
Comarca de Guarujá