

**A DOAÇÃO DE ALIMENTOS PERECÍVEIS APREENDIDOS DURANTE
PROCESSO ELEITORAL: CRITÉRIOS PARA ENFRENTAR A ANTINOMIA
ENTRE A SALVAGUARDA DA IGUALDADE NO PROCESSO ELEITORAL E
O DEVER DE O ESTADO PROVER DE
FORMA EFICIENTE BENS PÚBLICOS**

*THE PERISHABLE FOOD DONATION SEIZED DURING THE ELECTORAL
PROCESS: CRITERIA FOR ADDRESSING THE CONFLICT BETWEEN THE DEFENSE
OF EQUALITY IN THE ELECTORAL PROCESS AND THE OBLIGATION OF STATE
PROVIDING EFFECTIVELY BENEFIT PUBLIC*

*Fábio Lima Quintas**
*Wagner Akitomi Une***

Resumo: Buscando garantir a higidez do processo eleitoral, o art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, veda a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral. O artigo busca examinar o problema relativo à doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos públicos de fiscalização, partindo do entendimento restritivo do Tribunal Superior Eleitoral para propor critérios de flexibilização desse entendimento, considerando a tensão entre o dever de o Estado garantir a igualdade no processo eleitoral (e o livre exercício dos direitos políticos) e o de prover bens públicos necessários aos cidadãos, como decorrência da eficácia dos direitos sociais.

Palavras-chave: Distribuição de alimentos perecíveis apreendidos. Conflito. Direito social. Proibição eleitoral. Igualdade entre candidatos.

Abstract: Seeking to protect the electoral process, Law nº 9.504, of September 30, 1997, prohibits the free distribution of goods, values and benefits in an election year. Considering this rule, the Superior Electoral Court has a restrictive interpretation about donation of perishable food seized by public supervisory bodies. The article proposes alternative criteria of interpretation, considering the tension between the duty of the

* Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília - UNB. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, vinculado ao programa de mestrado e ao curso de pós-graduação lato sensu em processo civil, do qual foi coordenador. Coordenador do curso de graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) do IDP. Advogado. E-mail: fabioquintas@idp.edu.br

** Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogado da União.

State to guarantee equality in the electoral process (and the free exercise of political rights) and to provide public goods needed by citizens, as a result of the effectiveness of social rights.

Keywords: Distribution of seized perishables. Conflict. Social right. Electoral ban. Equality between candidates.

1 INTRODUÇÃO

O art. 73, § 10º, da Lei nº 9.504, de 1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.300, de 2006, estabelece que “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”.

Considerando esse dispositivo, o Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que haveria óbice intransponível à doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização em ano eleitoral sob quaisquer circunstâncias, salvo nos casos de comprovada calamidade pública, estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

É certo que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral foi construída à luz de diretriz institucional que preside a atuação da Justiça Eleitoral: garantir a higidez do processo eleitoral (igualdade entre os candidatos). A análise da restrição da doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos públicos de fiscalização pode, no entanto, ser feita também à luz do dever de o Estado promover direitos sociais constitucionais.

Neste plano, este artigo pretende explorar as possibilidades interpretativas que podem surgir da análise da vedação trazida pelo art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 1997, partindo da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, mas dialogando também com a teoria dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere aos direitos sociais. Com essa visão ampliada, desafia-se a presunção absoluta construída na jurisprudência do TSE de que a distribuição

gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral afeta a paridade de armas entre candidatos, bem como a situação da proibição da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios para a Administração Pública cujos cargos não estão em disputa.

Dessa forma, o objetivo do trabalho é apontar possíveis critérios para uma eventual alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

2 UMA VISÃO ABRANGENTE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL A RESPEITO DAS CONDUTAS VEDADAS A AGENTES PÚBLICOS PELA LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997

A Lei nº 9.504, de 1997, que "estabelece normas para as eleições", possui um capítulo nominado "das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais", assim entendidos todos aqueles que exercem, "ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública ..." (art. 73, §1º).

Neste plano, a Lei das Eleições sistematiza e cataloga, nos artigos 73 a 77, diversas condutas proibidas¹. O capítulo das condutas vedadas consagra (i) vedações permanentes (ex.: utilização de bens móveis ou imóveis públicos em benefício de candidatos, partidos ou coligações [art. 73, inciso I] e utilização de servidores públicos em campanha durante o horário de expediente [art. 73, inciso III]), (ii) vedação durante o ano eleitoral (distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência e de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior [art. 73, §10]), (iii) vedação a partir do mês de abril do ano das eleições (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 [art. 73, inciso VIII]) e (iv) vedações nos três meses que antecedem o pleito (ex.: autorizar a realização de publicidade institucional, salvo no caso de necessidade pública reconhecida pela Justiça Eleitoral ou quando se tratar de produtos ou

A doação de alimentos perecíveis apreendidos durante processo eleitoral: critérios para enfrentar a antinomia entre a salvaguarda da igualdade no processo eleitoral e o dever de o estado prover de forma eficiente bens públicos

serviços que tenham concorrência no mercado [art. 73, inciso VI, “b”] e contratação de shows artísticos, pagos com recursos públicos, na realização de inaugurações [art. 75]).

Como se pode perceber, o intuito do capítulo das condutas vedadas é “assegurar a probidade administrativa, a moralidade necessária ao exercício do mandato eventualmente outorgado, a legitimidade do processo eleitoral e a igualdade de oportunidades entre candidatos em disputa”².

No que se refere especificamente à conduta vedada prevista no §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, incluído pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, consistente na proibição, em ano eleitoral, de realizar “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”, há significativas discussões sobre a sua aplicação³.

Primeiramente, questiona-se se a específica proibição só alcança as condutas com finalidade ou repercussão eleitoral. Uma possível aplicação da vedação apenas para condutas com comprovada finalidade ou repercussão eleitoral poderia ser extraída do disposto no *caput* do art. 73, que estipula que “são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...]”, de modo a demandar a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta praticada e a sua possibilidade de afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos.

Não obstante essa possibilidade interpretativa, o Tribunal Superior Eleitoral possui inúmeros precedentes imputando uma presunção absoluta da violação à isonomia às condutas descritas no dispositivo⁴. Seguindo esse entendimento, Olivar Coneglian⁵ afirma que nenhuma das condutas vedadas, inclusive a trazida no referido §10 pode ser aceita ou tolerada, ainda que se pudesse provar que ela não era “tendente a afetar a igualdade de oportunidades”. Sobre o tema, ainda é recorrente a lembrança de que, um bem, valor ou benefício distribuído gratuitamente representa uma vantagem que enseja “uma relação de gratidão do beneficiário, seus familiares e dependentes com o benfeitor”⁶, afetando, por vezes, a livre manifestação de vontade desses indivíduos.⁷

Há discussão, ainda, quanto ao âmbito de vigência temporal, pessoal e espacial da proibição quando o texto legal se refere a “no ano em que se realizar eleição”. Questiona-se se, no ano de eleições municipais, os agentes públicos vinculados aos Estados e a União ficariam impedidos de realizar a conduta ali prevista, e se, no ano de eleições gerais, os agentes públicos dos Municípios teriam tal vedação. Não há consenso na doutrina e não se identifica orientação consolidada no Tribunal Superior Eleitoral a respeito.

Pode-se sustentar que a proibição atinge somente a circunscrição do pleito, pois, do contrário, a cada dois anos as ações estatais na área social ficariam paralisadas por um ano, o que, para José Jairo Gomes⁸, seria “inconcebível”. De outro lado, há os que defendem, como Marcos Fey Probst⁹ e Rodrigo López Zilio¹⁰, que, no silêncio da norma, aplicar-se-ia a restrição a todas as esferas de governo, mesmo que os seus cargos não estejam na disputa eleitoral, na medida em que, quando a lei pretende limitar a incidência da proibição, assim o faz expressamente, tal como se vislumbra com os incisos V e VI, "b" e "c", ambos do art. 73. Além disso, João Gabriel Lemos Ferreira¹¹ ressalta que “o que importa é a conduta ilegal em si e não o agente perpetrador dessa prática”. Segundo ele, o dispositivo possui intuito preventivo. Todavia, de qualquer forma, ainda adverte que um agente político pode criar um programa de distribuição de bens em ano eleitoral para favorecer um candidato de sua simpatia.

Um terceiro aspecto que não pode ser desprezado é a qualidade imputada à distribuição vedada, isto é, a gratuidade. O dispositivo menciona expressamente que é proibida a distribuição "gratuita" de bens, valores ou benefícios. E, neste plano, debate-se se a exigência de contrapartidas afastariam tal "gratuidade". É outro tema tormentoso, que ainda carece de entendimento consolidado no Tribunal Superior Eleitoral, inclusive quanto ao que se entende por contrapartidas. Recentemente, no REspe nº 55547¹², o Tribunal Superior Eleitoral concluiu que a adoção de critérios técnicos previamente estabelecidos e a exigência de contrapartidas descaracterizam a gratuidade. A situação enfrentada no julgado, no entanto, traz peculiaridades: i) a situação dos autos referia-se a contrato de comodato de *tablets*; e ii) as contrapartidas exigidas eram prestadas pelos usuários ou eleitores (especificamente, por alunos e pais), como beneficiários diretos.

Como se vê, o julgado não alcança situações de doação com encargo. João Gabriel Lemos Ferreira¹³ recorda que a liberalidade, própria do contrato de doação, nos termos do art. 538, do Código Civil, não se descaracteriza com “a mera imposição de encargo”. O precedente também não abarca as situações de contrapartidas ofertadas por entes públicos, quando o destinatário final dos bens, valores ou benefícios são eleitores ou cidadãos. É a situação na qual o destinatário direto é o órgão público ou pessoa jurídica de direito público e o cidadão ou eleitor apenas o destinatário indireto ou final, que usufrui do serviço público prestado a partir de equipamentos doados.

Assim, também merece registro o fato de o §10 do art. 73 da referida lei não mencionar os destinatários dos bens, valores e benefícios. Com efeito, vislumbra-se relativa dúvida se a proibição alcança somente pessoas físicas e empresas privadas ou também órgãos e entidades públicas. Quando o destinatário direto é uma pessoa física não há dúvidas sobre a vedação.

Igualmente não remanesce hoje dúvidas sobre a aplicação da vedação em situações em que o destinatário direto é uma pessoa jurídica privada que exerça atividades empresariais com finalidade lucrativa. Basta ver, por exemplo, o caso julgado pelo TSE no AgR-REspe 58085¹⁴: "reconhecimento da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, em face da edição de dois decretos municipais que concediam benefícios a duas empresas, no que tange à locação de bens públicos".

Não há clareza, no entanto, se a mesma vedação se imporia nos casos em que o destinatário direto é organismo sem fins lucrativos ou órgão público ou pessoa jurídica de direito público (Estado-membro e Município, por exemplo) e o cidadão ou eleitor apenas é o destinatário indireto (que, por exemplo, usufrui do serviço de interesse público prestado a partir dos equipamentos doados). No julgamento da Consulta nº 1.367¹⁵, o Tribunal Superior Eleitoral se manifestou favoravelmente à possibilidade de doação do Banco do Brasil à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, em apoio ao Projeto Criança Esperança. A decisão consignou como motivos principais a relevância e longevidade do projeto e a prioridade absoluta à criança. Nela, no entanto, não constou nenhuma referência à possibilidade da doação tendo em vista a peculiaridade da destinatária direta (UNESCO) dos recursos não ser eleitora.

Ainda sobre essa questão, a Consultoria-Geral da União, recentemente, expediu a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 002/2016, defendendo um tratamento diferenciado no caso da distribuição gratuita para órgãos públicos:

A vedação prevista no art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, dirige-se à distribuição gratuita e discricionária diretamente a particulares, incluídas as doações com encargo e cessões, não alcançando os atos vinculados em razão de direito subjetivo do beneficiário e as transferências realizadas entre órgãos públicos do mesmo ente federativo ou as que envolvam entes federativos distintos, observando-se neste último caso o disposto no inciso VI, alínea "a", do mesmo artigo, que veda transferências nos três meses anteriores ao pleito eleitoral. Em qualquer caso, recomenda-se a não realização de solenidades, cerimônias, atos, eventos ou reuniões públicas de divulgação, ou qualquer outra forma de exaltação do ato administrativo de transferência capaz de afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

Referências: Art. 73, inciso VI, alínea "a", e § 10, da Lei nº 9.507, de 30 de setembro de 1997. Porém, o Parecer-Plenário nº 002/2016/CNU-Decor/CGU/AGU, base para a expedição da referida Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 002/2016, ressalta a situação de que a efetiva destinação aos beneficiários finais somente pode ocorrer fora do período vedado:

[...] Ante o exposto, pode-se concluir o seguinte:

I - A disposição do art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, dirige-se à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios pela Administração Pública diretamente a particulares, não afetando as transferências realizadas entre entes públicos. A estes casos aplica-se o disposto no art. 73, VI, "a", da mesma lei, vedando-se a destinação de bens a outros entes públicos nos três meses que antecedem o pleito eleitoral. Tal vedação, porém, não impede as doações realizadas entre entidades que integram a mesma esfera de governo, como por exemplo a doação de bem da União a uma autarquia ou fundação pública federal.

II - Não se admite, porém, que a única função do ente público receptor do bem seja transferi-lo à população diretamente beneficiada, configurando mera intermediação. Por outro lado, isso não obsta a transferência do bem ao ente público para a prática de atos preparatórios que antecederão a efetiva destinação aos beneficiários finais, que só poderá ocorrer fora do período vedado.

III - Não são afetadas pelas vedações da legislação eleitoral as transferências que constituem direito subjetivo do beneficiário, nas quais o agente público não dispõe de margem de discricionariedade.

IV - O entendimento aqui exposto alcança doações e cessões, sendo que o encargo ou finalidade da outorga não desnatura, por si só, seu caráter gratuito.

V - Deve-se orientar o gestor a observar o princípio básico de vedação de condutas dos agentes públicos, de forma a não afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, sugerindo-se que a divulgação do ato seja a mínima necessária ao atendimento do princípio da

publicidade formal – divulgação na Imprensa Oficial -, não sendo recomendada a realização de qualquer solenidade, tais como celebração de cerimônias simbólicas, atos públicos, eventos, reunião de pessoas para fins de divulgação, enfim, qualquer forma de exaltação do ato administrativo, sob pena de responsabilização do agente público que assim proceder.

De outro lado, deve-se ressaltar que o dispositivo consagra expressamente somente três exceções à proibição de distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral: os casos de calamidade pública, de estado de emergência e os casos de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Quanto às duas primeiras exceções, relativas aos casos de calamidade pública e estado de emergência, não persistem debates relevantes, tendo o art. 2º, incisos III e IV, do Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010¹⁶, inclusive, definido “situação de emergência” e “estado de calamidade pública”.

Entretanto, em relação à última exceção, isto é, os casos de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, ao menos dois aspectos são geralmente questionados, quais sejam, a suficiência ou não de autorização do programa social em lei orçamentária e a necessidade ou não de descrição legal das características do programa social.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, na esteira do decidido no AgR-AI nº 116967¹⁷ e AgR-REspe nº 36026¹⁸, a instituição de programa social mediante decreto e a sua mera previsão em lei orçamentária não suprem a exigência legal para caracterização da exceção¹⁹ ²⁰. Ademais, o Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que as características do programa social devem estar previstas na lei específica de sua instituição²¹. Clarissa Boscaine²² também atesta que “não basta a previsão genérica”, mas é “necessária a descrição específica do programa social que será desenvolvido, para satisfazer a exigência”.

Em relação às sanções por violação à específica conduta vedada em comento, o §5º do art. 73 prevê a cassação de registro ou do diploma, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta vedada e a aplicação de multa aos responsáveis no valor de cinco a cem mil UFIR. Aliás, é interessante o comentário de Clarissa Boscaine²³, de que a Lei nº 11.300, de 2006, ao acrescentar a proibição em debate à Lei nº 9.504, de 1997, não disciplinou as penalidades por seu

descumprimento. Lapso corrigido somente por ocasião da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, que alterou o §5º, do art. 73.

Ainda no que tange às sanções por descumprimento ao §10 do art. 73 da mencionada lei, válido enfatizar que, embora o Tribunal Superior Eleitoral não exija potencialidade (capacidade de interferir no resultado das eleições) para a caracterização da conduta proibida, ele reconhece a aplicação do princípio da proporcionalidade na fixação da penalidade, aplicando, por exemplo, somente a multa quando avaliada como suficiente para reprimir ou punir a infração^{24 25}.

Por derradeiro, oportuno ressaltar que, ainda que o ato seja objetivamente enquadrado nas exceções legais, pode ser considerado ilegal, se praticado com intuito ilegítimo ou com desvio de finalidade. O uso ou permissão de uso político da distribuição gratuita dos bens e serviços pode configurar outra conduta vedada, significa dizer, a situação descrita no inciso IV, do mesmo art. 73, “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”. De igual sorte, pode caracterizar abuso de poder político²⁶, nos termos do art. 22, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, quando vislumbrada “exploração da máquina administrativa ou de recursos estatais em proveito de candidatura, ainda que aparentemente haja benefício à população”^{27 28 29}.

No que se refere especificamente à doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização, o Tribunal Superior Eleitoral proferiu emblemática decisão ao apreciar a Petição nº 100080³⁰ e correspondente pedido de reconsideração³¹.

Constou no relatório que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis - IBAMA solicitou orientações acerca da possibilidade de “destinação de bens apreendidos, em especial perecíveis, a órgãos e entidades, públicos e privados [...]”. A decisão foi no sentido de que “é proibida a doação de bens em época de eleições, não cabendo distinção quando envolvidos perecíveis”. Mais recentemente, na Consulta nº 5639³², o Tribunal Superior Eleitoral decidiu ser possível a doação de pescados ou de produtos perecíveis “se destinada a programas sociais com autorização específica em lei e com execução orçamentária já no ano anterior ao pleito”. E complementou ao pontuar que “no caso dos programas sociais, deve haver

correlação entre o seu objeto e a coleta de alimentos perecíveis apreendidos em razão de infração legal”.

3 A RESIGNIFICAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 73, §10, DA LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997, À LUZ DO DEVER ESTATAL DE PROVER O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO: O PROBLEMA DA DOAÇÃO DE ALIMENTOS PERECÍVEIS APREENDIDOS POR ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO

Como exposto, a partir de interpretação do §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, o Tribunal Superior Eleitoral entende ser possível a doação de pescados ou de produtos perecíveis durante o ano eleitoral “se destinada a programas sociais com autorização específica em lei e com execução orçamentária já no ano anterior ao pleito”.

Esse tipo de entendimento, fácil observar, conduz à conclusão de que seria proibida a doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização durante o ano eleitoral, caso não inserida nas exceções legais expressas (estado de emergência ou de calamidade pública ou, ainda, quando a distribuição se insere em um programa social previsto em lei e em execução no ano anterior).

Todavia, entende-se que essa interpretação – que põe em primeiro plano a proteção da igualdade no processo eleitoral – pode gerar soluções juridicamente insatisfatórias, que não levam em conta a obrigação de o Estado prover bens públicos, dentre os quais o de garantir alimentação à população³³.

Assim, ao invés de ver no §10 do art. 73 um ilícito de mera conduta, sem necessidade de demonstrar o potencial de afetar o princípio da igualdade entre os candidatos, sugerem-se alguns critérios que estabeleçam novo sentido à vedação, levando em consideração que os agentes públicos e o Estado se submetem a um feixe de deveres jurídicos que vai além do dever de não interferir no processo eleitoral.

Ora, não se pode olvidar que, a exemplo dos direitos de liberdade, os direitos sociais, nos quais se insere o direito ao acesso à alimentação, são direitos constitucionais, encartados no Capítulo “Dos direitos e garantias fundamentais”, tendo por finalidade “o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo”.

O que se quer dizer é que o reconhecimento e a efetiva valorização dos direitos sociais, especialmente por meio da implementação de políticas públicas, dirige-se a combater a exclusão promovendo a igualdade e a “equivalência de proteção” entre os cidadãos³⁴. Por isso, “é imprescindível que o Poder Público tome uma posição ativa no que se refere à efetivação das políticas públicas, não somente legislando programaticamente, mas se mostrando como um agente social efetivo na implementação da igualdade substancial”³⁵.

Ademais, considerando que os direitos de liberdade e os direitos sociais se inserem em uma “compreensão unitária dos direitos fundamentais”, seja pela unidade de sentido constitucional dos direitos fundamentais ou mesmo pela interligação sistêmica de suas espécies em um contexto de comprometimento recíproco dos direitos³⁶, forçoso reconhecer a incidência da determinação contida no art. 5º, §1º, da Constituição, também ao direito à alimentação. Assim, tal dispositivo, ao estabelecer que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade direta”, “faz com que não se possa afastar a condição de um direito subjetivo a prestações”, ainda que tal direito subjetivo esteja condicionado a limites decorrentes de outros princípios ou direitos ou mesmo regulamentados pelo legislador, mas sempre tendo por base uma “justificação constitucional”³⁷.

Neste diapasão, o art. 5º, §1º, da Constituição, como uma “norma de natureza principiológica”, traduzindo-se em uma “espécie de mandado de otimização (maximização)”, impõe aos órgãos públicos a atribuição de reconhecerem a maior eficácia possível a todas as normas que consagram direitos e garantias fundamentais³⁸, inclusive as de natureza social, como o direito à alimentação. Para Osvaldo Ferreira de Carvalho³⁹, o dispositivo impõe aos poderes públicos a tarefa de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais “a maior eficácia possível outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas”. Já Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰ anota que os direitos sociais de cunho prestacional, independentemente de sua positivação eminentemente programática ou impositiva, ainda que de menor densidade normativa, invariavelmente são aptos a produzir um mínimo de efeitos jurídicos, inexistindo quem sustente que existam normas constitucionais, sobretudo definidoras de direitos fundamentais, destituídas de eficácia ou aplicabilidade.

Aliás, o direito à alimentação, além de um direito fundamental social expressamente previsto no art. 6º, da Constituição, é também garantido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É com base nessa compreensão ampliada sobre os deveres estatais que se propõe refletir sobre a vedação de os órgãos públicos realizarem doações de alimentos perecíveis em período eleitoral.

Em síntese, defende-se que a conduta deve ser examinada à luz de seu resultado, levando em conta: i) a aptidão de verdadeiramente influenciar a paridade de armas entre os candidatos; ii) a relação entre o agente público e o processo eleitoral em curso; iii) a identificação de abuso de poder ou desvio de finalidade.

É o que se passa analiticamente a desenvolver.

3.1 A DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS PERECÍVEIS APREENDIDOS EM PERÍODO ELEITORAL NÃO DEVE ATRAIR PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DESVIO DE FINALIDADE

As exceções legalmente previstas no bojo do art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 1997, traduzem a intenção de proteger a atuação regular da Administração Pública, mesmo em período eleitoral, em situações urgentes, nos casos de calamidade pública e estado de emergência, ou em que a atuação administrativa seja mera execução de programa cujo planejamento institucional tenha sido feito em contexto temporal distinto do das eleições, como no caso de “programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior”.

Procura-se demonstrar a necessidade de valorizar uma interpretação teleológica (em detrimento de uma interpretação literal) das exceções legais, especialmente diante das peculiaridades afeitas à doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização. Isso porque o desejado planejamento institucional não há como ser exigido em situações que não denotem finalidade eleitoral: considerando que as apreensões promovidas por órgão de fiscalização representam eventos aleatórios e que não dependem exclusivamente da vontade política do gestor público para a sua concretização, muito menos para determinação do momento

de sua ocorrência, não há como pressupor uma intenção lesiva ou cobrar um planejamento institucional comum das políticas sociais, uma vez.

De outro lado, parece ser inegável o caráter extremo da situação, eis que, além de envolver o direito à alimentação, um direito social fundamental cuja fragilização atinge geralmente parcela do povo mais carente e em situações de vulnerabilidade acentuada, refere-se a produtos perecíveis que, por sua própria natureza, não possibilitam, em regra, o armazenamento para doação posterior ao período ou ano eleitoral.

Aliás, o descarte de alimentos quando ainda próprios ao consumo humano ou a sua retenção ou armazenamento até o fim de sua validade atentam contra o sentido dos princípios de direito público e administrativo, como o da eficiência, o da moralidade e o da indisponibilidade do interesse público.

Ainda que vigore o entendimento jurisprudencial de que a doação em ano eleitoral de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização traz uma espécie de presunção absoluta de violação à legislação eleitoral (se não caracterizada uma das exceções legais expressas), reconhecendo-se, muitas das vezes, tal conduta como uma espécie de abuso de poder político ou desvio de finalidade, é necessário enfrentar esse problema numa perspectiva mais ampla, que permita examinar a legitimidade da conduta na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, habilitando-se o afastamento dessa presunção, sobretudo considerando a existência ou não de vinculação do agente administrativo responsável pela ação e o nível de governo no qual se realiza a eleição ou outras circunstâncias que demonstrem de forma segura a inaptidão da conduta para afetar o processo eleitoral em curso. Essas excludentes implícitas merecem considerações específicas.

3.2 CONSTITUI CONDUTA PROIBIDA A DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS PERECÍVEIS APREENDIDOS POR AGENTE PÚBLICO VINCULADO A MESMA ESFERA DE GOVERNO EM QUE HÁ CARGOS EM DISPUTA ELEITORAL

Um aspecto importante do estudo da aplicação da proibição insculpida no §10 do art. 73, da Lei nº 9.504, de 1997, é saber se a vedação se aplica apenas aos agentes públicos das

esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição, na forma do §3º do mesmo dispositivo.⁴¹ Noutras palavras, é saber se a conduta é vedada independentemente de haver relação entre o nível de governo do agente administrativo que praticou o ato e o nível de governo no qual o cargo político se encontra em disputa eleitoral.

Esse entendimento assume que é questionável uma vedação ampla que restrinja, de forma plena e a qualquer custo, o cumprimento do dever do Estado de prover direitos sociais e que ignore qualquer sentido de proporcionalidade.

Carlos Eduardo de Oliveira Lula⁴² reconhece o princípio da proporcionalidade como um “princípio instrumental de interpretação” eleitoral. E, apesar de considerar a proporcionalidade como um conceito difícil de definir, reconhece, seguindo a tradicional doutrina, três subprincípios ou dimensões, vale dizer, a “adequação” (as medidas sejam aptas a atingir o fim), a “necessidade” ou “exigibilidade” (inexistência de meio menos gravoso para atingir o fim) e a “proporcionalidade em sentido estrito” (se é justificável a medida, considerando a desvantagem que provoca).

Aliás, como há muito reconhece a jurisprudência de nossos Tribunais⁴³, “a proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado”.

Examinando o problema sob o prisma da necessidade, cabe questionar se o dever de coibir o desvio de finalidade do gestor e o abuso de poder político, para garantir a isonomia entre os candidatos, é efetivamente alcançado pela interrupção da execução de programas de distribuições de bens, valores e benefícios por gestor cujo cargo não esteja em disputa. No plano da adequação, o prejuízo à proteção aos direitos sociais ora narrado pode traduzir medida apta a atingir a finalidade “maior” de preservação da igualdade entre candidatos e da lisura do pleito. No que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, põem-se em jogo se a medida restritiva, que traz uma vedação aplicável durante todo o ano eleitoral e em anos intercalados (se aplicável em qualquer contexto de eleições, independentemente do nível de governo em que se operem as

eleições), tem sentido em vista do nível de restrição que traz à atuação da Administração Pública⁴⁴.

Há argumentos, portanto, para sustentar que viola o princípio da razoabilidade interpretar a vedação legal de modo a restringir a atuação da Administração Pública por elástico período quando o cargo do gestor não está em disputa no pleito.

Essa orientação ganha força quando se constata que o objetivo da norma, ao instituir condutas vedadas, foi de fazer frente ao instituto da reeleição do chefe do Executivo, consagrada pela Emenda Constitucional nº 16/97.^{45 46}

Há situações em que essa desproporcionalidade, na ampla aplicação da vedação legal, pode se mostrar ainda mais evidente. Na hipótese de a distribuição de bens, valores ou benefícios partir de esfera administrativa cujos cargos não estão em disputa e revelar-se que essa distribuição é destinada a uma entidade privada sem fim lucrativo, é ainda mais difícil presumir um desequilíbrio entre candidatos, na medida em que o destinatário não é um órgão ou pessoa jurídica de direito público, cujo gestor possa, eventualmente, explorar o fato eleitoralmente.

Destarte, forçoso reconhecer que a doação de alimentos apreendidos por órgãos de fiscalização de esfera administrativa cujos cargos políticos não estão em disputa nas eleições não deve atrair, necessariamente, a aplicação da vedação insculpida no art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 1997, o que sugere uma flexibilização do posicionamento restritivo da Justiça Eleitoral.

3.3 EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS OU INDÍCIOS FÁTICOS QUE SINALIZEM UMA POSSÍVEL FRAGILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE ENTRE CANDIDATOS OU DA LISURA DO PLEITO

O §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, possui como princípio norteador assegurar a igualdade de oportunidades entre os candidatos^{47 48}, na medida em que objetiva coibir o uso da máquina pública para beneficiar candidato, partidos políticos ou coligações⁴⁹. Essa igualdade entre os candidatos, aliada à preservação da intangibilidade dos votos, forma o conteúdo ético e jurídico do processo eleitoral⁵⁰, bem como repercurte no princípio republicano, já que, este,

A doação de alimentos perecíveis apreendidos durante processo eleitoral: critérios para enfrentar a antinomia entre a salvaguarda da igualdade no processo eleitoral e o dever de o estado prover de forma eficiente bens públicos

repudia o tratamento privilegiado ilegítimo⁵¹ e defende a igualdade de acesso aos cargos públicos⁵².

Como efeito “colateral”, como visto, o dispositivo normativo consagra uma restrição ao exercício da atuação administrativa voltada à proteção de direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, sobretudo quando se reconhece, como o fazem diversas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, uma espécie de presunção absoluta de que a distribuição de bens, valores e benefícios em ano eleitoral afeta a oportunidade entre candidatos e compromete a lisura do pleito.

Sem olvidar que, “em decorrência de uma teoria constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais, o legislador tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos cujas respectivas esferas de proteção se afigurem colidentes”⁵³, parece correto entender que a restrição imposta pelo §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, somente se legitima na hipótese de efetiva violação à igualdade entre candidatos e à lisura do pleito eleitoral.

Considerando uma visão mais abrangente sobre a teoria dos direitos fundamentais, descabe a linha interpretativa de que o §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, consagra uma vedação absoluta desconectada de avaliação a respeito da violação da paridade de armas entre os candidatos. A vedação legal não se justifica, portanto, nas situações em que, sem divisar a possibilidade de afetar a lisura do processo eleitoral e a igualdade entre candidatos, a distribuição de alimentos percíveis constitui ato do poder público voltado a proteger direitos dos cidadãos.⁵⁴

De outro lado, não se pode olvidar que a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral não constitui, *per se*, um desvio de finalidade pública, como pode se supor em casos de uso de (i) móveis ou imóveis públicos em benefícios de candidato (art. 73, I) ou (ii) serviços de servidor público para comitês de campanha eleitoral durante o horário de expediente (art. 73, III), mesmo se ausente ofensa ao princípio da igualdade entre candidatos. Com efeito, a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios de natureza social, quando ausente qualquer uso promocional em benefício de candidato (art. 73, IV) e não identificado um reflexo razoável no pleito, efetiva valores constitucionais afetos ao Estado Social e Democrático de Direito.

Como se vê, a norma insculpida no §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, traz à lume valores constitucionais tão relevantes quanto aqueles associados à salvaguarda do processo eleitoral, uma vez que as prestações públicas sociais espelham o dever de atuação administrativa voltada à tutela de direitos fundamentais da sociedade. Não é outra a razão pela qual João Gabriel Lemos Ferreira⁵⁵ pontua que “o custo da violação à dignidade e da negação às prestações sociais é alto demais”. E, ainda que reconheça a necessidade de coibir excessos, admite “ao administrador público atender às necessidades fundamentais sem fazer uso de medidas destinadas à autopromoção, e somente em casos excepcionais, de modo a conjugar tal atendimento à vedação do art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97”.

Assim, avalia-se que a proibição da doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização, sob o enfoque do art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 1997, não se justifica quando for possível identificar elementos ou indícios fáticos que afastem a presunção de possível fragilização dos princípios constitucionais da igualdade entre candidatos ou da lisura do pleito. É necessário refletir, nessa toada, sobre circunstâncias que podem corroborar ou afastar essa presunção de ilicitude prevista na norma.

4 CONCLUSÃO

O Tribunal Superior Eleitoral tem emprestado ao art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 1997, leitura de que a vedação de distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral, especificamente em relação à doação de alimentos perecíveis apreendidos por órgãos de fiscalização, seria um ilícito de mera conduta, estabelecendo uma espécie de presunção absoluta de que qualquer doação (excentuando as hipóteses de estado de emergência ou calamidade ou de execução de política pública concebida anteriormente) teria aptidão de afetar a lisura das eleições e a isonomia entre os candidatos.

Esse tipo de leitura não leva em consideração, no entanto, que os agentes públicos não podem se escusar de atuar na promoção de direitos constitucionalmente assegurados, assumindo que, em vista do dever de assegurar a higidez do processo eleitoral, estariam livres

para permitir que fossem inutilizados alimentos perecíveis que podem se mostrar necessários a segmentos da população.

Cogitou-se, por isso, de refletir sobre a possibilidade de conceber o ilícito previsto no §10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, no que se refere especificamente à doação de alimentos por órgãos de fiscalização em ano eleitoral, como conduta cuja ilicitude demandaria avaliar (a) a possibilidade de a conduta afetar concretamente a igualdade entre candidatos ou a lisura do pleito; (b) a vinculação do agente público que promove a doação de alimentos perecíveis apreendidos, de forma direta ou indireta, com a esfera federativa na qual se desenvolve o processo eleitoral, e (c) a ocorrência de abuso de poder ou desvio de finalidade na conduta.

Sob esse prisma, admitindo-se essa abertura interpretativa, é certo que surgiria a necessidade de refletir sobre requisitos e instrumentos jurídicos adequados para a efetivação dessa espécie de doação.

NOTAS

- ¹ ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 556.
- ² BOTTALLO, Eduardo Domingos; POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal; WEISS, Dabiela Puglia. *Lei eleitoral: Lei n. 9.504/97: estrutura, análise e jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228.
- ³ BOSCAINE, Clarissa. A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 41-54, jul-dez.2011.
- ⁴ Por exemplo, no julgamento do AgR-REspe 35095 (TSE. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 35095. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Acórdão de 11.3.2010), entendeu que as condutas vedadas a agentes públicos já são, “por presunção legal, tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais”. No mesmo sentido, no REspe 1429 (TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 1429. Rel. Min. Laurita Vaz. Acórdão de 5.8.2014) ficou decidido que “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”. Por fim, o AgR-REspe 36026 (TSE. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36026. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Acórdão de 31.3.2011) determinou que “para a configuração da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97 não é preciso demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público, bastando a prática do ato ilícito”.
- ⁵ *Lei das eleições comentada*. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 334.

- ⁶ ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas) e ações eleitorais*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 553.
- ⁷ FERREIRA, João Gabriel Lemos. A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97). *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, ano 24, n. 5, p. 352-361, mai.2008.
- ⁸ *Direito eleitoral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 585.
- ⁹ Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 41-52, dez.2008.
- ¹⁰ *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas) e ações eleitorais*, p. 553.
- ¹¹ A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97), p. 352-361.
- ¹² “[...] 1. Na espécie, a distribuição de tablets aos alunos da rede pública de ensino do Município de Vitória do Xingu/PA, por meio do denominado programa "escola digital", não configurou a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97 pelos seguintes motivos: [...] c) como os tablets foram distribuídos em regime de comodato e somente poderiam ser utilizados pelos alunos durante o horário de aula, sendo logo depois restituídos à escola, também fica afastada a tipificação da conduta vedada, pois não houve qualquer benefício econômico direto aos estudantes. Precedentes. d) a adoção de critérios técnicos previamente estabelecidos, além da exigência de contrapartidas a serem observadas pelos pais e alunos, também descaracterizam a conduta vedada em exame, pois não se configurou o elemento normativo segundo o qual "a distribuição de bens, valores ou benefícios" deve ocorrer de forma 'gratuita'. Precedentes.” (TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 55547. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Acórdão de 4.8.2015).
- ¹³ A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97), p. 352-361.
- ¹⁴ TSE. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 58085. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 5.11.2013.
- ¹⁵ Resolução nº 22.323. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Acórdão de 3.8.2006.
- ¹⁶ “Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: [...] III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;”
- ¹⁷ TSE. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 116967. Rel. Min. Nancy Andrighi. Acórdão de 30.6.2011.
- ¹⁸ TSE. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36026. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Acórdão de 31.3.2011.

- ¹⁹ No mesmo sentido, João Gabriel Lemos Ferreira (A distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 31, n. 1, p. 21-31, jan.2015): “Parece mais razoável entender que a criação de um programa social deve ser feita por lei específica, pois o tema detalhado seria submetido ao crivo dos parlamentares e amplamente discutido no Poder Legislativo. A Lei Orçamentária não teria realmente o condão de, por si só, atender à finalidade do disposto no art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97”.
- ²⁰ Não divergindo, Clarissa Boscaine (A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral, p. 41-54): “Nota-se, pois, que o texto apresenta duas condições para a execução do programa social em ano de eleição: autorização em lei e execução orçamentária no exercício anterior. Pretendeu o legislador certamente consagrar a tese de que o orçamento público brasileiro é meramente autorizativo, isto é, não cria de per si a despesa; por isso, estabelece o artigo 73, §10 da Lei das Eleições não só o aspecto da execução orçamentária anterior (em corolário ao artigo 167, inciso I, da Constituição Federal, como se verá adiante), mas também a previsão em lei, de modo a permitir a realização do programa social e ano de pleito.”
- ²¹ No voto condutor do Recurso Ordinário nº 149655 (Rel. Min. Arnaldo Versiani. Acórdão de 13.12.2011), o Ministro Relator do TSE pontuou: “[...] Quando o dispositivo faz menção a que os programas sociais devem estar autorizados em lei, não basta a existência de programa genérico a legitimar a atuação do agente público, exigindo-se, ao contrário, a específica previsão legal quanto às características do programa, sob pena de tornar inócua a vedação legal. [...]”
- ²² A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral, p. 41-54.
- ²³ A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral, p. 41-54.
- ²⁴ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito eleitoral*. 4ª ed. Leme: Imperium, 2014, p. 664-665.
- ²⁵ “[...] Destarte, não há gravidade ou mesmo potencialidade, por força da conduta vedada ou mesmo pela eventual configuração de abuso de poder imputado aos recorridos, que justifique a drástica pena de cassação dos diplomas. Não obstante reconhecida a prática objetiva da conduta vedada do §10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97, a implementação do programa adotou critérios técnicos, com exigências a serem cumpridas pelos contratados, a fim de evidenciar a ausência de desvio de finalidade. Além disso, não houve ostensiva divulgação do programa e, diante da prova dos autos, não se verificou que os recorridos tenham explorado tal fato, dando-lhe conotação eleitoral ou mesmo utilizando explicitamente o programa para fins de promoção da candidatura. Assim, afastou-se a pena de cassação de registro ou diploma e aplicou-se a pena de multa. [...]”. (TSE. Recurso Ordinário nº 149655. Rel. Min. Arnaldo Versiani, em 13.12.2011).
- ²⁶ Roberto Moreira Almeida (*Curso de direito eleitoral*, p. 56) destaca que “a garantia da lisura das eleições está calcada na ideia de cidadania, de origem popular do poder e no combate à influência do poder econômico ou político nas eleições”.
- ²⁷ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*, p. 570.
- ²⁸ “[...] Caracteriza-se o abuso de poder quando demonstrado que o ato da Administração, aparentemente regular e benéfico à população, teve como objetivo imediato o favorecimento de algum candidato. [...]” (TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 25.074. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 20.9.2005).
- ²⁹ No mesmo sentido: “O abuso de poder político consiste no uso ou na utilização indevida da máquina administrativa em prol de determinado candidato, partido ou coligação. É um ato abusivo de

autoridade em detrimento da liberdade do direito de sufrágio do eleitor”. (ALMEIDA, Roberto Moreira. *Curso de direito eleitoral*, p. 542).

- ³⁰ Resolução nº 23.291. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 1.7.2010.
- ³¹ Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 20.9.2011.
- ³² Rel. Min. Gilmar Mendes. Acórdão de 2.6.2015.
- ³³ João Gabriel Lemos Ferreira (A distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral, p. 21-31), ao falar sobre as exceções das limitações eleitorais alerta que “as exceções contidas no texto legal podem não ser suficientes para autorizar, em uma visão positiva, a entrega de bens fundamentais ao cidadão”.
- ³⁴ COSTA, Eliane Romeiro Costa; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 73/2010, p. 117-159, out-dez/2010.
- ³⁵ OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 543-558, ago/2011.
- ³⁶ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.
- ³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 571-573.
- ³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 571-573.
- ³⁹ O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 107-150, abr.-jun.2013.
- ⁴⁰ Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 639-675, ago.2011.
- ⁴¹ “Art. 73. [...] §3º as vedações do inciso VI do *caput*, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição”.
- ⁴² *Direito eleitoral*, p. 58 e 63-64.
- ⁴³ STJ. Recurso Especial nº 443310. Rel. Min. Luiz Fux. Acórdão de 21.10.2003.
- ⁴⁴ Para Clarissa Boscaine (A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral, p. 41-54): “Nesse viés interpretativo, deflui-se que o escopo da Lei Federal nº 9.504/97, sobretudo as condutas vedadas de seu artigo 73, é a preservação da lisura do pleito, estabelecida por restrições que coíbem o uso indevido da máquina administrativa pelos candidatos que continuam no poder durante o período eleitoral. Mas tal assertiva não lhes impede de prosseguir as suas ações no ano das eleições, de modo a preservar o princípio da continuidade administrativa.”
- ⁴⁵ ALMEIDA, Roberto Moreira. *Curso de direito eleitoral*, p. 57.

- ⁴⁶ A respeito: “[...] 2. O certame eleitoral tem como medula o tratamento igualitário dos candidatos. Não de concorrer, tanto quanto possível, no mesmo patamar, sem a adoção de enfoques que acabem gerando privilégio, vantagem indevida para alguns em detrimento de outros, ferindo de morte o princípio democrático da igualdade. Hoje, convive-se com instituto estranho à tradição republicana brasileira - a reeleição. Daí o sistema legal revelar balizas rígidas norteadoras da caminhada a ser empreendida, incumbindo ao Judiciário Eleitoral torná-las efetivas. O detentor de mandato que busque a reeleição, investido no cargo sem necessidade do afastamento, já dispõe de uma maior valia. O exercício da boa administração o credencia, por si só, perante os eleitores. Então, o contexto direciona ao abandono da tentação de vir a reforçar, à margem da lei, a caminhada natural rumo ao novo mandato. [...]”. (TSE. Petição 1929. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Data da decisão monocrática 5.7.2006).
- ⁴⁷ REIS, Marlón. *Direito eleitoral brasileiro*. Brasília: Alumnus, 2012, p. 86.
- ⁴⁸ FERREIRA, João Gabriel Lemos. A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97), p. 352-361.
- ⁴⁹ PROBST, Marcos Fey. *Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral*, p. 41-52.
- ⁵⁰ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 24.
- ⁵¹ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*, p. 248.
- ⁵² LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito eleitoral*, p. 69.
- ⁵³ BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 169.
- ⁵⁴ José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1261 e 1275-1284) lembra que um dos aspectos mais complexos da dogmática dos direitos fundamentais, cuja classificação inclui os direitos sociais, é a relação entre as suas normas constitucionais garantidoras e normas legais que os disciplinam. Ele propõe um método para avaliar a restrição de direitos, liberdades e garantias constitucionais. A primeira providência é determinar o âmbito de proteção do direito, liberdade ou garantia, isto é, determinar o bem protegido e a extensão dessa proteção. Em continuação, o autor afirma que a finalidade da limitação deve ser a garantia de outros direitos ou bens constitucionais e destaca a tarefa de examinar se a restrição está contida diretamente na Constituição, se está fixada em lei mediante autorização expressa constitucional, ou se encontra encampada na lei, mas sem autorização expressa da Constituição. Por fim, sugere alguns requisitos constitucionais das leis restritivas (limites dos limites), com vistas a “evitar a aniquilação dos direitos por via da lei e garantir uma concordância prática entre direitos e bens constitucionalmente protegidos”. Neste plano, leciona que a Constituição impõe requisitos, como o da proporcionalidade, da não retroatividade e da ressalva do núcleo essencial.
- ⁵⁵ A distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral, p. 21-31.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROS, Suzana Toledo de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BOSCAINE, Clarissa. A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 41-54, jul-dez.2011.

BOTTALLO, Eduardo Domingos; POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal; WEISS, Dabiela Puglia. *Lei eleitoral: Lei n. 9.504/97: estrutura, análise e jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-Respe n. 35095. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 11 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 1429. Recurso Especial Eleitoral. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-Respe n. 36026. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 55547 TSE. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 4 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n. 58085. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Brasília, 5 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.367. Resolução nº 22.323. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 3 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI n. 116967. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

A doação de alimentos perecíveis apreendidos durante processo eleitoral: critérios para enfrentar a antinomia entre a salvaguarda da igualdade no processo eleitoral e o dever de o estado prover de forma eficiente bens públicos

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n. 36026. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO n. 149655. Recurso Ordinário. Relator: Min. Arnaldo Versiani. Brasília, 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 100080. Resolução nº 23.291. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Pedido de reconsideração na Petição nº 100080. Resolução nº 23.291. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 5639. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 25.074. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição n. 1929. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Data da decisão monocrática. Brasília, 5 de julho de 2006. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@monocraticas-search?sort=date:D:S:d1&entqrm=0&ulang=&ip=192.168.202.10&entqr=3&site=monocraticas&hl=pt-br&ie=UTF-8&access=p&proxystylesheet=monocraticas_portal&oe=UTF-8&tipo_doc=dtdec&filter=0&client=monocraticas_portal&q=1929&ud=1&getfields=*&requiredfields=\(ctdec:3\)&start=20](http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@monocraticas-search?sort=date:D:S:d1&entqrm=0&ulang=&ip=192.168.202.10&entqr=3&site=monocraticas&hl=pt-br&ie=UTF-8&access=p&proxystylesheet=monocraticas_portal&oe=UTF-8&tipo_doc=dtdec&filter=0&client=monocraticas_portal&q=1929&ud=1&getfields=*&requiredfields=(ctdec:3)&start=20)>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 443310. Recurso Especial. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 21 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=443310&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 8 ago.2016.

BRASIL. Consultoria-Geral da União. Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 002/2016. Parecer-Plenário nº 002/2016/CNU-Decor/CGU/AGU. Brasília. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/orientacoes-normativas-e-pareceres--428189>>. Acesso em 8 ago.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 107-150, abr-jun.2013.

CONGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Eliane Romeiro Costa; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 73/2010, p. 117-159, out-dez/2010.

FERREIRA, João Gabriel Lemos. A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97). *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, ano 24, n. 5, p. 352-361, mai.2008.

FERREIRA, João Gabriel Lemos. A distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 31, n. 1, p. 21-31, jan.2015.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito eleitoral*. 4ª ed. Leme: Imperium, 2014.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 543-558, ago/2011.

PROBST, Marcos Fey Probst. Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 41-52, dez.2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

REIS, Marlón. *Direito eleitoral brasileiro*. Brasília: Alumnus, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 639-675, ago.2011.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

A doação de alimentos perecíveis apreendidos durante processo eleitoral: critérios para enfrentar a antinomia entre a salvaguarda da igualdade no processo eleitoral e o dever de o estado prover de forma eficiente bens públicos

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas) e ações eleitorais*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

Recebido em: 29/06/2016

Aprovado em: 25/08/2016