

São Paulo, 13 de fevereiro de 2012

Ao Excelentíssimo Senhor
Prefeito do Município de

Ref. ELEITORAL. PROGRAMA “CIDADE DIGITAL”. ACESSO GRATUITO À INTERNET. INEXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA ANTERIOR. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/97.

O Dr., ilustríssimo Procurador-Geral da Prefeitura Municipal de, em consulta que relata sob a implantação de programa denominado “Cidade Digital”, questiona sobre a possibilidade de realizá-lo neste ano de 2012, em face da Lei Eleitoral, especialmente de sua incidência naquilo que dispõe seu artigo 73, § 10.

Diante desse breve relato da consulta, passamos a analisar o caso concreto.

Para o deslinde do tema proposto, torna-se imprescindível transcrever o artigo 73, § 10, mencionado pelo douto Consulente:

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)

Deflui dessa norma legal, que a Administração Pública fica proibida de distribuir no ano eleitoral, em caráter gratuito, bens, valores ou benefícios, ressalvadas três hipóteses: a) casos de calamidade pública; b) estado de emergência; ou c) programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

A exceção derradeira, direcionada à execução de programas sociais, que tenham a finalidade de distribuir gratuitamente bens, valores ou benefícios, é que merece destaque para a análise do presente caso.

Isso porque, embora o programa “Cidade Digital”, que visa proporcionar acesso gratuito aos munícipes de baixa renda, tenha caráter cultural, haja vista, que inegavelmente facilitará a inserção de todos na sociedade da informação¹, não se pode negar, também, a sua finalidade assistencial, uma vez que está voltado à população local carente.

¹ Tanto é assim que o Ministério da Cultura, em parceria com outros ministérios, criou uma série de programas com o objetivo de permitir o acesso à internet, principalmente da população carente. Basta consulta o sítio www.inclusaodigital.gov.br.

Nesse contexto, a palavra “benefício” exprime a ideia de conceder proveito a alguém, e, por isso, é indubitável que a medida pretendida pela Prefeitura Municipal se enquadra na conduta vedada *in examine*, uma vez que proporcionará uma vantagem de forma graciosa à comunidade carente mediante o acesso à inclusão digital.

Bem por isso, a implementação do programa “Cidade Digital” pelo Município neste ano de 2012 está condicionada ao cumprimento das duas exigências estabelecidas pela Lei das Eleições, quais sejam, autorização em lei e execução orçamentária anterior.

Ressalta-se que esses dois requisitos devem ser observados concomitantemente, não bastando apenas um deles, isto é, a aprovação em lei **ou** a execução orçamentária anterior.

O Colendo TSE, nesse sentido, não tem mitigado a exigência desses dois requisitos legais para a continuidade de programa social em ano de eleições:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2006. CONDOTA VEDADA A AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHA. PARCIAL PROVIMENTO.

(..) 4. Desde o pleito de 2006, o comando do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 11.300/2006, proíbe a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, no ano em que se realizar eleição. Uma das exceções é o caso de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Na hipótese dos autos, o programa social, embora autorizado em lei, não estava em execução

orçamentária desde ano anterior (2005). A suspensão de sua execução deveria ser imediata, a partir da introdução do mencionado § 10 da Lei nº 9.504/97, o que não ocorreu na espécie. Precedente: RCED nº 6981ID, de minha relatoria, DJe de 12.8.2009.(..) (AgRg no REspe nº 28.4331PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 18/11/2009).

A execução orçamentária anterior é aquela em que Administração Municipal realizou determinado programa social no decorrer do ano antecedente ao da eleição, pois, entendimento contrário, retiraria o escopo principal da norma, que é assegurar a igualdade de oportunidade entre os candidatos ao pleito eleitoral.

É como vem se posicionando a jurisprudência eleitoral:

Verifica-se, portanto, que os programas sociais em questão foram autorizados por lei apenas no final de dezembro de 2007 e janeiro de 2008. Assim, não foram objeto de execução orçamentária ainda no ano de 2007, conforme prevê o art. 73, § 10 da Lei nº 9.504/97. (TSE, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 36.026, Ministro Relator Aldir Passarinho Junior, j. em 31.3.2011)

Vale aqui mencionar, também, o ensinamento de Joel J. Cândido acerca da questão relativa à execução orçamentária de programas sociais:

Para o programa social já estar em execução orçamentária no exercício anterior ao ano

da eleição, ele deve ter sido aprovado no exercício anterior ao da sua execução. É um ano antes que se aprova a dotação orçamentária para o exercício seguinte, composto do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais (*Direito Eleitoral Brasileiro*, 12ª edição, pág. 574)

No mesmo sentido, Olivar Coneglian extrai o alcance da expressão “execução orçamentária anterior”:

Para o último caso, deve-se observar que a lei e o orçamento preexistentes ao programa, devem ter nascido no penúltimo ano anterior à eleição. Assim, na eleição de 2006, a lei criadora ou autorizadora do programa deve ser de 2004, pois o ano de 2005 é o ano da execução, que permite que o programa exista em 2006. (*Comentários à Lei das Eleições*, p. 439).

Logo, embora se reconheça os bons propósitos dessa Municipalidade, em face da vedação trazida pelo artigo 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/97, o programa “Cidade Digital” não poderá ser executado neste ano de eleição.

A solução de instituir o acesso à internet, mediante a cobrança de um valor pela Prefeitura Municipal retira o caráter gratuito desta conduta e, assim, afasta, a nosso ver, a incidência da proibição do mencionado artigo 73, § 10.

Esse valor cobrado não se enquadra no conceito de taxa, como sugerido na consulta, pois essa espécie tributária pressupõe o exercício regular de poder de polícia, ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou

posto à sua disposição, a teor do disposto no artigo 145, inciso II, da Constituição Federal. Essa não é a situação versada no presente caso.

A cobrança de acesso à internet será de forma voluntária ao munícipe, que pagará pelo serviço na hipótese de utilizá-lo efetivamente, sem qualquer natureza tributária e compulsória, o que dá ensejo a instituição de um preço público, mediante decreto, consoante estabelece o artigo 159, parágrafo único, da Carta Paulista.

A taxa e o preço público, muito embora se tratem de institutos intimamente relacionados, são distintos entre si, como bem enfatiza o saudoso Hely Lopes Meirelles:

Nisto se distingue a tarifa da taxa, porque, enquanto esta é obrigatória para os contribuintes, aquela (a tarifa) é facultativa para os usuários; a tarifa é um preço tabelado pela Administração; a taxa é uma imposição fiscal, é um tributo. Distingue-se, ainda, a tarifa (preço público) da taxa (tributo) porque esta só pode ser instituída, fixada e alterada por lei, ao passo que aquela pode ser estabelecida e modificada por decreto ou por outro ato administrativo, desde que a lei autorize a remuneração da utilidade ou do serviço por preço. (*Direito Municipal Brasileiro*, 15ª edição, p. 162).

É como diz a Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

De tal modo, se a Municipalidade entender conveniente, poderá instituir um preço público, por meio de decreto, para cobrar, por exemplo, a hora de acesso à internet pelo munícipes.

E, por fim, em relação ao oferecimento de sessões de cinema gratuitas à população, entendemos que, à princípio, esbarrará igualmente no artigo 73, § 10, da Lei das Eleições, se estiver voltada aos munícipes carentes, pois isso caracterizará, também, uma ação assistencial, não obstante, é claro, seu indisfarçável objetivo eminentemente cultural.

De outro lado, a compreender-se as sessões gratuitas de cinema como ações tracejadas com a ênfase do veio cultural, poder-se-ia divisar, aí sim, a inexistência de óbice para sua realização neste ano de 2012, caso não seja restrita apenas à população de baixa renda, já que, dessa forma, restará afastado o aspecto social da conduta, e conseqüentemente, seu não enquadramento na vedação do § 10 do artigo 73 em apreço.

Francisco Antonio Miranda Rodriguez

OAB/SP no. 113.591