

## **A liberação de recursos públicos no contexto da legislação eleitoral: necessidade de distinção terminológica entre operações de crédito e transferências voluntárias**

**Franderlan Ferreira de Souza<sup>1</sup>**

**Sumário:** 1. Introdução - 2. Do dispositivo legal ora analisado - 3. Do conceito de transferência voluntária e sua distinção em relação às operações de crédito - 4. Do conceito de obra ou serviço em andamento - 5. Dos demais requisitos para liberação de recursos oriundos de transferências voluntárias - 6. Do prazo para liberação de recursos para os entes do setor público - 7. Do prazo para contratação de operações de crédito com o setor público - 8. Do pedido de autorização da AGU para o programa “Caminho da Escola” - 9. Conclusões finais - 10. Referências

"Homens não são anjos; de suas limitações decorrerão sempre, infelizmente, a incompreensão, que é o vício da inteligência, e o egoísmo, que é defeito da vontade."

(Francesco Carnelutti)

### **1. Introdução**

O presente artigo tem o intuito de provocar um debate mais aprofundado acerca das normas aplicáveis às operações de crédito envolvendo entes do setor público, mais precisamente os Estados, O Distrito Federal e os Municípios, durante o período pré-eleitoral, levando-se em conta o Parecer nº AGU/MC-02/04, de 03 de maio de 2004, da lavra do Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, o então Consultor-Geral da União, que após submetido ao Exmº Sr. Presidente da República pelo Advogado Geral da União, em 11 de maio de

---

<sup>1</sup> Gerente Jurídico na Área de Inclusão Social do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

2004, foi convertido no Parecer AC – 12/2004, passando a vincular toda a Administração Pública Federal, incluindo os órgãos da Administração Direta e as empresas integrantes da Administração Indireta.

Em decorrência deste Parecer, que trabalhou com premissas (a nosso entender) equivocadas ao igualar operações de crédito com transferências voluntárias, as instituições oficiais de fomento, como o BNDES, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e outras, estariam impedidas de realizar a liberação de recursos contratados com os entes da Federação acima mencionados, ainda que decorrentes de operação de crédito.

Tendo em vista a proximidade das eleições municipais de 2008, cumpre esclarecer os prazos e vedações a serem observados, e buscar uma melhor apreciação da legislação aplicável a cada caso, de forma que importantes projetos com investimentos nas condições de saúde, educação, saneamento e infra-estrutura, que beneficiarão a população menos favorecida não sejam prejudicados em decorrência da péssima reputação (não sem razão) da maioria dos nossos administradores públicos.

## **2. Do dispositivo legal ora analisado**

Antes de mais nada, é preciso explicitar que o tema objeto deste texto versa acerca dos limites da aplicação do art. 73, inciso VI, letra “a”, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1.997, *in verbis*:

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

.....

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;(…). (BRASIL. Lei 9.504, 1997).

Este art. 73, nos seus diversos incisos, cuida “das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais” e a própria Advocacia Geral da União – AGU já havia sido instada a se pronunciar anteriormente à emissão do Parecer AC – 12/2004, por meio da Nota nº 2004/AGU/CGU/SFT-0026/2004, elaborada pelo Advogado da União, Dr. Sérgio Eduardo de Freitas Tapety, a partir do estudo das ponderações apresentadas pelo Ministério das Cidades e em face dos precedentes da Consultoria-Geral – com base nos Pareceres

aprovados pelo Senhor Advogado Geral da União e, posteriormente, pelo Exm<sup>o</sup> Senhor Presidente da República (Pareceres GQ-113, de 1996 e GQ-158, de 1998).

Cumpre, inicialmente, destacar as linhas delimitadoras do alcance da legislação eleitoral, o que será fundamental para a solução das controvérsias na aplicação da Lei. O próprio AC-12 no item 05 estabelece que “a lei eleitoral e particularmente a Lei nº 9.504, de 1997, têm por objeto a disciplina da disputa eleitoral, de modo a garantir a lisura da escolha e a igualdade de oportunidade dos candidatos aos cargos executivos ou de representação popular, cuja seleção se dá por via de eleição pública. Nesse sentido, a lei eleitoral é expedida com o propósito de disciplinar o pleito, e seus conceitos e categorias jurídicas devem ser compreendidos nos limites dos objetos jurídicos respectivos, de maneira que parece adequado invocar a lei eleitoral para disciplinar situações que são eleitorais. Ou, em outros termos, a lei eleitoral endereça-se à disciplina de situações eleitorais que, por isso, precisam ser compreendidas como fatos eleitorais, muito mais do que fatos administrativos”.

O que não se pode admitir é que, sob o pretexto de se evitar desvios de maus administradores, se acabe por inviabilizar a continuidade de importantes projetos que teriam início, gerando prejuízos para a própria população interessada, ou, em outras palavras, “a proteção da soberania popular não pode se transformar em empecilho ou elemento de desarticulação ou de frustração dos atos da Administração, mesmo durante o chamado período eleitoral. Se é certo que os atos da Administração têm por si presunção de legitimidade e legalidade e estão submetidos a diversos mecanismos de controle administrativo e judicial, não pode ser exato fundar a interpretação restritiva apenas na potencialidade da ilicitude eleitoral. Ao contrário, os limites da lei eleitoral são os limites da regularidade administrativa das ações de governo, as quais quando praticadas com desvio de finalidade ou abuso de poder poderão ser corrigidas ainda na ausência de tutela eleitoral, e, se configurarem ilícito eleitoral, merecer também a sanção correspondente. Como todo sistema, o sistema eleitoral tem uma racionalidade específica que cumpre observar”, como bem salientou o Parecer AC-12, no item 8.

### **3. Do conceito de transferência voluntária e sua distinção em relação às operações de crédito**

O dispositivo legal em comento veda a “**realização de transferência voluntária**”, que, partindo de uma interpretação literal, já nos permite concluir que, de forma técnica, os contratos de financiamento (as operações de crédito em si) jamais poderiam ser incluídas na vedação acima, já que as obrigações são de natureza distintas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), no seu art. 25, *caput*, estipula um conceito para efeito desta Lei, do que deve-se entender por transferência voluntária, conforme abaixo transcrito, *in verbis*, com negrito nosso:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por **transferência voluntária** a **entrega de recursos** correntes ou de capital a **outro ente da Federação**, a **título de cooperação, auxílio** ou **assistência financeira**, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na **lei de diretrizes orçamentárias**:

I - existência de **dotação específica**;

II - (VETADO)

III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, **empréstimos e financiamentos** devidos **ao ente transferidor**, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, **de operações de crédito**, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social. (BRASIL. Lei Complementar 101, 2000).

**Transferência voluntária**, é, no correto dizer do referido art., “**a entrega de recursos**” (e não o “empréstimo de recursos”) a **outro** ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, pois se é uma determinação, não há voluntariedade na transferência, descaracterizando o próprio instituto.

A formalização da transferência voluntária de recursos é feita, via de regra, mediante **convênio**, disciplinado na Instrução Normativa nº 01, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN, de 15 de janeiro de 1997, sendo definido como o instrumento que disciplina a transferência de recursos públicos e que tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, empresa pública ou sociedade de economia

mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projetos/atividades ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Também é possível se efetuar transferências de recursos da União por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais federais, celebrando um **contrato de repasse**, regulado pelo Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996; mediante um **termo de parceria**, disciplinado pela Lei 9.790, de 23 de março de 1.999, ou qualquer outro acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres.

Essa é a essência do instituto da transferência voluntária trabalhado pelo legislador e de há muito consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias. Em contraponto a este conceito, temos a **operação de crédito**, que também foi tratada na LRF, no seu art. 29, III, *litteris*, negritei:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

.....

III - operação de crédito: **compromisso financeiro** assumido **em razão de mútuo, abertura de crédito**, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

§ 1º Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16. (BRASIL. Lei Complementar 101, 2000).

O preceito é de clareza solar, ao fixar que **operação de crédito é um compromisso financeiro assumido em razão de mútuo ou de abertura de crédito**, dentre outras formas, e que não guardam relação direta com as transferências voluntárias. Essa mesma definição da LRF é adotada pela Resolução nº 43/2001, do Sando Federal.

Não obstante o gizado nas linhas anteriores, o Parecer AC-12 e, por conseguinte, os demais posicionamentos posteriores da AGU, caminharam em sentido diverso, **igualando os institutos**, como se fossem xipófagos, adotando um posicionamento bastante ampliativo, acerca do tema, contrariando, inclusive, precedente do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que no Recurso Especial Eleitoral, Processo nº 16040, julgado em 11.11.99, DJ de 4.2.2000, p. 30, decidiu no sentido de afirmar que as hipóteses relacionadas no item VI, letra "a" do art. 73, não podem sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto.

Sem mais delongas, vamos transcrever o trecho do Parecer AC-12/2004, onde este entendimento emerge de forma clara, *in verbis*, sem negrito no original:

42. **Operação de crédito**, segundo o art. 29, inciso III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, é o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

43. Com base nesse conceito, ainda é necessário verificar em que classificação de receita está contida a operação de crédito. De acordo com a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, em seu art. 11, § 4º, **operação de crédito está inserida na classificação de receitas de capital**.

44. Ora, **sendo considerada como receitas de capital**, a operação de crédito **está compreendida na definição de transferência voluntária** prevista no art. 25, caput, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não resta dúvida quanto ao equívoco da analogia invocada, pois se assim procedêssemos, usando este “lógica” posta, **também poderíamos dizer que “tributo” e “confisco” possuem a mesma natureza jurídica**, por se tratar ambos de **receita derivada**, embora as diferenças sejam colossais entre um e outro. Apenas para corroborar esta afirmação, transcrevo posição adotada no Parecer nº AGU/LA-02/98, de 06 de julho de 1998, da lavra do então Consultor da União, Dr. Luiz Alberto da Silva, que dispõe igualmente sobre a matéria, que após submetido ao Sr. Presidente da República pelo Advogado Geral da União, em 06 de julho de 1998, foi convertido no Parecer nº GQ – 158, *in verbis*, sem negrito no original:

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

29. Em razão do que se acabou de afirmar, **considero absolutamente legítimo que, durante os três meses que antecedem as eleições**, os agentes públicos pratiquem todos os atos preparatórios necessários ao início de uma obra ou serviço, **incluindo a assinatura do convênio, acordo ou instrumento congênere, pois nenhum desses atos se encontra proibido pelo art. 73**. Não se pode admitir, como já se viu, que se

interprete a lei nela inserindo proibições que não existem, levando ao absurdo de obrigar a Administração a cruzar os braços, aguardando o término do período para, somente aí, começar a praticar os atos preparatórios.

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

Ao analisarmos a transcrição acima, ou temos que concluir que o posicionamento adotado no douto Parecer **corrobora do entendimento de que transferência voluntária e operação de crédito são de naturezas distintas, ou que desconhecia a vedação da Resolução 43/2001, do Senado Federal, que não autorizava a contratação de operação de crédito nos 180 dias anteriores ao fim do mandato do Chefe do Executivo** (esse prazo foi reduzido para 120 dias apenas em 2006), não se podendo celebrar nenhuma avença após o período que menciona, pois eram coincidentes à época. Preferimos acreditar na primeira hipótese.

E o próprio Parecer AC-12/2004, ainda que não pretendesse se alinhar a este entendimento, acabou por cair em contradição, ao estatuir que, *in verbis*, grifei:

13. Nessa linha de compreensão, portanto, é preciso compatibilizar as limitações eleitorais com a continuidade do serviço público e a atividade administrativa, **uma vez que a pactuação não está proibida mesmo depois da data limite**, embora, a partir desta, as transferências voluntárias sejam vedadas. Daí resulta que, se as transferências estão proibidas noventa dias antes da eleição, parece intuitivo que a pactuação somente será possível até o mesmo limite para efeito de transferências voluntárias. E assim é, porque **os convênios e contratos** só podem ser, repita-se, para esse efeito, firmados até esse dia, já que, depois dele, não poderia haver “obra em andamento”.

14. Em outros termos, mesmo sendo permitidos o contrato e o convênio após a data limite porque a lei eleitoral não o proíbe, não poderia haver obra ou serviço em andamento para cuja compreensão abrangente seria então sempre necessária a existência prévia da assinatura dos atos formais, na data em questão.

A vedação não incide apenas para a celebração de instrumentos destinados à formalização de transferências voluntárias, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, pois embora a legislação eleitoral não imponha restrição, a Resolução nº 43/2001, do Senado Federal assim o faz, e o processo hermenêutico passa necessariamente por uma visão sistêmica do ordenamento jurídico.

Pois bem, superado este intróito, e não obstante tudo o que foi abordado, o que importa frisar é que, hoje, para fins de aplicação do art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97, **transferência voluntária e operação de crédito são expressões equivalentes e que gozam do mesmo tratamento**, já que o Parecer AC-12/2004 vincula toda a Administração Federal e é posterior ao Parecer nº GQ – 158/98. Ainda que este seja um posicionamento equivocado, e que careça de urgente revisão, por se encontrar em colisão com uma série de dispositivos legais.

#### 4. Do conceito de obra ou serviço em andamento

A primeira vez que o entendimento sobre o conceito de **obra ou serviço em andamento** foi tratado pela AGU, foi quando da elaboração do Parecer nº AGU/LA-02/96, de 23 de agosto de 1996, da lavra do então Consultor da União, Dr. Luiz Alberto da Silva, que versava sobre a interpretação do art. 82 da Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995 (a Lei nº 9.504/97, que dispõe igualmente sobre a matéria, repetiu a expressão “obra ou serviço em andamento”, e não houve qualquer alteração na legislação que impeça a reprodução do entendimento ali exposto), que após submetido ao Sr. Presidente da República pelo Advogado Geral da União, em 30 de agosto de 1996, foi convertido no Parecer nº GQ – 113, passando a vincular toda a Administração Federal.

Desta forma, vamos transcrever o conceito adotado à época pela AGU na manifestação retromencionada, *in verbis*, sem negrito no original:

26. Observe-se, inicialmente, que o conceito de **obra em andamento é um conceito complexo, composto dos conceitos simples da obra e de em andamento**. Tendo em vista que esta última expressão constitui um adjunto adnominal que delimita o significado do substantivo obra, torna-se necessário precisar, primeiro, o conceito de obra, para, depois, conceituar obra em andamento. Isso porque somente se poderá considerar como integrante do conceito de obra em andamento aquilo que se puder considerar como integrante do conceito de obra.

27. Esclarecida essa questão, passo a examinar o conceito de obra. Nos Dicionários, dos mais elementares aos mais eruditos, abstraídos outros significados que, evidentemente, não têm pertinência com o assunto sob

exame, encontram-se os seguintes significados para o termo obra: efeito do trabalho ou da ação; coisa feita ou produzida por um agente; construção; edifício em construção. Percebe-se, desses significados, a idéia de tratar-se de algo concreto, material, resultado final da atuação do homem.

28. Cabe indagar, em seguida, se esse conceito possui respaldo na legislação. A resposta é positiva. Desde, pelo menos, o **Decreto-lei nº 2.300**, de 21 de novembro de 1986 (com alterações dos Decretos-lei nºs 2.348, de 29/7/87, e 2.360, de 16/9/87), o termo obra possui conceito legal. O referido Decreto-lei, que instituiu o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienação, concessões e locações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica (art. 1º), reservou uma Seção (Seção II) para as definições, estatuidando:

"Art. 5º Para os fins deste Decreto-lei, considera-se:

I - obra - toda construção, reforma ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

29. Como se pode ver, **o conceito ou definição legal de obra corresponde ao conceito comum, indicando o ato final, a obra considerada em seu aspecto físico, não englobando, portanto, os atos prévios, necessários à realização da obra em si.**

.....

32. Apesar dessa maior amplitude, no que tange aos entes submetidos a suas regras, com fundamento constitucional, a Lei nº 8.666/93 não apresentou, quanto ao essencial, diferenças marcantes em relação ao Decreto-lei nº 2.300/86, pois este já antecipara essas questões essenciais. Assim, quanto ao que interessa ao caso em exame, o art. 6º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 repete a definição do transcrito art. 5º, inciso I, do Decreto-lei nº 2.300/86, acrescentando, apenas, as expressões fabricação e recuperação, tendo a seguinte redação:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - **Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;"**

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

**inequivocadamente, físico, ou seja, deve ter sido iniciada a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação.**

34. Isso, como se vê, é totalmente diverso e independente dos atos preparatórios necessários ao início da obra. Esse fato mais se evidencia quando se analisa a legislação referente aos contratos administrativos em geral e aos convênios, acordos ou atos assemelhados. Já ao tempo da vigência do Decreto-lei nº 2.300/86, antes referido, estavam traçadas regras a serem obedecidas pelos contratos administrativos (arts. 44 a 54), com destaque para o art. 45, que estabelecia as cláusulas necessárias em todo contrato. E o art. 82 do mesmo diploma legal estabelecia que "aplicam-se as disposições deste Decreto-lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, celebrados por órgãos ou entidades da Administração.

.....

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

Pelo extenso trecho reproduzido, podemos inferir que a linha adotada pela AGU, à época, foi no sentido de se considerar "obra em andamento" apenas aquelas que efetivamente estivessem sendo executadas no seu aspecto físico, com o canteiro aberto e os tapumes postos. E esse mesmo entendimento foi utilizado para os "serviços em andamento", como se depreende de outro trecho a seguir reproduzido, sem negrito no original, *in verbis*:

47. Cabe ressaltar, ainda, **que tudo o que se disse a respeito de obra em andamento é válido, igualmente, para serviço em andamento com as devidas adaptações quanto à legislação.** Veja-se, por exemplo, que a expressão serviço, do mesmo modo que obra, possui definição legal. Encontra-se ela no inciso II do art. 6º da já citada Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - **Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.**

48. Dito isso, percebe-se, claramente, aplicar-se às expressões serviço e serviço em andamento tudo o que se disse nos itens 33 a 46 deste.

Posteriormente, o entendimento acerca do conceito de **obra ou serviço em andamento** foi novamente tratado pela AGU, no Parecer nº AGU/LA-02/98, de 06 de julho

de 1998, da lavra do então Consultor da União, Dr. Luiz Alberto da Silva, que dispõe igualmente sobre a matéria, que após submetido ao Sr. Presidente da República pelo Advogado Geral da União, em 06 de julho de 1998, foi convertido no Parecer nº GQ – 158, que também passou a vincular toda a Administração Federal.

Este Parecer versou acerca da “interpretação do art. 73, inciso VI, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, em confronto com o art. 82 da Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, abordou o conceito de transferência voluntária de recursos, e manteve o entendimento exarado no Parecer nº AGU/LA-02/96, sobre o conceito de obra em andamento, além de tratar do caráter taxativo do elenco de condutas previsto no art. 73 da Lei nº 9.504/97 e da não proibição da prática de atos preparatórios, inclusive a formalização de convênios, acordos ou instrumentos congêneres”.

Como foi expedido pelo mesmo Consultor da União, não houve mudança no entendimento anterior, e somente em 2004 voltou o assunto a ser tratado em nova manifestação da AGU, no já citado Parecer nº AC – 12/2004, e tivemos significativa alteração de entendimento nesse aspecto. Vale aqui, inclusive, destacar que a fundamentação dada partiu de uma visão mais adequada, a nosso ver, da questão envolvendo uma execução de projeto. Segue o posicionamento exposto no mencionado Parecer, *in litteris*, grifei:

15. Sendo verdadeiro que é necessária a existência formal do convênio ou contrato até noventa dias antes da eleição, é sistematicamente certo que todos os requisitos legais e formais anteriores à obra ou serviço estarão atendidos, de modo que a execução da obra ou serviço é no mínimo uma consequência administrativamente necessária, lógica e tão legítima como os atos que os determinaram.

16. Em rigor, aliás, a obra ou serviço regularmente contratado deverá ser obrigatoriamente executado não havendo nenhum impedimento para tanto, a dizer que se não executados conforme contratados ou conveniados, ao contrário, existirá irregularidade. Portanto, se existir acerto administrativo até o dia limite há presunção lógica de obra ou serviço em andamento. Conclusão diversa acaba pressupondo fato ou circunstância que a lei não contempla como regra e implica suposição negativa a demandar justa prova, até porque a lei não dá, no dispositivo referido, nenhuma indicação disso.

17. Com esse espírito, **a interpretação** que verte da regra em estudo só pode ser a que tolera a idéia **de que obra ou serviço em andamento não é só a que está fisicamente em andamento, mas também a que vai estar, no tempo próprio e na forma compatível, em execução conforme as praxes e costumes da época e da natureza respectiva.**

18. A ilação, de resto, é inteiramente obediente ao regime eleitoral porque a justificação da obra ou do serviço foi concebida antes do período de vedação e não pode por tal motivo ser considerada conduta vedada. Por isto, **a interpretação** que considerasse a obra ou **serviço não fisicamente em andamento**, depois do dia limite, **como obra ou serviço eleitoralmente ilícito** teria que pressupor **necessariamente que o acordo ou avença administrativamente firmados** antes desse dia **seriam igualmente ilícitos**.

Outro não podia ser o entendimento acerca do alcance da expressão “obra ou serviço em andamento”. Uma coisa deve ser deixada clara: se o administrador estiver usando indevidamente a máquina pública, este deve ser responsabilizado nas esferas civil, criminal e administrativa, além da eleitoral, mas não se pode, *a priori*, partir do pressuposto de que vigora o princípio da “presunção de culpabilidade” ou da presunção de “ilegitimidade dos atos administrativos”.

Aliás, nota-se que o intuito do Parecer AC-12/2004, foi afastar-se do entendimento adotado no Parecer nº GQ – 113/96, que seguia em sentido diametralmente oposto, por entender que a obra em andamento é aquela que, já tendo sido iniciada, ainda não foi concluída e que esse início da obra deveria ser, de forma inequívoca, físico, ou seja, deve ter sido iniciada a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação, onde os atos preliminares, integrantes da programação ou planejamento, e prévios à celebração do acordo, não poderiam, **em hipótese alguma**, ser considerados no conceito de obra ou serviço em andamento. Segue a transcrição do entendimento que passou a ser vinculante para a Administração Federal, *in verbis*, grifei:

20. É de se ter presente ainda que o texto legal refere como causa de afastamento da vedação a execução da obra em andamento com cronograma prefixado e essa cláusula legal autoriza uma inteligência abrangente. Ao estabelecer que exista na data limite a execução da obra em andamento a lei em verdade dispôs que é a execução que estaria em andamento, que é o sentido lógico da expressão, e **essa idéia permite o entendimento de que a obra física em si pudesse ainda não ter sido iniciada, até porque – e o artigo em questão exige – terá de haver cronograma da obra, isto é, da execução dela, o qual, então, faz a ligação dos trabalhos preparatórios ou auxiliares com a obra em si**. Por outra, a obra em andamento diz logicamente com a execução que a contém num processo único de acordo com o cronograma, e é isto que a lei exige na data limite.

21. A solução que se oferece, portanto, **não pode ser outra** que considerar **obra ou serviço em andamento como aquela que, regularmente**

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

Todavia, não podemos deixar de mencionar que o **TSE** já se posicionou acerca do tema, inclusive analisando o teor do Parecer AC-12/2004, por intermédio da Consulta nº 1.062/DF, que resultou edição da Resolução nº 21.878/2004, e firmou entendimento no sentido de exigir o início da **execução física das obras**, como percebe-se do Acórdão proferido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 8324, de 13/03/2008, em decisão unânime, relator o Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, publicado no Diário da Justiça de 03/04/2008, página 10, abaixo transcrito, *in verbis*, com grifos nossos:

**Ementa:**

**CONDUTA VEDADA. TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS. PERÍODO ELEITORAL. IMPROCEDÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.**

- A transferência de recursos dos Estados aos Municípios pode ser realizada dentro dos três meses que antecedem o pleito, desde que tais recursos sejam destinados à execução de obra ou serviço em andamento ou para atender situações de emergência ou calamidade pública (art. 73, VI, a, da Lei das Eleições).
- No caso dos autos, foi celebrado convênio entre a Prefeitura de Medina e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais para pavimentação de ruas, cujas obras preliminares, a cargo da prefeitura, foram iniciadas em junho de 2004, conforme expressamente consignado no acórdão regional.
- Modificar as conclusões da Corte *a quo* demanda o revolvimento do acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de recurso especial.
- Fundamentos da decisão agravada que não foram devidamente infirmados.
- Agravo regimental a que se nega provimento.

Ainda que o Parecer AC-12/2004, admita a liberação de recursos para obras ainda não fisicamente iniciadas, o Min. Sepúlveda Pertence, na aludida Consulta nº 1.062/DF, asseverou, *litteris*, grifos do original, que:

(...)

42 – De tudo, *ad referendum* do Tribunal, respondo **negativamente** à consulta para assentar que, por força do disposto no art. 73, VI, a, da L. 9504/97, é vedado à União e aos Estados, até as eleições, a transferência voluntária de recursos aos Municípios – ainda que constitua objeto de convênio ou de qualquer outra obrigação preexistente ao período – quando

não se destinem à execução já fisicamente iniciada de obras ou serviços, ressalvadas unicamente as hipóteses em que se faça necessária para atender a situação de emergência ou de calamidade pública.

Com base no acima exposto, especificamente para o caso dos projetos apoiados pelos agentes oficiais de fomento, não há óbice algum em que se efetue a liberação da primeira parcela de recursos para os entes públicos tomadores de recursos, desde que as obras já tenham iniciado fisicamente e estejam dentro do cronograma físico-financeiro previamente fixado, ou, que o projeto já venha sendo executado com recursos próprios, na forma de adiantamento de contrapartida.

E finalmente, com arrimo no que vem sendo entendido pelo Egrégio TSE, é mais prudente que se trabalhe com o conceito de obra em andamento como obra fisicamente iniciada, ainda que o AC-12/2004 adote conceito menos restritivo.

Uma vez mais cumpre destacar que operações de crédito não se confundem com transferências voluntárias de recursos e por isso não haveria óbice algum na liberação de recursos durante de 03 (três) meses que antecedem a realização das eleições.

## **5. Dos demais requisitos para liberação de recursos oriundos de transferências voluntárias**

Após trabalharmos os conceitos de “transferência voluntária de recursos” e “obra ou serviço em andamento”, não podemos deixar de analisar o significado e alcance das expressões “**obrigação formal preexistente**” e “**cronograma prefixado**”, também mencionadas no art. 73, inciso VI, letra “a”, da Lei nº 9504/97.

Em primeiro lugar, cumpre registrar que vamos trabalhar com o entendimento dado pelo Parecer AC-12/2004 para transferência voluntária, e que desta forma também engloba o conceito de operação de crédito. Isto posto, podemos afirmar que “obrigação formal preexistente” é qualquer acordo celebrado **entre** os Entes Federados, ou entre estes e as instituições oficiais de crédito e fomento, já que as operações de crédito estão aqui inseridas por força do referido Parecer.

Podemos citar como exemplos de obrigações formais preexistentes, além do **convênio** disciplinado pela Lei 8.666./93 e Instrução Normativa STN 01/97, o **contrato de repasse**, regulado pelo Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996; o **termo de parceria**, disciplinado pela Lei 9.790, de 23 de março de 1.999, ou qualquer outro acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres destinados aos recursos oriundos de transferências voluntárias, além de todos os outros instrumentos voltados para a celebração de operações de crédito, como os **compromissos financeiros** assumidos **em razão de mútuo**, **contratos**

**de abertura de crédito**, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros, além da assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, que são forma de operação de crédito por equiparação.

Cabe ainda frisar que os contratos celebrados em decorrência dos processos licitatórios para execução das obras ou serviços não se enquadram no conceito de “**obrigação formal preexistente**” em se tratando de operações de crédito, pois são celebrados entre o ente federado e um particular, via de regra, e não existe como se enquadrar este contrato típico de Direito Administrativo como **operação de crédito** ou **transferência voluntária**. Além do mais, o poder público pode optar por executar o serviço de forma direta, como admite o próprio inciso I do art. 6º, da Lei 8.666/93, que “para os fins desta Lei, considera-se, **obra** toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.”

No que se refere ao “**cronograma prefixado**”, cumpre mencionar que a sua utilidade deriva do controle que ele possibilita, evitando-se que alguma obra ou serviço seja iniciada de forma açodada, sem cumprir um planejamento prévio e detalhado.

Superados esses conceitos necessários, passaremos à análise dos efeitos práticos para as liberações de recursos para os Municípios, em consonância com a legislação eleitoral.

## **6. Do prazo para liberação de recursos para os entes do setor público**

Inicialmente, destacamos que a Lei nº 9.504, de 1997, veio a regulamentar, através de **normas gerais**, as eleições em todos os níveis no País. Especificamente ao pleito que irá se realizar em outubro de 2008, que será somente municipal, é necessário que se observe atentamente os comandos legais contidos no art. 73, da citada Lei, que dispõem sobre condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais.

Desta forma, essas regras, que estão previstas no art. 73, da Lei Eleitoral, têm aplicação nessas eleições municipais e sua observância impõe-se a todos os entes federados, salvo a exceção prevista no § 3º do referido artigo. Assim, a União está proibida de efetuar transferências voluntárias não somente aos Municípios, mas também aos Estados, incluindo os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, segundo entendimento consolidado no Parecer AC-12/2004.

Nos termos do que dispõe a Resolução TSE nº 22.578/2007, de 30 de agosto de 2007, que fixa o calendário das eleições municipais de 2008, **a partir do dia 05 de julho a conduta prevista no art. 73, VI, a”, da Lei 9.504/97, está vedada.** Portanto, o dia **04 de julho de 2008** foi o último dia para se efetuar a liberação de recursos sem que as obras ou serviços estivessem em andamento, bem como para se constituir a “obrigação formal preexistente”, por meio da celebração de contratos, convênios ou outros atos assemelhados, que têm por objeto a transferência voluntária de recursos, que segundo o entendimento da AGU e da jurisprudência do TSE, poderá ser realizada no período de três meses que antecedem a eleição, pois é considerada como ajuste prévio.

Em outras palavras, os contratos de financiamento para a formalização de operações de crédito deveriam ter sido assinados até o dia 04 de julho de 2008 e para que sejam efetuadas liberações de recursos durante o período eleitoral, os entes públicos beneficiários deveriam comprovar que as obras ou serviços estavam em andamento, nos termos do item 04 deste trabalho.

Destacamos que se o Parecer AC-12 trabalhasse com a distinção conceitual entre operação de crédito e transferência voluntária não teríamos problemas quanto à realização de operações de crédito, sendo que a única vedação temporal seria a prevista no art. 15, da Resolução nº 43/2001, com a redação dada pela Resolução nº 32/2006, ambas do Senado Federal. Esse assunto será abordado no tópico seguinte.

## **7. Do prazo para contratação de operações de crédito com o setor público**

Quando o Parecer AC 12 foi emitido, no ano de 2004, a Resolução nº 43/2001, do Senado Federal ainda não tinha sofrido alteração no seu art. 15, por intermédio da Resolução nº 32/2006, onde a vedação da contratação de operação de crédito nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao fim do mandato do Chefe do Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município foi reduzida para 120 (cento e vinte) dias. Desta forma, esses prazos eram coincidentes e não despertava grandes divergências.

Com a mudança no prazo limite para contratação de operações de crédito, e aqui apenas operações de crédito no sentido técnico usado pela LRF, houve um descasamento de prazos e é possível se efetuar a contratação destas operações até o início de **setembro de 2008**, enquanto que a legislação eleitoral determina que para a realização da liberação de recursos nos 03 meses que antecedem o pleito, a instrumento jurídico tenha sido formalizado até o dia 04 de julho de 2008.

Aqui merece ser feita outra distinção quanto ao alcance desta norma citada na Resolução, já que a vedação de contratação após 02 de setembro alcança apenas o Chefe

do Poder Executivo que estiver em final de mandato, evitando-se que o seu sucessor seja prejudicado por algum ato de irresponsabilidade fiscal do antecessor, enquanto que a vedação da legislação eleitoral se aplica a todas as esferas administrativas, como já mencionado neste trabalho.

## **8. Do pedido de autorização da AGU para o programa “Caminho da Escola”**

O Advogado Geral da União, usando alguns dos argumentos aqui trabalhados<sup>2</sup>, apresentou ao egrégio Tribunal Superior Eleitoral – TSE um pedido de autorização para que as contratações dos projetos no âmbito do “Programa Caminho da Escola” não fossem alcançadas pela vedação prevista no art. 73, VI, “a, da Lei nº 9.504/97.

Esse pedido foi protocolado no dia 15.07.2008, sendo classificado como PET nº 2853, distribuído ao ilustre Ministro Felix Fischer para relatoria. Neste pedido de autorização (Petição nº 2853), o Advogado Geral da União, argumenta, em apertada síntese, que os financiamentos decorrentes do “Programa Caminho da Escola” não estariam alcançados pela vedação da legislação eleitoral, sustentando que os institutos da transferência voluntária e da operação de crédito não se confundem, não se aplicando, portanto, tal vedação eleitoral.

E alternativamente, sustenta que, caso o Tribunal entenda como aplicável, deve se entender o “Programa Caminho da Escola” como incluído nos casos de ressalva previstos no referido dispositivo legal, inclusive em virtude da necessidade de, com urgência, dar transporte seguro e digno a milhares de crianças e adolescentes.

A relevância deste pedido, que ainda aguarda julgamento por parte da colenda Corte, consiste na possibilidade de se aproveitar os argumentos ali expostos para a revisão do Parecer AC – 12/2004, caso sejam, obviamente, favoráveis. Desta forma, aguardamos o posicionamento do eminente Relator para que possamos ter uma manifestação da Justiça Eleitoral acerca do tema.

## **9. Conclusões finais**

Com base nestas considerações, concluo o presente texto destacando que:

---

<sup>2</sup> Em virtude da importância do tema e por impactar diretamente a atuação do BNDES com o setor público, entramos em contato com a AGU para tentar esclarecer alguns pontos que entendíamos mercedores de reparo e contamos com a preciosa interlocução do Dr. Fernando Luiz Albuquerque Faria, adjunto do Advogado Geral da União, que se mostrou sensível à solução da questão e disposto a buscar uma interpretação mais condizente com o texto legal. Este texto, quando ainda estava sendo esboçado, foi encaminhado à AGU para embasar auxiliar nos argumentos para uma possível mudança do entendimento consignado no Parecer AC-12/2004.

a) não obstante tudo o que foi abordado, para fins de aplicação do art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97, **transferência voluntária e operação de crédito são expressões equivalentes e que gozam do mesmo tratamento**, já que o Parecer AC-12/2004 vincula toda a Administração Federal e é posterior ao Parecer nº GQ – 158/98;

b) o conceito de “obras ou serviços em andamento”, segundo o Parecer AC 12/2004, é o que tolera a possibilidade de obras ou serviços que, conquanto regulares e obedientes ao cronograma estabelecido, **ainda não estejam em andamento fisicamente verificável** na data limite para as transferências voluntárias de que trata o art. 73, VI, “a”, da Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997, alterando entendimento anterior da AGU que exigia o início físico das obras;

c) “obrigações formais preexistentes” é expressão que engloba, além do **convênio** disciplinado pela Lei 8.666./93 e pela Instrução Normativa STN 01/97, o **contrato de repasse**, regulado pelo Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996; o **termo de parceria**, disciplinado pela Lei 9.790, de 23 de março de 1.999, ou qualquer outro acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres destinados aos recursos oriundos de transferências voluntárias, além de todos os outros instrumentos voltados para a celebração de operações de crédito, como os **compromissos financeiros** assumidos **em razão de mútuo**, **contratos de abertura de crédito**, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros, além da assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, que são forma de operação de crédito por equiparação;

d) os contratos de financiamento formalizando operações de crédito, por força da equiparação equivocada dada pelo entendimento do Parecer AC-12/2004, deveriam ser assinados até **o dia 04 de julho e de 2008** e, para que fossem efetuadas liberações de recursos durante o período eleitoral, os entes públicos beneficiários deveriam comprovar que as obras ou serviços estavam em andamento (dentro do criticado conceito utilizado pelo AC 12/2004 e explicitado ao longo deste trabalho) antes desta data;

e) o dia **04 de julho de 2008** foi o último dia para se efetuar a liberação de recursos sem que as obras ou serviços estivessem em andamento, bem como para se constituir a “obrigação formal preexistente”, por meio da celebração de contratos, convênios ou outros atos assemelhados, que tivessem por objeto a transferência voluntária de recursos;

f) com a mudança no prazo limite para contratação de **operações de crédito**, em decorrência da alteração na Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, no seu art. 15, por intermédio da Resolução nº 32/2006, onde a vedação da contratação de operação de crédito

nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao fim do mandato do Chefe do Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município foi reduzida para 120 (cento e vinte), houve um descasamento de prazos e é possível se efetuar a contratação destas operações até o dia **02 de setembro de 2008, desde que seja abandonado o posicionamento utilizado no Parecer AC-12/2004, que iguala essas operações com transferências voluntárias;**

g) as operações de crédito celebrados com os Estados não se sujeitam a nenhuma vedação, exceto a que proíbe a **transferência voluntária de recursos** para os Municípios, nos 03 (três) meses que antecedem o pleito, em desacordo com o art. 73, VI, 'a', da Lei 9.504/97;

h) não podemos, a pretexto de se resguardar o interesse público, adotar uma interpretação do texto legal de forma a inviabilizar a realização de importantes projetos nas áreas de saúde, educação, saneamento básico etc, esquecendo-se que as esferas de responsabilização civil, criminal e administrativa estarão sempre postas à disposição para punir eventuais abusos, onde devemos destacar sempre a atuação combativa e eficaz por parte dos órgãos de controle, como os Tribunais de Conta e Controladoria Geral da União – CGU, além do próprio Ministério Público;

i) com a recente consulta formulada ao egrégio TSE pela AGU, onde o ponto nevrálgico consiste na distinção entre operação de crédito e transferência voluntária, espera-se que o Tribunal atente para esta importante questão conceitual, pois, como bem salienta a frase do notável mestre italiano Francesco Carnelutti, “o Direito é uma ciência de nomes”;

j) com base neste pronunciamento favorável do egrégio TSE, esperamos, por derradeiro, que a AGU possa ter os fundamentos necessários para rever o posicionamento exposto no AC-12, dando mais segurança para a atuação dos administradores em importantes projetos, que não podem simplesmente ser paralisados pela constante desconfiança que recai sobre os ombros desses homens públicos, que em muitos casos, não sem razão; e

k) temos esperança que a realização das eleições municipais que se aproximam seja motivo de comemoração da Democracia em nosso país e que sirva para a inauguração de uma nova fase, onde o trato com a coisa pública deixe de ser instrumento para favorecimento e interesses escusos de alguns e vergonha e descrédito para a maioria, que deixou de acreditar no exercício da soberania popular através do sufrágio universal e do voto periódico, direto e secreto, com igual valor para todos, esquecendo-se que todo poder emana do povo e que em seu nome é (“deve ser”) exercido.

## 10. Referências

BRASIL. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 19 jan. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Paulo Capitânio. São Paulo: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. **Metodologia do direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2005.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.