

A PUBLICIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM ANO ELEITORAL

Flávia Della Coletta Depiné¹

1. Introdução; 2. O alcance do disposto no §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504 de 1997; 3. A natureza jurídica das Organizações Sociais; 4. A infração do art. 73, inciso VI, b, da Lei nº 9.504/97: requisitos para configuração; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

No presente artigo pretende-se lançar olhar à vedação constante no artigo 73, inciso VI, b, da Lei nº 9.504 de 1997 – consubstanciada na proibição de autorização, nos três meses que antecedem o pleito, de publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta – com intuito de delimitar o âmbito de incidência da referida norma proibitiva no que concerne à publicidade dos serviços prestados por organizações sociais.

Propõe-se, sem pretender esgotar a matéria, examinar o alcance do conceito de agente público constante do §1º do artigo 73 da referida lei e a natureza jurídica das organizações sociais, o que se fará esquadrinhando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial na questão.

A partir das conclusões alcançadas intenta-se analisar os elementos constantes do tipo normativo, a fim de classificar cada um desses para enfim concluir se à luz da referida legislação há vedação eleitoral que impeça a divulgação, no período crítico, dos serviços prestados pelas organizações sociais.

1 Procuradora do Estado, mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e graduada pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná.

2. O alcance do disposto no §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97

O preceito cujo alcance pretende-se examinar está assim vazado:

§1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, 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 direta, indireta, ou fundacional.

A norma está inserta no capítulo da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, denominada Lei Eleitoral, destinado a disciplinar as condutas vedadas aos agentes públicos que, nos termos da Lei, são *tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre os candidatos nos pleitos eleitorais*.

O bem jurídico que as normas proibitivas pretendem preservar é a legitimidade do processo eleitoral, considerado aquele hábil a assegurar o pleno exercício da soberania popular que se dá por intermédio da livre manifestação da vontade do povo nas urnas, pedra angular da democracia.

Há que se ressaltar que a legitimidade das eleições é princípio inscrito no artigo 14, §9º, da CF. [...] a observância do procedimento legal que regula as eleições é extremamente relevante para a legitimidade dos governantes. Ele deve ser observado com isenção, de sorte a proporcionar as mesmas oportunidades a todos os participantes do certame. Tal procedimento é objeto do Direito Eleitoral.²

Nesse sentido, a preservação da igualdade de oportunidades entre os candidatos tem por finalidade garantir a lisura do processo de escolha popular, impedindo que agentes públicos, por meio da utilização abusiva das prerrogativas de seus cargos, empregos ou funções, interfiram nesse processo a favor de candidato ou partido político.

As vedações constantes dos incisos e parágrafos do artigo 73 dizem respeito, em sua maioria, à utilização de recursos públicos – imóveis públicos, materiais ou serviços custeados pelo Estado, cessão de servidores, incremento de publicidade e concessão de aumento remuneratório a servidores –; por essa razão, o §1º do artigo 73 inegavelmente atribui conotação ampla ao signo linguístico *agente público*.

Percebe-se da natureza das vedações que o intuito do legislador foi o de impedir a utilização de recursos públicos em prol de candidatura ou partido político, garantindo-se legitimidade ao processo eleitoral e respeito aos princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa.

2 José Jairo Gomes. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

A utilização de verbas públicas para fins eleitorais não prescinde, em regra, da presença de um gestor público, razão porque a Lei atribui enfoque à figura dos agentes públicos, ordinariamente gestores de recursos públicos.

Para a legislação eleitoral, portanto, o conceito de agente público não se confunde com o de servidor ou empregado público, sendo inegavelmente mais amplo. Nesse sentido cita-se:

Tendo em vista que a preocupação precípua do legislador está em manter a lisura do processo eleitoral, foi adotada pelo artigo 73, especificamente em seu § 1º, uma abrangente definição de agente público, estando também inseridos neste conceito aqueles que exercem função transitória ou que até mesmo não recebem remuneração. O vínculo ou a investidura pode se dar em razão de eleição, designação, nomeação, contratação ou qualquer outra forma prevista em lei, estando assim abrangidos servidores efetivos ou comissionados de um modo geral e os agentes políticos de qualquer esfera.³

Parece claro que para efeitos da legislação eleitoral é considerado agente público aquele que, mesmo de forma transitória e sem remuneração, exerce alguma atividade pública que, inclusive, não precisa ser remunerada. Cita-se, nesse sentido, o entendimento de Pedro Roberto Decomain:⁴

De acordo com o § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, “reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, 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 direta, indireta, ou fundacional”.

Esse conceito de agente público é bem amplo e compreende toda e qualquer pessoa que realize uma tarefa inerente ao poder público ou dela participe, qualquer que seja o vínculo existente entre essa pessoa e a administração pública em sentido amplo, qualquer que seja a forma de remuneração a que essa pessoa tenha direito, e mesmo que seu trabalho não seja remunerado. Por agentes públicos devem ser entendidos, diz a regra, todos os servidores e empregados da administração pública direta, isto é, do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou do Tribunal de Contas, e também todos os servidores e empregados da administração pública indireta, isto é, das autarquias, das empresas públi-

3 Revista Jurídica 9 de julho, Temas de Direito eleitoral, Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. São Paulo, agosto de 2010, CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS-COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 73 A 78 DA LEI Nº 9.504/1997. Iris Kammer.

4 *Condutas vedadas aos agentes públicos*, Resenha Eleitoral – Nova Série, v. 7, n. 2 (jul/dez 2000). Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 17/06/2014.

cas e das sociedades de economia mista quer sejam criadas pelo governo federal, quer pelos governos estaduais, quer pelos municípios. Também todos os detentores de mandatos eletivos são considerados agentes públicos, para os fins dessa lei.

Assim, exemplificando, são considerados agentes públicos o presidente da República, os governadores dos Estados ou do Distrito Federal os prefeitos municipais, o vice-presidente da República, os vice-governadores dos Estados e do Distrito Federal, os vice-prefeitos, os ministros de Estado, os secretários de Estado e do Distrito Federal, os secretários municipais, todos os funcionários públicos em sentido estrito, quer ocupem cargos de provimento efetivo, quer cargos de provimento em comissão, quer sejam do governo federal quer dos governos estaduais ou do Distrito Federal, quer dos governos municipais, e de quaisquer dos seus poderes, assim como dos Tribunais de Contas e dos Ministérios Públicos. Também são agentes públicos, para os fins dessa lei, todos os servidores das autarquias, qualquer que seja o seu regime jurídico, e todos os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. São agentes públicos ainda, para os fins dessa lei, todos os servidores ou empregados das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público, ainda que essas fundações tenham caráter de direito privado. Devem ainda ser considerados agentes públicos para os fins dessa lei, os integrantes de todos os conselhos de governo, quer federais, quer estaduais, do Distrito Federal, ou municipais, mesmo que não sejam servidores ou empregados públicos em sentido estrito. Isso compreende, por exemplo, os integrantes dos Conselhos de Educação, de Saúde, de Entorpecentes, dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Conselho Penitenciário, e dos Conselhos Tutelares dos municípios. Enfim, qualquer pessoa que, mesmo transitoriamente, isto é, temporariamente ou sem remuneração exerça uma atividade pública, é considerada agente público para os fins previstos nessa lei.

Esse conceito de agente público é semelhante àquele contido no art. 327 do Código Penal e, como se viu, a natureza do cargo, emprego ou função, e o modo de investidura do agente público, assim como a duração dessa investidura e a existência ou inexistência de remuneração, são irrelevantes para a caracterização do agente público, para os fins previstos no art. 73 da lei.

As Advocacias Públicas, nas “Cartilhas de Orientação aos Agentes Públicos” veiculadas às respectivas administrações, têm adotado conceito bastante amplo de agente público, como o abraçado pela Advocacia Geral da União, *verbis*:

De acordo com § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997:

“Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, 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 direta, indireta ou fundacional.”

Verifica-se que a definição dada pela Lei é a mais ampla possível, de forma que estão compreendidos:

- os agentes políticos (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos Vices, Ministros de Estado, Secretários, Senadores, Deputados federais e estaduais, Vereadores etc.);
- os servidores titulares de cargos públicos ou empregados, sujeitos ao regime estatutário ou celetista, em órgão ou entidade pública (autarquias e fundações), empresa pública ou sociedade de economia mista;
- as pessoas requisitadas para prestação de atividade pública (p. ex.: membro de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc.);
- os gestores de negócios públicos;
- os estagiários;
- os que se vinculam contratualmente com o Poder Público (prestadores terceirizados de serviço, concessionários ou permissionários de serviços públicos e delegados de função ou ofício público).⁵

O mesmo conceito amplíssimo de agente público, que abarca inclusive os prestadores de serviços à Administração, é adotado, por exemplo, na Cartilha Eleitoral veiculada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, da qual se destaca:

De acordo com § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, agente público é *“quem exerce, 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 direta, indireta ou fundacional.”*

De acordo com o Direito Administrativo, agente público não é apenas o servidor ou empregado público, nos conceitos tradicionais, mas qualquer pessoa com alguma relação com a Administração Pública Direta ou Indireta. Isso abrange desde os cargos eletivos, cargos em comissão, servidores temporários e estagiários até o voluntariado atuante em causas sociais ou humanitárias, incluindo os terceirizados e concessionários de serviços públicos.

5 Conduas vedadas aos agentes públicos federais em eleições. Advocacia-Geral da União, Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Centro de Ética Pública da Presidência da República, Comissão de Ética Pública da Presidência da República, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/media/cartilha-eleicoes-2014.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013. No mesmo sentido: Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe, Gabinete do Procurador Geral. Disponível em: <<http://www.pge.se.gov.br/wp-content/uploads/2014/03CARTILHA-ORIENTAÇÃO-G>>. Acesso em: 17.06.2014.

Em suma, estão compreendidos como agentes públicos para fins eleitorais:

- os agentes políticos (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos Vices, Ministros de Estado, Secretários, Senadores, Deputados federais e estaduais, Vereadores etc.);
- os servidores titulares de cargos públicos ou empregados, sujeitos ao regime estatutário ou celetista, em órgão ou entidade pública (autarquias e fundações), empresa pública ou sociedade de economia mista;
- as pessoas requisitadas para prestação de atividade pública (p. ex.: membro de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc.);
- os gestores de negócios públicos;
- os estagiários;
- os que se vinculam contratualmente com o Poder Público (prestadores terceirizados de serviço, concessionários ou permissionários de serviços públicos e delegados de função ou ofício público).⁶

Evidencia-se, portanto, que o conceito de agente público adotado estritamente para fins eleitorais é amplíssimo e, nesse sentido, não exclui os **responsáveis** pelas Organizações Sociais, na condição de *gestores de recursos públicos*.

A assertiva não significa assentir que **todos** os empregados de empresas terceirizadas da Administração Pública, de concessionárias e permissionárias de serviços públicos e de entidades do terceiro setor, como, por exemplo, as organizações sociais, são agentes públicos para fins eleitorais.

A despeito de signo linguístico *agente público* ter inegavelmente sido empregado de forma ampla no dispositivo em análise, parece não autorizar conclusão segundo a qual qualquer funcionário de empresa contratada pelo Poder Público, independentemente de sua atribuição e grau de responsabilidade, é reputado agente público para os fins da Lei Eleitoral, em especial, para efeito da incidência das vedações constantes dos incisos e parágrafos do artigo 73 da referida Lei.

Nesse sentido, cita-se entendimento de Adriano Soares da Costa:

O preceito dá uma conotação bem larga ao signo *agente público*, acompanhando todos os que possuem um vínculo de trabalho com a Administração Pública – Direta, Indireta e Fundacional -, independentemente de re-

6 Conduas vedadas aos agentes públicos. Tribunal Regional de Sergipe. Disponível em: <<http://tre-se.jus.br/publicacoes/cartilhas/cartilha-de-condutas-vedadas-aos-agentes>>. Acesso em: 17/06/2013.

muneração e forma de ingresso. Se alguém presta individual e diretamente serviços ao órgão público, será considerado agente público para os efeitos da Lei. Não assim se presta serviço em decorrência de contrato de terceirização, porque seu vínculo seria com a empresa contratada e não com a Administração. Por isso, se um vigia é contratado diretamente, através de um contrato temporário de prestação de serviços, será reputado agente público; se for, doutra banda, contratado através de uma empresa de vigilância, não o será. Não sendo assim interpretado tal preceito, haveremos de lhe dar um elastério demasiado, apanhando todos os funcionários de empresas que prestam serviços concedidos, ou permitidos, pela Administração. Logo, o pedreiro ou o engenheiro, que sejam funcionários de uma empreiteira construtora de obra pública, seriam reputados agentes públicos, causando um mistifório reprochável.⁷

Concorda-se com o entendimento adotado pelo supratranscrito autor, no sentido de que a definição legal de agente público para fins eleitorais não engloba *todos os funcionários de empresas que prestam serviços concedidos, ou permitidos, pela Administração*. Utilizando-se o exemplo do próprio autor, um engenheiro ou pedreiro contratado por uma empreiteira de obra pública não é reputado agente público para fins eleitorais, isso porque além de não manter vínculo de qualquer natureza com a Administração Pública Direita ou Indireta, mas com a empresa contratada pela Administração, não é *gestor de recursos públicos*.

Diferente, no entanto, é a situação dos administradores das empresas que prestam serviços concedidos ou permitidos ao Poder Público e entidades do terceiros setor. Estes mantêm vínculo com a Administração, nos termos do que, estabelece o §1º do artigo 73 da Lei 9.504/97, para fins eleitorais. Acresce-se, ainda, que, no caso dos responsáveis por Organizações Sociais, inegavelmente gerem recursos públicos.

Conclui-se, portanto, que os responsáveis por organizações sociais estão compreendidos na definição de agente público de que cuida o §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97. Por retratar o entendimento abraçado, cita-se trecho do voto do relator, proferido no agravo interposto nos autos de representação eleitoral nº 427:

“Sem razão a alegação de ilegitimidade passiva formulada pelas entidades representadas. O §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 dispõe:

‘§1º *Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, 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 direta, indireta, ou fundacional*’.

⁷ *Instituição de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 591.

Para o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, “a expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda que o façam apenas ocasional ou episodicamente” (Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 175).

Seguindo ainda a concepção da ampla maioria da doutrina, as entidades representadas se enquadram no chamado “Serviço Social Autônomo”, ou seja, são entes que exercem atividades de cooperação com o Poder Público, do gênero paraestatal, estando ao lado do Estado e sob seu amparo. Para sua manutenção, arrecadam e se utilizam de contribuições parafiscais ou dotações orçamentárias, estando vinculados a um órgão estatal relacionado com suas atividades, com o fim de controle finalístico e prestação de contas dos recursos públicos recebidos para sua manutenção.

Diante disso, **enquadram-se os responsáveis pelas requeridas na qualificação de agentes públicos não só pela natureza das atividades que exercem, mas também por se utilizarem de recursos públicos para sua manutenção.**⁸ (destaque não constante do original)

Do exposto, conclui-se que o conceito de agente público empregado no §1º do art. 73 da Lei Eleitoral alcança os responsáveis por organizações sociais, que são agentes públicos para os efeitos da norma, considerando que referidas instituições recebem do Estado, a título de incentivo às suas atividades, recursos públicos.

3. A natureza jurídica das Organizações Sociais

É fato que as organizações sociais **não** integram a Administração Pública direta ou indireta do Estado (*sentido lato*). A doutrina as classifica como paraestatais:

“Celso Antônio Bandeira de Mello define as paraestatais como “sujeitos não estatais, isto é, de direito privado, que em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivos seus”. “Maria Sylvania aduz que, neste sentido, podem ser incluídas como entidades paralelas ao Estado as organizações sociais, as organizações de sociedade civil de interesse público, os serviços sociais autônomos e as fundações de apoio”.⁹

8 Acórdão 26243, AI nos autos de representação nº 427, TER-Paraná.

9 Rita Tourinho, *Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas*. In: Nova organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira (Coord. Paulo Modesto). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 328.

“A *Organização Social (OS)*, criada pela Lei nº 9.637/98, pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.”

[...]

“Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições como sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública. Não se trata do exercício de atividade delegada, mas sim de atividade privada com incentivo do Poder Público”.¹⁰

José Eduardo Sabo Paes, ao cuidar das Organizações Sociais e das relações jurídicas que referidos entes travam com a Administração Pública, explicita:

*Trata-se de uma verdadeira parceria entre o Estado e a sociedade. A organização social, entretanto, como antes explicitado, não é delegatária de serviço público (não atual sob concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), ou seja, não estará exercendo atividades públicas em nome do Estado, sob regime de direito público, **mas atividades privadas, em seu próprio nome, com incentivo do Estado, manifestado na transferência de recursos públicos, permissão de uso de bens públicos etc.***¹¹

O supracitado autor conclui que “as organizações sociais objetivam ser um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, mas não constituem uma nova pessoa jurídica; inserem-se no âmbito das pessoas jurídicas já existentes sob a forma de fundações, associações civis e sociedades civis, todas sem fins lucrativos. **Portanto elas estão fora da Administração Pública, pois são pessoas de direito privado.**”¹²

No voto proferido no Julgamento da ADI nº 1923-5, o Ministro Luiz Fux explicita que a decisão pelo contrato de gestão significa “o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados”.

Não há dúvida que as Organizações Sociais não estão incluídas no rol das pessoas jurídicas que compõe a Administração Pública. Revestem-se da condição de paraestatais, não integrantes da administração pública indireta tampouco direta.

10 Op. cit., p. 328.

11 *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 628.

12 Op. cit., p. 628.

4. A infração do art. 73, inciso VI, b, da Lei nº 9.504/97: requisitos para configuração

A premissa adotada de que os responsáveis pelas organizações sociais, na condição de gestores de recursos públicos, integram, para fins eleitorais, o conceito de agentes públicos trazido pelo §1º do artigo 73 da Lei Eleitoral de forma nenhuma significa afirmar que a publicidade dos serviços e atividades empreendidas por Organizações Sociais¹³ constitui publicidade institucional, vedada pelo inciso VI, “b”, do artigo 73 da Lei federal nº 9.504, de 30/09/97.¹⁴

Nesse sentido, a norma pune, durante o período de vedação, a veiculação de **publicidade institucional dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta.**

13 Não se adentrará na discussão doutrinária quanto à natureza jurídica das atividades empreendidas pelas organizações sociais por escapar a finalidade das presentes notas. Menciona-se apenas que a questão é espinhosa e ainda não está pacificada, havendo os que as consideram como serviço público, independentemente de não serem prestadas diretamente pelo Estado (preponderando o perfil material das atividades), os que as entendem como atividade econômica em sentido estrito (prevalecendo o perfil subjetivo para definição do regime jurídico) e os que as definem como atividade econômica de interesse público (sujeitas a regulação mais intensa que as atividades econômicas em sentido estrito e menos intensa que os serviços públicos). Referida polêmica doutrinária encontra-se refletiva nos votos já proferidos pelos Ministros do STF no julgamento do mérito da ADI 1923-5 (ainda não concluído):

Primeiros votos. Voto Ministro Ayres Britto. O relator, Ministro Ayres Britto, com notável percuciência no exame da questão, apresenta na fase inicial de seu voto consideração a respeito da natureza dos serviços públicos, destacando a existência de serviços públicos de titularidade estatal exclusiva e os de titularidade mistamente pública e privadas, que são as atividades da saúde, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que inclusive, podem ser titularizadas por toda a qualquer pessoa federada. Evidenciando que “se prestadas pelo Setor Público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, obvio que são atividades privadas, porém **sob o timbre da relevância pública**” (negrito no original)

Voto Min. Luiz Fux:

As Organizações Sociais “não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do artigo 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de *fomento, de incentivo* a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”.

“a finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da administração pública para as entidades privadas, após a celebração do contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento consensual que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da consensualidade e pela participação dos administrados”. A decisão pelo contrato de gestão significa “o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados”. (José Eduardo Sabo Paes, *ob. cit.*, p. 641-649).

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

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade eleitoral dos atos, programas, obras e serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

Os conceitos de órgãos públicos e entidades da administração indireta compõem a tipologia da norma proibitiva. Assim, para que a conduta possa ser tida por vedada, nos termos da norma em análise, precisa atender à sua tipologia, que exige a veiculação, no período vedado, de publicidade institucional, que compreende a de utilidade pública,¹⁵ dos atos, programas, obras, serviços e campanhas **dos** órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta.

Nesse sentido, as ações de publicidade e propaganda **das** organizações sociais, **de seus programas e serviços**, qualquer que seja a sua natureza jurídica – serviço público, atividade econômica em sentido estrito, atividade econômica de interesse público – inequivocamente escapam à tipologia da supracitada norma. Cuidando-se de norma proibitiva, não comporta exegese ampliativa, em razão do princípio da tipicidade, corolário do princípio da estrita legalidade e do princípio da segurança jurídica.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral adota entendimento segundo o qual para incidência da vedação basta a prática da conduta proibida. Nessa ordem de ideias, não há necessidade de se perquirir a sua potencialidade¹⁶ para determinar ou interferir no resultado do pleito, razão pela qual a conduta deve corresponder exatamente à hipótese de incidência do ilícito eleitoral para ser tida como vedada. Nesse sentido é o entendimento de Adriano Soares da Costa:

Para essa interpretação [aqui o autor está a se referir à interpretação conferida pelo TSE a matéria], as normas seriam rígidas pouco importando se o ato teria potencialidade para afetar o resultado do pleito, incidindo com

15 A interpretação dada ao texto de lei pela jurisprudência eleitoral exclui do conceito de publicidade institucional a divulgação dos atos oficiais.

Nos termos da própria lei excetuam-se: (a) a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e (b) a publicidade oficial em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. *Mesmo nesses dois casos – nas exceções- não poderá haver veiculação de mensagem tendente a beneficiar candidato à reeleição ou ligados ao governo, fugindo à finalidade legal*; a publicidade institucional e de interesse público encontra limites – positivos e negativos - no artigo 37, §1º, da CF. (Adriano Soares da Costa, ob. cit., p. 587). A publicidade institucional deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social e não deve conter símbolos e imagens que possam estabelecer conexão entre os agentes públicos e o objeto divulgado; é dizer, é proibida a promoção pessoal de agentes públicos por meio de publicidade institucional.

16 A potencialidade não importa para fins de incidência das normas sobre condutas vedadas aos agentes públicos. Não é elemento do tipo; é dizer, do suporte fático para configuração do fato ilícito. De forma oposita ocorre no ilícito abuso de poder econômico ou político, nestes é preciso analisar a potencialidade da conduta para constatar a incidência da norma.

A potencialidade da conduta interfere na eficácia das normas sobre condutas vedadas, porquanto os Tribunais a consideram na gradação e quantificação das sanções.

Para fixação das sanções a jurisprudência eleitoral tem analisado o caso concreto à luz da ponderação quanto à gravidade e repercussão do ato para interferir no resultado do pleito. A sanção de cassação do registro de candidatura ou do diploma somente é aplicada nos casos de maior gravidade onde reste cabalmente demonstrada a lesividade da conduta para a normalidade das eleições.

a consumação da hipótese descrita. As chamadas condutas vedadas presumir-se-iam comprometendo a igualdade na competição, pela só comprovação na prática do ato. **Sendo assim, é de exigir-se a objetiva e prévia descrição do tipo, de modo que a conduta deva corresponder à bitola da descrição do ato ilícito.** (destaquei)

4. As normas introduzidas pelas hipóteses de incidência do art. 73 da Lei das Eleições estão estruturadas tipologicamente. São tipos fechados de legalidade estrita, que não admitem interpretação extensiva nem analogia, sendo aplicadas na forma do tudo ou nada (*all our nothing*), conforme expressão de Dworkin.¹⁷

Adota-se, portanto, o entendimento segundo o qual as hipóteses de conduta vedada são de legalidade estrita, isso também em razão do posicionamento que prevalece na doutrina e na jurisprudência eleitoral segundo o qual *basta que ocorram as condutas descritas e a norma incide fazendo nascer o fato ilícito eleitoral*.¹⁸

Em igual sentido: “[...] 7. *Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação registro ou de diploma*”.¹⁹

De outro lado, a exigência de que restem provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para sua configuração e imputação atende à preocupação de outra ordem: a de não tornar a Justiça Eleitoral de tal forma intervencionista que impeça o desenvolvimento normal das funções atribuídas aos agentes públicos.

É preciso ter em mente que o exercício de função consubstancia-se no cumprimento de típico dever, que não pode ser obstado a não ser nas estritas hipóteses em que a lei assim o determine. Cita-se: “[...] 2. *A intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções*”.²⁰

A partir da premissa fixada, forçoso reconhecer que as ações de publicidade dos serviços e atividades das organizações sociais não sofrem os influxos da legislação eleitoral, no que se refere à limitação temporal para veiculação de realização de publicidade institucional, já que não se configura, na hipótese, publicidade

17 Op. cit., p. 580.

18 Adriano Soares Costas, op. cit., p. 581.

19 AG5.817/PA, rel. Min. Caputo Bastos, DJ – Diário da Justiça, Volume I, 16/05/2005, p. 172; RESPE 24.864/SP, rel. Min. Luis Carlos Madeira, DJ – Diário de Justiça, data 28/10/2005, p. 136).

20 ARESPE 24.989/RN, rel. Min. Caputo Bastos – DJ – Diário de Justiça, Volume I, 26.8.05, p. 174.

institucional de que cuida a lei eleitoral. Pelas mesmas razões, não estão limitadas pelo quanto disposto no inciso VII do artigo 73, que restringe as despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais e das respectivas entidades da administração indireta.

Cabe ressaltar, no entanto, que referidas entidades **não** podem ser utilizadas como forma de burlar as restrições eleitorais. Nessa ordem de ideias, qualquer publicidade, propaganda ou divulgação levada a efeito por organização social não deve fazer referência aos governos, tampouco às autoridades públicas que o compõem, mesmo que de forma subliminar. Essa prática distorcida torna patente o desvio de finalidade e pode configurar não somente a conduta vedada pelo artigo 73 da Lei Eleitoral como também abuso de poder econômico e político, ensejando, até mesmo, a cassação do registro do candidato beneficiado.

Nessa linha de raciocínio, menciona-se acórdão do Tribunal Superior Eleitoral tirado do REE nº 28.395-PE, que se refere, entre outras questões, à conduta vedada pelo inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504, de 30/0997 – contratação de pessoal em período vedado –, que teria sido praticada por prefeito, candidato a reeleição, utilizando-se de Organização Social Civil de Interesse Público – OSCIP. Cuida-se de típico exemplo de condenação decorrente do reconhecimento de simulação. Cita-se trecho extraído do acórdão:

O recorrente aduz, ainda, que a condenação por abuso de poder econômico resultou de mero juízo de presunção do TER/PE, pois não existiria prova da contratação de servidores públicos em período vedado, ou indicação do nome das pessoas contratadas, nem a forma de contratação. Ademais, os beneficiários não poderiam ser considerados servidores públicos, pois a supostas contratações teriam sido realizadas por meio de Organização Social Civil de Interesse Público – OSCIP.

Contudo, o TER/PE é claro ao verificar a ocorrência do abuso de poder econômico, tendo como fundamento prova pericial revelada pela auditoria do Tribunal de Contas do Estado. Veja-se o que o acórdão regional consignou às fls. 1228, 1229, 1236 e 1237”:

“[...]”

Falo agora do terceiro fato – quanto a ele estou a referir-me à alegação de que teria havido contratação e demissão de servidor no período vedado em lei, fato que se tornou possível em face da atuação de OSCIP, anoto que a Auditoria do Tribunal de Contas do Estado, por conduto de pronunciamento do Auditor-Geral Luiz Arcoverde Cavalcanti, (destaque no original)

[...] *chama a atenção*, na lista acima, o fato de que as despesas com diárias e

ajuda de custo aumentaram substancialmente no período que antecedeu às eleições municipais realizadas em outubro de 2004, os pagamentos feitos a pseudo-voluntários nos meses de setembro, outubro e novembro foram superiores a cem mil reais, caindo em dezembro, após as eleições para apenas R\$ 64.657,00 dando margem a suspeita de que a OSCIP foi utilizada durante o período eleitoral para captação de votos.

[...]

Com relação a essa utilização de organização social civil de interesse público para contratação de pessoal, a coisa ficou mais clara, porque, segundo a auditoria do Tribunal de Contas houve, durante o período da eleição, um incremento dessa verba – inclusive está sublinhado – e que, nos meses de setembro e novembro, o volume carregado para essas contratações subiu para cem mil reais e em dezembro caiu para o patamar de R\$ 64.657,00”.

Atente-se, ainda, para o quanto disposto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90,²¹ que veicula vedação de caráter amplo e genérico (tipo aberto, na terminologia jurídica), dirigida aos agentes públicos, que, conforme entendimento abraçado, alcança os responsáveis pelas Organizações Sociais.

Nessa ordem de ideias, cita-se trecho extraído do Parecer PA nº 88/2010:²²

8 – O limite entre a atividade administrativa normal e o ilícito abuso de recursos públicos é tênue e não foi estabelecido pela legislação em termos claros. Há recomendação dos tribunais quanto à “máxima prudência em ano eleitoral” (TER/MS) e no sentido de que os agentes públicos e todos os candidatos devem precaver-se (TSE, RCED 698/TO), sendo que o artigo 73 não exige finalidade eleitoral e admite-se suficiente a potencialidade do dano para relativizar a licitude de atos, verificação que há de ser feita em cada caso concreto e, se comprovada, ensejará a responsabilização dos envolvidos mesmo nas hipóteses excepcionadas.

5. Conclusão

A partir do estudo da doutrina e da jurisprudência eleitoral alcança-se o entendimento segundo o qual os administradores de organizações sociais, na

21 Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir a abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político, obedecido o seguinte rito:

22 De lavra da brilhante, saudosa e inestimável Procuradora Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi.

condição de gestores de recursos públicos, estão compreendidos pelo conceito de agente público empregado pelo §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

As organizações sociais não integram a Administração Pública direta ou indireta do Estado, podendo ser classificadas como paraestatais; é dizer, como entidades que atuam ao lado do Estado, ou seja, *sujeitos não estatais, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivos seus.*

Em razão da tipologia da norma do artigo 73, VI, b, da Lei Eleitoral, que interdita, nos três meses que antecedem o pleito, a autorização de *publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas **dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta***, não estão compreendidas na referida vedação a publicidade das atividades e serviços prestados por organizações sociais.

As normas do artigo 73, incisos e parágrafos, são tipos fechados de legalidade estrita, que não admitem interpretação extensiva nem recurso à analogia, não só em razão do princípio da estrita legalidade que disciplina o direito sancionador, mas também por serem os ilícitos compreendidos pela doutrina e jurisprudência como de mera conduta, que prescindem, para sua configuração, do elemento subjetivo do tipo, aqui considerado a potencialidade lesiva da conduta, ou seja, a capacidade de interferir no processo eleitoral, na livre escolha do eleitor.

Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição pela só comprovação da prática do ato. Exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente.

Para que a norma (art. 73, VI, b) incida é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral. Nessa ordem de ideias, escapa à tipologia da norma a publicidade levada a efeito por organização social, que não se constitui em órgão público tampouco em pessoa jurídica integrante da administração indireta do Estado.

Nada obstante, referidas instituições não podem ser utilizadas para burlar as vedações eleitorais. Assim, o seu uso, por qualquer forma dissimulada, poderá configurar a incidência do dispositivo normativo, em razão da configuração do vício de finalidade.

6. Referências bibliográficas

- Adriano Soares da Costa. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Advocacia Geral da União, Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Centro de Ética Pública da Presidência da República, Comissão de Ética Pública da Presidência da República, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/media/cartilha-eleicoes-2014.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013.
- Iris Kammer. Revista Jurídica 9 de julho, Temas de Direito eleitoral, Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. São Paulo, agosto de 2010, CONDUtas VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS – COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 73 A 78 DA LEI Nº 9.504/1997.
- José Eduardo Sabo Paes. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- Pedro Roberto Decomain. *Condutas vedadas aos agentes públicos*, Resenha Eleitoral – Nova Série, v. 7, n 2 (jul./dez. 2000). Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 17/06/2014.
- Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe, Gabinete do Procurador-Geral. Disponível em: <<http://www.pge.se.gov.br/wp-content/uploads/2014/03CARTILHA-ORIENTAÇÃO-G>>. Acesso em: 17/06/2014.
- Rita Tourinho, *Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas* In: Nova organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira (Coord. Paulo Modesto). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.