
PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL

Juiz Federal: André Lenart
Processo: 2006.51.01.016731-6
Autor: Estado do Rio de Janeiro
Réu: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -BNDES

DECISÃO

1. RELATÓRIO

Nos autos deste procedimento comum de rito ordinário, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO busca provisão de urgência que obrigue o BANCO NACIONAL DE DESNEVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES, a firmar “*instrumento contratual relativo ao financiamento pleiteado para a conclusão e expansão da Linha 1, no trecho denominado Lote 2, compreendido entre o final da Zona de Manobras de Trens da Estação Cantagalo, até a Estação General Osório*”. Para tanto, eis o que sustenta:

a) em 08 de junho, o RÉU aprovou pedido de financiamento destinado à expansão e à conclusão da Linha 1, no trecho Lote 2 – entre as estações de Cantagalo e General Osório. Por meio dos Ofícios 4.077/06 e 4.139/06-COPEM/STN, a Secretaria do Tesouro Nacional – órgão por cujo crivo o pleito teve de passar, em seguida (arts. 21 e 31 da Res. 43/01 do Senado Federal c/c o art. 52, VII, da Constituição da República) – condicionou a análise do financiamento ao cumprimento de certas exigências, às quais o AUTOR se opôs, por descabidas. A Secretaria aceitou as objeções e autorizou a contratação da operação de crédito, dando ciência às partes (Ofício 4.662/06-COPEM/STN, de 13.07). O RÉU, no entanto, recusou-se a dar seguimento à operação, invocando o art. 73, VI, a da Lei n. 9.504/97, que vedaria essa operação no trimestre que antecede ao pleito eleitoral. Instado à reconsideração, manteve-se o RÉU em “postura passiva”, forçando o AUTOR às vias judiciais, uma vez que, por força da Resolução senatorial n.32/06, estão proibidas as operações de crédito, nos 120 dias anteriores ao término do mandato do Chefe do Poder Executivo do Estado.

b) a omissão do BNDES seria apenas mais um capítulo de uma “*longa sucessão de atos praticados na esfera federal contra o Estado do Rio de Janeiro, por motivações políticas inconfessáveis e que não guardam qualquer vinculação com a satisfação do interesse público*”. Mostra disso seria a inscrição do AUTOR no Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público – CADIP, declarada irregular em liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, referendada pelo plenário do STF (AC 231-1), com a ordem de exclusão da receita prevista no art. 82, §1º, ADCT (Fundo de Combate à Pobreza) da base de cálculo estabelecida pela Lei n. 9.496/97, que trata do refinanciamento das dívidas do Estado com a União; a insistência dos órgãos federais em desconsiderar o abatimento da receita líquida real, dando ensejo à Reclamação n. 3.281-7, com liminar deferida pelo relator (DJ 30.05.2005). Não foi suficiente para “*conter a postura revanchista e temerária do Governo Federal, tanto que, embora estivesse o Estado do Rio de Janeiro honrando as prestações atinentes a financiamentos*

renegociados com o BNDES, que as recebia sem (...) ressalva, ainda assim houve bloqueio de repasse de verbas do referido banco ao ente estadual, com o aval da própria Secretaria do Tesouro Nacional". Daí as inúmeras ordens proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, na ACO n. 720-9, a fim de compelir os agentes e órgãos federais à observância da determinação judicial.

c) para fugir ao compromisso de financiar as obras já licitadas do metrô, o RÉU agora se reporta à redação do art. 73, VI, a da Lei n. 9.504/97, que veda as transferências voluntárias de recursos da União aos Estados e Municípios, sob pena nulidade de pleno direito, nos três meses que antecederem ao pleito. Ocorre que o financiamento constituiria uma modalidade de *operação de crédito* – já que o numerário retornará ao banco mutuante, com capital remunerado –, e não de *transferência voluntária* – consistente na entrega de recursos correntes ou de capital, a título de cooperação, auxílio ou assistência (art. 25, LC 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal). A distinção seria tão perceptível, que inúmeros textos legais fazem menção a ambas separadamente e as disciplinam “sob regimes diversos”: 1) o art. 167, X, da Constituição, que proíbe as *transferências voluntárias* e as *operações de crédito*, dos níveis federativos superiores aos inferiores, para pagamento de despesas de pessoal; 2) o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.496/97, que afirma não estarem incluídas no conceito de “receita líquida real” as receitas provenientes de *operações de crédito*, de alienação de bens, de *transferências voluntárias* ou de doações recebidas com o fim específico de atender a despesas de capital; 3) as LDOs de 2005 (Lei n. 10.934/04) e de 2006 (Lei n. 11.178/05) tratam das *transferências voluntárias*, na Subseção III da Seção I do Capítulo III, e dos empréstimos, financiamentos e refinamentos, na Subseção IV da Seção I do Capítulo III (arts. 44/54 e 55/7 e arts. 44/56 e 57/60, respectivamente). O STF, em liminar, na AC 1.220 (Estado de Pernambuco X União), por intermédio do Ministro Sepúlveda Pertence, asseverou que a inscrição indevida implicava “restrições para o recebimento de recursos oriundos de transferências voluntárias – convênios – e operações de crédito, acarretando grave e iminente prejuízo ao Estado de Pernambuco”. A própria LRF distingue transferências voluntárias e operações de crédito, no art. 23, § 3º, I e III e no art. 51, § 2º, cuidando das primeiras no Capítulo V (Das Transferências Voluntárias) e das segundas, no Capítulo VII (Da Dívida e do Endividamento). Aquelas não acarretam endividamento – são repasses a fundo perdido –, ao passo que essas últimas – de acordo como art. 29, III, LRF – correspondem a compromissos financeiros assumidos em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes de venda de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros, gerando a obrigação, para o tomador dos recursos, de devolvê-los ao mutuante ou financiador. As *transferências voluntárias* são formalizadas por meio de convênio – como previa o art. 25, § 1º, II, da LRF, vetado pelo Presidente da República –, destinação por Portaria Ministerial – segundo a IN STN 01/97 – ou Termos de *Parceria* – aos quais se refere a Lei n. 9.790/99. O art. 44 das LDOs de 2005 e 2006 utiliza o termo conveniente. Já as *operações de crédito*, pressupõem a celebração de contrato. Segundo a lição de DI PIETRO, trata-se de institutos distintos, já que no convênio os interesses são *recíprocos* e no contrato, *opostos e contraditórios*.

d) o art. 73, VI, a da Lei n. 9.504/97, não poderia sofrer interpretação extensiva, como já decidido pelo TSE (Acórdãos 16.040 e 1.744), para alcançar *operações de crédito*, como os financiamentos do BNDES. Seria também questionável se a restrição alcançaria as entidades de administração indireta. A Lei n. 9.100/95, que regeu as eleições municipais de 1996, proibiu, no art. 82, aos Estados e à União, bem como às suas entidades vinculadas, proceder às *transferências voluntárias*. Mais ainda: as obras de expansão do metrô, fragmentadas em vários contratos de financiamento, teriam uma relação de continuidade entre si, reportando-se ao ano de 1996, enquadrando-se, conforme decidido pelo TSE, na Representação n. 219, a como verbas para a continuidade de programas essenciais, implementados há muito tempo. O propósito, da vedação do art. 73 seria o de *impedir o candidato de beneficiar-se eleitoralmente*, o que no caso não seria possível, visto que o Chefe do Poder Executivo estadual não concorre nem à reeleição, nem a outro cargo público. A Advocacia-Geral da União, ao menos por duas vezes, já teria examinado o alcance do dispositivo, concluindo no Parecer AGU/LA-02/98 (anexo ao Parecer GQ-158), ser regular, mesmo no trimestre que antecede às eleições, a prática de atos preparatórios para o início de obra ou serviço, inclusive a assinatura do convênio, acordo ou instrumento congêneres, pois nenhum desses atos se encontraria proibido pelo art. 73, mas sim e apenas, as *transferências dos recursos financeiros*. Na Representação n. 54, o TSE entendeu que os atos preparatórios, dentre os quais a assinatura de instrumentos contratuais, não estão vedados pela lei eleitoral, mas apenas a efetiva transferência de recursos. No Parecer AGU/MC-02/04, reafirmou-se a possibilidade de celebração de instrumentos contratuais no trimestre que antecede ao pleito, citando precedente o Acórdão 16.040 do TSE, onde se afirma que obra em andamento é aquela que mesmo não tendo sido fisicamente iniciada, já tenha sido contratada. Embora essa parte final tenha sido rechaçada na Consulta 1.062 – em que se assentou a noção de obra fisicamente iniciada –, permanece a posição de que é possível a celebração de convênios, sem a transferência de recursos. Em suma: mesmo que se tratasse de transferência voluntária, seria possível a celebração do convênio.

e) nada justificaria a “postura omissiva do BNDES”, levando à conclusão de que nos acharíamos frente “a um típico ato que, maculado por desvio de finalidade e, sendo evidentemente abusivo, viola de uma só tacada o[s] princípio[s] da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa, de observância obrigatória a todos os entes da Administração Pública direta e indireta, nos termos do art. 37, caput, da Carta Constitucional”. Se o AUTOR “não deu causa a que se ingressasse no trimestre que antecede às eleições [,] sem que houvesse sido celebrado o contrato” “e se não há obstáculo legal à mera formalização dos instrumentos contratuais”, “verifica-se ser abusiva a postura do banco réu, postura essa que não resiste a um exame de razoabilidade-proporcionalidade”. Não deve prevalecer aquilo que seria um “interesse político de causar prejuízo ao ente estadual” em detrimento do “interesse público primário de ver preservada a moralidade administrativa e satisfeita uma necessidade da coletividade fluminense em relação a um meio de transporte de massa”.

f) o receio de dano irreparável está na Resolução n. 32/06 do Senado Federal, que veda a contratação de operações de crédito, nos 120 dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do Estado, DF ou Município. Sem a antecipação de tutela, haveria significativo atraso nas obras de expansão do metrô, com prejuízo à população e à imagem do país no exterior, sobretudo pela proximidade dos Jogos Pan-Americanos.

Em audiência de justificação, as partes puderam apresentar seus argumentos. O BNDES, por meio de seus advogados, esclareceu que não se opõe ao financiamento, cuja concessão já passou pela chancela da Secretaria do Tesouro Nacional. A suspensão das negociações se deveu unicamente à Nota expedida pela Advocacia Geral da União – segundo a qual as operações de crédito estariam incluídas no conceito de transferências voluntárias para efeito da vedação do art. 73, VI, *a* da Lei n.9.504/97 – à qual se acha vinculada por força de lei. O Banco não se opõe, afastado o óbice da AGU, à contratação. O Estado do Rio de Janeiro, na pessoa de dois de seus procuradores e do Secretário de Transportes, reiterou o conteúdo da vestibular, acrescentando que há notícias de que a Caixa Econômica Federal continuaria promovendo operações de crédito, sem embargo da orientação placitada pela AGU.

DECIDO

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Ponderações sobre a provisão de urgência

A *tutela antecipada assecuratória* não é senão uma espécie de *provisão de urgência*, calçada num juízo de cognição verticalmente sumária, que adianta a *tutela* como meio de evitar que no curso do processo dê-se o perecimento ou a danificação do direito esgrimido (Teori Albino ZAVASCKI. *Antecipação da Tutela*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva 2000, p.74). Pressupostos da *tutela antecipatória assecuratória*, no art. 273 do CPC, são, de um lado, *prova inequívoca* e *verossimilhança*, vocábulos cujo aparente antagonismo se vence, nos dizeres de DINAMARCO, pela adoção de um *juízo de probabilidade* – “*menos do que certeza, mais do que um de simples credibilidade*” (apud, Athos Gusmão CARNEIRO. *Da Antecipação de Tutela*, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.24) – e, de outro, o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*. O art. 461 remete ao *relevante fundamento da demanda e ao receio de ineficácia do provimento final*. “*Com efeito, o fundamento relevante é enunciado de conteúdo equivalente a ‘verossimilhança da alegação’; e ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ é expressão que traduz fenômeno semelhante a ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’.* Ademais, embora o §3º, em exame, não faça referência a ‘prova inequívoca’, como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da ‘relevância dos fundamentos’” (ZAVASCKI, *op.cit.*, p.152).

O *periculum in mora* vibra e se espelha no atraso à execução das obras, que poderá vir a ser ocasionado com o esgotamento dos recursos de que dispõe o AUTOR para o custeio da expansão do metrô. No entanto, a afirmação da *relevância dos fundamentos* ou *probabilidade do direito* é mais complexa e carece de resposta afirmativa a quatro indagações sucessivas:

1) haveria entre as figuras de operações de crédito e transferências voluntárias uma real sinonímia jurídico-positiva ou uma relação de especificidade? Ou seja: seriam a

mesma coisa ou então uma delas representaria o desdobramento da outra?

2) caso não, guardariam entre si semelhanças ou pontos de contato que possibilitassem a atração daquelas por analogia para o campo de incidência da proibição do art. 73, VI, *a* da Lei n. 9504/97? De outro ângulo, a norma da legislação eleitoral seria dúctil e plástica o suficiente para espichar-se e apanhar outros grupos de casos e situações não previstas expressamente em seu enunciado? Ou o próprio *caráter proibitivo* nos obrigaria a pautar-nos por uma interpretação *literal* ou *restritiva* do comando?

3) uma vez encerradas as tratativas e alimentada meses a fio no AUTOR a expectativa de desfecho exitoso, seria aceitável e legítima a recusa à assinatura de contrato pelo banco RÉU – *sem ressalvas de ordem técnica referidas ao contrato* –, escusando-se em que parecer da AGU de efeito vinculante obstaria à contratação?

4) o *recorte cronológico* imposto por Resolução Senatorial poderia influenciar decisivamente a tomada de decisão, no *caso concreto*?

2.2 Autonomia conceitual de operações de crédito e transferências voluntárias

A Constituição da República se refere às *operações de crédito* e às *transferências voluntárias* em dispositivos e contextos de colorido jurídico-normativo variados, dando a entender tratar-se de figuras distintas, provindas de estruturas peculiares e insuscetíveis de confusão ou assimilação conceitual uma pela outra. No corpo permanente, a locução *operações de crédito* aparece nos arts. 21, VIII, 48, II, 52, VII, VIII, 74, III, 153, V, 165, VIII, 167, III, IV. No ADCT está presente no art. 72, II. Já a expressão *transferência voluntária* está restrita ao art. 167, X – muito embora a *vox transferências* povoe o texto, carregando sentidos bem cambiantes, em cada passagem. Destacando os dois incisos do art. 167, que abriga os institutos lado a lado, fica evidenciada sua autonomia conceitual:

Art. 167. São vedados:

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (...)

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas

com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A LC 101/2000, chamada *Lei de Responsabilidade Fiscal*, detém-se na conceituação dos institutos, aprofundando a percepção de suas diferenças de conteúdo e regime jurídico. O Capítulo V é dedicado às *transferências voluntárias*:

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.

Dois capítulos adiante, sob a rubrica “*Da Dívida e do Endividamento*”, remete à *operação de crédito*:

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.

Só por dogma de fé se poderia correr um véu às incisivas e marcantes diferenças: as *transferências voluntárias* constituem a entrega de recursos correntes ou de capital, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira. Isto é: são *repasses a fundo perdido*, fruto geralmente de *convênio – ato unilateral e gracioso* –, mas também passível de veiculação por *termos de parcerias* (Lei n. 9790/99) ou *portaria ministerial*. Já as *operações de crédito* têm natureza de compromisso financeiro, decorrente de operações, como mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de títulos, *inter alia*. O *financiamento* é modalidade de contrato bancário e, *ipso facto*, caracteriza-se por gerar o endividamento do ente tomador, que se investe na obrigação de devolver o capital remunerado por juros.

No âmbito da Administração Federal, parece não pairar dúvida quanto à *não-contratualidade das transferências voluntárias*. A IN STN 1/2005, que disciplina o cumprimento das exigências para transferências voluntárias, previstas na LC 101/00, alude à “celebração de acordo ou ajuste, mediante a formalização de convênio” para o fim de “transferência voluntária de recursos da União para Estados, Municípios ou Distrito Federal, bem como órgãos ou entidades vinculados” (art. 1º)¹. A IN STN 1/1997

¹Cf.: http://www.stn.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Instn01_2005.pdf

– anterior à LRF – dispunha em termos semelhantes, rascunhando, ao lado do convênio, a figura da destinação por Portaria Ministerial:

Art. 1º A execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, que envolva a transferência de recursos financeiros oriundos de doações consignadas nos Orçamentos Fiscais e da Seguridade Social, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto atividade, ou de eventos com duração certa, será efetivada mediante a celebração de convênios ou destinação por Portaria Ministerial, nos termos desta Instrução Normativa, observada a legislação pertinente.

§ 1º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

I – convênio – instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

II – concedente – órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio;

III – convenente – órgão da administração pública direta, autárquica ou findacoinal, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular com a qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio (...)

Lembremos ainda o art. 44 das LDOs de 2005 e 2006, que, no mesmo quadro, utiliza o termo *convenente*, e o art. 25, § 1º, II da LRF, prevendo a formalização das *transferências voluntárias* sempre por convênio, o que lhe rendeu o veto presidencial², cujas razões apelaram para a necessidade de *simplificação do procedimento*:

O estabelecimento desta exigência em lei complementar compromete importantes programas de responsabilidade deste Ministério, onde a eliminação da figura do convênio proporcionou notável avanço quantitativo e qualitativo.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar e o Programa Dinheiro Direto na Escola atingiram grau de descentralização sem precedentes na história, a partir da edição da Medida Provisória hoje vigente sob nº 1.979-17, de 6 de abril de 2000.

Com base naquela medida provisória, os recursos destinados aos dois programas constituem assistência financeira de caráter suplementar, calculada com base nos parâmetros fixados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, e são transferidos automaticamente pela Secretaria Executiva desse órgão aos Estados, Municípios e unida-

²Mensagem n. 627, de 04.05.2000.

des executoras de escolas públicas, sem a necessidade de convênio, ajuste ou contrato.

Tal sistemática é fundamental para que o primeiro programa atinja mais de cinco mil municípios e o segundo mais de sessenta mil unidades executoras, ambos com excelentes indicadores de retorno social dos recursos aplicados.

Da mesma forma, a complementação da União aos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério é transferida automaticamente para as unidades da Federação, onde o valor por aluno é inferior ao mínimo nacional fixado em ato do Presidente da República.

Além dos casos concretos acima relatados, a existência de convênio em lei complementar inviabiliza futuras experiências de simplificação de procedimentos no âmbito da Administração Pública, em programas onde aquele instrumento mostra-se progressivamente dispensável ou substituível por outros mais modernos e eficazes.

Considerando a possibilidade de restabelecimento da exigência de convênio para as transferências voluntárias anualmente e com as devidas exceções, na lei de diretrizes orçamentárias, é de todo recomendável a supressão do dispositivo em tela, por tratar-se de norma que contraria o interesse público.

A primeira indagação se elucida ante a diversidade conceitual das figuras e a impossibilidade de assimilação de uma à outra.

2.3. A limitação do art. 73, a da Lei n. 9.504/97

Com vistas a resguardar o equilíbrio da disputa eleitoral, a norma do art. 73, VI, a da Lei n. 9.504/97 impõe severas amarras à União e aos Estados, proibindo a transferência voluntária de recursos daquela a esses, nos 3 (três) meses que antecedem o pleito:

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 Municípios, 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;

É firme e invariável a jurisprudência do TSE sobre a rígida aplicação do dispositivo. Na Consulta n. 1.062/2004³, por exemplo, remarcou-se a “impossibilidade de transfe-

³TSE: Consulta n. 1.062/DF, rel. Min. Carlos Velloso, 12.08.2004, DJ 16.09.2004, fls. 16(?). Consultante: Deputado Federal Luiz Carlos Jorge Hualy.

rência de recursos entre entes federados para execução de obra ou serviço que não esteja em andamento nos três meses que antecedem o pleito. Incidência da vedação do art. 73, VI, a da lei n. 9.504/97”. Do relatório, reportando-se à resposta proferida ad referendum pelo Min. Sepúlveda Pertence, colhe-se que “por força do disposto no art. 73, VI, a da L. 9.504/97, é vedado à União e aos Estados, até as eleições municipais, 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”. No Acórdão 25.324⁴, decidiu-se que “à União e aos Estados é vedada a transferência voluntária de recursos até que ocorram as eleições municipais, ainda que resultantes de convênio ou outra obrigação preexistente, quando não se destinam à execução de obras ou serviços já iniciados fisicamente”. Mais recentemente, na Consulta n. 1.320/2006⁵, reafirmou-se ser “vedada à União e aos estados, nos três meses que antecedem o pleito, a transferência voluntária de verbas, ainda que decorrentes de convênio ou outra obrigação preexistente, desde que não se destinem à execução de obras ou serviços já iniciados”.

A par desse rigor, seria possível captar e apreender o sentido axiológico ou finalístico da norma para estender-lhe o arco proibitivo a outros entes – pessoas integrantes da Administração descentralizada, como uma empresa pública, como o BNDES – ou objetos – operações de crédito – ou mesmo reduzir-lhe o alcance? Pelo que se percebe, o Tribunal Superior Eleitoral vem bafejando um rotundo não. O elenco do art. 73, IV, ‘a’ seria exaustivo, *numerus clausus*, tanto no plano subjetivo – entes cuja atuação é limitada –, quanto no plano objetivo – matéria ou assunto de proibição, circunstâncias, marcos temporais:

α) impossibilidade de ampliação no plano subjetivo – no Acórdão 16.040/1999⁶, o

⁴TSE: Acórdão 25.324 – Recurso Especial Eleitoral n. 25.324/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 07.02.2006, DJ 17.02.2006, fls. 126.

⁵TSE: Consulta n. 1.320/DF, Resolução n. 22.284, rel. Min. Caputo Bastos, 29.06.2006, DJ 08.08.2006, p. 117. Consultante: Senador Antônio Carlos Valadares. Tratava-se de consulta sobre a possibilidade de auxílio financeiro de Ministério a Municípios na realização de festas comemorativas tradicionais, a exemplo da festa da padroeira, com data fixa. É eloquente o seguinte trecho de parecer da Assessoria Especial da Presidência (ASESP) encampado no voto do relator: “Por mais salutar que a ação de governo contemple, em seus propósitos, promoção de diversão para as comunidades, na hipótese como a versada, esbarra no princípio isonômico, que deve prevalecer em período logo antecedente às eleições.

De se ressaltar igualmente, que a situação exposta não caracteriza, também, circunstância emergencial e de calamidade pública, passível de reclamar a aplicação da ressalva, constante da parte final do preceito em comento.

Assim, embora permitida a celebração do convênio para o fim aqui colimado, vedado está o repasse dos recursos a ele consignados, pois indissociável da entidade governamental que efetuou a transferência, e esta, por pertencer a Administração Direta, indissociável da Presidência da República, cujo chefe, em quadra de reeleição, é potencial candidato às eleições vindouras.

Assim (...) seja dada resposta positiva, quanto à possibilidade da celebração do convênio em questão, porém, negativa, quanto à possibilidade do repasse das verbas dele oriundas, no período consignado, ou seja, entre 30.06.2006 e a data das eleições, observado, naturalmente, o segundo turno, se houver”.
⁶TSE: Acórdão 16.040 – Recurso Especial Eleitoral n. 16.040/MT, rel. Min. Costa Porto, 11.11.1999, 04.02.2000, p. 30. Discutia-se representação contra o então Governador do Estado do Mato Grosso – e candidato à reeleição – Dante Martins de Oliveira, motivada pela transferência de recursos públicos para associações e sindicatos – isto é, pessoas jurídicas de direito privado – através do Programa de Apoio Direto às Iniciativas Comunitárias – PADIC.

TSE repeliu o ingresso na órbita do preceito de pessoas jurídicas de direito privado, afirmando que *“as hipóteses relacionadas ao tem VI, letra ‘a’ do art. 73 não podem sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto”*. O Acórdão n. 266⁷ reiterou essa orientação, ressaltando que *“a transferência de recursos do governo estadual a comunidades carentes de diversos municípios não caracteriza violação ao art. 73, VI, a, da Lei n. 9.504/97, porquanto os destinatários são associações, pessoas jurídicas de direito privado”*. Reportando-se a precedente, o Tribunal acentuou que *“a regra restritiva do art. 73, VI, a, da Lei n. 9.504/97 não pode sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto (Ac. n. 16.040, rel. Min. Costa Porto)”*.

β) impossibilidade de ampliação no plano objetivo – examinando o insólito caso de distribuição de material de construção, obtido graças a convênio anterior aos três meses que antecederam à eleição, entendeu-se que *“o referido art. 73 da Lei n. 9.504/97 (...) não tem aplicação à espécie, já que em nenhum momento se tratou de repasse de verbas”* (Acórdão 19.370/2001⁸). Já dispusera a Resolução n. 20.410/98⁹, que *“a Lei n. 9.504/97, art. 73, VI, a, permite o repasse de recursos da União aos Estados e Municípios, no período pré-eleitoral, desde que destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, ou para atender situações de emergência e de calamidade pública”*. O relator advertira que:

“o art. 73 da Lei n. 9.504/97 prescreve, de maneira expressa, que são vedadas as condutas que enumera. Quer dizer: proscreve determinados comportamentos. Não deixa tudo num sentido generalizado; ao contrário, particulariza. E no inciso VI conserva-se na mesma linha, ao relacionar, em suas várias alíneas, procedimentos vedados nos três meses anteriores à disputa. A interpretação escolhida pelo aresto regional recorreu aos fins sociais e ao que seria o objetivo da norma. Situou-se em plano extensivo, adotando verdadeira analogia. Ora parece-me que a Lei só contempla os casos que especifica. Se relacionou determinadas condutas, outra nela não podem (sic) ser incluídas (sic). O seu rol é e natureza exaustiva e não meramente exemplificativa”.

⁷TSE: Acórdão 266 – Agravo Regimental na Reclamação n. 266/CE, rel. Min. Carlos Velloso, 09.12.2004, 04.03.2005, fls. 115. Esse trecho do voto do relator delimita o pano de fundo da demanda: *“no caso dos autos, verifico que o Estado do Ceará desenvolveu o Programa de Combate à Pobreza Rural, ao qual se integra o Projeto São José, que tem por fim a transferência de recursos a comunidades de diversos municípios do estado, por meio de entidades representativas, observadas determinadas regras, como a prestação de contas e o acompanhamento técnico (...) não há, pois, transferência de recursos vedada em lei, porquanto os destinatários das liberações do Estado do Ceará são associações, portanto, pessoas jurídicas de direito privado”*.

⁸TSE: Acórdão 19.370 – Recurso Especial Eleitoral n. 19.370/MG, red. designado Min. Fernando Neves, 30.10.2001, DJ 07.12.01.

⁹TSE: Resolução n. 20.410 – Representação n. 219/DF, rel. Min. Edson Vidigal, 03.12.1998, DJ 18.12.1998, p. 163. Representação do Partido dos Trabalhadores contra o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e os Ministro da Saúde, José Serra, do Meio-Ambiente, Recursos Hídricos e Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, do Planejamento e Orçamento, Paulo Paiva, da Agricultura e Abastecimento, Francisco Sérgio Turra, da Educação e do Desporto, Paulo Renato.

Na Consulta 1.119/2004¹⁰, recordou-se a distinção das obras já em execução física almejando pautar a liberação de recursos para Municípios que não mais se encontram em situação de emergência, nem estado de calamidade, mas que necessitavam de apoio para atender os efeitos, os danos decorrentes dos eventos adversos que deram causa ou à situação de emergência ou ao estado de calamidade.

γ) licitude de celebração de convênios, sem a liberação de recursos – no Acórdão 54/98¹¹, o TSE distinguiu a assinatura do convênio em si mesma da liberação da verbas, concluindo que *“a prática regular de atos de governo não vedados por lei, não afeta a igualdade de oportunidades que deve existir entre os candidatos”*. No voto do relator observa-se que *“a proibição prevista no art. 73, inciso IV, letra a, da Lei 9.504, de 1997, não impede a prática dos atos iniciais de convênios, que não chegarão ao seu final, visto que tanto o empenho quanto a assinatura (celebração) estão vedados pelo citado Aviso n. 6 e a transferência de recursos impedida pela norma acima indicada”*.

Salta à vista do cuidadoso exame dos precedentes não ser possível fazer recair sobre entidades e objetos estranhos às franjas da norma a proibição aplicável às transferências voluntárias. Em outras palavras: o art. 73, VI, a, da Lei n. 9.504/97 só se aplica à União, como pessoa jurídica de direito público, não as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, como o BNDES, que gravitam ao seu redor. A norma tampouco alcança e garroteia as operações de crédito, cuja natureza é bem distinta da das transferências voluntárias. Para chegar à conclusão contrária, teríamos de enveredar pelo espinhoso caminho da analogia, repelida pelo TSE.

Encerrando o tópico, convém afastar um ponto de possível inquietação. Pondo de lado a Constituição, será que a cláusula que a LRF impôs a si própria, no escopo de calibrar o alcance das definições veiculadas em seu corpo, daria margem à utilização de jogos conceituais distintos? Devemos responder com um menear de cabeça. A leitura dos precedentes mostra que subjazem às decisões em “jurisdição” eleitoral os mesmos conceitos ventilados no campo financeiro. Os diplomas articulam-se entre si e se elevam dando origem a um *microsistema peculiar* – fenômeno semelhante àquele já testemunhado pelas leis voltadas à proteção de *interesses transindividuais e difusos*, como as Leis n. 7.347/85 e 8.429/92 – com as óbvias interpenetrações recíprocas. É intuitivo que o *Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar*, obra editada pelo próprio TSE, conexão o art. 73, IV, a da Lei 9.504/97 à definição de *transferências voluntárias* exposta no art. 25, *caput*, da LC 101/00¹².

2.4. Afronta à legalidade pelo Parecer AC-12/2004

Procede a alegação de o BNDES se acha preso à orientação traçada pela AGU, devido à disciplina da LC 73/93:

¹⁰TSE: Consulta n. 1.119/DF, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 31.08.2004, DJ 20.09.2004, fls. 95. Consultante: Ministro de estado da Integração Nacional Ciro Ferreira Gomes.

¹¹TSE: Acórdão 54 – Recurso da Representação n. 54/DF, rel. Min. Fernando Neves, 06.08.1998).

¹²*Código Eleitoral Anotado e Legislação Suplementar*, v. I. Brasília: TSE/SGI, 2006, p. 301. Disponível em www.tse.org.br.

Art. 39. É privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer.

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Segundo o REU, no Parecer AC-12/2004 se subsumiram as *operações de crédito* no conceito *transferências voluntárias*, sujeitando-as à mesma barreira da legislação eleitoral, *matizada pelas mesmas exceções*, como se pode depreender dos itens a seguir:

34. A celebração de contratos, convênios ou outros atos assemelhados, que têm por objeto a transferência voluntária de recursos, segundo o entendimento do Parecer GQ-158, de 1998 e da jurisprudência do TSE, poderá ser realizada no período de três meses que antecedem a eleição, pois é considerada como ajuste prévio.

(...)

39. No entanto, não há impedimento previsto na Lei Eleitoral com relação às práticas de atos preparatórios necessários para celebração de contratos, convênios ou outros atos assemelhados no período de três meses que antecedem as eleições, com cláusulas que determinem a transferência voluntária de recursos após este período pré-eleitoral, conforme o entendimento exposto no referido Parecer e na jurisprudência do TSE.

41. Com relação ao prazo limite para contratação de operações de crédito pelos entes federados, tendo em vista a proibição contida no art. 15, da Resolução nº. 43, de 2001, do Senado Federal, faz-se mister, primeiramente, buscar a definição legal do que seja operação de crédito.

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 de aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens de serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivados 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 bem de capital, a operação de crédito está compreendida na definição de transferência voluntária prevista no art. 25, caput, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

45. Conforme o citado dispositivo legal, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital. Logo, diante disso, todos os entes federados serão sujeitos a aplicação do art. 73, inciso VI, alínea "a", da Lei 9.504, de 1997, no que se refere às operações de crédito, inclusive aquelas para execução de programas com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Se de um lado, o *eclipse de autonomia* sofrido pelas entidades da Administração descentralizada, numa camada mais profunda, irradia-se do *princípio de reserva de administração (Verwaltungsvorbehalt)* – e nesse “núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”¹³ busca seu fundamento de validade –, de outro, não há porque isentar um tal *controle administrativo atenuado*¹⁴ exercido pelo Executivo sobre as empresas públicas do *balanço judicial de sua idoneidade*. O Judiciário não pode, deve examinar todos os atos da Administração acoimados de abusivos, ilegais, imorais, ineficientes. A isso se chama “*revisão judicial*” (*judicial review*) ou “*controle jurisdicional do ato administrativo*”, cujos alicerces estão semeados e distribuídos em diversas passagens da Constituição. Do contrário, seria oco e ficaria à deriva o princípio do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CR). Com a inserção na rota dos direitos fundamentais do *substantive due process of law* ou *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* e a adoção de princípios providos de alto grau de plasticidade e abrangência como os da *moralidade, impessoalidade e eficiência*, o controle se espichou e ganhou peso, rompendo a frágil casca da *legalidade formal* para penetrar no âmago dos atos. Embora de forma parcimoniosa e limitadamente à aferição do respeito a esses postulados, sem a supressão, nem a permuta das pautas valorativas entranhadas no juízo de conveniência e oportunidade reservado a Administração. Eis aí os reflexos que a absorção de uma densa carga normativa pelos princípios constitucionais irradia.

No limiar desses *dois planos de positividade* ocupados pela lei e pelo parecer vinculante – cujo coeficiente de abstração e generalidade se não o credencia a figurar no patamar dos *atos normativos*, o deixa à soleira –, está acima de dúvida que esse último cede e desmorona ante a incompatibilidade com aquele. *Ao impelir os ecos da proibição legal a situação e a pessoa não contidas na norma, lançando mão de analogia, onde analogia não cabe, o Executivo desrespeitou o art. 73, VI, a da Lei 9.504/97, incorrendo em vício de ilegalidade passível de correção judicial* (art. 37, I, CR). Não precisamos sequer ultrapassar a orla do ato administrativo; o *princípio da legalidade* já nos serve de bússola para localizar a mácula.

O desate pouco ou nada mudaria caso se aceitasse a formulação da AGU. É que o atraso que protelou a assinatura do contrato – cuja aprovação é REU se deu logo em **08**

¹³J.J.Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª. Edição. Coimbra: Livraria Almedina, pp.266/8.

¹⁴MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª. Edição (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Fialho). São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 576.

de junho – resultou da acidentada tramitação do pleito nos corredores da Secretaria do Tesouro Nacional. O órgão cobrou do AUTOR o atendimento a certas exigências (Ofícios 4.077/06 e 4.139 COPEM/STN, de **30.06.2006** – fls. 26/7 e 28 do Apenso), cuja impertinência acabou por reconhecer, à vista dos argumentos ofertados pelo Estado do Rio de Janeiro (em **05.07.2006**, fls. 29/30 do Apenso). Só a **13.07.2006**, por meio do Ofício n. 4.662 COPEM/STN (fls. 31/2 do Apenso), a operação foi endossada. Para o BNDES, contudo, Inês já era morta. Se não fosse a demora da STN – não motivada pelo AUTOR – para chancelar um *contrato de adesão*, cujo conteúdo se limitava a reproduzir o texto de outros tantos já celebrados, o cronograma teria sido observado escrupulosamente e nenhuma lente estaria agora sendo posta sobre o assunto.

2.5. Inidoneidade da recusa à contratação de operação de crédito por ofensa ao princípio da proteção da confiança

Demonstrado o desvio de perspectiva e indicada a dupla incorreção que contamina o ato serviu de lastro à recusa do BNDES à contratação da operação de crédito, resta indagar de possível abalo à confiança depositada na concretização do negócio.

O papel medular desempenhado pelos princípios e vetores atinentes à constelação da *segurança jurídica* (*Rechtssicherheit*) é sublinhado com firmeza por um dos maiores constitucionalistas europeus, em passagem já célebre¹⁵:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo de consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização de direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência nos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídi-

cas alicerçados em normas jurídica vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam aos efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

Encarnando a dimensão subjetiva do respeito à *segurança nas relações jurídicas*, desponta na Alemanha, a partir de acórdão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim (14.11.1956), seguido de decisão do *Bundesverwaltungsgericht* (15.10.1957), o *princípio da proteção da confiança* (*Vertrauensschutzprinzip*), cuja marcha triunfal (*der Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips*) varreu com vigor a Europa – quase de ponta a ponta –, impelida por um sofisticado e requintado arsenal teórico. Fincou-se em solo germânico como subproduto ou derivação do próprio *princípio do Estado de Direito* (BverfGE 74, 129 [152]) (*Rechtsstaatlichkeit*) osso caro ao esqueleto de todas as Nações democráticas ocidentais. Deixou marcas na França (“*protection de la confiance légitime*”) e na Espanha (“*principio de la protección de la confianza legítima*”), onde parece ter penetrado fundo na jurisprudência do Tribunal Supremo. Alcançou então a órbita dos *princípios fundantes do próprio direito comunitário europeu*, tornando-se alvo de freqüentes evocações em processos em tramitação no Tribunal de Justiça da CE, relacionados com os mais diversos e variados temas e setores da vida social. Segundo Almiro do COUTO E SILVA, no mais exaustivo ensaio aparecido entre nós sobre o tema¹⁶:

Ao mesmo tempo em que se consolidava no direito alemão e no direito suíço de expressão alemã, o princípio da proteção à confiança ingressava no direito da União Européia, batizado como ‘princípio da proteção à confiança legítima’, percorrendo entre os anos de 1957 e 1978, o iter de sua afirmação ‘tanto no vasto domínio da regulamentação econômica, como no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida, como no da função pública comunitária’, para afinal consagrar-se em decisões da Corte de Justiça das Comunidades Européias, como ‘regra superior de Direito’ e ‘princípio fundamental do direito comunitário’.

O certo é que o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*) já é corrente no direito brasileiro – ainda que enevado pela falta de precisão terminológica e embaralhado no conceito de segurança jurídica – em incontáveis dispositivos, como, por exemplo, o que regula a sanção de atos nulos, limitando o poder de desfazimento (art. 54, Lei n. 9.784/99). Os panos novos que poderia oferecer à decoração dizem respeito à atuação da Administração no abalo à confiança em atos dirigidos aos particulares. Aí incluídos os contratos, especialmente se firmados entre entes públicos e com os olhos cravados na satisfação de interesses públicos primários, de ampla ressonância popular, como é o caso da expansão das linhas de metrô. O princípio assume como ponto de partida (*Ausgangspunkt*) a noção de que toda pessoa tem direito a ver resguardada sua legítima confiança nos atos da Administração, caso detenha

¹⁵Almiro do COUTO E SILVA. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção e Confiança) no Direito Público Brasileiro e do Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. (Lei n. 9.7784/9) Revista Eletrônica de Direito do Estado n. 2 – abril, maio e junho de 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>

¹⁵CANOTILHO, *op. cit.*, p. 257. Sem os efeitos de texto do original.

ponderáveis expectativas num determinado sentido. Não pode a Administração estender a mão ao administrativo para, numa fração de segundos após, aperta-lhe a jugular. Não pode privá-lo daquilo que prometeu com vivo empenho facilitar-lhe.

Ao entabular tratativas, o RÉU fez nascer uma *expectativa legítima*, que tratou de alimentar e robustecer nos meses seguintes até a aprovação do financiamento. O BNDES logicamente não era obrigado a contratar a operação, sendo permeável a *estímulos técnicos* e – em menor grau, esperamos – de *ordem política*, movendo-se no espaço da *autonomia* que sua própria natureza lhe confere. Mas se o fez, despido de ressalvas, já não lhe seria possível recuar à véspera do desenlace, sem drástico e contundente rompimento dessa *relação de confiança* que se estabeleceu entre as duas entidades públicas. Uma tal ruptura seria viável tão somente – e não além dessa fronteira –, se seus *motivos propulsores* fossem idôneos e resistissem ao peso de um minucioso juízo de razoabilidade. Como pecam logo no nascedouro, já que se apóiam e ensaiam extrair fundamento de uma orientação *dissonante da lei*, acabam morrendo por si. Torna-se inteiramente supérfluo o enfoque da razoabilidade. Um passo à frente, deveremos trazer à lembrança a infeliz tramitação na Secretaria do Tesouro Nacional, cuja demora teria dado causa à recusa à celebração do contrato. Aqui também se abre uma fissura de alto a baixo num dos elos da *cadeia de confiança*. E o AUTOR não pode ser chamado a pagar por erro alheio. Nem o povo pode ser prejudicado e frustrado nas suas esperanças por um desacerto burocrático.

Não sei se a recusa à concessão do financiamento ou a aprovação tardia pela STN do pedido estariam infiltradas de conteúdos político-partidários, como pretende fazer crer o AUTOR, com sanha bíblica e incontida frequência de ímpeto. Sei apenas que o motivo invocado é *claudicante* e se situa fora do *horizonte da legalidade* e, por conseguinte, do *interesse público*. E se assim o é, não pode sobreviver num ambiente democrático, onde tem seu trono a Constituição, ladeada por fiéis princípios republicanos que constituem nossa *reserva de justiça*. O Brasil luta com todas as forças para atingir a maioria política. Que o Judiciário cumpra sua função e estabeleça regras para esse duro e penoso final de adolescência tardia.

2.6. A Resolução Senatorial n. 32/06 e seus reflexos

A Resolução do Senado Federal n. 32, de 12.07.06, ao dar nova redação à Resolução n. 43/01, art. 15, tornou vedada “a contratação de operação de crédito nos 120 dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município”. Pelos meus cálculos, o corte cronológico seria o dia 03 deste mês. Seria argumento hábil a afastar a probabilidade de bom direito em empecilho à provisão de urgência? Penso que não, pois como já visto desde **08.06**, o contrato se acha aprovado pelo RÉU e, se não fossem as exigências formuladas pela Secretaria do Tesouro Nacional (Ofícios 4.077/06 e 4.139/06-COPEM/STN), cujo preenchimento o próprio órgão acabou por entender descabido, o exame da operação estaria concluído, no **início de julho**, cerca de dois meses antes do início do prazo de desfofo. Ora, não relevar o atraso, inteiramente imputável à atuação da Administração Pública, significaria a um só tempo negar tutela jurisdicional àquele cujo direito provável se acha em chamas – permitindo que se reduzisse a cinzas –, e premiar o faltoso por sua falta, consolidando-a por via arrevesada. Se pudessem sair da cova, diriam os antigos oradores, à moda romana, com o ar pomposo que lhes envolvia a tribuna: *nemo auditur*

propriam turpitudinem allegans.

Há um argumento adicional: a demanda foi ajuizada, em **31.08.2006** (quinta-feira) – isto é, pelo menos uma semana antes do que seria o *termo fatal*. Da mesma forma que “*proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*” (STJ 106; TFR 78; STF AOE 17-2/RS, rel. Min. Marco Aurélio, pleno, 18.04.1996, DJ 25.05.2001), não seria razoável apenas o AUTOR pelo tempo consumido na implementação das precauções de que o Magistrado teve de cercar-se para proferir decisão tão complexa em com audição RÉU: designação de audiência de justificação (**31.08** – quinta-feira), intimação do RÉU (**01.09** – sexta-feira), audiência (**05.08** – terça-feira). A lógica intrínseca à construção jurisprudencial permeia ambos os casos e *ubi eadem est ratio, eadem est ius dispositio*.

2.7. Periculum inverso e comentários derradeiros

Não há risco inverso ponderável, já que a contratação seria de toda forma efetuada daqui a alguns meses, após cessar o farfalhar das urnas. Mas, como enfatizado logo de início, paira inflexível o perigo de dano ao interesse de parcela considerável dos cidadãos do Município e do Estado do Rio de Janeiro, os quais dispõem hoje de um sistema de transportes inadequado, envelhecido e oligopolizado, para cujo aperfeiçoamento a extensão das linhas do metrô certamente contribuirá. Menos engarrafamentos, redução do tempo de trajeto da residência até o local de trabalho, barateamento da condução, conforto e praticidade, eis alguns frutos que – supõe-se – as obras quando concluídas irão proporcionar. O caráter satisfativo é inerente às tutelas antecipatórias e sobre isso não há razão para estender-me.

2.8. Síntese

Apreciados e confrontados cautelosamente e cuidadosamente os argumentos desenvolvidos por cada uma das partes, à luz dos princípios jurídicos sobranceiros, do direito positivado e da jurisprudência, concluo que:

1) a orientação da AGU sobre a impossibilidade de contratação de operações de crédito pelo BNDES, nos três meses que antecedem ao pleito, carece de fundamento válido, porque se opõe à lei e a jurisprudência que sobre ela se formou.

2) a ausência desse fundamento válido priva de idoneidade o ato, o que é agravado pelo atraso que a formulação de exigências, reconhecidas pela própria Administração como disparatadas, ocasionou.

3) daí que a recusa à celebração do contrato se torna afrontosa à proteção da confiança, princípio cuja aplicação o AUTOR pode invocar perante o Judiciário.

4) aceitar a incidência da limitação senatorial à contratação de crédito seria, por via oblíqua, encampar os efeitos do ato ilícito, em afronta ao direito do AUTOR – que ganha, mas não leva – e à própria idéia de justiça que preside ao Direito.

5) tendo em vista que, segundo o próprio RÉU, nenhum outro empecilho haveria à contratação da operação de crédito, caso suplantada a orientação vinculante e impositiva da AGU, e presente o *periculum in mora* refletido nos transtornos que a interrupção das obras do metrô poderá vir a provocar, pavimentada-se o caminho para concessão da ordem *in limine litis*.

3. DECISÓRIO

CONCEDO a tutela antecipatória para determinar ao RÉU, por seu presidente ou quem lhe faça as vezes, que firme instrumento contratual relativo ao financiamento para conclusão e expansão da Linha 1, no trecho denominado Lote 2, compreendido entre o final da Zona de Manobras de Trens da Estação Cantagalo, até a Estação General Osório, nos termos detalhados na inicial, no prazo de 5 dias, sob pena de multa ao seu presidente, no valor de R\$ 50.000,00 diários (art. 273, I c/c art. 461, §§3º e 4º, CPC).

Por não ter constado na assentada da audiência de justificação, deixo aqui consignado para efeitos formais que o prazo para a resposta do RÉU deverá ser contado da data daquela, como adiantado aos ilustres advogados do banco.

P.I.

Rio de Janeiro, em 6 de setembro de 2006.

André Lenart
Juiz Federal Substituto