



FÁBIO LIMA QUINTAS \*

## UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA DONACIÓN DE ALIMENTOS PERECEDEROS APREHENDIDOS POR LOS ÓRGANOS DE INSPECCIÓN EN AÑO DE ELECCIONES SEGÚN LA LEGISLACIÓN ELECTORAL BRASILEÑA

\* Fábio Lima Quintas. Brasileño. Director en la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Superior Electoral. Doctor en Derecho del Estado (Derecho Constitucional) por la Universidad de São Paulo (USP). Máster en Derecho y Estado por la Universidad de Brasilia (UnB). Máster en el Instituto Brasiliense de Derecho Público (IDP), del que ha sido el coordinador del curso de licenciatura en Derecho de enero de 2014 a junio de 2016, y del curso de posgrado en Proceso Civil en el 2007 y 2008. Abogado, profesor de la Maestría en el mismo Instituto. Ha publicado libros autorales y diversos artículos en periódicos y revistas especializadas, ha actuado como participante o conferencista en foros y eventos nacionales e internacionales, como “*International Conference on voter education*” (India/2016), corroborando con acciones institucionales la inclusión y participación democrática.

Correo electrónico: fabio.quintas@tse.jus.br; fabioquintas@uol.com.br

### WAGNER AKITOMI UNE\*\*

\*\* Magíster en Derecho Constitucional por el Instituto Brasiliense de Derecho Público (IDP). Abogado del Estado.



### RESUMEN:

A fin de garantizar la integridad de los procesos electorales, el Art. 73, párrafo 10 de la Ley brasileña n.º. 9.504, del 30 de septiembre de 1997 prohíbe el reparto gratuito de cualquier suma en dinero, bienes y otros beneficios en año electoral. Este artículo trata de evaluar el problema relativo a la donación de alimentos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección pública, asumiendo la interpretación restrictiva que adopta la Justicia Electoral brasileña, con el fin de proponer criterios de flexibilización sobre dicha interpretación. Para ello, debe considerarse que son deberes del Estado garantizar la equidad en el proceso electoral (y el libre ejercicio de los derechos políticos), como proveer bienes comunes esenciales a los ciudadanos, lo que incluye el derecho social a la alimentación.

**PALABRAS CLAVES:**

Ley Electoral Brasileña / Prohibición del reparto de alimentos percederos aprehendidos / Conflicto/ Derecho Social/ Igualdad entre candidatos.

**ABSTRACT:**

Seeking to protect the electoral process, Brazilian Law nº 9.504, of September 30, 1997, prohibits the free distribution of goods, values and benefits in an election year. About this rule, the Brazilian Electoral Justice Court has a restrictive interpretation about donation of perishable food seized by public supervisory bodies. The article proposes alternative criteria of interpretation, considering the tension between the duty of the State to guarantee equality in the electoral process (and the free exercise of political rights) and to provide public goods needed by citizens, such as the social right to food.

**KEY WORDS:**

Brazilian Electoral Law/ Prohibition of distribution of seized perishables/ Conflict/ Social right/ Equality between candidates.

## Introducción

El Art. 73, párrafo 10 de la Ley brasileña nº 9.504, de 1997 establece que:

En el año en el que se realicen elecciones, queda prohibido el reparto gratuito de bienes, sumas en dinero o beneficios de cualquier tipo por parte de la Administración Pública, salvo en casos de calamidad pública, de estado de emergencia o de programas sociales autorizados por ley y cuya ejecución presupuestaria haya ocurrido en un ejercicio político anterior, casos estos en los que el Ministerio Público puede llevar a cabo la supervisión de su ejecución financiera y administrativa.

Tomando en consideración su marco legal, la Justicia Electoral brasileña, a través del Tribunal Superior Electoral (TSE), ha entendido que existe un óbice insalvable para la donación de alimentos percederos aprehendidos por los órganos de inspección en año de elecciones, salvo en casos de comprobada calamidad pública, estado de emergencia o de programas socia-

les previamente autorizados por ley y en ejecución presupuestaria desde el ejercicio anterior.

Es cierto que en Brasil la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral ha sido construida a la luz de las directrices institucionales que preside la actuación de la Justicia Electoral: la de garantizar la integridad del proceso electoral (igualdad entre candidatos).

Sin embargo, el análisis de la prohibición de la donación de alimentos percederos aprehendidos por los órganos de inspección pública puede considerarse también ante el deber estatal de promover los derechos sociales constitucionales, como el derecho a la alimentación.

Bajo esta perspectiva, este artículo propone explotar las posibilidades interpretativas que pueden emerger de la investigación de la prohibición mantenida por el Art. 73, párrafo 10 de la Ley nº.9.504 de 1997, que parte de

la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral, pero cuestiona la presunción absoluta que el reparto de bienes gratuitos en año de elecciones afecte la igualdad de oportunidades entre candidatos y la razonabilidad que se aplique dicha prohibición a cargos de

la Administración Pública que no estén en disputa.

Finalmente, el presente trabajo tiene por objeto señalar posibles criterios para una alteración en la jurisprudencia de la Justicia Electoral brasileña.

### **1.- La postura de la Justicia Electoral Brasileña ante la donación de alimentos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección, ante la prohibición legal del reparto de sumas en dinero, bienes y otros beneficios en año de elecciones.**

La Ley brasileña n.º. 9.504 de 1997 “establece normas para las elecciones” y posee un capítulo titulado “De las conductas prohibidas a los agentes públicos en campañas electorales”, que abarca a todos los que ejerzan, “aunque sea de modo transitorio o sin remuneración, por elección, nombramiento, designación, contratación o cualquier otra manera de investidura o vínculo, mandato, cargo, empleo o función en los órganos o entidades de la administración pública...” [Art. 73 (1)].

La citada Ley de las elecciones sistematiza y cataloga, en los artículos 73 al 77, diversas conductas prohibidas. Entonces, el capítulo de las conductas prohibidas consagra (i) las prohibiciones permanentes (ej. utilización de bienes muebles o inmuebles públicos en beneficio de candidatos, partidos o coaliciones (Art. 73, numeral I) y utilización de los servidores públicos en campaña durante el horario laboral (Art. 73, numeral III); (ii) prohibición, durante el año electoral, del reparto de sumas en dinero, bienes u otros beneficios, salvo en casos de calamidad pública, de estado de emergencia y de programas sociales autorizados por ley, en ejecución presupuestaria en el ejercicio anterior [Art. 73 (10)],

(iii) la prohibición, a partir de abril del año electoral, de promover en la circunscripción de la contienda, la revisión general de la remuneración de los servidores públicos que exceda la recomposición de la pérdida del poder adquisitivo a lo largo del año (Art. 73, numeral VIII) y (iv) en los tres meses antecedentes a la contienda queda prohibida la autorización de publicidad institucional, salvo en casos de necesidad pública reconocida por la Justicia Electoral o cuando se trate de productos y servicios que concurren en el mercado (Art. 73, numeral VI, letra b), y la contratación de conciertos artísticos, pagados con recursos públicos para la promoción de inauguraciones (Art. 75).

Se entiende que el capítulo de las conductas prohibidas pretende: “Asegurar la probidad administrativa, la moralidad necesaria al ejercicio del mandato eventualmente otorgado, la legitimidad del proceso electoral y la igualdad entre candidatos en disputa”. (Botallo, Pozzo, Weiss, 2010, pág. 228)

En lo que se refiere específicamente a la conducta restringida en el párrafo décimo del Art. 73 de la Ley n.º 9.504 de 1997, incluido por la Ley n.º 11.300 de

2006, respecto a la prohibición en año electoral del:

(...) reparto gratuito de sumas en dinero, bienes u otros beneficios por parte de la Administración Pública, salvo en los casos de constatada calamidad pública, de estado de emergencia o de programas sociales autorizados por ley y en vías de ejecución presupuestaria desde el ejercicio anterior, casos en los que el Ministerio Público pueda promover la supervisión financiera y administrativa. (Boscaine, 2011, págs. 41-54)

Sin embargo, el Tribunal Superior Electoral, órgano de la cumbre de la Justicia Electoral brasileña, adopta una interpretación estricta en lo que se refiere a dicha prohibición. Su interpretación consiste en que la conducta prohibida prevista en el Art. 73 (10) de la Ley n° 9.504 de 1997, constituye un ilícito de mera actividad, estableciendo una presunción absoluta que cualquier donación (salvo en las hipótesis

de estado de emergencia, de calamidad o de ejecución política pública concebida) afectaría la integridad de las elecciones y la isonomía entre los candidatos.

Además, para el Tribunal Superior Electoral, el párrafo décimo del Art. 73 de la Ley n° 9.504 de 1997 permitiría la donación de productos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección durante el año electoral solamente "si está destinada a programas sociales con autorización específica en ley y con ejecución presupuestaria en un año anterior al pleito". Es decir, para la Justicia Electoral brasileña, quedaría prohibida incluso la donación de alimentos perecederos durante el año electoral, en caso de no haber sido incluida en las excepciones legalmente expresas (estado de emergencia, de calamidad pública o, también, cuando la distribución esté prevista en un programa social autorizado por ley en ejecución desde el año anterior).

## **2.- Aspectos controvertidos de la prohibición legal del reparto de sumas en dinero, bienes y otros beneficios en año electoral y las interpretaciones llevadas a cabo por la Justicia Electoral Brasileña**

Conforme se subrayó, el Art. 73 (10) de la Ley n° 9.504 de 1997 consagra una especie de conducta prohibida que genera dudas en lo que respecta a su aplicabilidad.

En primer lugar, cabe cuestionar si dicha prohibición se restringe tan solo a conductas con finalidad o repercusión electorales.

La interpretación de la aplicabilidad de la prohibición, únicamente a conductas con finalidad o repercusión electorales comprobadas, puede atenerse a lo dispuesto en el párrafo inicial

del Art. 73, que estipula que "queda prohibido a los agentes públicos, funcionarios o no, las siguientes conductas tendentes a afectar la igualdad de oportunidades entre candidatos en las contiendas electorales". En ese caso, se requiere que se demuestre la existencia de un nexo causal entre la conducta practicada y la posibilidad que se vea afectada la igualdad de oportunidades entre los candidatos.

Pese a esa interpretación, el Tribunal Superior Electoral posee innúmeros precedentes que imputan una presunción absoluta de violación de la

isonomía a las conductas descritas en este dispositivo<sup>1</sup>.

En segundo lugar, respecto a lo relativo a los ámbitos temporal, personal y espacial de la prohibición, cabe resaltar que el texto legal hace referencia al “año en que se realicen las elecciones”. Lo que procede preguntarse en este caso es, si en año de elecciones municipales, los agentes públicos vinculados a los Estados y a la Unión quedarían impedidos de adoptar la conducta prevista y, a su vez, si en caso de elecciones generales los agentes públicos de los municipios sufrirían dicha prohibición.

Por un lado, se puede argumentar que la prohibición abarca solamente la circunscripción de la contienda, pues de lo contrario las acciones sociales estatales tendrían que verse paralizadas un año de cada dos transcurridos, lo que resultaría “inconcebible”, según José Jairo Gomes<sup>2</sup>. Por otro lado, están aquellos que la defienden, como Marcos Fey Probst<sup>3</sup>, Rodrigo López Zilio<sup>4</sup> y Marcílio Nunes Medeiros<sup>5</sup>; ante el silencio de la norma se aplica la prohibición a todas las esferas gubernamentales, aunque sus cargos específicos no estén en juego en la disputa electoral, en la medida en que la ley cuando pretende limitar la incidencia de la prohibición— así lo hace de manera expresa, tal como se vislumbra en los numerales V; VI, letras “b” y “c”, y VIII, todos ellos del Art. 73.

Sobre ello, no hay consenso en la doctrina, tampoco se identifica una orientación consolidada al respecto por parte del Tribunal Superior Electoral brasileño.

El tercer punto, cuya importancia no se puede subestimar, radica en la característica que se le atribuye al reparto prohibido, es decir, su gratuidad. El dispositivo menciona expresamente que queda prohibido el reparto “gratuito” de sumas en dinero, bienes o beneficios. Y bajo esta perspectiva se discute si la exigencia de contrapartidas anularía dicha “gratuidad”.

El Tribunal Superior Electoral concluyó, en el REspe nº 55547<sup>6</sup> (Recurso Especial, así son llamados los recursos presentados ante los Tribunales Superiores brasileños) que lo que hace perder el carácter gratuito a una donación sería la adopción de criterios técnicos previamente establecidos y la exigencia de contrapartidas. La situación sobre la que se trató en este juicio presenta algunas peculiaridades: i) los autos hacían referencia a un contrato de comodato de tabletas; y ii) las contrapartidas que se exigían eran cumplidas por los usuarios o electores (específicamente, por los alumnos y sus padres), como beneficiarios directos. Es decir, dicho juicio no trata sobre situaciones de donación con contrapartidas. Y João Gabriel Lemos Ferreira<sup>7</sup> recuerda que la liberalidad, propia de un contrato de donación, en los términos del Art. 538 del Código Civil, no se

1 Por ejemplo, en el juicio del recurso AgR-REspe 35095 (TSE. Juez instructor: Fernando Gonçalves. Decisión de 11.3.2010), se entendió que las conductas prohibidas a los agentes públicos ya son una “presunción legal, tendentes a afectar la igualdad de oportunidades entre los candidatos en las contiendas electorales”. De la misma forma, en el recurso REspe 1429 (TSE. Jueza instructora: Laurita Vaz. Decisión de 5.8.2014) se adoptó la decisión de que “las conductas del Art. 73 de la Ley nº 9.504/97 se configuran mediante la mera práctica de los actos, los cuales, por presunción legal, tienden a afectar la isonomía entre los candidatos, no siendo necesario comprobar la potencialidad perjudicial”. Finalmente, el recurso AgR-REspe 36026 (TSE. Juez instructor: Aldir Passarinho Júnior. Decisión de 31.3.2011) determinó que “para que se configure una conducta prohibida del Art. 73 (10), de la Ley nº 9.504/97, no se necesita demostrar carácter electoral ni la promoción personal de un agente público, bastando la práctica del acto ilícito”.

2 Direito eleitoral.(2013). 9ª ed. São Paulo: Atlas, p. 585.

3 Reflexões acerca da distribuição gratuita de valores, bens ou benefícios em ano eleitoral. (2008) Fórum Administrativo – Direito Público. Belo Horizonte, ano 8, nº. 94, p. 41-52.

4 Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas) e ações eleitorais, p. 553.

5 Legislação eleitoral: comentada e anotada artigo por artigo, p. 1125.

6 TSE. 2015. Juez instructor: João Otávio de Noronha. Decisión de 4.8.

7 A nova limitação dos agentes públicos em ano eleitoral: A restrição à distribuição gratuita de valores, bens ou benefícios (Art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97), p. 352-361.

perdería con la mera “imposición de una contrapartida”. Además, ese precedente específico tampoco abarca las situaciones de contrapartidas ofertadas por entes públicos cuando los destinatarios de la suma, bien o beneficio son electores o ciudadanos. Se trata de casos en los que el destinatario directo es un órgano público o persona jurídica de derecho público y el ciudadano o elector constituye el destinatario indirecto o final, que disfruta de un servicio público prestado gracias a equipos que han sido donados para ello.

De hecho, este es otro tema conflictivo, que todavía carece de una interpretación consolidada por parte del Tribunal Superior Electoral brasileño, incluso con relación a lo que se entiende por contrapartidas.

Otro aspecto digno de mención consiste en el hecho que el párrafo décimo del Art. 73 de la citada ley no nombra a los destinatarios de las sumas, bienes o beneficios. Existen así, ciertas dudas sobre si la prohibición abarca tan solo a personas físicas y a empresas privadas, o si incluye a órganos y entidades públicas.

Cuando el destinatario directo es una persona física, no cabe cuestionar la validez de prohibición. De hecho, actualmente tampoco hay lugar a dudas en lo que concierne a la aplicabilidad de la prohibición en aquellas situaciones en las que el destinatario directo sea una persona jurídica privada que ejerza actividades empresariales con ánimo de lucro. Véase, a modo de ejemplo, en la decisión del Tribunal Superior Electoral en el recurso

AgR-REspe 58085<sup>8</sup> (Agravo Regimental em Recurso Especial, como se denomina a los recursos previstos en los regimientos internos de los tribunales, que se suelen interponer contra una decisión monocrática, con el objetivo de llevar el pedido ante el Pleno): “Reconocimiento de conducta prohibida del párrafo décimo del Art. 73 de la Ley nº 9.504/97, ante la edición de dos decretos municipales que concedían beneficios a dos empresas, en relación al alquiler de bienes públicos”.

Lo que ya no está claro es si esa misma prohibición se aplica a aquellos casos en los que, por un lado, el destinatario directo sea un organismo sin ánimo de lucro, un órgano público o, aun, una persona jurídica de derecho público (un estado y un municipio, por ejemplo) y, por otro lado, el ciudadano elector sea únicamente su destinatario indirecto (aquel que usa servicios públicos prestados gracias a equipos que han sido donados).

Durante el juicio de la Consulta nº 1.367<sup>9</sup>, el Tribunal Superior Electoral se manifestó favorablemente ante la posibilidad de una donación del Banco de Brasil a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), como apoyo al Proyecto Criança Esperança<sup>10</sup>. El fallo estableció como motivaciones principales, la relevancia y la longevidad del proyecto, y la prioridad absoluta de niños y niñas. Sin embargo, no hubo ninguna alusión destinada a poner en tela de juicio la posibilidad de la donación, considerando la peculiaridad que la destinataria directa de los recursos, no era electora.

8 TSE. (2013). Juez Instructor: Henrique Neves da Silva. Decisión de 5.11.

9 Resolución nº 22.323. (2006). Juez Instructor: Carlos Ayres Britto. Decisión de 3.8.

10 Nota del traductor: Campaña social de amplia repercusión en Brasil volcada hacia el bienestar de niños, niñas y adolescentes desamparados, implementada en 1985 por iniciativa de Renato Aragão -conocido humorista y productor cultural brasileño- en su origen asociado con la UNICEF y, actualmente, con la UNESCO.

Sobre ello, la Contraloría General de la Unión (CGU) expidió recientemente la Orientación Normativa CNU/CGU/AGU n° 002/2016, en la que defiende que se les dé un tratamiento específico a los casos de reparto gratuito destinado a los órganos públicos. No obstante, el Parecer del Pleno n° 002/2016/CNU-Decor/CGU/AGU, base para la expedición de la mencionada Orientación Normativa CNU/CGU/AGU n° 002/2016, destaca que la entrega efectiva a los beneficiarios finales tan solo puede tener lugar fuera del periodo sometido a la prohibición.

Por otro lado y a continuación, se resalta que el dispositivo tan solo reconoce tres excepciones, de manera explícita, ante la prohibición del reparto gratuito de sumas en dinero, bienes y otros beneficios en año electoral: los casos de calamidad pública, de estado de emergencia y de programas sociales autorizados por ley, y que se encuentren en vías de ejecución presupuestaria desde el ejercicio anterior.

En cuanto a las dos primeras excepciones, relativas a los casos de calamidad pública y estado de emergencia, no caben debates relevantes, puesto que el Art. 2º, numerales III y IV, del Decreto n° 7.257, del 4 de agosto de 2010<sup>11</sup>, ya estableció las definiciones de lo que se entiende por "situación de emergencia" y "estado de calamidad pública".

Sobre la última de las excepciones; es decir, los casos de programas sociales

autorizados por ley y en vías de ejecución presupuestaria desde el ejercicio anterior, hay por lo menos dos aspectos que se suelen cuestionar: si basta con la autorización del programa social en ley presupuestaria y la real necesidad de descripciones legales de las características del programa social.

Para el Tribunal Superior Electoral, a la luz de lo decidido en los recursos AgR-AI n° 116967<sup>12</sup> y AgR-REspe n° 36026<sup>13</sup>, solo la institución de un programa social mediante decreto y su previsión en la ley presupuestaria no satisface las exigencias legales para la caracterización de la excepción<sup>14</sup>. Además, el Tribunal Superior Electoral entendió que las características del programa social han de estar previstas en la ley específica que lo instituye<sup>15</sup>.

Clarissa Boscaine<sup>16</sup> certifica que "una previsión genérica no resulta suficiente", y se hace "necesaria la descripción específica del programa social que se desarrollará, para que se cumpla la exigencia".

Una vez explicitados los principales debates sobre el tema, en lo que concierne a las sanciones por violación de alguna de las conductas prohibidas, el párrafo quinto del Art. 73 prevé la pérdida del registro o del diploma, sin perjuicio de la suspensión inmediata de la conducta prohibida en cuestión y de la imposición de multa a los responsables, por una cuantía de entre cinco y cien mil UFIR<sup>17</sup>.

11 Art. 2º A los efectos de este Decreto, se considera: "III - situación de emergencia: situación anormal, provocada por desastres que ocasionen daños y perjuicios, que implique el compromiso parcial de la capacidad de respuesta del poder-público del ente afectado; IV - estado de calamidad pública: situación anormal, provocada por desastres que ocasionen daños y perjuicios e impliquen el compromiso substancial de la capacidad de respuesta del poder público del ente afectado.

12 TSE. (2011). Jueza Instructora: Nancy Andrighi. Decisión de 30.6.

13 TSE. (2011). Juez Instructor: Aldir Passarinho Júnior. Decisión de 31.3.

14 En este sentido, João Gabriel Lemos Ferreira (A distribuição gratuita de valores, bens e benefícios em ano eleitoral. BDA – Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, ano 31, n. 1, p. 21-31, 2015).

15 Según el voto conductor del Recurso Ordinario n° 149655 (Juez Instructor: Arnaldo Versiani. Decisión 13.12.2011), el Juez Instructor del TSE indicó que: "Cuando el dispositivo menciona que los programas sociales han de estar autorizados en ley, no basta que exista un programa genérico a la hora de legitimar la actuación del agente público, sino que se exige también una previsión legal específica en cuanto a las características del programa, bajo pena de que resulte inocua la prohibición legal."

16 A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral, p. 41-54.

Además, tiene relevancia la observación de Clarissa Boscaine<sup>18</sup>, según la que la Ley n° 11.300 de 2006, aunque haya añadido la prohibición en debate a la Ley n° 9.504 de 1997, no ha previsto las penas correspondientes por su incumplimiento. Se trata de un lapso que se corrigió solamente gracias a la promulgación de la Ley n° 12.034 de 29 de septiembre de 2009, que alteró el párrafo quinto del Art. 73.

Aun en lo que respecta a las sanciones por incumplimiento del párrafo décimo del Art. 73 de la mencionada Ley, es válido afirmar que, a pesar que el Tribunal Superior Electoral no exige su potencialidad (capacidad de interferir en el resultado de las elecciones) a fin de caracterizar la conducta prohibida, reconoce la aplicabilidad del principio de proporcionalidad al determinar la pena, limitándose a aplicar, por ejemplo, tan solo la multa, siempre que se la considere suficiente para reprimir o punir a la infracción<sup>19</sup>.

Aunque el acto sea objetivamente tipificado como entre las excepciones legales, es posible considerarlo ilegal si se constata que se practicó con intenciones ilegítimas o con desvío de finalidad. Valerse de la autorización del reparto gratuito de bienes y servicios con fines políticos puede configurar otra conducta prohibida, lo que remite a la situación descrita en el numeral IV del Art. 73: “permitir o hacer uso promocional en favor de

un candidato, partido político o coalición, del reparto gratuito de bienes y servicios de carácter social financiados o subvencionados por el Poder Público”. De igual manera, puede caracterizarse abuso de poder político, en los términos previstos en el Art. 22 de la Ley Complementaria n° 64 del 18 de mayo de 1990, cuando se vislumbra la “explotación del aparato administrativo o de recursos estatales para provecho de candidatura, aunque aparentemente haya beneficios a la población”.<sup>20 21</sup>

Recientemente, en la Consulta n° 5639<sup>22</sup>, el Tribunal Superior Electoral se pronunció sobre la donación de pescados o de productos perecederos, “siempre que se destinen a programas sociales autorizados por una ley específica y en ejecución presupuestaria desde el año anterior a la contienda”. Y añadió que: “en el caso de programas sociales, tiene que existir una correlación entre el objeto y la recogida de alimentos perecederos aprehendidos en infracción ilegal”.

Interpretaciones como estas concluyen fácilmente que la donación de alimentos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección durante el año electoral estaría prohibida en caso que no se encontrara prevista en las excepciones legales expresas (estado de emergencia o de calamidad pública, o cuando el reparto forme parte de un programa social previsto por ley y en vías de ejecución en el año anterior).

17 Nota del traductor: UFIR es la sigla de Unidad Fiscal de Referencia, índice usado anualmente como parámetro para determinar la actualización de cuantías correspondientes a tributos y multas en Brasil.

18 A distribuição gratuita de valores, bens e benefícios em ano eleitoral, p. 41-54.

19 TSE. (2011). Recurso Ordinario n° 149655. Juez Instructor: Arnaldo Versiani, Decisión de 13.12.

20 Gomes, J. (2013). Direito eleitoral. 9ª ed. São Paulo: Atlas. p. 570.

21 “Está caracterizado el uso abusivo del poder cuando se demuestra que el acto de la Administración, aparentemente regular y benéfico para la población, tuvo como objetivo inmediato el favorecer a alguno de los candidatos. (TSE. Recurso Especial Eleitoral n° 25.074. Juez Instructor: Humberto Gomes de Barros. Decisión de 20.9.2005).

22 Juez Instructor: Gilmar Mendes. Decisión de 2.6.2015.



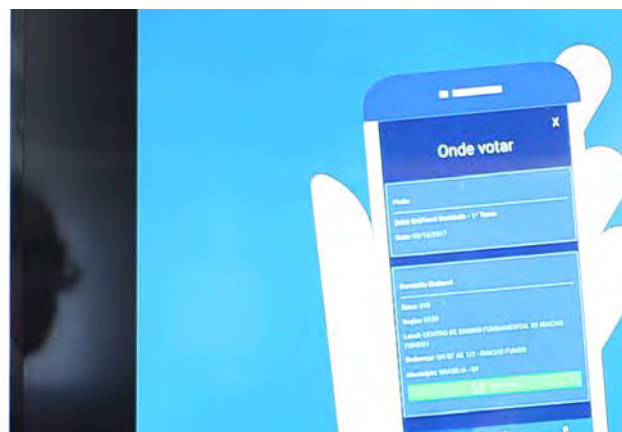


Foto: Elecciones Brasil / Flickr

### 3.- La resignificación de la prohibición del reparto gratuito de alimentos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección bajo la luz del deber estatal de proveer el derecho social a la alimentación

Conviene recordar que la conducta figurada por el Art. 73 (10) de la Ley nº 9.504 de 1997 tiene por objeto resguardar, fundamentalmente, la isonomía entre los candidatos en disputa y la legitimidad del proceso electoral, como modalidad de conducta electoral prohibida.

Dicho esto, a partir de la interpretación del artículo y párrafo en análisis de la Ley citada, el Tribunal Superior Electoral, no admite la donación de productos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección durante el año electoral, salvo si se destinaran "a programas sociales con autorización específica en ley y con ejecución presupuestaria desde el año anterior a la contienda".

No obstante, se entiende que esa interpretación -que trae a un primer plano la protección de la igualdad en el proceso electora- puede generar soluciones jurídicamente insatisfactorias, que no toman en cuenta la obligación del Estado de proveer bienes públicos, especialmente de

garantizar la alimentación a la población<sup>23</sup>, un derecho fundamental social expresamente previsto en el Art. 6º de la Constitución brasileña vigente, asegurado también por el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Decreto nº 591 de 1992 y por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Parece ser innegable el carácter (extremo) de la situación que, además de involucrar el derecho a la alimentación -derecho social fundamental, cuya fragilidad afecta generalmente a los más humildes y en situaciones de mayor vulnerabilidad social-, se refiere a alimentos perecederos, cuyo almacenamiento, por su naturaleza, no resulta posible para una donación posterior al periodo electoral.

Así, tanto el desechar alimentos cuando todavía son válidos para el consumo humano, como retenerlos o almacenarlos hasta el fin del plazo de caducidad, atentan contra el sentido de principios del derecho público y

23 João Gabriel Lemos Ferreira (A distribuição gratuita de valores, bens e benefícios em ano eleitoral, p. 21-31).

administrativo, como los de eficiencia, moralidad e indisponibilidad del interés público.

De hecho, en lugar de ver en el párrafo décimo, Art. 73 de la Ley nº 9.504 de 1997, un ilícito de mera actividad, sin que haya la necesidad de demostrar el potencial de afectar al principio de la igualdad entre los candidatos, se sugiere adoptar algunos criterios que establezcan un nuevo sentido para la prohibición, considerando que los agentes públicos y el Estado se someten a un haz de deberes jurídicos que extrapola el deber de no interferir en el proceso electoral.

Con base en ese espíritu de comprensión ampliada acerca de los deberes estatales, es con el que este artículo se propone reflexionar sobre la prohibición que los órganos públicos realicen donaciones de alimentos perecederos aprehendidos por los órganos de inspección en periodo electoral.

Ante todo se verifica la verosimilitud de valorarse una interpretación teleológica (en detrimento de una interpretación literal) de las excepciones legales. Eso porque la anhelada planificación institucional -identificada en el ejemplo de la excepción "programas sociales autorizados por ley y en ejecución presupuestaria desde el ejercicio anterior"-, no puede exigirse en situaciones que no revelen una finalidad electoral. Basta con recordar que los decomisos ejecutados por órganos de inspección constituyen casos aleatorios que no dependen exclusivamente de la voluntad política del gestor público para efectuarse y, menos aún, para determinar en qué momento tienen lugar. Por eso no es posible suponer una intención perjudicial ni exigir una planificación

institucional común en lo referente a esas políticas sociales.

Por otro lado, resulta obligatorio cuestionarse si la premisa de controlar el desvío de finalidad del gestor y el abuso del poder político, a modo de garantizar la isonomía entre los candidatos, se cumple interrumpiendo la ejecución de programas de reparto de sumas en dinero, bienes y otros beneficios por parte de un gestor cuyo cargo no esté en disputa.

Aparenta ser una violación al principio de la razonabilidad el hecho de interpretar la referida prohibición legal para limitar la actuación de la Administración Pública durante un periodo prolongado, cuando el cargo del gestor no esté en disputa. En primer lugar, el perjuicio a la protección de los derechos sociales de los que aquí se trata no necesariamente traduce una medida efectiva para lograr la finalidad "mayor" de preservar la igualdad entre candidatos y la integridad de la contienda. En segundo es cuestionable si la medida prohibida -que contiene una prohibición aplicable durante el año electoral y en años intercalados (siempre que resulte aplicable a cualquier contexto de elecciones, independientemente de la esfera del Gobierno en la que se celebren)- tiene sentido en vista del nivel de restricción que produce sobre la actuación de la Administración Pública<sup>24</sup>.

Por cierto, la crítica relacionada con la restricción de la actuación de la Administración Pública durante un largo periodo- en aquellos casos en los que el cargo del gestor no esté en disputa en la contienda- gana fuerza al constatare que el objetivo de la norma, al instituir conductas prohibidas, consistió

24 Boscaine, C.(2011). A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral. p. 41-54.

en hacerle frente al instituto de la reelección del jefe del Ejecutivo, consagrado por la Enmienda Constitucional nº 16/97.<sup>25 26</sup>

Como si no bastara, hay situaciones en que dicha desproporcionalidad, ante una amplia aplicación de la prohibición legal, resulta todavía más evidente. Bajo la hipótesis que el reparto de sumas en dinero, bienes o beneficios se inicie en áreas de la esfera administrativa cuyos cargos no se encuentren en la disputa y cuando el reparto se destine a una entidad privada sin ánimo de lucro, se hace aún más difícil presumir un desequilibrio entre candidatos, dado que el destinatario no es un organismo o persona jurídica de derecho público, cuyo gestor puede llegar a explotar el hecho electoralmente.

Finalmente, se recuerda que el párrafo décimo del Art. 73 de la Ley nº 9.504 de 1997, se pretende como principio guía asegurar la igualdad de oportunidades entre los candidatos<sup>27 28</sup>, ya que tiene por objeto cohibir el uso de estructuras del poder público para beneficiar a candidatos, partidos políticos o coaliciones<sup>29</sup>. Esa igualdad entre los candidatos, aliada a la preservación de la intangibilidad de los votos, forman el carácter ético y jurídico del proceso electoral<sup>30</sup>, como también repercuten en el principio republicano, visto que éste repudia el tratamiento privilegiado ilegítimo<sup>31</sup> y defiende el acceso igualitario a los cargos públicos<sup>32</sup>.

Colateralmente, como ya se ha visto, el dispositivo normativo consagra una restricción al ejercicio de la actuación administrativa volcada hacia la protección de los derechos sociales constitucionalmente establecidos, sobre todo cuando se reconoce, como lo hacen diversas decisiones del Tribunal Superior Electoral, una especie de presunción absoluta que el reparto de sumas en dinero, bienes o beneficios en año electoral puede afectar la igualdad de oportunidades entre los candidatos, comprometiendo la integridad de la contienda.

No hay que olvidar que: "Como consecuencia de teoría constitucionalmente adecuada a los derechos fundamentales, el legislador tiene la autorización implícita para regular conflictos entre el ejercicio de aquellos derechos cuyas respectivas esferas de protección colisionen" (Barros, 2003, pág.169).

Por lo que parece correcto entender que la prohibición impuesta por el Art. 73 (10) de la Ley nº 9.504 de 1997, solamente se legitima ante la hipótesis de una efectiva violación a la igualdad entre candidatos y a la integridad de la contienda electoral.

Inclusive, se nota que el reparto de alimentos perecederos en año electoral no constituye, *per se*, un caso de desvío de finalidad pública, como se puede suponer en casos de uso de (i) bienes muebles o inmuebles públicos en beneficio de un candidato (Art. 73, numeral I) o (ii) servicios prestados por

25 Almeida, R. (2013). Curso de direito eleitoral. p. 57.

26 TSE. (2006). Petición 1929. Juez Instructor: Marco Aurélio Mello. Fecha de la decisión monocrática 5.7.

27 Reis, M. (2012). Direito eleitoral brasileiro. Brasília: Alumnus. p. 86.

28 Ferreira, J. (2008). A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97). BDM – Boletim de Direito Municipal. p. 352-361.

29 Probst, M. (2008). Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. Fórum Administrativo – Direito Público. p. 41-52.

30 Ramayana, M. (2011). Direito eleitoral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. p. 24.

31 Gomes, J. (2013). Direito eleitoral. 9ª ed. São Paulo: Atlas. p. 248.

32 Lula, C. (2014). Direito eleitoral. 4ª ed. Leme: Imperium. p. 69.

un funcionario del sector público a comités de campaña electoral durante su horario de trabajo (Art. 73, numeral III), aunque no figure la ofensa al principio de la igualdad entre candidatos.

En realidad, el reparto gratuito de sumas en dinero, bienes o beneficios de naturaleza social, cuando no haya uso promocional en pro de un candidato (Art. 73, numeral IV) y no se determine un reflejo razonable sobre la contienda, efectiva valores constitucionales asignados al Estado Social y Democrático de Derecho.

Además, la norma que consta en el artículo de análisis resalta valores constitucionales tan relevantes como aquellos asociados a la salvaguarda del proceso electoral, puesto que las prestaciones públicas sociales reflejan el deber de la actuación administrativa volcada hacia la tutela de los derechos fundamentales de la sociedad. Esa es la razón por la que João Gabriel Lemos Ferreira<sup>33</sup> señala que “el coste de la violación a la dignidad y de la negación a los tramos sociales es demasiado alto”. Y, aunque se reconozca la necesidad de cohibir excesos, se admite que cabe

Al administrador público atender a las necesidades fundamentales sin que se haga uso de medidas destinadas a la autopromoción, y sólo en casos excepcionales, de modo a conjugar tal atendimento a la prohibición del Art. 73, párrafo décimo, de la Ley nº 9.504/97.

Así se evalúa que la prohibición de la donación de alimentos percederos aprehendidos por los órganos de inspección, bajo el enfoque del Art. 73 (10) de la Ley nº 9.504 de 1997, no se justifica cuando no sea posible identificar elementos o indicios fácticos que señalen un posible debilitamiento de los principios constitucionales de igualdad entre candidatos o integridad de la contienda. Se hace necesario reflexionar sobre las circunstancias que corroboran o alejan esa presunción de ilicitud predicha por la norma.

Por todo ello, es imperativo reconocer que la donación de alimentos aprehendidos por los órganos de inspección en año electoral no necesariamente implica la aplicación de la prohibición prevista en el apartado producto de este documento, lo que sugiere la flexibilización de la interpretación restrictiva de la Justicia Electoral brasileña.

## Conclusión

La Justicia Electoral brasileña realiza una lectura al Art. 73, párrafo décimo de la Ley nº 9.504 de 1997, según la que la prohibición del reparto gratuito de sumas en dinero, bienes y otros beneficios en año electoral, específicamente en lo concerniente a la donación de alimentos percederos aprehendidos por los órganos de inspección, sería un ilícito de mera actividad, estableciendo una especie de

presunción absoluta que cualquier donación (salvo en las hipótesis de estado de emergencia o calamidad, o de excepción de política pública anteriormente concebida) tendría la capacidad de afectar la integridad de las elecciones y la isonomía entre los candidatos.

Dicha interpretación no se toma en consideración; sin embargo, queda

33 A distribuição gratuita de valores, bens e benefícios em ano eleitoral, p. 21-31.

claro que el Estado no puede abste-nerse de actuar en la promoción de los derechos asegurados constitucionalmente, al asumir que estaría libre permitir que los alimentos perecederos necesarios para ciertos segmentos de la población fueran desechados, ante el deber de garantizar la integridad del proceso electoral.

Por ello, se considera la reflexión ante la posibilidad de concebir el ilícito que consta en el Art. 73 (10) de la Ley n° 9.504 de 1997, en lo que concierne específicamente a la donación de alimentos por los órganos de inspección en año electoral, como conducta cuya ilicitud demandaría una mejor evaluación de (a) la posibilidad que

dicha conducta afecte concretamente la igualdad entre candidatos o la integridad de la contienda; (b) la vinculación del agente público que promueve la donación de alimentos perecederos aprehendidos, de forma directa o indirecta, con la esfera federativa en la que se desarrolla el proceso electoral, y (c) la incidencia de abuso de poder o de desvío de finalidad en la conducta en cuestión.

Desde el ángulo de admitirse tal apertura interpretativa resultaría innegable la necesidad de reflexionar sobre los requisitos e instrumentos jurídicos adecuados para que se realice esa forma de donación.

## Bibliografía

Almeida, R. (2013). Curso de direito eleitoral. 7ª ed. Salvador: Juspodivm.

Andrighi, N. (2011). Recurso AgR-AI n. 116967. Agravo Regimental en el Agravo de Instrumento. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Aurélio, M. (2010). Petición n° 100080. Resolución n° 23.291. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Aurélio, M. (2011). Pedido de reconsideración en la Petición n° 100080. Resolución n° 23.291. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Ayres, C. (2006). Consulta n° 1.367. Resolución n° 22.323. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Barros, S. (2003). O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica.

Boletim de Direito Administrativo-BDA. (2015). A distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. *Revista - LexML*. São Paulo: NDJ, año 31.

Boscaine, C. (2011). A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios e ano eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE*. Belo Horizonte: año 3, n. 5.

Bottallo, E., Pozzo, A., Weiss, D. (2010). Lei eleitoral: Lei n. 9.504/97: estrutura, análise e jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

Castro, E. (2010). Teoria e prática do direito eleitoral. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey.

Conglian, O. (2009). Lei das eleições comentada. 5ª ed. Curitiba: Juruá.

Consultoría General de la Unión. Orientación Normativa CNU/CGU/AGU n° 002/2016. Parecer- Plenário n° 002/2016/CNU-Decor/CGU/AGU. Recuperado de <http://www.agu.gov.br/noticia/orientacoes-normativas-e-pareceres--428189>

Da Silva, H. (2013). Recurso AgR-REspe n. 58085. Agravo Regimental en el Recurso Especial Electoral. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

De Noronha, J. (2015). Recurso REspe n. 55547 TSE. Recurso Especial Electoral. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Ferreira, J. (2008). A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei n° 9.504/97). *BDM - Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, año 24, n. 5.

Gomes, J. (2013). Direito eleitoral. 9ª ed. São Paulo: Atlas.

Gomes de Barros, H. (2005). Recurso REspe n. 25.074. Recurso Especial Electoral. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Gonçalves, F. (2010). Recurso AgR-Respe n. 35095. Agravio Regimental en el Recurso Especial Electoral. Tribunal Superior Electoral. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Lula, C. (2014). Direito eleitoral. 4ª ed. Leme: Imperium.

Medeiros, M. (2017). Legislação eleitoral: comentada e anotada artigo por artigo. Salvador: Juspodivm.

Mello, M. (2006). Petición n. 1929. Fecha de la decisión monocrática. Recuperado de [http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@monocraticas-search?sort=date:-D:S:d1&entqrm=0&ulang=&ip=192.168.202.10&entqr=3&site=monocraticas&hl=pt-br&ie=UTF-8&access=p&proxystylesheet=monocraticas\\_portal&oe=UTF-8&tipo\\_doc=dtdec&filter=0&client=monocraticas\\_portal&q=1929&uid=1&getfields=\\*&requiredfields=\(ctdec:3\)&start=20](http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@monocraticas-search?sort=date:-D:S:d1&entqrm=0&ulang=&ip=192.168.202.10&entqr=3&site=monocraticas&hl=pt-br&ie=UTF-8&access=p&proxystylesheet=monocraticas_portal&oe=UTF-8&tipo_doc=dtdec&filter=0&client=monocraticas_portal&q=1929&uid=1&getfields=*&requiredfields=(ctdec:3)&start=20)

Mendes, G. (2015). Consulta nº 5639. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Passarinho, A. (2011). Recurso AgR-Respe n. 36026. Agravio Regimental en el Recurso Especial Electoral. Brasília. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>.

Probst, M. (2008). Reflexões acerca da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral. Fórum Administrativo – Direito Público. Belo Horizonte: año 8, n. 94.

Ramayana, M. (2011). Direito eleitoral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus.

Reis, M. (2012). Direito eleitoral brasileiro. Brasília: Alumnus.

Vaz, L. (2014). Recurso REspe n. 1429. Recurso Especial Electoral. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

Versiani, A. (2011). RO n. 149655. Recurso Ordinário. Recuperado de <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>

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