TRIBUNAL
SUPERIOR
ELEITORAL

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA

DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 23 – Número 1 – Janeiro/Março 2012

TRIBUNAL
SUPERIOR
ELEITORAL

ISSN 0103-6793

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA

DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 23 – Número 1
Janeiro/Março 2012

© 2012 Tribunal Superior Eleitoral

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Secretaria de Gestão da Informação
Setor de Administração Federal Sul (SAFS), Quadra 7, Lotes 1/2, 1° andar
70070-600 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3030-9225

Organização
Coordenadoria de Jurisprudência/SGI

Editoração
Coordenadoria de Editoração e Publicações/SGI

Capa
Luciano Holanda

Impressão, acabamento e distribuição
Seção de Impressão e Distribuição (Seidi/Cedip/SGI)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Alysson Darowish Mitraud)

Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral / Tribunal Superior Eleitoral. – Vol. 1, n. 1 (jul./set. 1990)- . – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1990-
v. ; 23 cm.

Trimestral.
Título varia: Revista de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, v. 23, n. 1 (jan./mar. 2012)-.
Título anterior: Boletim Eleitoral (1951-jun.-1990-jul.).
ISSN 0103-6793

1. Direito eleitoral – Jurisprudência – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral.

CDDir 340.605

Tribunal Superior Eleitoral

Biênio 2010-2012

Presidente
Ministro Ricardo Lewandowski

Vice-Presidente
Ministra Cármen Lúcia

Ministros
Ministro Marco Aurélio
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Gilson Dipp
Ministro Marcelo Ribeiro
Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Composição atual

Presidente
Ministra Cármen Lúcia

Vice-Presidente
Ministro Marco Aurélio

Ministros
Ministro Dias Toffoli
Ministra Nancy Andrighi
Ministra Laurita Vaz
Ministro Henrique Neves
Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Sumário

JURISPRUDÊNCIA
Acórdãos 11

ÍNDICE DE ASSUNTOS 217

ÍNDICE NUMÉRICO 225

Jurisprudência

Acórdãos

RECURSO ORDINÁRIO Nº 1496-55.2010.6.02.0000
Maceió – AL

Relator: Ministro Arnaldo Versiani.
Recorrente: Coligação Frente Popular por Alagoas (PDT/PT/PMDB/PTdoB/PR/PRP/PSDC/PCdoB).
Advogados: Gabriela Rollemberg e outros.
Recorrente: Ronaldo Augusto Lessa Santos.
Advogados: Fernando Neves da Silva e outros.
Assistente dos recorrentes: Joaquim Antônio de Carvalho Brito.
Advogados: Márcio Luiz Silva e outro.
Recorrido: Teotônio Brandão Vilela Filho.
Advogados: Rodrigo da Costa Barbosa e outros.
Recorrida: Coligação Frente pelo Bem de Alagoas (PSDB/DEM/PSB/PSC/PP/PPS).
Advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro e outros.
Recorrido: José Thomaz da Silva Nonô Netto.
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros.

Conduta vedada. Distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios.

1. À falta de previsão em lei específica e de execução orçamentária no ano anterior, a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, em ano eleitoral, consistente em programa de empréstimo de animais, para fins de utilização e reprodução, caracteriza a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

2. A pena de cassação de registro ou diploma só deve ser imposta em caso de gravidade da conduta.

Recurso ordinário provido, em parte, para aplicar a pena de multa ao responsável e aos beneficiários.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover parcialmente o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 13 de dezembro de 2011.

Ministro ARNALDO VERSIANI, relator.

Publicado no *DJE* de 24.2.2012.

Relatório

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, a Coligação Frente Popular por Alagoas e Ronaldo Augusto Lessa Santos, candidato ao cargo de governador do Estado de Alagoas, ajuizaram ação de investigação judicial eleitoral contra a Coligação Frente pelo Bem de Alagoas, Teotônio Brandão Vilela Filho e José Thomaz da Silva Nonô Netto, candidatos, respectivamente, à reeleição aos cargos de governador e vice-governador daquele estado, e o próprio Estado de Alagoas, com fundamento em abuso do poder político, econômico e de autoridade, em conduta vedada e em captação ilícita de sufrágio (fls. 2-37).

Asseveraram que os investigados utilizaram verbas públicas do Governo de Alagoas na distribuição de ovinos, em ano eleitoral, por intermédio de programa social denominado Alagoas mais Ovinos, sem a necessária autorização legal prevista no § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997.

Afirmaram que o lançamento do programa ocorreu apenas em 18.6.2010, conforme consta de notícia veiculada no *site* da própria Secretaria de Agricultura do Estado, tendo havido a distribuição dos ovinos a partir do mês de agosto de 2010.

Ressaltaram que, conforme notícias veiculadas na imprensa local, o referido programa beneficiou 750 famílias, em mais de 30 municípios, com a distribuição de mais de 5.000 animais.

O Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, por maioria, superou questão de ordem suscitada e conheceu do pedido de aplicação de multa e no mérito, por unanimidade, julgou improcedente a ação (fls. 1.699-1.710).

Eis a ementa do acórdão regional (fl. 1.701 v):

> Ação de investigação judicial eleitoral (AIJE). Eleições 2010. Governador do estado. Candidato à reeleição. Programa 'mais ovinos'. Ausência de distribuição gratuita de animais. Empréstimo de semoventes para fins de melhoramento genético. Existência do programa desde o ano anterior ao pleito. Inexistência de conotação eleitoral. Ausência de prova de abuso de poder político e econômico e de captação ilícita de sufrágio. Pedido de decretação dos eleitos ao vice-governador eleito. Descabimento de revelia em AIJE. Questão de ordem. Entendimento do relator pelo desmembramento do feito quanto ao pedido de multa por infração aos arts. 41-A e 73 da Lei das Eleições. Conhecimento do pedido de pena pecuniária em sede de AIJE. Ressalva do ponto de vista do relator. Improcedência da ação. Manutenção dos registros de candidatura. Indeferimento do pedido de multa.
>
> 1. Ressalvado o ponto de vista do relator, entendeu o Tribunal, em questão de ordem, pela possibilidade, em processo de investigação judicial eleitoral, de se conhecer do pedido de aplicação de pena pecuniária, por infração aos arts. 41-A e 73 da Lei das Eleições (Lei Federal n° 9.504/1997).

2. Não cabe revelia em AIJE, uma vez que a matéria versa sobre direito indisponível. Ademais, os outros réus contestaram a ação, de modo que as teses de defesa contidas nos autos aproveitam ao vice-governador eleito.

3. Em não restando evidenciado – e provado – a captação ilícita de sufrágio, o abuso do poder econômico ou político, ou mesmo o abuso de autoridade, não há que se falar em inelegibilidade e em cassação de registro de candidatura ou do diploma.

Opostos embargos de declaração pelos investigantes (fls. 1.713-1.726), foram eles rejeitados, por unanimidade, pelo Tribunal de origem (fls. 1.740-1.747).

Seguiu-se a interposição de recurso ordinário (fls. 1.752-1.832), em que a Coligação Frente Popular por Alagoas e Ronaldo Augusto Lessa Santos sustentam, preliminarmente, violação aos arts. 275 do Código Eleitoral e 535 do Código de Processo Civil, sob o argumento de que o Tribunal de origem, ao julgar os embargos de declaração, deixou de apreciar matérias imprescindíveis ao deslinde da questão.

Acrescentam que a ausência de análise de forma adequada e satisfatória da matéria afronta o disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, bem como no art. 131 do Código de Processo Civil.

No mérito, aduzem que, diversamente do que foi alegado pelos recorridos, o caso em comento não trata de empréstimo de semoventes a pequenos produtores rurais previamente selecionados, e sim de distribuição gratuita de animais, nos termos dos itens 4.2 e 6 do programa desenvolvido pela Seagri, porquanto nos referidos itens não existe nada que comprove a obrigação dos beneficiários de devolver os animais, mas tão somente outras obrigações.

Asseveram que os dois contratos de empréstimo de coisa fungível e infungível apresentados pelos recorridos não seriam aptos a comprovar as suas alegações, visto que estavam eivados de inúmeras irregularidades – não possuíam data, deles constava apenas a assinatura de quatro beneficiários em cada um e faltava a assinatura de uma das duas testemunhas necessárias para a sua formalização.

Afirmam que ficou devidamente comprovado nos autos, principalmente pela ata da reunião e lista de presença de fls. 636-638, que o Programa Alagoas Mais Ovinos não existia até o final do ano de 2009, pois somente em 2 de abril daquele ano teriam sido discutidas a necessidade e a intenção de criar programa dessa natureza.

Defendem que a análise das datas dos documentos apresentados pelos recorridos para comprovar o lançamento do referido programa em 2009 – contrato de fornecimento de bem, nota de empenho, nota fiscal emitida pela empresa fornecedora, termo de adesão e responsabilidade e matérias veiculadas nos meios de comunicação – põem em dúvida todo o procedimento empreendido por eles, "vez que é impossível o atendimento cronológico e material do quanto

ali constante, posto que não é, pois, crível, tolerável e aceitável que a entrega dos semoventes tenha ocorrido antes do firmamento do contrato, da realização do empenho e da emissão da nota fiscal" (fl. 1.795).

Sustentam, ainda, que os testemunhos da secretária de Estado da Agricultura e Reforma Agrária, Maria Inês Pacheco, e do superintendente de Desenvolvimento Agropecuário, Edson Lutaca Maruta, comprovam que, em 2009, existia tão somente experiência-piloto e não o programa em si.

Acrescentam que a distribuição legal e válida dos animais à população por meio do Programa Alagoas Mais Ovinos somente poderia acontecer após 24.5.2010, pois apenas nessa data a Seagri lançou o edital de credenciamento dos municípios no programa e, em conformidade com o termo de cooperação para execução do Programa de Melhoramento Genético Contínuo de Ovinocaprinocultura Alagoana, realizado em 14.10.2009 entre a Seagri e a Accoal (Associação dos Criadores de Caprinos e Ovinos de Alagoas), a distribuição dos semoventes só ocorreria após o credenciamento dos municípios no programa.

Indicam violação ao art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/1997, sob o argumento de que não foi editada lei específica para a criação e regulação do Programa Alagoas Mais Ovinos e ele não estava em execução orçamentária no exercício anterior ao pleito eleitoral.

Ressaltam que a ausência de lei específica viola, ainda, os incisos I e V do art. 80 da Constituição do Estado de Alagoas, os quais dispõem sobre a competência da Assembleia Legislativa de Alagoas para legislar sobre matéria relativa à distribuição de rendas de planos e programas estaduais de desenvolvimento.

Invocam o acórdão proferido pelo TSE no Recurso Ordinário n° 1.497, em 20.11.2008, referente ao julgamento do ex-governador da Paraíba, Cássio Cunha Lima.

Aduzem que, não obstante os recorridos terem alegado que o Programa Alagoas Mais Ovinos era executado em decorrência de convênios firmados entre o Estado de Alagoas e o Sebrae, tal alegação não foi comprovada, haja vista: "a) que a aquisição e distribuição dos ovinos não está contemplada no detalhamento das ações (...); b) que a aludida ação ou programa não está, de igual modo, referida ou mencionada, direta ou indiretamente, do quadro de resumo das participações financeiras (fls. 579/597)" (fl. 1.796).

Asseveram não haver prova robusta de que o referido programa estaria inserido no âmbito do Programa de Apoio aos Arranjos Produtivos Locais (PAPL).

Sustentam, ainda, que não merece prosperar o argumento de previsão nos orçamentos dos anos anteriores para a execução do Programa Alagoas Mais Ovinos, por não haver prova nos autos de que o referido programa já estava contemplado nas leis orçamentárias anuais anteriores, de que ele foi mantido na LOA de 2009 e de que ele foi incluído na LOA de 2010 e no Plano Plurianual de 2008/2011.

Acrescentam que, na LOA de 2009 há referência a ação denominada Melhoria da Qualidade Genética dos Rebanhos Bovinos, Caprinos e Ovinos, mas ela não alude ao Programa Alagoas Mais Ovinos, porquanto o citado programa, "como dito nas defesas e nos documentos juntados, atingiria o Médio e Alto Sertão, enquanto o referido na LOA/2009 atingiria, apenas, a Bacia Leiteira" (fl. 1.783).

Apontam afronta ao art. 167, I, da Constituição Federal.

Destacam que houve aumento desproporcional da execução do programa de 2009 para 2010, correspondente a quase 18.300%, pois, no ano de 2009, apenas 29 animais teriam sido, em tese, entregues a título de experiência-piloto, ao passo que, em 2010, especificamente em agosto e setembro, ou seja, no período vedado pela legislação eleitoral, foram distribuídos 5.291 animais, o que demonstra a inequívoca conotação eleitoral das condutas e a sua potencialidade para afetar o resultado do pleito.

Citam jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de permitir a continuação da execução de programa social em ano eleitoral, vedando, porém, o aumento da concessão de benefícios nesse período, ainda que a previsão orçamentária seja a mesma do exercício anterior, o que não foi respeitado na espécie.

Aduzem, ainda, que não houve a regular comunicação ao Ministério Público Estadual para acompanhar a execução do programa, exigida no § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, visto que ela foi formalizada de forma extemporânea, no último dia do prazo da primeira entrega dos ovinos, não apresentou o local exato em que ocorreriam as entregas e a data de entrega foi o mês de setembro, *"o que, por certo, demonstra a impossibilidade do* Parquet *estadual acompanhar* in locu *e de maneira efetiva tal ato de entrega"* (fl. 1.809).

Acrescentam que da comunicação enviada à Procuradoria-Geral de Justiça constava que as entregas seriam efetuadas nos dias 4 e 5 de agosto de 2010, mas todos os documentos apresentados pelos recorridos indicam que a primeira entrega aconteceria entre os dias 5 e 7 de agosto.

Sustentam que a aquisição dos ovinos e a efetivação e implementação do Programa Alagoas Mais Ovinos foram realizadas com a utilização de recursos do Fecoep (Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza), sem amparo legal para tanto, com base tão somente no que foi decidido, em 1°.10.2009, na primeira reunião do Conselho Integrado de Políticas de Inclusão Social, presidida pelo investigado governador Teotônio Vilela Filho, a qual resultou no Decreto n° 4.213, de 6.11.2010.

Afirmam, assim, que houve flagrante desvio da finalidade dos recursos do Fecoep, prevista na Lei Estadual n° 6.558, de 20.12.2004, na qual não existe nenhuma previsão que possibilite a aquisição e a dação de ovinos para fins de criação.

Asseveram, portanto, que ficaram caracterizados a captação ilícita de sufrágio, o abuso do poder político e econômico e a conduta vedada, com violação aos arts. 73, IV e §§ 5° e 10, da Lei n° 9.504/1997, 12 e 42, IV, § 5°, da Res.-TSE n° 22.718/2008, pois foi feita a distribuição de benesses à população carente do Estado de Alagoas – animais –, em local público, com a utilização da máquina administrativa – por meio de ação de governo subvencionada com recursos públicos –, em pleno ano eleitoral, com fins políticos, com o objetivo de influenciar a vontade do eleitor.

Defendem que a circunstância de os recorridos terem sido beneficiados por ação de governo agrava ainda mais a situação, nos termos do inciso IV do art. 73 da Lei n° 9.504/1997.

Aduzem que a legislação eleitoral não exige a potencialidade lesiva da conduta para a caracterização dos ilícitos supracitados, entendendo como suficiente a existência do abuso para ensejar a condenação, porquanto *"a vedação ao ilícito não é subjetiva, mas, sim, expressamente objetiva"* (fl. 1.820). Acrescentam, no entanto, que a potencialidade *"exsurge de maneira por demais clara dos fatos narrados, bastando, para isto, se observar que a região beneficiada se trata da região mais pobre do estado, o sertão, tendo sido beneficiados, segundo a informação oficial (...) 30 (trinta) municípios e mais de 700 famílias, com mais de 5.000 animais"* (fls. 1.822 e 1.823).

Ressaltam que se cometeu o abuso do poder de forma deliberada e premeditada, porque promovida a alteração do plano plurianual já no curso do ano de 2010 para incluir o referido programa e, no mês de agosto, foi realizada a distribuição de quase 5.000 animais.

Assinalam que, dadas as práticas que caracterizam tanto abuso do poder político e econômico, quanto conduta vedada a agentes públicos, a distribuição de apenas um ovino ou de qualquer outro bem adquirido com recursos públicos e distribuído aleatoriamente com o intuito de captar votos é suficiente para ensejar a cassação do registro de candidatura dos recorridos.

Salientam que, apesar de não ser mais necessária a prova do prévio conhecimento do beneficiário para a sua condenação, em virtude da revogação da Súmula-TSE n° 17, o recorrido governador possuía tal conhecimento das condutas praticadas, visto que ordenou os atos ilícitos e os tornou públicos no *site* da sua campanha.

Concluem que o presente caso demonstra evidente transgressão eleitoral incontornável, lesiva à liberdade do voto, à normalidade das eleições, à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, visando a anular a igualdade jurídica (formal e material) entre os candidatos, pois os recorridos se teriam utilizado *"do Governo do Estado de Alagoas e dos recursos públicos para fins de promoção eleitoral e captação de votos a partir da distribuição de bens materiais (ovinos), às vésperas da eleição"* (fl. 1.822).

Por decisão às fls. 1.834-1.837, o presidente do Tribunal *a quo* recebeu o recurso como ordinário.

Foram apresentadas contrarrazões por Teotônio Brandão Vilela Filho às fls. 1.839-1.865, em que alega ter ficado comprovado nos autos que o programa social Alagoas Mais Ovinos consiste em fase de programa maior de melhoramento genético da ovinocaprinocultura e pertence às políticas desenvolvidas nos Arranjos Produtivos Locais (APLs) desde 2004, o que afasta a alegação dos recorrentes de que ele teria sido lançado em março de 2010.

Esclarece que o referido programa ganhou o nome Alagoas Mais Ovinos somente em 2009 para ser mais bem identificado, sem que houvesse mudança em sua estrutura legal e em sua execução.

Defende que o Programa Alagoas Mais Ovinos não teve fins políticos, nem se pautou na gratuidade, porquanto a distribuição de ovinos era feita em forma de comodato de coisa infungível, cabendo às famílias beneficiadas devolver igual número de ovinos no período indicado no programa. Cita o parecer da Procuradoria Regional Eleitoral para corroborar o seu argumento.

Afirma que, diversamente do que foi consignado na inicial da AIJE, ao participar de encontro com produtores rurais, em 26.5.2010, no Centro de Convenções de Maceió, apenas anunciou medidas administrativas afetas às suas funções de governador, sem proferir discurso envolvendo política ou eleições, o que não constitui ilícito eleitoral.

Sustenta que o caso em comento não possui similaridade com o do governador da Paraíba, Cássio Cunha Lima, haja vista não ter participado direta e pessoalmente no momento da assinatura dos contratos de comodato com as famílias escolhidas para fazer parte do programa, nem da entrega dos animais, que ocorreria em solenidades simples, sem festividades e discursos políticos.

Ressalta que a distribuição da maior parte dos animais teria acontecido somente em 2010, em face de demoras burocráticas do processo de licitação.

Aduz que não há, na espécie, o requisito da potencialidade lesiva da conduta para influenciar o resultado do pleito, exigido pelo art. 22, XVI, da Lei Complementar n° 64/1990, pois a quantidade de ovinos distribuída – 700 – seria insignificante para *"trazer qualquer perturbação da normalidade do pleito"* (fl. 1.864).

Assevera, assim, não ter ficado configurado abuso do poder político, ou econômico ou conduta vedada a agentes públicos.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso, em parecer de fls. 1.878-1.889.

Teotônio Brandão Vilela Filho apresentou petição às fls. 1.904-1.924, na qual alega que o parecer emitido pela Procuradoria-Geral Eleitoral, que opinou pela cassação de seu mandato, não teria enfrentado os fundamentos jurídicos expostos em sua defesa, bem como aqueles assentados pela Procuradoria Regional Eleitoral e pelo acórdão do TRE/AL.

Por tal motivo, requer a manutenção do acórdão regional no sentido de julgar improcedente a ação de investigação judicial eleitoral e que se desconsidere o parecer emitido pela Procuradoria-Geral Eleitoral.

Voto (Preliminar)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, em memorial entregue pelo recorrido José Thomaz da Silva Nonô Netto, argui-se questão, tida por ele como de ordem pública, passível de conhecimento de ofício, alusiva à falta de citação de litisconsortes passivos necessários, conforme decidido pelo Tribunal no julgamento do Recurso Ordinário n° 1696-77, de minha relatoria.

Argumenta que "(...) as condutas tidas pelos recorrentes como vedadas a agentes públicos, porquanto alegadamente praticadas com desvio de finalidade, são atribuídas à então secretária de Agricultura e Desenvolvimento Agrário, Maria Inês Pacheco, e ao então superintendente de Desenvolvimento Agropecuário de Alagoas, Edson Lutaca Maruta, este pessoalmente encarregado de gerir o denominado Programa Mais Ovinos.

Postula, em face da ausência de citação desses litisconsortes, o reconhecimento da decadência.

O precedente invocado possui a seguinte ementa (RO n° 1.696-77):

> Representação. Conduta vedada. Litisconsórcio passivo necessário.
>
> O agente público, tido como responsável pela prática da conduta vedada, é litisconsorte passivo necessário em representação proposta contra os eventuais beneficiários.
>
> Não requerida a citação de litisconsorte passivo necessário até a data da diplomação – data final para a propositura de representação por conduta vedada –, deve o processo ser julgado extinto, em virtude da decadência.
>
> Recursos ordinários do governador e do vice-governador providos e recurso do PSDB julgado prejudicado.

Nesse precedente, o agente público responsável pela conduta vedada era radialista que teria veiculado, em rádio estatal, críticas a adversário político do então governador.

Ele, que seria o único responsável, não foi citado.

Por isso, reconheceu-se que, em sendo uniforme a relação ali estabelecida, era inegável a condição de litisconsorte passivo necessário do servidor público responsável pela conduta, nos termos do § 4° do art. 73 da Lei n° 9.504/1997 e que, diante das circunstâncias, os candidatos a governador e vice-governador, que figuravam como únicos representados, detinham apenas a qualidade de eventuais beneficiários, por força do disposto no § 8° do mesmo dispositivo legal.

Diversamente, entretanto, na hipótese dos autos, a responsabilidade pela conduta vedada foi expressamente imputada somente ao governador, por se cuidar de execução de programa governamental.

E o governador, na respectiva defesa, não negou a sua responsabilidade pelo programa.

Pretende-se, contudo, já agora, que se reconheça a condição de litisconsortes passivos necessários de secretária de Agricultura e Desenvolvimento Agrário de Alagoas e de superintendente de Desenvolvimento Agropecuário de Alagoas, então gestor do Programa Alagoas Mais Ovinos.

Essa questão não foi suscitada perante o Tribunal de origem, não foi objeto de recurso, nem das contrarrazões, tampouco versa, a meu ver, exclusivamente, matéria de direito, podendo cogitar-se, ao contrário, de questão de fato, na medida em que se quer responsabilizar pela conduta outros servidores que não o governador.

O conhecimento de questão de fato, mesmo em sede de recurso ordinário, tal como ocorre com a apelação no processo civil, encontra obstáculo no disposto no art. 517 do CPC, que só permite o seu exame, "se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior", o que, no caso, sequer é alegado pelo recorrido José Thomaz da Silva Nonô Netto.

De qualquer sorte, entendo que a imputação de irregularidade quanto à criação, implantação e execução de programa social enseja, em princípio, a responsabilidade direta do governador de estado, mas não necessariamente de eventuais subordinados, que, se praticaram algum ato subsequente, o fizeram como executores do programa governamental.

E não se cogita aqui de fato específico, cuja autoria seja imputada a secretário estadual ou a outro servidor público, mas sim ao chefe do Poder Executivo Estadual, que, repita-se, não recusou a responsabilidade que lhe foi atribuída, procurando, ao revés, defender o seu ato, o seu programa.

Desse modo, não sendo litisconsortes passivos necessários os demais servidores que se limitaram a cumprir o programa de governo, *afasto a suscitada preliminar de decadência*.

Voto (Preliminar – Vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, reafirmo o que sustentei no caso de Roraima. Há, na verdade, quando muito, litisconsorte facultativo, presentes os mesmos fatos, e, portanto, o enquadramento da espécie não no art. 47 do Código de Processo Civil, mas no art. 46.

Existe mais um aspecto. Evidentemente, se a ordem parte de cima, o subalterno detentor de cargo que enseja demissão a qualquer momento tende a observar. Daí haver dito que, naquela situação concreta do governador de Roraima, vacilaria

muito – se o jornalista também fosse réu no processo – quanto à aplicação da multa a esse agente que rotulei, classifiquei, qualifiquei como secundário.

Vejam onde podemos chegar se levarmos às últimas consequências essa exceção – o litisconsorte necessário. Nesse caso concreto, não é possível cogitar do mesmo litisconsórcio, pois, no tocante aos demais, que poderiam até mesmo ter sido acionados, haveria não a busca de decisão constitutiva negativa, mas condenatória apenas em relação à sanção pecuniária.

Acompanho o relator, reafirmando o ponto de vista por mim sustentado no precedente mencionado da Tribuna.

Voto (Mérito)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, também *rejeito a alegação dos recorrentes quanto à ofensa aos arts. 275 do Código Eleitoral e 535 do Código de Processo Civil, bem como aos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 131 do Código de Processo Civil*.

Do teor do acórdão dos embargos de declaração opostos no TRE/AL (fls. 1.740-1.747) verifico que foram examinadas as seguintes contradições: a) inexistência de prova da contratação de ovinos pelo Governo do Estado de Alagoas, no ano de 2009, com ausência de publicação do respectivo extrato do contrato no *Diário Oficial*; b) acolhimento da tese de doação quanto à distribuição dos animais pelo governo do estado.

O acórdão dos embargos de declaração afastou tais contradições, inclusive indicando trechos do próprio acórdão embargado (fls. 1.743-1.745).

De outra parte, igualmente não foram reconhecidas as omissões quanto à afirmação de que o Programa Mais Ovinos não estaria amparado em lei específica, bem como atinente à suposta ausência de comunicação ao Ministério Público Estadual sobre a suposta doação de animais à população. O voto condutor asseverou, ainda, ter sido apreciada a controvérsia sobre a impossibilidade de empréstimo de semoventes a pecuaristas.

Assim, tenho que se afigura correta a conclusão do TRE/AL, às fls. 1.746-1.747, no sentido de que os recorrentes estavam a pretender a rediscussão dos fundamentos do acórdão embargado, fim para o qual não se prestam os embargos de declaração, também não havendo como falar em ausência de fundamentação.

Narraram os recorrentes, na inicial da ação, que, por intermédio do Programa Alagoas Mais Ovinos, o Governo do Estado de Alagoas realizou a distribuição de animais, no ano eleitoral de 2010, programa esse que não existia anteriormente, não foi objeto de lei específica, nem teria previsão orçamentária no ano anterior.

Assim, os recorrentes alegam que tal programa configurou conduta vedada, abuso do poder político e econômico, captação ilícita de sufrágio e uso indevido dos meios de comunicação social.

Inicialmente, examino a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/1997, que estabelece:

> Art. 73.
> [...]
> § 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

A primeira questão a ser analisada é se o Programa Alagoas Mais Ovinos possui previsão em lei específica e já estava em execução orçamentária no ano de 2009.

No que tange à implementação daquele programa, os recorrentes, com a inicial, trouxeram diversas cópias de notícias veiculadas no portal do governo do estado (fls. 79-102, 1.298-1.314).

A maior parte das notícias (fls. 79-102) foi divulgada no início do mês de agosto de 2010, entre os dias 5 e 9, explicando como seria implementado o programa, seus objetivos, quais municípios seriam beneficiados e a quantidade de famílias que se pretendia abarcar e de animais a serem entregues.

Existem, ainda, cópias de notícias, de caráter institucional e de outros meios de comunicação impressos, veiculadas em dezembro de 2009, em que se noticia o lançamento do Programa Alagoas Mais Ovinos no dia 18.12.2009, no município de Piranhas (fls. 1.102-1.105, 1.318-1.336).

Os recorridos contrapõem que o programa, na verdade, constituiria programa de melhoramento genético da ovinocaprinocultura, cuja implantação vem ocorrendo desde o ano de 2004, a partir do desenvolvimento do denominado Programa de Apoio aos Arranjos Produtivos Locais (PAPL), que faria referência também a outras áreas, tais como apicultura, piscicultura, laticínio e horticultura.

Alegam que esse último programa seria produto de parceria do governo estadual com parceiros privados, públicos e do terceiro setor, para fins de aperfeiçoamento da agricultura familiar de subsistência, com atendimento de famílias mais carentes, destinando-lhes acompanhamento técnico com o objetivo de desenvolvimento de atividade econômica digna.

Acrescentam que "o governo estadual teria passado a denominar aquele programa de melhoramento genético de 'Alagoas Mais Ovinos', apenas para melhor identificá-lo (afinal, falar em 'melhoramento genético da ovinocapricultura' é até foneticamente complicado), sem contudo fazer qualquer mudança em sua estrutura legal e em sua execução" (fl. 1.840).

O Tribunal Regional Eleitoral reconheceu que o programa social teria sido implementado no final do ano de 2009, ainda no ano anterior ao pleito, portanto, e que teria previsão em lei.

A propósito, extraio do voto condutor do acórdão regional (fls. 1.705v-1.709v):

> *II – Distribuição de alguns ovinos no ano de 2009*
>
> *Os representantes sustentam a impossibilidade cronológica de ter ocorrido a distribuição de alguns ovinos no ano de 2009 (fl. 1.600), conforme os documentos constantes dos autos.*
>
> *Tal alegação, não encontra amparo no acervo probatório constante do feito, pois:*
>
> *a) O contrato de fls. 1082-1088, por meio do qual o Estado de Alagoas firmou avença para a aquisição de 29 animais (ovinos) junto à empresa Varrela Pecuária Ltda. está datado de 17.12.2009, sendo irrelevante o fato de a data da avença ter sido aposta de caneta esferográfica, porquanto não se pode presumir, sem prova inequívoca em contrário, que houve falsidade ideológica.*
>
> *b) Consta do feito todos os termos de adesão e compromissos (empréstimo) de animais a quatro famílias de Piranhas/AL (fls. 1.091-1.098), todos datados de 18.12.2009, ou seja, no dia seguinte ao contrato.*
>
> *c) Há notícia na Internet (fls. 1.099-1001), datada de 15.12.2009, divulgando que o evento da entrega dos animais em Piranhas dar-se-ia no dia 18.12.2009.*
>
> *d) O próprio* Diário Oficial *do Estado (edição de 16.12.2009) noticiou (fls. 1102-1103) que o governo lançaria o aludido programa no dia 18.12.2009, naquele município do sertão alagoano.*

Assim, é evidente que houve a entrega de 29 animais (ovinos) em Piranhas/AL no dia 18.12.2009, embora conste da nota fiscal de fls. 1.090 que a saída dos produtos tenha ocorrido no dia 30.12.2009, data da própria emissão desse documentos fiscal.

III – Contratação de ovinos em 2009

Efetivamente, podem ter ocorrido algumas inconsistências de ordem financeira, tributárias e relativas à Lei de Licitações, como a emissão da nota de empenho daquela contratação ter sido efetivada alguns dias depois da avença, isto é, em 29.12.2009 (fls. 1089); a correspondente nota fiscal emitida em 30.12.2009 (fls. 1.090) e haver sido dispensada a licitação. Mas tais situações, ainda que, eventualmente, não se tenha observado o figurino legal de regência, não têm, segundo o atual entendimento jurisprudencial, o condão de dar ensejo à improbidade administrativa, já que o valor contratado foi de pequena monta, precisamente no importe de R$7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) e não houve prova de dano ao patrimônio público e nem locupletamento ilícito, como exige o STJ (...)

Apenas para melhor situar um ponto que interessa à solução desta demanda, assinalo que a Lei Federal n° 4.320 veda a realização de despesa sem prévio empenho (*caput* do art. 60) (...)

O certo é que nem a Lei de Licitações (Lei Federal n° 8.666/1993), nem a Lei Geral de Direito Financeiro e de Orçamentos Públicos (Lei Federal n° 4.320) e, tampouco, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n° 101/2000), disciplinam o exato momento em que se deve emitir o empenho.

Assim, realizando pesquisa na Internet, observei que a Controladoria-Geral do Estado de Alagoas (www.controladoria.al.gov.br) editou a Instrução Normativa-CGE n° 3/2008, datado de 26.6.2008. (...)

Nos autos, às fls. 1.082-1.088, tem-se que o Estado de Alagoas realizou o Contrato Seagri n° 28/2009 (empresa Varrela Pecuária Ltda.) em 17.12.2009 e que emitiu a respectiva nota de empenho em 29.12.2009, parecendo não ter descumprido a recomendação da controladoria.

Enfatizo que os animais (ovinos) foram entregues ao estado em 18.12.2009, dia imediato à lavratura do contrato e antes da emissão da nota de empenho, porém essa conduta, por si só, e desprovida de outros requisitos, como dano ao Erário, por exemplo, não acarreta maiores consequências no caso em tela, quando muito é passível de ressalva pela Corte de Contas (...)

IV – Regularidade do Programa Mais Ovinos

Compulsando os autos, tenho para mim que o Programa Mais Ovinos está inequivocamente especificado em lei, de modo a permitir o empréstimo de semoventes, conforme bem assinalado no parecer da douta Procuradoria Regional Eleitoral de Alagoas (fls. 1.692/1.693):

> *"Nas leis orçamentárias de 2008 e 2009, às fls. 676/677, há previsão da ação 'melhoria da qualidade genética dos rebanhos bovinos, caprinos e ovinos (progenética)', o que é um dos objetivos específicos do Programa Alagoas Mais Ovinos, disposto no projeto explicativo de fls. 650 e 654/655.*
>
> *[...]*
>
> *Nos créditos adicionais de 2009, fl. 681, há previsão da ação de 'revitalização da cadeia produtiva do leite e da ovinocaprinocultura'. No Plano Plurianual de 2008-2011, de fl. 685, é prevista ação de fomento à atividade da ovinocaprinocultura e avicultura (...)".*

Entendo que os autos estão abastecidos com farta documentação que demonstram, à toda evidência, que o Mais Ovinos trata-se de um programa social devidamente regular, de acordo com os documentos de fls. 442-818.

Nesse diapasão, não tem cabimento a assertiva dos representantes de inquinarem de vício ou de desvirtuamento de finalidade o emprego de recursos do Fecoep (Fundo Estadual de Combate à Erradicação da Pobreza) para o

Programa Mais Ovinos, uma vez que a lei que estatui aquele fundo permite esse uso, até porque, conforme realçado pelo *Parquet* Eleitoral, as leis orçamentárias de 2008 e 2009 expressamente previram a ação de melhoria da qualidade genética dos rebanhos ovinos (progenética). A esse respeito, transcrevo o que reza a lei que trata do Fecoep (fl. 1.640):

> Art. 1° da Lei Estadual n° 6.588/2004:
> "Parágrafo único. Fecoep tem por objetivo viabilizar à população de Alagoas o acesso a níveis de subsistência, cujos recursos devem ser aplicados exclusivamente em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, *reforço de renda familiar e em outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida*."

Da simples leitura da aludida norma, fica patente a possibilidade de, desde que haja previsão legislativa – como no caso do Mais Ovinos –, utilizar-se o Governo do Estado de Alagoas de recursos do Fecoep para o melhoramento genético de animais, de modo a proporcionar reforço de renda às famílias beneficiadas, já que o Mais Ovinos constitui-se num relevante programa de interesse social de melhoria da qualidade de vida, na dicção da lei de regência.

Em suma, o TRE/AL reconheceu que o Programa Alagoas Mais Ovinos estava previsto em leis orçamentárias de 2008 e 2009, com previsão de ação alusiva à "melhoria genética dos rebanhos bovinos, caprinos e ovinos (progenética), o que se referiria a um dos objetivos do indigitado programa social" (fl. 1.708).

Os recorridos, em sua defesa, trouxeram a seguinte documentação:

– Cópias de convênios firmados, desde 2004, entre o Estado de Alagoas e o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Alagoas (Sebrae/AL), com os respectivos planos de trabalho, referentes ao desenvolvimento do Programa de Apoio aos Arranjos Produtivos Locais, o qual engloba a atividade de ovinocaprinocultura – convênios n^{os} 1/2004, 13/2005, 3/2008 e 1/2010 (fls. 444-555).

– Acordo de resultados do Projeto Arranjos Produtivos Locais (APL) da ovinocaprinocultura no sertão de Alagoas, datado de 31.3.2005, bem como aquele referente ao ano de 2010, os quais descrevem os resultados finalísticos almejados com o projeto, os compromissos firmados pelas partes e as ações a serem implementadas (fls. 598-603 e 559-588, respectivamente).

– Cópias do plano de trabalho do Programa Alagoas Mais Ovinos e projeto explicativo, com a previsão de sua execução no período de 2009 a 2010 (fls. 640-660).

– Cópias das leis orçamentárias anuais dos anos de 2008, 2009 e 2010, do Plano Plurianual 2008-2011, dos quais constava expressamente a previsão de orçamento para a melhoria da qualidade genética dos rebanhos bovinos, caprinos e ovinos – progenética, e das leis de diretrizes orçamentárias para os exercícios de 2009 e 2010 (fls. 676-687 e 1.217-1.278).

– Cópias do contrato de aquisição de bens semoventes firmado entre o Estado de Alagoas e a empresa Varrela Pecuária Ltda. em 17.12.2009, nota de empenho visando à implementação do Programa Alagoas Mais Ovinos, de 29.12.2009, nota fiscal referente à aquisição dos animais, de 30.12.2009, termos de adesão e compromisso do produtor ao programa, datados de 18.12.2009 (fls. 688-704), contratos de empréstimos de coisa fungível e infungível do ano de 2010 (fls. 714-719) e termos de contrato para fornecimento de animais, relativos ao Processo n° 1400-4033/2009 (fls. 722-743).

– Comunicação à Procuradoria-Geral de Justiça para acompanhamento da implementação do Programa Alagoas Mais Ovinos, datada de 3.8.2010 (fl. 745), bem como documentos concernentes ao credenciamento de municípios ao programa do ano de 2010 (fls. 747-782).

Com relação às características do programa, sua implantação e execução, transcrevo os seguintes trechos do testemunho de Maria Inês Pacheco (secretária de Estado de Agricultura e Desenvolvimento Agrário) (fls. 1.355-1.357):

> [...] *Que o Programa Mais Ovinos, com esse nome, passou a existir em dezembro 2009, mas que já existia previsão orçamentária para tal programa desde 2008; que já em 2004 existia programa voltado para o desenvolvimento de ovinocaprinocultura no Estado de Alagoas; que os arranjos produtivos locais foram instituídos em 2004;* [... que não se recorda de o Governador Teotônio Vilela ter participado do *lançamento do programa Mais Ovinos em dezembro de 2009*; [...] que não sabe dizer se existe uma lei própria e específica para o Programa Mais Ovinos; que, contudo, sabe dizer que, dentro da lei orçamentária, desde o ano de 2008, *já existe uma ação específica de melhoramento genético de ovinos, caprinos e bovinos; que na lei orçamentária de 2007 havia uma ação que contemplava os APLs de ovinocaprinocultura; que esclarece, portanto, que desde 2004 o Estado de Alagoas já cuidava, de alguma forma, de contemplar os APLs dos ovinos e caprinos, demonstrando, pois, a preocupação do estado em ajudar os pequenos agricultores e pecuaristas*; [...] *que a entrega dos animais é apenas um aspecto do programa, sendo que, em 2007 e 2008, já foram realizadas outras medidas de apoio à ovinocaprinocultura, medidas estas que consistem na capacitação e assistência técnica dos pecuaristas e agricultores que fazem parte do programa*, inclusive os aspectos de nutrição animal; *que a aquisição da maior parte dos animais para o Programa Mais Ovinos ocorreu em 2010, após a aprovação do orçamento, ou seja, em julho de 2010; que o programa precisava de aporte de recursos do Fecoepe, somente disponibilizado em 2009; que todo o processo de aprovação da lei orçamentária demorou até março de 2010,* daí a razão de a distribuição da maior parte dos animais ter sido programada para julho de 2010; que, em face da entrega dos animais ter ocorrido um pouco depois de sua aquisição (julho de 2010), a efetiva distribuição dos segundo e terceiro lotes dos animais deu-se em agosto e setembro de 2010;

Colho, ainda, do testemunho de Edson Lutaca Maruta (superintendente de Desenvolvimento Agrário de Alagoas e Gestor do Programa Alagoas Mais Ovinos) (fls. 1.360-1.362):

> *Que é gestor do Programa Mais Ovinos desde a sua fase inicial, em 2009,* desenvolvendo trabalhos desde o mês de abril, trabalhos estes que consistiram em várias etapas, principalmente numa reunião realizada com o pessoal do APL e com a Associação de Ovinos e Caprinos, além de representantes locais de agricultores e pequenos produtores, tendo por base um semelhante programa governamental do governo baiano; *que a execução formal do programa começou no final daquele ano; que o programa está englobado no Arranjo Produtivo Local desde 2004, tendo ações inseridas nas leis orçamentárias desde 2008, com a denominação Melhoramento Genético de Ovinos e Caprinos*; [...] que o Programa Mais Ovinos não é gratuito e tem alguns requisitos para a sua concessão; [...] *que o edital de credenciamento dos municípios ao Programa Mais Ovinos ocorreu em 2010; que antes, em 2009, a escolha das famílias contempladas foi efetuada a partir da equipe do APL*; que a necessidade do edital deveu-se à preocupação do estado em ser o mais imparcial e transparente possível, até porque a quantidade de solicitações para adesão ao programa já era grande; que antes do edital a gestão do programa se preocupou em divulgá-lo junto aos secretários municipais aos representantes dos APLs locais e à equipe do Governo do Estado de Alagoas, além de representantes sindicais de produtores e pecuaristas; *que, como o APL já trabalha nas áreas mais carentes desde 2004, os gestores do programa já têm a demanda desde àquela época, daí o motivo de muitos produtores já terem informações sobre o Programa Mais Ovinos antes do edital lançado em 2010*; [...].

Infere-se do conjunto probatório, no entanto, que não há nenhuma lei específica de criação do Programa Alagoas Mais Ovinos, apesar dos esforços dos recorridos, bem como do que consta do acórdão regional.

E exatamente a lei específica é o que constitui a exigência prevista no art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/1997.

Como assentado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n° 28.433, relator o Ministro Felix Fischer, de 15.10.2009, "desde o pleito de 2006, o comando do art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/1997, introduzido pela Lei n° 11.300/2006, proíbe a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, no ano em que se realizar eleição. Uma das exceções é o caso de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior".

E, conforme bem salientou a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 1.169-67, de 30.6.2011, o Tribunal "não tem mitigado a exigência desses dois requisitos legais: lei autorizando a criação do programa social e execução orçamentária anterior". E, nesse julgado,

ficou decidido que "a mera previsão legal na lei orçamentária anual dos recursos destinados a esse programas não tem o condão de legitimar sua criação", situação, aliás, semelhante à hipótese dos presentes autos.

Entendo que a prova documental apresentada pelos recorridos comprova tão somente que o Governo do Estado de Alagoas possuía ação alusiva a melhoramento genético de rebanhos, mas não que houvesse lei específica criando o Programa Alagoas Mais Ovinos no final do ano de 2009.

Assim, não procede a alegação de que o programa apenas mudara a nomenclatura, já que o denominado Programa de Apoio aos Arranjos Produtivos Locais (PAPL) tinha inúmeras áreas de atuação, o que reforça a necessidade de aprovação de projeto de lei específica, diante do interesse do governo de implantação de programa também específico, que beneficiaria diretamente a população, legitimando a atuação do Poder Executivo.

Ressalto que, embora a coligação recorrida, em memorial entregue, invoque o acórdão deste Tribunal no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 11.204, de 19.8.2010, relatora a Ministra Cármen Lúcia, nesse precedente o TRE/PR reconheceu a existência de lei municipal que previa programas de assistência social, inclusive com especificação de subprogramas relacionados ao objeto da conduta impugnada naquele caso, alusiva à doação de material de construção, razão pela qual foi considerado, inclusive, o caráter perene do programa, executado com regularidade.

Nesse mesmo precedente, a relatora julgou, ainda, que, para rever as circunstâncias assinaladas, seria necessário o reexame do conjunto probatório, vedado em sede de recurso especial.

A finalidade da regra do § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997 está justamente em evitar a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública no ano da eleição, restringindo, portanto, o lançamento de programas sociais, nos quais se pode objetivar exatamente a entrega de benesses à população, com vistas ao eventual favorecimento de candidaturas.

Por essa razão, a citada norma estabeleceu, em uma das ressalvas, que o programa social somente seria admitido caso tivesse previsão legislativa específica e ocorresse a respectiva execução orçamentária, pelo menos, desde o ano anterior ao do pleito, obrigando o administrador público a adotar critérios mais rígidos, repito, para evitar o desvirtuamento ou a implementação eleitoreira de programas sociais, nos meses que antecedem as eleições, sob a alegação de atendimento à população e de cumprimento de obrigações constitucionais.

Quando o dispositivo faz menção a que os programas sociais devem estar autorizados em lei, não basta a existência de programa genérico a legitimar a atuação do agente público, exigindo-se, ao contrário, a específica previsão legal quanto às características do programa, sob pena de tornar inócua a vedação legal.

Ademais, conforme já decidiu o Tribunal, "mesmo que a distribuição de bens não tenha caráter eleitoreiro, incide o § 10 do art. 73 da Lei das Eleições" (Agravo Regimental no Recurso Especial n° 35.590, de minha relatoria, de 29.4.2010).

De igual modo, assentou-se no acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial n° 36.026, relator o Ministro Aldir Passarinho Junior: "para a configuração da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/1997 não é preciso demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público, bastando a prática do ato ilícito".

Logo, a lei, quando vedou a respectiva conduta, é clara ao proibir, no ano em que se realizar eleição, a distribuição de bens, valores ou benefícios pela Administração Pública, salvo as exceções legais.

Na espécie, segundo as notícias jornalísticas, inclusive de órgão oficial do Governo de Alagoas, constata-se que o lançamento do Programa Alagoas Mais Ovinos ocorreu em 18.12.2009, no município de Piranhas, ou seja, já no fim do ano anterior a ano eleitoral.

O próprio acórdão regional destacou a existência de contrato (fls. 1.082-1.088), celebrado pelo Estado de Alagoas para a aquisição de ovinos, em 17.12.2009 (fls. 1.082-1.088), além dos termos de adesão e compromisso da entrega desses animais para quatro famílias de Piranhas (fls. 1.091-1.098), datados de 18.12.2009.

No que concerne à execução orçamentária, a testemunha Maria Inês Pacheco afirma que "sabe dizer que, dentro da lei orçamentária, desde o ano de 2008, já existe uma ação específica de melhoramento genético de ovinos, caprinos e bovinos; que na lei orçamentária de 2007 havia uma ação que contemplava os APLs de ovinocaprinocultura (...)" (fl. 1.356).

Afirmou, ainda, que "a aquisição da maior parte dos animais para o Programa Mais Ovinos ocorreu em 2010, após a aprovação do orçamento, ou seja, em julho de 2010; que o programa precisava de aporte de recursos do Fecoepe, somente disponibilizados em 2009; que todo o processo de aprovação da lei orçamentária demorou até março de 2010, daí a distribuição da maior parte dos animais ter ocorrido pouco depois de sua aquisição (julho de 2010), a efetiva distribuição do segundo e terceiro lotes dos animais deu-se em agosto e setembro de 2010)" (fls. 1.356-1.357).

Por sua vez, a testemunha Edson Lutaca Maruta declarou que "a distribuição de ovinos aos pecuaristas alagoanos no referido programa apenas se deu em dezembro de 2009, mas esclarece que antes já havia outras ações dos APLs tendentes ao enriquecimento da cadeia (aumento do rebanho) através de linhas de financiamento próprio da DRS/Banco do Brasil, que era aberto a todos os produtores, mas que, na prática, em face das exigências dos bancos, beneficiava mais aos médios produtores" (fl. 1.361).

Diante desse contexto, tenho, também, que a própria execução orçamentária do Programa Alagoas Mais Ovinos não contou com previsão específica quanto à destinação de recursos. Ademais, vê-se que, afinal, a execução do programa se deu efetivamente no segundo semestre de 2010 (em agosto e setembro).

Concluo, portanto, que, sem previsão orçamentária específica anterior, a execução do programa efetivamente aconteceu em pleno ano eleitoral, em virtude da ausência de continuidade da distribuição de animais entre dezembro de 2009 e agosto de 2010.

Nesse ponto, reconhece o acórdão regional que o programa somente teve execução deflagrada em agosto do ano da eleição (fl. 1.709v):

> [...] o Estado de Alagoas, comunicou, de forma prévia, a entrega dos animais (fls. 138) ao Ministério Público Estadual, *para fins de acompanhamento/fiscalização, cuja solenidade dar-se-ia nos dias 4 e 5 de agosto de 2010 e 8 e 9 de setembro do mesmo ano.*
>
> *Adiciono que a primeira 'entrega dos ovinos' deu-se, de fato, no período de 5 a 7 de agosto de 2010* (...).

Outro ponto sustentado pelos recorridos é o de que, na realidade, não houve a distribuição, nem a doação de animais, mas sim empréstimo às famílias beneficiadas pelo programa, motivo pelo qual o fato não se enquadraria na conduta vedada do § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997.

A esse respeito, transcrevo o seguinte trecho do acórdão regional (fls. 1.708v e 1.709):

> Os 'termos de adesão e compromisso do produtor' (fls. 1.091/1.098) datados de 18.10.2009 e os 'contratos de empréstimo de coisa fungível e infungível' (estes de agosto e setembro de 2010) bem comprovam que o Estado de Alagoas não doou animais (ovinos) à população, tendo apenas, por meio do Mais Ovinos, concedido empréstimo, com prazos certos de devolução dos semoventes.
>
> A propósito, reproduzo trechos de um dos contratos de empréstimo de coisa fungível e infungível (fls. 1.435):
>
> > 'Cláusula primeira – Do objeto:
> >
> > *1.1. O presente contrato tem como objeto o empréstimo, pelo contratante aos contratados, de 28 (vinte e oito) ovelhas mestiças e 1 (um) reprodutor puro de origem da raça Santa Inês.*
> >
> > 1.2. Cada contratado receberá 7 (sete) ovelhas mestiças, devidamente identificadas por meio de brincos com a respectiva numeração.
> >
> > 1.3. O reprodutor puro de origem, identificado através de brinco devidamente numerado, será entregue aos contratados para que, em forma de rodízio, a ser definido pela assistência técnica, se utilizem do mesmo.
> >
> > 'Cláusula segunda – Da devolução e do prazo:
> >
> > *2.1. Os contratados se comprometem a, no prazo de 5 (cinco) anos, sendo 2 (dois) de carência, restituir ao contratante 28 (vinte e oito) ovelhas com características iguais ou superiores àquelas recebidas.*

2.2. Os contratados se comprometem a, no prazo de 5 (cinco) anos, devolver ao contratante o reprodutor puro de origem da raça Santa Inês.' Grifo nosso.

Estão, às fls. 1.434-1.587, cópias de diversos contratos de empréstimo de coisa fungível e infungível, celebrados entre a Seagri (Secretaria de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Agrário) e as pessoas beneficiadas pelo programa.

A meu ver, entretanto, os termos desses instrumentos contratuais e a alegação de que se trata de empréstimo não afastam a configuração da conduta vedada.

É certo que tais animais são entregues às famílias para melhoria de renda, o que implica em vantagem direta para os beneficiários, exigindo-se, apenas, vários anos depois, a devolução de animais iguais ou semelhantes e, ainda, de um reprodutor puro.

Parece-me, portanto, que há inegavelmente a distribuição gratuita de bem, valor ou benefício, na sua acepção genérica, ainda que se condicione, posteriormente, a devolução de algum animal em contrapartida.

Também representa, sem dúvida, valor ou benefício econômico a utilização do próprio animal durante todo o período de empréstimo, inclusive com as crias e outros produtos por ele gerados, tais como lã, carne e leite.

Passo, então, a examinar os números atinentes ao Programa Alagoas Mais Ovinos, em especial, a quantidade de famílias beneficiadas e os municípios atendidos.

As cópias das notícias veiculadas no portal do governo do estado (fls. 79-102, 1.298-1.314), no mês de agosto de 2010, explicitam o funcionamento do Programa Alagoas Mais Ovinos, os seus objetivos, quais municípios seriam beneficiados e a quantidade de famílias que se pretendia abranger e de animais a serem entregues. De acordo com essas notícias, estaria prevista a entrega de mais de cinco mil animais, com o objetivo de beneficiar, na primeira etapa, 750 famílias de 30 municípios, compreendidos nas regiões do Médio e do Alto Sertão e da Bacia Leiteira, com a utilização de recursos do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (Fecoep) no montante de R$3,35 milhões.

Quanto ao funcionamento do programa, as mesmas notícias avisam que seriam disponibilizadas, no total, 4.956 matrizes ovinas mestiças e 177 reprodutores puros de origem (PO), e mais 160 matrizes caprinas leiteiras mestiças e 5 reprodutores PO, e que o programa estaria dividido em módulos de 25 famílias, recebendo cada uma delas sete animais fêmeas e um macho reprodutor para cada grupo de quatro famílias.

Conforme cópias de outras notícias juntadas aos autos (fls. 1.102-1.105, 1.318-1.336), o lançamento do programa ocorreu em 18.12.2009, no município de Piranhas. A Agência Alagoas, à fl. 1.310, divulga que, "no dia do lançamento do Programa Alagoas Mais Ovinos, em dezembro de 2009, quatro famílias do município de Piranhas receberam sete ovelhas cada uma" (fl. 1.311).

Essa informação foi confirmada pelo relator no TRE/AL, o qual atesta, no acórdão regional (fl. 1.705v), que "consta do feito todos os termos de adesão e compromissos (empréstimo) de animais de quatro famílias de Piranhas/AL (fls. 1.091-1.098), todos datados 18.12.2009".

Já, às fls. 81-82, há notícia de que a primeira entrega dos ovinos aconteceu no município de Delmiro Gouveia, em 5.8.2010, sem especificar a quantidade de animais entregues, e que a próxima remessa estaria prevista para o município de Piranhas, povoado de Piau.

Também foi juntada notícia da Secretaria de Estado da Comunicação de Alagoas, veiculada em 9.8.2010 (fl. 83), na qual se ressaltou que 160 animais foram entregues em dois municípios alagoanos: 80 se destinaram a agricultores dos assentamentos Pacu e Machado, localizados na zona rural de Pão de Açúcar e entregues em 7.8.2010, beneficiando, pelo menos, 20 famílias; outras 80 cabras foram entregues a agricultores do município de Delmiro Gouveia.

Às fls. 93 e 96, há outras notícias de que o município de Delmiro Gouveia, em 5.9.2011, recebeu mais de 350 cabras e 80 matrizes de ovinos, com o realce da composição do módulo por 25 famílias, sendo cada módulo integrado por 175 ovelhas matrizes.

De igual modo, os testemunhos de Maria Inês Pacheco e Edson Lutaca Maruta esclareceram as características do programa, os seus números e as famílias beneficiadas (fls. 1.355-1.364).

Há, às fls. 697-704, termos de adesões ao programa subscritos por três pessoas, residentes na zona rural de Piranhas, que receberam, cada uma, sete ovinos fêmeas e cota de 25% de um reprodutor ovino puro de origem, macho da raça Santa Inês.

Também se encontram às fls. 714-717 contratos de empréstimo de coisa fungível e infungível assinados por quatro beneficiários do município de Pariconha.

A maioria dos contratos firmados pelo governo do estado, por intermédio da Secretaria de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Agrário, e os nomes das famílias beneficiadas estão acostados às fls. 1.434-1.587, trazidos pelos recorridos na petição de fls. 1.370-1.371.

Esses contratos são subscritos por três a dez pessoas beneficiadas. Tais instrumentos não têm indicação de dia, mas há a referência, ao final deles, aos meses de agosto e setembro de 2010.

Do cotejo das cópias dos contratos em questão extraem-se as seguintes informações sobre os municípios atendidos e famílias beneficiadas:

a) Município de Delmiro Gouveia – 15 contratos, 70 beneficiados.

b) Município de Pariconha – 5 contratos, 20 beneficiados.

c) Município de Piranhas – 6 contratos, 25 beneficiados.

d) Município de Pão de Açúcar – 2 contratos, 20 beneficiados.

e) Município de Olho D'Água do Casado – 6 contratos, 24 pessoas.

f) Município de Água Branca – 6 contratos, 25 beneficiados.

g) Município de São José da Tapera – 12 contratos, 51 beneficiados.

Desse modo, embora se tenha noticiado que o programa atingiria 750 famílias e 30 municípios, depreende-se dos autos que efetivamente houve, pelo menos à época, o atendimento de apenas sete municípios.

Nessas localidades, ainda segundo as cópias dos respectivos contratos, foram beneficiadas 235 pessoas, o que, então, permite presumir a correspondência de 235 famílias atendidas no período.

A testemunha Edson Lutaca Maruta apontou que teriam sido entregues 1.600 animais, em agosto e setembro de 2010, e que o programa teria sido paralisado em outubro daquele ano (fls. 1.361-1.362):

> Que, em agosto e setembro de 2010, continuou a distribuição de animais, onde foram distribuídos aproximadamente 1.600 ovinos; [...] que a meta do Programa Mais Ovino em 2010 é atingir a entrega aproximadamente de 5.000 (cinco mil) animais; que sabe dizer que a paralisação da entrega dos animais em outubro de 2010 teria ocorrido por conta do período eleitoral e contestação do programa.

Também a testemunha Maria Inês Pacheco confirmou o número de animais entregues, explicando as etapas previstas no programa (fls. 1.356-1.358):

> Que a efetiva distribuição de ovinos apenas se deu em dezembro de 2009, quando contemplou sete (7) famílias com cerca de vinte e oito (28) animais [...] que durante os meses de agosto e setembro de 2010 foram entregues dois lotes de animais, que totalizaram 1.600 (mil e seiscentos) animais, beneficiando em torno de 100 famílias; [...] que, em 2010, há a previsão de entrega do total de 5.700 (cinco mil e setecentos) ovinos às famílias; só tendo até a presente data sido entregues em torno de 1.600 (mil e seiscentos) animais; que o programa todo prevê o benefício de 700 (setecentas) famílias, em cinco etapas ou cinco lotes ou entregas, já tendo sido cumpridas duas etapas; [...] que as entregas estavam inicialmente previstas para os meses de agosto, setembro, outubro e novembro de 2010, mas por ser o mês de outubro um período 'atípico' (por envolver muitas parcerias e em virtude do período eleitoral), o estado, junto com os parceiros (Sebrae, bancos, associações de produtores, prefeituras etc.), sugeriu a reprogramação das entregas dos animais até dezembro de 2010.

Diante desses números, cumpre avaliar a sanção a ser aplicada aos recorridos pela prática da conduta vedada, nos termos dos §§ 4°, 5° e 8° do art. 73 da Lei n° 9.504/1997.

Para essa finalidade, cabe citar o seguinte precedente do Tribunal:

> Eleições 2010. Conduta vedada. Uso de bens e serviços. Multa.
>
> 1. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são "tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais". Nesse momento, não cabe indagar sobre a potencialidade do fato.
>
> *2. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4° do mencionado art. 73, de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu. Em caso extremo, a sanção pode alcançar o registro ou o diploma do candidato beneficiado, na forma do § 5° do referido artigo.*
>
> 3. Representação julgada procedente.
>
> (Representação n° 295.986, rel. Min. Henrique Neves, de 21.10.2010, grifo nosso.)

No caso, embora previsto para alcançar 750 famílias em 30 municípios do Estado de Alagoas, o programa não chegou a atingir os números máximos fixados no planejamento do governo.

Houve a distribuição de animais, no mês de dezembro de 2009 (lançamento do programa e entrega de animais a quatro famílias do município de Piranhas) e, posteriormente, em agosto e setembro de 2010, tendo sido, nesse segundo momento, atendidos sete municípios (Delmiro Gouveia, Pariconha, Piranhas, Pão de Açúcar, Olho D'Água do Casado, Água Branca e São José da Tapera).

À vista desses dados e, principalmente, do benefício de cerca de 235 famílias, considero que a conduta em questão não possui gravidade suficiente para justificar a cassação dos diplomas do governador e do vice-governador eleitos em 2010.

Lembro que as famílias beneficiadas residiam, em regra, em comunidades rurais, em municípios do interior alagoano, não constituindo porção expressiva ou significativa do eleitorado estadual.

Nesse particular, ainda que a votação dos eleitos ou mesmo a diferença de votos entre os candidatos majoritários não seja suficiente, só por si, para indicar a gravidade da conduta, essa avaliação poderá merecer criterioso exame em cada situação concreta.

Na espécie, as eleições para o cargo de governador de Alagoas tiveram três candidatos expressivos e conhecidos na disputa, quais sejam, o ora recorrido Teotônio Brandão Vilela Filho, o ora recorrente Ronaldo Augusto Lessa Santos, e, ainda, Fernando Affonso Collor de Melo.

Por oportuno, cabe reproduzir as respectivas votações, no primeiro turno, da eleição majoritária nos municípios onde os animais foram entregues, consoante dados colhidos do Sistema de Divulgação da Justiça Eleitoral:

Município – Delmiro Gouvea

Candidato	Colocação	Número de votos
Ronaldo Lessa	1°	9.892
Teotônio Vilela	2°	7.272
Collor	3°	3.804
Tony Cloves	4°	480
Mário Agra	5°	134
Jeferson Piones	6°	19

Município – Pariconha

Candidato	Colocação	Número de votos
Collor	1°	1.818
Teotônio Vilela	2°	1.687
Ronaldo Lessa	3°	1.112
Mário Agra	4°	40
Tony Cloves	5°	19
Jeferson Piones	6°	8

Município – Piranhas

Candidato	Colocação	Número de votos
Ronaldo Lessa	1°	3.608
Teotônio Vilela	2°	2.681
Collor	3°	2.298
Mário Agra	4°	123
Tony Cloves	5°	28
Jeferson Piones	6°	6

Município – Pão de Açúcar

Candidato	Colocação	Número de votos
Teotônio Vilela	1°	5.541
Collor	2°	3.413

Candidato	Colocação	Número de votos
Ronaldo Lessa	3°	2.149
Mário Agra	4°	100
Jeferson Piones	5°	51
Tony Cloves	6°	17

Município – Olho D'Água do Casado

Candidato	Colocação	Número de votos
Teotônio Vilela	1°	1.827
Collor	2°	1.240
Ronaldo Lessa	3°	655
Mário Agra	4°	13
Tony Cloves	5°	11
Jeferson Piones	6°	2

Município – Água Branca

Candidato	Colocação	Número de votos
Collor	1°	3.544
Teotônio Vilela	2°	3.112
Ronaldo Lessa	3°	1.778
Mário Agra	4°	100
Tony Cloves	5°	22
Jeferson Piones	6°	10

Município – São José da Tapera

Candidato	Colocação	Número de votos
Collor	1°	4.540
Teotônio Vilela	2°	4.096
Ronaldo Lessa	3°	2.318
Mário Agra	4°	112
Tony Cloves	5°	36
Jeferson Piones	6°	18

Registro, ainda, os números totais da eleição para governador, no Estado de Alagoas, no primeiro e no segundo turnos:

Primeiro turno

Candidato	Colocação	Número de votos
Teotônio Brandão Vilela Filho	1°	534.962
Ronaldo Augusto Lessa Santos	2°	394.155
Fernando Affonso Collor de Mello	3°	389.337
Mário Agra Júnior	4°	18.520
Tony Cloves Pereira	5°	8.758
Jeferson Piones da Silva	6°	5.752

Segundo turno

Candidato	Colocação	Número de votos
Teotônio Brandão Vilela Filho	1°	712.789
Ronaldo Augusto Lessa Santos	2°	638.762

Dos sete municípios atendidos pelo programa, o recorrido Teotônio Brandão Vilela Filho obteve vitória em dois (municípios de Pão de Açúcar e de Olho D'Água de Casado). O segundo colocado, Ronaldo Augusto Lessa Santos, logrou êxito em dois municípios (Delmiro Gouveia e Piranhas). E, por último, Fernando Affonso Collor de Mello teve vitória em três municípios (Pariconha, Água Branca e São José da Tapera).

É claro que esses números não podem conferir a certeza de não influência do programa nos citados municípios, até porque, não fosse o programa, por exemplo, a votação do recorrido Teotônio Brandão Vilela Filho, naquelas localidades, poderia ter sido, inclusive, menor, o que repercutiria na sua votação total.

Mas, por outro lado, também não se pode potencializar a distribuição ocorrida em 7 municípios no universo de 102 municípios existentes no Estado de Alagoas.

Destarte, não vejo gravidade ou mesmo potencialidade, por força da conduta vedada ou mesmo pela eventual configuração de abuso do poder imputado aos recorridos, que justifique a drástica pena de cassação dos diplomas.

Não obstante reconhecida a prática objetiva da conduta vedada do § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, a implementação do programa adotou critérios técnicos, com exigências a serem cumpridas pelos contratados, tudo a evidenciar a ausência de desvio de finalidade.

Além disso, não houve ostensiva divulgação do programa e, diante da prova dos autos, não se patenteia que os recorridos tenham, sobretudo maciçamente, explorado tal fato, dando-lhe conotação eleitoral ou mesmo utilizando explicitamente o programa para fins de promoção da candidatura.

Quanto à eventual participação dos recorridos em eventos relacionados ao programa, a testemunha Edson Lutaca Maruta informa que "o referido programa

foi lançado na Expoberro, em Piranhas, no final de 2009" (fl. 1.361), e que, no referido evento, além de outras autoridades, estava presente o governador e recorrido Teotônio Brandão Vilela Filho.

A mesma testemunha, contudo, declarou que "estava presente também na distribuição ocorrida em agosto de 2010; que nessa distribuição não se fez presente o Governador Teotônio Vilela; que o declarante não se fez presente na distribuição de animais efetuada em setembro de 2010 e acredita que o governador também não compareceu ao evento; que essa informação de que o governador não se fez presente em setembro de 2010 foi obtida junto à equipe de Secretaria de Agricultura de Alagoas [...]" (fl. 1.361).

Asseverou a testemunha, ainda, que, "nos atos de entrega de que participou (ou seja, nas entregas de dezembro de 2009 e agosto de 2010), não houve qualquer propaganda política ou pedido de votos de quem quer que seja" (fl. 1.363).

A divulgação do programa no sítio institucional do Estado de Alagoas, ou mesmo nos meios de comunicação em geral, não se mostrou desvirtuada, com o enaltecimento da figura do governador do estado, não se tendo revelado excessiva a ponto de configurar uso indevido dos meios de comunicação social.

Na espécie, a divulgação do programa nos veículos de comunicação social, segundo a prova dos autos, afigurou-se regular, não se inferindo circunstâncias que denotassem ilícito eleitoral.

Também não está demonstrada a potencialidade ou a gravidade desse fato, que possa acarretar infração ao art. 22, *caput*, da LC n° 64/1990.

Sob esse aspecto, argumentam os recorrentes que os recorridos teriam divulgado o programa na propaganda eleitoral, enaltecendo a sua realização.

Tem-se, a fl. 389, degravação de propaganda, datada de 18.8.2010, que estaria disponível no sítio eletrônico dos recorridos, em que se publicam os números que o programa pretendia atingir.

Há, também, degravação que seria de propaganda veiculada no horário eleitoral gratuito, no período vespertino, de 6.9.2010 (fls. 390-391), que trata do apoio ao agricultor e pequeno produtor, na geração de emprego e renda, na assistência técnica rural, distribuição de sementes, distribuição de leite e, ainda, da distribuição de ovelhas pelo governador.

A mídia de DVD de fl. 392 contém a apresentação de propaganda eleitoral – com a duração de 55 segundos e sem indicação de data – dos recorridos, então candidatos aos cargos de governador e de vice-governador, em que se expõe a operação do Programa Alagoas Mais Ovinos. A propaganda exibe imagens de distribuição de ovinos aos agricultores do povoado de Sinimbu, município de Delmiro Gouveia, especialmente ao agricultor chamado José Jorge Freire, e menciona, ainda, os números envolvidos no programa, quais sejam, distribuição de 5.200 ovinos, com alta qualidade genética, e mais de 700 famílias beneficiadas.

Sucede que, além de os recorrentes não terem provado quantas vezes tal fato teria figurado na propaganda eleitoral, essa questão, na verdade, não impressiona, até porque se tratava de ação do governo e não há, a par das provas acima referidas, outras que comprovem divulgação excessiva ou significativa na propaganda eleitoral.

Por isso, não há falar na configuração de abuso do poder ou uso indevido dos meios de comunicação social, à falta, ainda, de potencialidade ou gravidade.

No que diz respeito à alegada captação ilícita de sufrágio decorrente do mesmo programa, acolho o fundamento do acórdão regional, a saber (fl. 1.709,v):

> Com efeito, nada consta da documentação existente no processo que se possa inferir a doação, o oferecimento, a promessa ou a entrega a algum eleitor de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza para o fim de obtenção de voto, o que afasta, por completo, a incidência do art. 41-A da Lei n° 9.504/1997.

Finalmente, tendo em vista que o recorrido Teotônio Brandão Vilela Filho detém a condição de agente público responsável, autor, portanto, da conduta vedada, bem como dela é também beneficiário, aplico-lhe a pena de multa no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), com base no art. 73, §§ 4° e 8°, da Lei n° 9.504/1997 e no art. 50, §§ 4° e 8°, da Res.-TSE n° 23.191.

Quanto aos demais, considerando que os recorridos José Thomaz da Silva Nonô Netto e a Coligação Frente pelo Bem de Alagoas são apenas beneficiários da conduta vedada, aplico, para cada um, a pena de multa no grau mínimo, ou seja, no valor de R$5.320,50 (cinco mil, trezentos e vinte reais e cinquenta centavos), nos termos do art. 73, § 8°, da Lei n° 9.504/1997 e do art. 50, § 8°, da Res.-TSE n° 23.191.

Pelo exposto, *dou parcial provimento ao recurso ordinário*, para julgar procedente, em parte, a ação de investigação judicial eleitoral pela prática da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/1997, com a aplicação das penalidades acima estabelecidas.

VOTO (MÉRITO)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, inicialmente, não posso deixar de cumprimentar o relator pela minúcia do voto, até porque imagino, no processo, o quanto foi difícil chegar a esse resumo, porque, dos memoriais, muito brilhantemente oferecidos pelos senhores advogados, a quantidade de dados, documentos e referências realmente torna esse trabalho muito mais apurado, quase beneditino.

Fiz algumas anotações, mas não lerei meu voto, porque, quanto à preliminar de ausência de fundamentação, Sua Excelência a rejeitou. Embora isso não tenha sido destacado, também a estou rejeitando.

Voto integralmente com o relator.

Quanto à ausência de lei específica, Ministro Arnaldo Versiani, chamou-me a atenção a circunstância de que a própria lei orçamentária não foi votada em 2009, como teria de ser pela Constituição; ela só foi votada em 2010. Como há comprovação da inexistência de lei específica, que era necessária, a configuração da conduta fica caracterizada exatamente por causa dessa circunstância, apesar de haver algumas atenuantes nesse sentido.

Quanto à execução do programa, ainda que se cogitasse de um programa (há em alguns documentos que se teria iniciado) que seria inicialmente só um protótipo para depois se desdobrar, não era o programa; o programa parece realmente ter sido iniciado, apesar da entrega em dezembro de 2009 de algumas ovelhas e, parece, que com essa intenção, o que a própria secretária anuncia em algumas de suas falas.

Afasto o abuso de poder e o abuso no uso de veículos de comunicação social, razão pela qual afasto a cassação e sigo na aplicação das multas nos valores fixados, e acompanho também, neste ponto, o relator.

Acompanho o relator rigorosamente no sentido de julgar parcialmente procedente, com aplicação de multas, e seguir o voto do relator.

Voto (Mérito – Vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, tudo acaba bem. É dizer-se que se compra – e devo utilizar com desassombro a expressão, o vocábulo – a transgressão à lei.

Sabemos que é dificílimo concorrer com alguém que tenta a reeleição. O simples fato de o candidato à reeleição ocupar a cadeira do Executivo já implica vantagem substancial; a não ser que ele tenha cometido, no exercício do mandato, desvios de conduta, como houve exemplo no cenário nacional. O instituto da reeleição, cedo ou tarde, terá que ser revisto, voltando-se à tradição brasileira de exercer-se um mandato, e somente um, principalmente quando não há a necessidade de licença, de desincompatibilização para concorrer à reeleição.

É pacífico não se haver observado, de forma escancarada, a lei de regência das eleições. É pacífico que não se cuidou, na espécie, como exige a exceção contemplada no § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, de um programa social previsto em lei – e duas são as condições: sendo a primeira a lei e a segunda já estar em execução orçamentária no ano anterior. Todos sabemos que a lei orçamentária é simplesmente autorizativa de despesas a serem implementadas. Quando o § 10 se refere à lei, é no sentido formal e material, visando realmente à feitura de uma despesa a partir de algo autorizado de forma normativa.

A meu ver, a gravidade da situação salta aos olhos. Não me impressiona a extensão da benesse, o fato de, considerados 104 municípios, ter havido o

implemento da outorga do bem apenas em sete deles. Basta levarmos em conta o aspecto psicológico, quanto à potencialidade de um mesmo governador, reeleito para o segundo mandato, estender o programa social à comunidade em geral.

Há mais: esse programa, quer queiramos ou não, foi utilizado em diálogo muito claro e preciso, no espaço reservado à propaganda eleitoral, o que revela, a mais não poder, o objetivo pretendido pelo titular do Executivo. A frase – claro, não estive no Plenário com um gravador para fazer rodar a fita e verificar realmente o que foi veiculado – foi muito categórica: "o governador nos dá as ovelhas e nós votamos no governador".

Qual a repercussão dessa frase no tocante aos eleitores? Qual o impacto, em termos de potencialidade, considerados os benefícios e observadas as populações carentes, como são as do interior do Estado de Alagoas? Qual a capacidade, quanto ao sugestionamento, para definir-se o voto, tendo em vista a reeleição, quanto a esses mesmos eleitores?

Fica difícil cogitar-se de algum equilíbrio, de lisura em pleitos futuros, quando se placita situação concreta, em que é verificada, pelo chefe do Poder Executivo, na caminhada visando ao segundo mandato, a transgressão à lei, e tudo se resolve com o pagamento de uma importância – não substancial – de dez mil reais.

Assim, vale a pena transgredir a lei, buscar-se a ferro e fogo, com o atropelo da ordem jurídica, a reeleição e simplesmente ter-se a imposição da multa prevista na Lei nº 9.504/1997.

Encaro de forma muito própria os preceitos do § 4º e do § 8º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, porque a norma é expressa ao revelar a gravidade da situação, ocorrendo a participação direta do candidato, ao prever que fica ele, ao contrário daqueles que podem ser apenados somente com a sanção pecuniária, sujeito à cassação do registro ou do diploma.

Não coloco no mesmo patamar quem haja colaborado com a prática ilícita à margem da Lei nº 9.504/1997 e o próprio candidato que capitaneou a outorga da benesse.

Não é sem razão que o § 5º do art. 73 consigna:

> Art. 73. [...]
>
> § 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10 [parágrafo que talvez contemple aqui – porque, inclusive, tripudia-se, considerada a dignidade humana, a dignidade do eleitor –, provavelmente seja a previsão mais séria em termos de transgressão à lisura nas eleições], sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado [não podemos negar o benefício, não há contas matemáticas a serem feitas para dizer-se da extensão em si, em termos do comprometimento da reeleição, já que esse comprometimento é inerente ao próprio preceito], agente público ou não [no caso, sendo agente público que tenta a reeleição, a prática ganha contornos a exigirem enfoque mais severo], ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

Peço vênia aos colegas que votaram antes de mim, principalmente agora, quando se avizinham as eleições municipais – que alcançarão 5.571 cargos do Executivo, com muitos prefeitos inclusive tentando a reeleição –, para entender que é muito pouco, em situação concreta como esta, cogitar-se simplesmente da aplicação da multa prevista na Lei n° 9.504/1997, que alcança, inclusive, quem não disputa a eleição.

Provejo o recurso para chegar à cassação do diploma dos recorridos, no caso, o governador e o vice-governador do Estado de Alagoas.

É como voto.

Voto (Mérito)

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, considero importantes as reflexões feitas pelo Ministro Marco Aurélio acerca da reeleição. Os efeitos, como isso deve ser processado realmente, merecem a preocupação do legislador ao fazer uma análise, considerando a proximidades das eleições.

Com a vênia de Sua Excelência, entretanto, o voto do eminente Ministro Arnaldo Versiani reconheceu a prática do ilícito e, no meu modo de ver, aplicou rigorosamente – como tem feito este Tribunal – o princípio da potencialidade.

Acompanho o voto do eminente relator.

Voto (Mérito – Vencido)

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, depois da leitura dos memoriais, do relatório previamente apresentado, do voto minucioso do relator e dos outros votos, fiz breves anotações, porque não estou acompanhando integralmente o relator.

Duas razões fundamentais levam à consideração de que a pretensão dos recorrentes não pode ser acolhida.

Primeiro: não há demonstração clara – estou falando clara – de que o programa de distribuição de ovinos, como iniciativa de cunho social do governo do primeiro recorrido, tenha se desdobrado sem contraprestação dos beneficiados. Ao contrário, existe razoável indicação de que o programa estadual em foco buscava o melhoramento genético do rebanho alagoano com o empréstimo de matrizes e a devolução destas ao término de certo prazo.

Os próprios recorrentes admitem que o programa não era gratuito, embora insinuem que a restituição do empréstimo seria insignificante. Em outras palavras, o programa consistia em distribuição não gratuita de bens ou animais em favor dos destinatários, circunstância que, a meu ver, claramente afasta a figura do § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, cujo núcleo essencial é a gratuidade da distribuição de bens, valores ou benefícios. Não reconhecendo a gratuidade, todos os demais indicativos do § 10 eu os afasto e deixo de examiná-los.

Segundo: a existência ou não de autorização orçamentária ou legal, embora relevante do ponto de vista administrativo, não constitui fator essencial para a figuração eleitoral nem dá ao Tribunal Eleitoral poder correcional dos atos administrativos de governo. Se assim fosse, o Tribunal Eleitoral o substituiria no exercício do controle da administração. E mais discutível ainda: acaso apurada uma razoável justificativa para a ação de estado, acabaria por substituir o Poder Executivo no exercício de discrição administrativa, prerrogativa inerente a este poder.

Além disso, para concluir que as ações de estado – que aqui foram atribuídas pessoalmente ao governador – são desviadas e abusivas do ponto de vista eleitoral, o Tribunal teria que afirmar que esta ação administrativa exorbita dos supostos limites ou padrões administrativos que, de resto, nem foram discutidas previamente. De modo a ter-se objetivamente que a iniciativa de governo converteu-se em abuso de poder político em favor de candidato.

Ora, tais afirmações pressupõem, ao menos do meu ponto de vista, juízo que não é incontroverso nos autos, em razão das diversas manifestações a respeito do programa, que a Ministra Cármen Lúcia bem lembrou, com dados e números que refletem seus momentos e seus impactos.

Mesmo que o programa tenha se intensificado no ano eleitoral, e até próximo às eleições, com possível reflexo nas urnas, daí não se pode arrancar a conclusão necessária de que qualquer ação administrativa, só por essas circunstâncias, configura conduta vedada ou ilícita.

Insista-se: apesar de, em geral, a jurisprudência presumir o proveito, nem mesmo há elementos objetivamente concretos para afirmar que o governador recorrido empenhou-se pessoalmente nessa atitude de modo a lhe imputar, objetivamente, a responsabilidade eleitoral pelo suposto resultado ilícito.

Por outro lado, o caso presente enseja, ainda, outra ordem de consideração, levantada pelo Ministro Marco Aurélio e repetida pela Ministra Nancy Andrighi e que já, se não me falha a memória, o Ministro Sepúlveda Pertence levantava neste Tribunal: a natural vantagem gerada pela possibilidade de reeleição do governador, já que o exercício do poder administrativo, mesmo lícito, sempre favorece o candidato do poder. E essa vantagem gerada pela possibilidade de reeleição não pode ser incriminada como se seu titular, por presunção, estivesse sempre a valer-se da facilidade. Se essa presunção tornar-se irresistível ou inconveniente, estará na possibilidade de reeleição, e não na ação administrativa.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 14, §§ 5° e 6°, assegura aos governadores o direito à reeleição para um único período subsequente. O que isso significa, visto que legalmente não precisam desincompatibilizar-se previamente, de acordo com a Lei Complementar n° 64/1990? Significa que a Constituição permite ao candidato exercer o mandato de governador e pleitear a reeleição durante o exercício imediatamente anterior correspondente.

Em outras palavras, o candidato à reeleição, neste caso, está de acordo com a Constituição, em situação de real vantagem, não há dúvida, em face dos demais candidatos. Há dizer-se, então, que não é correto pretender igualdade formal, posto que a Constituição excepcionou-a na hipótese, bem ou mal, para mim, mal.

Nesses termos, ao argumento da preservação da igualdade eleitoral, não se pode apenar o candidato à reeleição vendo, em todas as suas ações administrativas, suspeitas de conduta proibida uma forma de interpretação compensatória só porque ele exerce legitimamente o poder.

Em suma, no caso dos autos, as arguições dos recorrentes, num aparente pressuposto das suspeitas sistemáticas do candidato à reeleição, buscaram vislumbrar, nos diferentes atos administrativos do Programa Alagoas mais Ovinos, um quadro de ilicitude que, a meu juízo, objetivamente não existiu jurídica e materialmente, não se comprovou de maneira suficiente. Na dúvida, deve, a meu ver, prevalecer a presunção de legitimidade e legalidade dos atos da administração.

Com a devida vênia, voto negando provimento aos recursos da Coligação Frente Popular por Alagoas e de Ronaldo Lessa.

Voto (Mérito)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o relator.

Voto (Mérito)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, também peço vênia às divergências para acompanhar o relator.

Entendo que o eminente relator comprovou que houve, no mínimo, abuso de um programa que, aparentemente, tinha suporte legal e previsão orçamentária. No entanto, eu diria apenas que o argumento de Sua Excelência me impressionou ao mostrar que o programa originalmente pretendia atingir 750 famílias em 30 municípios, mas, na realidade, foram contempladas apenas 235 famílias em sete municípios, num total de 102 municípios no Estado de Alagoas.

Foi dito também da tribuna que o candidato ora recorrido venceu as eleições por uma margem de 75.000 votos, portanto, não vejo, como Sua Excelência, o relator, potencialidade necessária para a cassação do mandato.

Foram 235 famílias beneficiadas e, mesmo que multipliquemos esses 235 por 5 – número de pessoas eventualmente beneficiadas pelo núcleo familiar que recebeu esse empréstimo de ovelhas –, entendo que não há nenhuma razoabilidade ou proporcionalidade na imposição de sanção extrema, qual seja

a de cassação de mandato de governador. Entendo que a sanção alvitrada pelo relator é necessária e suficiente para coibir condutas desse jaez.

Acompanho o relator, para dar provimento parcial ao recurso e impor multa ao governador e aos demais recorridos, na forma enunciada em seu voto.

Extrato da Ata

RO n° 1496-55.2010.6.02.0000 – AL. Relator: Ministro Arnaldo Versiani – Recorrente: Coligação Frente Popular por Alagoas (PDT/PT/PMDB/PTdoB/PR/PRP/PSDC/PCdoB) (advogados: Gabriela Rollemberg e outros) – Recorrente: Ronaldo Augusto Lessa Santos (advogados: Fernando Neves da Silva e outros) – Assistente dos recorrentes: Joaquim Antônio de Carvalho Brito (advogados: Márcio Luiz Silva e outro) – Recorrido: Teotônio Brandão Vilela Filho (advogados: Rodrigo da Costa Barbosa e outros) – Recorrida: Coligação Frente pelo Bem de Alagoas (PSDB/DEM/PSB/PSC/PP/PPS) (advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro e outros) – Recorrido: José Thomaz da Silva Nonô Netto (advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros).

Usaram da palavra, pelo recorrente Ronaldo Augusto Lessa Santos, o Dr. Fernando Neves da Silva; pela recorrente Coligação Frente Popular por Alagoas, a Dra. Gabriela Rollemberg; pelo recorrido Teotônio Brandão Vilela Filho, a Dra. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro; pelo recorrido José Thomaz da Silva Nonô Netto, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Decisão: O Tribunal, por maioria, proveu parcialmente o recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Gilson Dipp.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o procurador-geral eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Notas de julgamento do Ministro Ricardo Lewandowski sem revisão.

RECURSO ORDINÁRIO N° 1696-77.2010.6.23.0000
Boa Vista – RR

Relator: Ministro Arnaldo Versiani.
Recorrente: José de Anchieta Júnior.
Advogados: Fernando Neves da Silva e outros.
Recorrente: Francisco de Assis Rodrigues.
Advogados: Gabriela Guimarães Peixoto e outros.

Recorrente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Estadual.
Advogada: Carla Cristine Karpstein Romanelli.
Recorrido: Neudo Ribeiro Campos.
Advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro e outros.
Recorrida: Coligação Pra Roraima Voltar a Ser Feliz (PP/PT/PTB/PSC/PHS/PTC/PSB).
Advogados: Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros.
Assistente: Marília Natália Pinto.
Advogados: Gabriela Rollemberg e outros.

Representação. Conduta vedada. Litisconsórcio passivo necessário.

O agente público, tido como responsável pela prática da conduta vedada, é litisconsorte passivo necessário em representação proposta contra os eventuais beneficiários.

Não requerida a citação de litisconsorte passivo necessário até a data da diplomação – data final para a propositura de representação por conduta vedada –, deve o processo ser julgado extinto, em virtude da decadência.

Recursos ordinários do governador e do vice-governador providos e recurso do PSDB julgado prejudicado.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover os recursos de José de Anchieta Júnior e de Francisco de Assis Rodrigues e julgar prejudicado o recurso do PSDB estadual, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 29 de novembro de 2011.

Ministro ARNALDO VERSIANI, relator.

Publicado no *DJE* de 6.2.2012.

Relatório

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, Neudo Ribeiro Campos, candidato ao cargo de governador do Estado de Roraima, e a Coligação Pra Roraima Voltar a Ser Feliz propuseram representação pela prática de condutas vedadas previstas nos arts. 73, I, II e III, e 74 da Lei n° 9.504/1997 contra José de Anchieta Júnior e Francisco de Assis Rodrigues, candidatos eleitos, respectivamente, aos cargos de governador e vice-governador daquele estado (fls. 2-17).

Narraram que "os representados, utilizaram a estrutura governamental para desenvolvimento de atividades típicas de campanha eleitoral, relacionadas à

propaganda eleitoral em benefício de sua candidatura e fazendo propaganda eleitoral negativa do seu maior adversário, o ora representante Neudo Campos" (fl. 3), o que teria ocorrido por meio de rádio – vinculada à Secretaria de Comunicação Social do Estado de Roraima – em programa apresentado por servidor público.

O Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, por unanimidade, rejeitou as preliminares de intempestividade, inépcia da inicial, ilegitimidade ativa da coligação e nulidade do processo pela ausência de citação de terceiros interessados e, por maioria, rejeitou a preliminar de incompetência do relator. No mérito, por unanimidade, julgou procedente a representação e, por maioria, aplicou a penalidade de multa de 50.000 Ufirs a José de Anchieta Júnior e cassou os diplomas do governador e de seu vice.

Eis a ementa do acórdão regional (fl. 421):

> Representação. Conduta vedada a agente público em campanha eleitoral. Configuração.
>
> 1. Rejeitam-se as preliminares de intempestividade, inépcia da inicial, ilegitimidade ativa da coligação, nulidade do processo pela ausência de citação de terceiros interessados e incompetência do relator.
>
> 2. No mérito, estando sobejamente comprovada a violação ao art. 73, I, II e III, da Lei n° 9.504/1997, bem como a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu, impõe-se a aplicação de multa ao primeiro representado (natureza pessoal) e cassação do diploma, nos termos dos parágrafos 4° e 5° do mesmo dispositivo legal.
>
> 3. Pedido julgado procedente.

Foram opostos embargos de declaração por José de Anchieta Júnior (fls. 513-537), por Francisco de Assis Rodrigues (fls. 541-551) e pelo diretório estadual do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) (fls. 554-559).

O Tribunal Regional Eleitoral, por maioria, não conheceu do pedido de efeitos infringentes e rejeitou os três embargos de declaração (fls. 655-707).

Seguiu-se a interposição de três recursos ordinários por José de Anchieta Júnior (fls. 711-798), por Francisco de Assis Rodrigues (fls. 898-958) e pelo diretório estadual do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) (fls. 1.067-1.077).

José de Anchieta Júnior, em suas razões, assevera a existência de nulidade processual e a decadência da ação, com a consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, tendo em vista que não ocorrera, no prazo preclusivo da representação, qual seja, até a diplomação, a citação do radialista Mário César, suposto agente público e autor da conduta vedada em exame, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

Alega, com fundamento no art. 210 do Código Civil, que a decadência, nos casos de falta de citação de litisconsorte necessário no prazo preclusivo da ação, deve ser reconhecida de ofício.

Defende ser equivocado o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem, atinente ao art. 45 da Lei das Eleições, que se refere às emissoras de rádio e televisão, para não incluir o radialista na relação processual, porquanto, no caso, se cuida de representação fundada no art. 73 do mesmo diploma.

Acrescenta que o entendimento adotado pelo juiz relator do TRE/RR, de indeferir o chamamento ao processo da Rádio Roraima e do radialista Mário César, bem como de imputar o ônus da prova aos representados afronta os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Argumenta que a violação ao princípio do devido processo legal enseja a inevitável declaração de nulidade, ante a existência de decisão que indeferiu o requerimento do litisconsórcio passivo, sob fundamento legal diverso da causa de pedir.

Sustenta que a ausência de juntada aos autos dos votos vencedores e vencido do acórdão regional ou da sua reprodução por meio de transcrição das notas taquigráficas violam os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois impossibilita a exata compreensão do que decidido no julgamento, razão pela qual o acórdão regional deve ser considerado nulo, com base no arts. 5°, LIV e LV, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

Afirma que mesmo a juntada posterior dos votos vencedores aos autos não afasta a nulidade ocorrida, porque poderão ser agregados novos fundamentos que deveriam ser integralmente conhecidos pelas partes, para fins da oposição oportuna dos embargos de declaração e subsequente recurso, afigurando-se imprescindível a prévia publicidade desses votos.

Postula, assim, a nulidade do acórdão regional, para que sejam integrados todos os votos e notas taquigráficas, com a consequente reabertura do prazo para recurso.

Alega ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral e a consequente nulidade dos acórdãos recorridos, em razão da ausência de manifestação pelo Tribunal de origem, quanto à existência ou não da proporcionalidade na aplicação da sanção de cassação de diploma e de potencialidade das condutas ilícitas.

A esse respeito, afirma que não foram apreciados quatro fundamentos, arguidos em sua defesa, os quais seriam fundamentais para a correta compreensão da questão da proporcionalidade e da potencialidade, a saber:

a) a Rádio Roraima também teria veiculado matérias desabonadoras em relação à pessoa do governador representado e ao Governo de Roraima e não apenas ao candidato representante, o que teria ocorrido, ao menos, em duas oportunidades;

b) houve presunção quanto à potencialidade das veiculações da Rádio Roraima de interferir no resultado do pleito, pois, de forma genérica, foi concluído que o programa apresentado por Mário César era de grande audiência, sem considerar o horário do programa e o fato de que a rádio opera em amplitude modulada (AM);

c) a existência do Decreto n° 11.156E, de 31.3.2010, em que o governador determinava a cessação de "conduta que pudesse caracterizar indevida interferência da máquina pública em favor de sua candidatura à reeleição" (fl. 732), acrescentando que foram editados ainda o Ofício Circular n° 1/2010, pela Secretaria de Comunicação Social, e n° 2/2010, pela Procuradoria-Geral do Estado, com o objetivo de orientar a atuação dos servidores estaduais no período eleitoral e a fim de evitar a ocorrência de condutas vedadas;

d) a necessidade de análise das matérias veiculadas na Rádio Roraima sob o parâmetro dos princípios constitucionais da liberdade de imprensa e de acesso à informação.

Defende, ainda, a nulidade dos acórdãos recorridos, tendo em vista que não foi apreciado o argumento de que "o espaço no qual era veiculado o programa 'O povo na rádio' (apresentado pelo Sr. Mário César) fora comercializado e, portanto, era regido pelo regime jurídico de direito privado" (fl. 737), o que afasta o fundamento de utilização de bem público em favor de campanha e a consequente configuração dos ilícitos previstos nos incisos I e II do art. 73 da Lei n° 9.504/1997.

Acrescenta, em relação a esse ponto, que "a eventual (e inexistente) irregularidade constatada em relação ao conteúdo da programação veiculada, deveria ser apurada à luz do uso indevido dos meios de comunicação (LC n° 64/1990, art. 22, XIV), mas jamais sob a ótica das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais (Lei n° 9.504/1997, art. 73), como ocorreu no presente caso" (fl. 738).

No mérito, defende a ausência de prática de conduta vedada, por inocorrência de uso irregular da Rádio Roraima, com base nos seguintes argumentos:

a) as transcrições relativas ao programa do apresentador Mário César, quanto ao candidato representante Neudo Campos, apenas reproduziam as notícias que já estavam sendo veiculadas em vários outros jornais e que tinham caráter informativo, com abordagem de assuntos de interesse local e nacional e mera exposição de opinião;

b) o radialista Mário César fazia críticas também ao governo do representado, o que afasta a arguição de utilização da rádio para beneficiar a sua candidatura;

c) os elogios realizados pelo apresentador Mário César, em relação aos serviços prestados pela administração do representado, apenas observava o dever de prestar informação, previsto no art. 220 da Constituição Federal;

d) as entrevistas concedidas por terceiros, que tratavam de programas sociais relativas ao seu governo, não podem ser imputadas aos representados, devendo aqueles terceiros responder pela prática desses atos;

e) não houve nenhuma participação ou autorização dos representados na prática das condutas, pois o teor do programa transmitido era de exclusiva responsabilidade do jornalista Mário César; ao contrário, reitera ter sido editado

decreto determinando aos órgãos da administração direta e indireta a abstenção da prática de qualquer ilícito eleitoral.

De outra parte, argumenta que não houve exagero nas notícias veiculadas, a ponto de desequilibrar o resultado do pleito, o que afasta o requisito da potencialidade e demonstra a ausência de razoabilidade na aplicação da sanção de cassação do seu diploma.

Aduz que deve ser levado em consideração que "tais desgastes foram amplamente estancados e cicatrizados pela forma parcial com a qual exerceu o ofício de imprensa a Rádio Folha, a Folha de Boa Vista e a TV Ativa (canal 20)" (fl. 756). Afirma, ainda, que o representante Neudo Campos seria figura política tripudiada pela imprensa nacional, tendo em vista a sua vasta ficha de processos envolvendo formação de quadrilha e peculato, razão pela qual não haveria falar em exagero quanto às notícias divulgadas.

Assevera que os veículos de comunicação de propriedade dos aliados dos representantes igualmente fizeram contraponto no que tange aos fatos narrados na representação.

Ressalta, nesse particular, a jurisprudência deste Tribunal Superior quanto à necessidade de demonstração da potencialidade para a aplicação da sanção de perda de mandato eletivo, bem como o entendimento sobre o juízo de proporcionalidade e a aplicação da penalidade de multa, quanto a condutas vedadas.

Acrescenta que, pelo fato de o candidato representante ter sido o primeiro colocado no primeiro turno e considerando que os programas de rádio em exame foram veiculados em setembro de 2010, não há como concluir que os referidos programas tenham produzido desequilíbrio no resultado do pleito, decidido no segundo turno.

Assevera que as sanções aplicadas aos recorrentes pelo Tribunal de origem teriam sido desproporcionais, porquanto, ao mesmo tempo em que impôs a penalidade de multa em grau médio com fundamento no art. 73, § 4°, da Lei n° 9.504/1997, lhes aplicou a sanção mais grave de cassação de diploma.

Ressalta que a principal razão para demonstrar a ausência de potencialidade do programa de rádio no pleito eleitoral é que "o apresentador do programa limitou-se a tratar de assuntos do domínio público nacional e local, muitas vezes apenas repercutindo notícias da mídia nacional" (fl. 762). Cita os fatos públicos envolvendo o candidato representante para fundamentar tal argumento.

Por fim, aponta que houve cooptação de parte da mídia local de Roraima para apoiar o representante Neudo Ribeiro Campos e esconder, a qualquer custo, o seu passado político, o que ocorreu por meio de apoio de emissora de rádio, de televisão e jornal.

Assinala que o Tribunal de origem, ao julgar os embargos de declaração, não apreciou a arguição de necessidade de citação do agente público apontado como autor da suposta conduta vedada, no caso o radialista Mário Cesar.

Francisco de Assis Rodrigues, vice-governador eleito, em seu recurso ordinário (fls. 898-958), além das questões suscitadas por José de Anchieta Júnior, sustenta a nulidade do acórdão que julgou os embargos de declaração, em virtude da ausência de publicação de pauta, no *Diário da Justiça*, da sessão de julgamento e da consequente violação ao princípio da ampla defesa e dos arts. 93, X, da Constituição Federal e 155 do Código de Processo Civil.

Assevera que a sessão foi realizada, em caráter extraordinário e não foi pública, pois não foi dada a devida publicidade por veículo próprio e oficial.

Defende, ainda, a nulidade do acórdão recorrido, por afronta ao art. 275 do Código Eleitoral, haja vista não terem sido apreciadas as seguintes arguições, de fundamental importância para o deslinde da causa:

a) ausência de juntada aos autos dos dois votos vencidos que decidiram pela não aplicação da sanção de cassação dos diplomas;

b) existência de matérias jornalísticas veiculadas pela Rádio Roraima e pelo radialista Mário César, proferindo críticas ao representado José de Anchieta Júnior;

c) ausência de proporcionalidade na aplicação da sanção de cassação dos diplomas;

d) existência de contrato de comercialização de horário firmado entre a Rádio Roraima e o radialista Mário César, o que afasta o caráter público do programa em que foram divulgadas as notícias em exame, bem como descaracteriza os ilícitos eleitorais previstos nos incisos I e II do art. 73 da Lei n° 9.504/1997;

e) "existência de documentos que demonstram a boa-fé e a conduta comissiva do governador José de Anchieta em evitar a utilização da máquina pública em prol de sua campanha eleitoral" (fl. 915);

f) necessidade de inclusão do radialista Mário Cesar no polo passivo da lide, em razão de ter sido apontado como agente público e autor da conduta ilícita.

Acrescenta que não houve manifestação expressa do Tribunal de origem "acerca das provas em que se amparou para atestar a 'potencialidade' da conduta tida por ilícita no caso dos autos, bem como em relação à análise dos fatos ora discutidos à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da liberdade de imprensa e de acesso à informação" (fl. 915).

Aponta, ainda, que o acórdão recorrido, sem nenhuma fundamentação e sem responder as questões abordadas nos embargos declaratórios, se limitou a decidir que os embargantes pretendiam apenas rediscutir a matéria já decidida e que seria impossível juridicamente opor embargos infringentes no direito eleitoral, violando, portanto, os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como os arts. 5°, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Assinala que, ao contrário do consignado pelo Tribunal de origem, não foram opostos embargos infringentes, mas, sim, embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, motivo pelo qual deve ser declarada a nulidade do acórdão recorrido.

Ressalta que os votos vencidos do acórdão regional reconheceram a existência de omissões e contradições, tendo inclusive conferido efeitos infringentes aos embargos de declaração, para afastar a sanção de cassação dos diplomas aos representados.

No mérito, sustenta que o Tribunal de origem, ao concluir, com fundamento no art. 45 da Lei n° 9.504/1997, pela desnecessidade de inclusão do radialista Mário César no polo passivo da demanda, afrontou os arts. 46 e 47 do Código de Processo Civil, bem como o art. 5°, LIV e LV, da Constituição Federal.

A esse respeito, assevera que o art. 45 da Lei das Eleições não se amolda à hipótese dos autos, porquanto tal dispositivo dispõe sobre a impossibilidade de divulgação de opinião favorável ou contrária a candidatos por emissoras de rádio e TV, enquanto o presente caso trata de suposta prática de conduta vedada por agente público em campanha eleitoral.

Afirma que o entendimento do Tribunal de origem obstou a oitiva, na representação, do emissor das opiniões e do instrumento de divulgação.

Assegura que os representados seriam meros beneficiários da suposta conduta ilícita e integraram a representação, nos termos do § 8° da Lei das Eleições.

Assevera que, na inicial da representação, nenhuma conduta foi imputada diretamente aos representados, mas, sim, ao jornalista Mário César, único agente autor da conduta supostamente ilícita, o que demonstra a necessidade de ele integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário, o que foi arguido pelos representados no curso da representação.

Defende que "no que se refere às condutas vedadas a agentes públicos [...] o art. 73, § 8°, da Lei Eleitoral põe em clara submissão à norma os próprios agentes públicos responsáveis pelas condutas ali vedadas, sendo imperativo ao julgador o chamamento desses à lide, de modo que possam responder pelas condutas supostamente vedadas e, se for o caso, serem alvo da sanção a ser aplicada" (fl. 932).

Argumenta que, além de o jornalista Mário César jamais ter chegado a assumir a função pública e receber qualquer provento público do Estado de Roraima, o espaço em que apresentava o programa O Povo no Rádio era regido por norma de direito privado, o que afasta a configuração dos ilícitos previstos nos incisos I, II e III do art. 73 da Lei n° 9.504/1997.

Acrescenta que "somente o Sr. Mário César – na condição de litisconsorte passivo necessário que é – poderia alegar e provar documentalmente (inclusive mediante apresentação de documentos fiscais e bancários de caráter sigilosos) que, de fato, não exercia qualquer função pública junto à Codesaima. Ou, ainda, reforçar o fato de que o horário de que dispõe na Rádio Roraima para a apresentação de seu programa foi 'comprado' da emissora" (fl. 935).

Assevera que em nenhuma das sete representações movidas pelo candidato Neudo Campos contra o jornalista Mário César o representado foi condenado,

conforme certidão anexa aos autos, rejeitando-se, portanto, a alegação de propaganda eleitoral negativa. Salienta, todavia, que, em face dos mesmos fatos, foi imposta a cassação dos diplomas de governador e de vice-governador por ato de responsabilidade de terceiro.

Alega que os fatos ocorridos no caso devem ser considerados apenas como exercício de atividade jornalística, protegida pelo art. 220, *caput*, §§ 1° e 5°, XIV, da Constituição Federal, não podendo, portanto, ser caracterizados como espécie de conduta vedada praticada por agente público.

Reafirma que, com base na liberdade de imprensa, foram veiculadas, pelos menos em duas oportunidades, críticas também aos representados, acusando o governador de má administração pública em relação à execução do programa Luz Para Todos e sobre a péssima conservação de estradas vicinais no estado.

Destaca, também, que as críticas contra o candidato representante decorreriam do fato público e notório de que Neudo Campos era o candidato com o maior número de ações judiciais no país.

Assinala o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI n° 4.451/DF, para argumentar que, "atualmente, mesmo em período eleitoral, as emissoras de rádio e televisão podem tecer comentários, análises, críticas e opiniões – ainda que consideradas negativas –, em face de candidatos a mandato eletivo, desde que não haja nítido, evidente e concreto favorecimento de um dos agentes eleitorais, como não houve na espécie" (fl. 949).

Alega que, por não ter exercido nenhum cargo na administração direta ou indireta à época dos fatos, não era considerado agente público, razão pela qual não poderia ter sido condenado pela prática de nenhuma conduta vedada. Ressalta o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que as hipóteses de condutas vedadas previstas na Lei das Eleições são de legalidade estrita.

Aponta, ainda, que também não auferiu nenhum benefício pelo fato de jornalista discorrer, em rádio, sobre o histórico criminal e de improbidade do candidato Neudo Campos.

Alega, pelos mesmos fundamentos apontados pelo representado José de Anchieta Júnior, a ausência de proporcionalidade e potencialidade na aplicação da sanção de cassação dos diplomas, sem enfrentar as questões alusivas à culpabilidade do acusado, à intenção na prática do ilícito e ao recebimento de benefícios eleitorais pelo alcance da rádio de amplitude modulada (AM).

Assevera que não cabe concluir pela potencialidade do fato com base em mera presunção.

Às fls. 1.067-1.077, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) defende, com fundamento nos arts. 46 e 47 do Código de Processo Civil e nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos mandados de segurança n° 26.602 e 26.604, a sua legitimidade na condição de litisconsorte passivo necessário.

Argumenta que "o mandato que se pretende privar, pela cassação, não pertence ao representado José de Anchieta Júnior" (fl. 1.071), mas, sim, ao partido ao qual é filiado.

Ressalta que, pelo fato de o partido ser o detentor do mandato, "será o principal sujeito de direito a sofrer em suas esferas jurídicas no caso de eventual procedência dos pedidos exordiais" (fl. 1.073).

Defende, em razão de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a nulidade absoluta do processo desde o seu início, já que o partido deveria ter sido incluído na lide.

Ademais, postula a reforma do acórdão recorrido para que seja julgada improcedente a representação.

Foram apresentadas contrarrazões por Neudo Ribeiro Campos e pela Coligação Pra Roraima Voltar a Ser Feliz às fls. 1.093-1.110, nas quais sustentam que a representação foi fundamentada em sucessivas transmissões – e não em uma única transmissão – da Rádio Roraima, a qual compõe a Secretaria Estadual de Comunicação do Governo de Roraima.

Argumentam que tais transmissões não trataram "de simples propagação de notícias pela imprensa livre", mas de "desenfreada e descarada [...] propaganda negativa, em desfavor" de sua candidatura, "em evidente abuso na utilização dos meios de comunicação" (fl. 1.096) e com a utilização de bem público, no caso, a indigitada rádio.

Afirmam que a conduta do referido ator direto, o servidor público Mário César, ligado diretamente ao Poder Executivo Estadual, beneficiava o governador e recorrente José de Anchieta Júnior, por meio de propagandas negativas irradiadas em todo o estado, em programa diário e em horário de grande audiência.

Apontam que o apresentador foi agraciado com cargo em companhia vinculada ao Poder Executivo e que seria agente público atuante em prol da candidatura dos representados.

Defendem que a emissora de rádio seria pública "porque as pessoas que dirigem, mantém a referida emissora no ar, são todas servidores públicos, recebendo vencimentos pelos cofres públicos, tanto que os cargos estão devidamente identificados no quadro organizacional do Departamento Rádio Roraima da Secretaria de Comunicação Social do Governo do Estado de Roraima" (fl. 1.098).

Asseveram que a venda dos espaços da emissora, para fins comerciais, não afastaria a natureza pública da rádio e a necessidade de observância da legislação eleitoral.

Afirmam que, em razão da natureza e dos objetivos da representação, não há necessidade de citação do partido político, da Rádio Roraima e do radialista Mário César para compor a lide na condição de litisconsortes passivos. Apontam jurisprudência deste Tribunal Superior para embasar os seus fundamentos.

Defendem que tal providência não alteraria o resultado da representação relativamente ao bem maior protegido, qual seja, a regularidade do pleito eleitoral.

Sustentam que, na improvável hipótese de se reconhecer o litisconsórcio passivo necessário, a solução correta e justa não pode ser a extinção da demanda, mas, sim, a oportunidade de citação daqueles que eventualmente devem figurar na relação processual, aplicando-se o princípio da segurança jurídica. Afirmam, ainda, que houve o deferimento de pedido de vista, já anexados os votos faltantes, tendo os recorrentes interposto os recursos ordinários.

Argumentam que a ausência nos autos de todos os votos no acórdão regional não pode causar a nulidade do acórdão, tendo em vista que não houve demonstração do prejuízo pelos representados, já que trataram de toda a matéria de fato e de direito.

Alegam, também, que o acórdão recorrido não pode ser anulado em virtude da ausência de intimação dos advogados dos representados para a sessão de julgamento, porquanto, além de não caber sustentação oral no julgamento dos embargos de declaração, eles são colocados em mesa, independentemente de pauta.

Asseveram que a simples condição de beneficiário da conduta vedada do candidato a vice-governador Francisco de Assis não o afasta da condenação prevista na legislação eleitoral.

Postulam o desentranhamento dos documentos juntados pelos representados em seus recursos ordinários, ao argumento de que se prestam a demonstrar fatos já alegados em suas peças de defesas.

Sustentam que, conforme entendimento deste Tribunal Superior, a citação do partido para compor a lide só é exigida nos casos de infidelidade partidária, e não nas hipóteses de cassação de registro, diploma ou mandato eletivo.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo não provimento dos recursos, em parecer de fls. 1.114-1.135.

Por intermédio da Petição de Protocolo n° 26.909/2011, Marília Natália Pinto, segunda colocada ao cargo de vice-governador do Estado de Roraima, no pleito de 2010, requer o seu ingresso nos autos na condição de litisconsorte ativa ou como terceira prejudicada ou, ainda, caso assim não se entenda, como assistente simples dos recorridos, conforme o disposto, respectivamente, nos arts. 47, 499 e 50 do Código de Processo Civil.

Informa que os candidatos eleitos, no pleito de 2010, aos cargos de governador e vice-governador daquele estado, José de Anchieta Júnior e Francisco de Assis Rodrigues, tiveram os seus diplomas cassados pelo TRE/RR por conduta vedada, tendo sido determinada a posse imediata dos segundos colocados, Neudo Ribeiro Campos e da requerente, o que foi suspenso por decisão deste Tribunal Superior.

Aduz ser manifesto o seu interesse jurídico, porque, se for mantida a cassação dos mandatos dos recorrentes, terá o direito de ser diplomada e exercer o mandato de vice-governador do Estado de Roraima, motivo pelo qual se deve possibilitar a sua participação na lide como litisconsorte ativa.

Defende que todo aquele que possa ter a sua esfera jurídica atingida de alguma maneira por decisão judicial, como no caso, deve ser obrigatoriamente incluído na demanda, para que possa manifestar-se como parte autônoma, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do processo.

Assevera que a formação do litisconsórcio se qualifica como condição de eficácia da decisão, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à seara eleitoral.

Aduz que, caso seja indeferida a sua integração na lide como litisconsorte ativa, deve ser admitida no feito como terceira prejudicada, pois lhe trouxe prejuízos a concessão da liminar, em sede de mandado de segurança impetrado neste Tribunal (MS n° 286-86), que suspendeu a eficácia da decisão que cassou os diplomas dos candidatos representados.

Ademais, alega que, se o acórdão regional for reformado por este Tribunal Superior, também será diretamente prejudicada, razão pela qual deve ser admitida na lide, para que tenha a oportunidade de defender o seu direito ao exercício do mandato. Cita a decisão proferida por este Tribunal Superior no Recurso Especial n° 25.094.

Sustenta que, mesmo se não for reconhecida a sua condição de terceira prejudicada, deve ser admitida a sua intervenção como assistente simples, porquanto este Tribunal Superior, em diversas decisões, reconheceu tal possibilidade "quando demonstrado que um dos efeitos secundários da decisão a ser proferida em sede de cassação de mandato é a assunção do segundo colocado ou do suplente da coligação do parlamentar cassado" (fl. 7).

(Pedido de candidato a vice-governador segundo colocado – admissão como litisconsorte, terceiro prejudicado ou assistente simples.)

Na linha de nossa jurisprudência e em não havendo impugnação, defiro o pedido de ingresso de Marília Natália Pinto, candidata segunda colocada ao cargo de vice-governador nas eleições de 2010, na condição de assistente simples dos representantes, ora recorridos, pois ela não é nem litisconsorte, nem terceira prejudicada, mas apenas beneficiária da eventual cassação dos diplomas do governador e do vice-governador.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, precisaria apenas de um esclarecimento quanto à assistência simples. Ministro Arnaldo Versiani, qual seria a qualidade a motivá-la?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Na verdade, ela sustenta que seria beneficiária da cassação do mandato do governador e do vice-governador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Por que seria beneficiária?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Porque o Tribunal Regional Eleitoral, ao cassar os mandatos de governador e de vice-governador, determinou que os segundos colocados assumissem. E ela foi a segunda colocada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas há impugnação à decisão do regional? Porque, cassados o governador e o vice, ocorreriam a contaminação de mais de 50% dos votos e, portanto, novo escrutínio.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O acórdão regional determinou a posse dos segundos colocados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Desconhecendo a contaminação?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Existe impugnação a esse ato?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O recurso ordinário ataca esse ponto também, entre várias outras questões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Penso que teria apenas expectativa quanto a novo certame e à candidatura que viesse a apresentar. Por isso, não a admitiria sequer como assistente, porque teria de admitir potenciais candidatos, uma vez cassado o governador, também como assistentes.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O problema é que a decisão do acórdão regional, como está, já determinou a posse dos segundos colocados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas há impugnação a esse ato e conhecemos a jurisprudência relativa à contaminação dos votos.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Na verdade, tanto no caso do governador da Paraíba quanto no caso do governador do Maranhão, o Tribunal entendeu que, como a eleição foi anulada no segundo turno, precisaríamos remeter a nulidade desses votos para o primeiro turno. Sendo essa, em tese, a hipótese, no caso concreto, não haveria nova eleição. Claro, o Tribunal pode mudar também a sua jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: De qualquer forma, tendo se realizado já no segundo turno, haveria necessariamente 50% dos votos dados ao governador.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Nestes dois casos, no da Paraíba e no do Maranhão, Vossa Excelência não participou. Na ocasião, o Tribunal decidiu, por maioria, que, nessas hipóteses, como a eleição ocorreu no segundo turno – mas não houve nenhum vitorioso no primeiro turno –, a nulidade vinha do primeiro. Então, deveríamos, na verdade, anular os votos dados no primeiro turno e, com isso, o candidato não terá tido mais de 50% dos votos.

Acredito que seja questão interessante para verificarmos, se for mantida a cassação do governador e do vice-governador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Eu sei, e como não podemos ir ao julgamento de fundo para voltarmos à preliminar, pronuncio-me, com a devida vênia do relator, quanto à inexistência do interesse.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Na linha de nossa jurisprudência temos entendido que, se há decisão judicial que favorece alguém a assumir determinado cargo, temos admitido esse alguém na condição de assistente simples.

Então, por ora, sem me comprometer com a questão de nulidade ou não dos votos, admito apenas como assistente simples, mas não como litisconsorte, nem como terceiro prejudicado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Cedo à ponderação do relator, Senhor Presidente.

Matéria de Fato

A DOUTORA GABRIELA ROLLEMBERG (advogada): Senhor Presidente, apenas esclareço que abro mão do tempo de sustentação oral. Na verdade, os 20 minutos serão divididos apenas entre os dois advogados, pois eu havia me inscrito pela candidata a vice-governadora, ora admitida como assistente.

Voto
(Litisconsórcio passivo necessário – Rádio Roraima e apresentador do programa)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, em 22.9.2010, Neudo Ribeiro Campos e a Coligação Pra Roraima Voltar a Ser Feliz propuseram representação contra José de Anchieta Júnior e Francisco de Assis Rodrigues.

Na inicial, os representantes sustentaram que, "em diversas datas, o funcionário da Condesaima, Mário César, na sede da Rádio Roraima – que é um departamento da Secretaria de Comunicação Social do estado – promoveu ataques ao candidato Neudo Campos, ora representante, em nítido intuito de propalar propaganda eleitoral negativa e ilegal, consequentemente, beneficiando o chefe do Poder Executivo Estadual, candidato à reeleição" (fl. 3).

Alegaram, assim, a configuração das condutas vedadas previstas nos incisos I, II e III do art. 73 e no art. 74 da Lei n° 9.504/1997 (fls. 10 e 16).

O TRE/RR julgou procedente a representação, por infração ao art. 73, I, II e III, da Lei das Eleições, cassando os diplomas dos representados e impondo ao governador multa de 50.000 Ufirs (fl. 421).

Preliminarmente, em suas razões de recurso ordinário, o Governador José de Anchieta Júnior suscita a ocorrência de nulidade processual e consequente decadência da representação, pois, até a data da diplomação, prazo máximo para o ajuizamento da demanda, não teria sido pedida, nem realizada, a citação de litisconsortes passivos necessários, quais sejam, o radialista Mário César, agente público e autor da conduta vedada em exame, e a emissora de rádio.

De igual modo, o Vice-Governador Francisco de Assis Rodrigues também sustenta que, na inicial da representação, nenhuma conduta foi imputada diretamente aos representados, mas, sim, ao jornalista Mário César, único agente da conduta supostamente ilícita, o que demonstraria a necessidade de ele ter integrado a relação processual na condição de litisconsorte passivo necessário, o que também ocorreria em relação à Rádio Roraima.

O TRE/RR rejeitou essa questão, nestes termos (fls. 428-431):

> Inicialmente, entendo necessário nova análise acerca das nulidades absolutas arguidas pelo representado José de Anchieta Júnior (fls. 282/300) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) Regional Roraima (fls. 302/312).
>
> O representado José de Anchieta Júnior afirma que a rádio, por ter sido utilizada de forma abusiva, seria litisconsorte passiva necessária no presente feito.
>
> A este respeito, o art. 47 do CPC dispõe que:
>
> > Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
>
> *No caso em apreço, não há qualquer motivo que justifique que eventual decisão abranja a rádio.* Com efeito, o § 5° do art. 73 da Lei n° 9.504:
>
> > § 5° Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4°, o candidato beneficiado,

agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

Como não existe possibilidade de pessoa jurídica ser candidata, a rádio não pode suportar a penalidade prevista no dispositivo acima. A outra sanção é prevista pelo § 4° do mesmo dispositivo:

> § 4° O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil Ufirs.

Porém, neste particular, a doutrina pátria diz que:

> [...] quanto ao pedido de multa, [...] esta sanção tem caráter pessoal; quanto a ela o litisconsórcio é simples e facultativo. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 5. Ed. Del Rey Editora. P. 511-512)

Sendo o litisconsórcio simples e facultativo, não há qualquer nulidade que macule o feito.

Ademais, além de a decisão ao final prolatada não ter o condão de atingir a órbita jurídica da emissora de rádio, a Lei n° 9.504/1997 traz regramento e punição específicos para as vedações às emissoras de rádio e televisão durante o período eleitoral (art. 45). No caso em análise, o fundamento da representação é o art. 73 do mesmo diploma legal, que é voltado especificamente aos agentes públicos.

Ademais, o que se pretende é verificar se uma parte do aparato estatal, *in casu*, a Rádio Roraima, que faz parte da estrutura da Secretaria de Comunicação do Estado de Roraima, foi utilizado de forma indevida pelo representado, na sua condição de governador e como candidato beneficiado. A possibilidade da rádio, se acaso existente, deve ser averiguada em processo próprio, porquanto diverso o rito, bem como a penalidade prevista.

Quanto ao ingresso do apresentador Mário Cézar no polo passivo da presente representação, trago à baila as seguintes considerações:

As normas de regência assim preconizam, *verbis*:

> Lei n° 9.504/1997:
>
> Art. 45. A partir de 1° de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:
>
> [...]
>
> III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;
>
> [...]
>
> § 2° Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil Ufirs, duplicada em caso de reincidência.

> Res.-TSE n° 23.191/2009:
>
> Art. 28. A partir de 1° de julho de 2010, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário (Lei n° 9.504/1997, art. 45, I a VI): [...]
>
> III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido político ou coligação, a seus órgãos ou representantes; [...]
>
> § 4° Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 45 desta resolução, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de R$21.282,00 (vinte e um mil duzentos e oitenta e dois reais) a R$106.410,00 (cento e seis mil quatrocentos e dez reais), duplicada em caso de reincidência (Lei n° 9.504/1997, art. 45, § 2°).

> *À luz de tais dispositivos, verifica-se que, mesmo nos casos em que o que se pretende apenar a conduta da emissora, o apresentador do programa que, em tese teria infringido a legislação eleitoral, não pode ser responsabilizado pela conduta* sub examine*, mas somente a emissora.*
>
> [...]
>
> *Assim, não sendo nem mesmo a Rádio Roraima parte legítima para integrar o polo passivo, tampouco seria plausível admitir a possibilidade de ingresso no feito do jornalista Mário Cézar.*

Tenho que razão assiste ao TRE/RR quando assentou que não haveria justificativa para o chamamento da emissora de rádio a fim de integrar a relação processual.

Tratando-se de representação por conduta vedada, o art. 73, em seus §§ 4° e 8°, da Lei n° 9.504/1997 estabelece sanções tão somente aos agentes públicos responsáveis, bem como aos partidos, coligações e candidatos beneficiários.

Dada a semelhança do que ocorre no âmbito da ação de investigação judicial eleitoral, de que cuida o art. 22 da Lei Complementar n° 64/1990, reproduzo o seguinte trecho do voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, no julgamento do Agravo Regimental na Representação n° 3.217-96, de 7.10.2010, *in verbis*:

> [...] *este Tribunal Superior já se manifestou em várias oportunidades sobre a impossibilidade de pessoas jurídicas figurarem no polo passivo* de ações de investigações judiciais eleitorais fundadas no art. 22 da Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, *dada a impossibilidade de que se lhes imponha a consequência jurídica decorrente de eventual procedência da representação* (grifo nosso).

Também é de invocar-se precedente do Tribunal no Agravo de Instrumento n° 1.785, relator o Ministro Eduardo Ribeiro, de 29.2.2000, segundo o qual o *"agente público, sujeito à penalidade prevista no art. 73, § 4°, da Lei n° 9.504/1997, é*

a pessoa fisica que age em nome do ente público e não a entidade em que exerce as funções".

Por isso, como não está sujeita às sanções do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, a emissora de rádio não é parte, nem muito menos litisconsorte passiva necessária, nas representações por conduta vedada.

Já quanto à alegação de que Mário César, apresentador dos programas veiculados na Rádio Roraima, seria litisconsorte passivo necessário, cumpre examinar, primeiramente, dois pontos, a saber:

1°) se a emissora de rádio integra a administração do Estado de Roraima;

2°) se o apresentador do programa é agente público, nos termos do art. 73, *caput*, da Lei das Eleições.

Conforme se infere das fotocópias do respectivo diário oficial, a Rádio Difusora de Roraima é vinculada à Assessoria de Imprensa e Comunicação do Estado de Roraima (fls. 31-35),

Consta, ainda, da fl. 109, relação de servidores públicos lotados na Empresa Rádio e Televisão Difusora de Roraima.

Os representados não negaram a natureza pública da emissora, asseverando, em suas defesas, apenas que, "embora seja uma emissora estatal não se constitui em veículo oficial de comunicações do Estado de Roraima. A Rádio Roraima é uma empresa pública que atua nos limites autorizados pelo art. 173, § 1°, da Constituição Federal, ou seja, é uma emissora com regime jurídico próprio de empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis" (fls. 95-96).

Os representados defendem que a rádio exerceria atividade típica de entidade privada e que não veicularia apenas publicidade institucional, inclusive comercializando espaços para a prestação de serviços, não dependendo, portanto, exclusivamente do Poder Executivo Estadual. Anexaram, a respeito, cópia de contrato de venda do espaço para o Programa O Povo na Rádio (fls. 108v e 168v), no qual teriam sido divulgados os fatos narrados na representação.

Não obstante essas circunstâncias, o certo é que a emissora de rádio integra a estrutura do Estado de Roraima e está vinculada, inclusive, à Assessoria de Imprensa e Comunicação do Estado de Roraima, sendo, portanto, pública, o que acarreta a observância das regras da legislação eleitoral, especialmente quanto às condutas vedadas aos agentes públicos.

Com relação ao apresentador, os representados apresentaram ofício, subscrito pela coordenadora de Recursos Humanos da Companhia de Desenvolvimento de Roraima (Codesaima), de 24.9.2010, confirmando que ele detinha a condição de servidor público.

Transcrevo o teor desse documento (fls. 114 e 174):

> [...] informamos que o Sr. João Maria Mário Cesar Balduíno, na data de 1° de abril de 2010, foi nomeado por esta empresa no cargo em comissão de

consultor técnico da presidência, conforme Portaria de Nomeação n° 64-H/2010. No entanto por motivo não declarado, o mesmo nunca compareceu para o exercício de suas funções junto a empresa, motivo pelo qual não houve qualquer relação de trabalho entre as partes, nem mesmo pagamento de qualquer natureza que viesse a prejuízo da Codesaima, uma vez que houve a exoneração tácita do nomeado.

Esclarecemos que, por falha operacional no sistema que elabora a ficha financeira dos funcionários da empresa ainda constar os dados do Sr. João Mário Cesar Balduíno. Porém, como medida de urgência já se encontra sendo corrigida a referida falha apontada.

Constam, ainda, das fls. 115 e 175, a portaria de nomeação de João Maria Mario Cezar Balduíno e, das fls. 116 e 176, folha individual de ponto em branco do referido servidor.

Ressalto que os representantes, posteriormente, trouxeram aos autos recibos de pagamento de salário do apresentador do programa, emitidos pela Codesaima, atinentes aos meses de abril, maio, junho, julho e agosto de 2010 (fls. 220-222).

Diante desses documentos, está comprovado que o apresentador do programa era servidor da Companhia de Desenvolvimento de Roraima (Codesaima), servidor público, portanto. A circunstância de o servidor não estar comparecendo ao serviço para o exercício de suas atividades, a meu ver, não tem relevância para o exame dos fatos narrados na representação.

Também vale assinalar que foi acostada aos autos apenas cópia da portaria de nomeação daquele servidor no citado órgão, não tendo sido apresentada eventual portaria de exoneração, o que reforça a existência do vínculo em questão, pelo menos durante o período objeto da representação.

Além disso, a própria coordenadora de Recursos Humanos daquele órgão confirma que ele constava da ficha financeira dos respectivos funcionários, embora tenha consignado que se trataria de falha operacional do sistema.

Da mesma forma entendeu o TRE/RR (fls. 437-440):

*[...] é incontroverso nos autos, além de fato público e notório (*Diário Oficial *de fls. 31), a natureza da Rádio Roraima, que integra a estrutura do estado, estando vinculada à Coordenadoria de Comunicação Social do Governo.*

Tanto é assim que no próprio sítio que a Rádio Roraima mantém na Internet consta sua criação e manutenção pelo Estado de Roraima e sua subordinação à 'Coordenação de Comunicação do Governo do Estado, representada pelo jornalista Rui Figueiredo'.

Também a reforçar essa premissa que já é incontroversa nos autos, além de pública e notória (natureza pública da Rádio Roraima), está vinculação, na qualidade de associada, da Rádio Roraima, à Associação das Rádios Públicas do Brasil, a congregar, nos seus próprios dizeres, aquelas emissoras 'mantidas

com recursos de governo (federais, estaduais e municipais), identificadas como educativas, culturais e universitárias'.

A Rádio Roraima, portanto, tem natureza pública, integra a estrutura da Secretaria de Comunicação do Estado de Roraima (consoante demonstra o organograma publicado no Diário Oficial do Estado *juntado à fl. 31) e, como tal, percebe mensalmente verbas estaduais no montante de R$50.000 (cinquenta mil reais), consoante atesta o portal da transparência do governo do estado, no que diz com os gastos da Secretaria de Comunicação Social do Estado (Secon), em 'operacionalização de ações de radiodifusão' (todos esses fatos públicos, necessários de serem considerados pela Justiça Eleitoral na preservação da lisura do processo eleitoral – art. 23 da LC n° 64/1990).*

A Rádio Roraima, portanto, consoante reconhecem os próprios representados, é rádio pública, integrante da estrutura do Estado de Roraima e, como tal, é destinatária de recursos públicos. Essa, portanto, a primeira premissa incontroversa dos autos.

Por outro lado, é igualmente incontroverso que o radialista Sr. João Maria Mário Cesar Balduíno foi nomeado para o cargo em comissão de consultor técnico da presidência da Codesaima pela Portaria de Nomeação n° 64-H/2010, de 1° de abril de 2010. Tal informação foi apresentada pelos próprios representados e consta de memorando confeccionado pela Coordenadora de Recursos Humanos da Codesaima (fl. 114).

Trata-se, portanto, de titular de cargo em comissão na estrutura da Codesaima, nos termos de portaria de nomeação publicada em abril de 2010.

Partindo dessa premissa juridicamente comprovada, competia aos representados, portanto, em sua defesa, comprovar fato impeditivo ou extintivo do direito do autor (art. 326 do CPC), ou seja, demonstrar efetivamente que a portaria de nomeação, ato público e oficial, veio a ser desconstituída, e que o Sr. Mário Cesar, então funcionário do estado, foi afastado de suas funções.

Para tanto, contudo, imperioso seria, como é de todos sabido, a publicação de uma portaria de exoneração, único instrumento capaz de desconstituir a situação jurídica definida e estabelecida por uma portaria de nomeação.

*Não existe, como se sabe, no direito administrativo, a figura da 'exoneração tácita', invocada pelos representados para afastar o '*status*' de servidor público do Sr. Mário Cesar, até porque a administração pública se norteia pelos princípios da legalidade, da impessoalidade e da transparência (CF, art. 37), todos eles incompatíveis com qualquer noção de afastamento tácito do serviço público, realizado às margens da disciplina legal, a partir de data incerta, insabida e não formalmente registrada.*

Inexistindo ato formal de exoneração, a desconstituir aquilo que estabelecido em portaria de nomeação, não há que se falar, muito menos em termos tácitos ou presumidos, em afastamento do indivíduo do serviço público.

A corroborar tudo o quanto dito, estão os contracheques juntados em audiência pelos representantes, documentos públicos que gozam de presunção de veracidade quanto ao seu conteúdo, que demonstram a percepção de

vencimentos pelo suposto 'jornalista' da Rádio Roraima e que apenas derivam da existência de uma portaria de nomeação de servidor público jamais formalmente revogada.

O segundo fato público, portanto, é que o Sr. Mário Cesar, que apresentou na Rádio Roraima (que é pública) os programas inquinados, é servidor do Estado de Roraima, titular de cargo em comissão, em situação que adquiriu já no ano de 2010 (Portaria de Nomeação n° 64-H/2010, de abril deste ano), havendo percebido, da Codesaima, os respectivos vencimentos (contracheques juntados aos autos) (grifo nosso).

Outra questão suscitada pelos representados é a de que o radialista Mário César não seria servidor público do Estado de Roraima, mas radialista independente, que estaria utilizando espaço adquirido na Rádio Roraima.

O *caput* do art. 73 da Lei n° 9.504/1997 expressamente estabelece que "são proibidas aos *agentes públicos, servidores ou não*, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais".

E para que não houvesse dúvida quanto ao alcance das vedações impostas na referida disposição legal, o § 1° do mesmo art. 73 preceitua que se reputa "agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional".

Na espécie, o fato de o servidor público, de companhia do Poder Executivo Estadual, ter adquirido espaço em emissora de rádio para veiculação de programa por ele apresentado, ainda que comprovado, não afastaria a sua condição de agente público, incidindo, igualmente em relação a ele, as referidas proibições previstas na norma legal.

O contexto fático dos autos, em suma, é o de que, como apontou o acórdão regional, "a Rádio Roraima é uma emissora pública de radiodifusão, e que os programas supostamente configurados de conduta vedada teriam sido conduzidos por servidor público estadual" (fl. 440).

Em sendo assim, porém, tenho que procede a alegação dos representados de que o servidor Mário César é litisconsorte necessário, devendo ter sido incluído no polo passivo da representação.

Na espécie, a representação, embora imputando a conduta especificamente ao apresentador, indicou como representados apenas os candidatos a governador e a vice-governador (fl. 2), que seriam os supostos beneficiários da conduta vedada.

Ocorre que, se o apresentador é exatamente o agente público ao qual se atribui a responsabilidade pela conduta vedada, como é o caso dos autos, ele deveria necessariamente figurar como representado.

O § 4° do art. 73 da Lei n° 9.504/1997 expressamente prevê que o descumprimento do disposto nesse artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada e sujeitará os responsáveis à aplicação de multa no valor de cinco a cem mil Ufirs. E o respectivo § 5° prescreve que o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo da multa do § 4°.

Por sua vez, o § 8° reitera que se aplicam as sanções do § 4° "aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que dela se beneficiarem".

Duas, portanto, são as categorias de réus que devem necessariamente integrar o polo passivo da representação por conduta vedada: a do agente público responsável e a do beneficiário.

Penso que, ao dispor que estão sujeitos às sanções legais tanto os responsáveis pela conduta vedada, quanto os candidatos, partidos ou coligações beneficiados, a lei criou a obrigatoriedade de que ambas as categorias figurem na relação processual em litisconsórcio passivo necessário.

Sem a citação do agente público, inclusive, ficaria sem sentido a determinação, por exemplo, para que fosse suspensa a conduta vedada, se o responsável por essa conduta não integrar a relação processual.

Aliás, em se tratando de conduta vedada, não se consegue imaginar hipótese em que o agente público por ela responsável não seja citado para integrar a lide, pois ele, na verdade, é o principal representado, autor da ilicitude, sendo os demais, quais sejam, os candidatos, partidos ou coligações, beneficiários da conduta, mas não responsáveis por ela, salvo o caso, ainda por exemplo, de que o eventual candidato seja o próprio agente público responsável pela conduta vedada, o que não é a hipótese dos autos.

Logo, é de aplicar-se à espécie o disposto no art. 47 do Código de Processo Civil:

> Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
>
> Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Nessas circunstâncias, afigura-se inadmissível a propositura da representação apenas contra os eventuais beneficiários, e não também contra o agente público responsável pela conduta vedada, porque sem a citação desse agente público não se pode nem mesmo julgar se a conduta era vedada, ou não, à falta de defesa apresentada pelo que seria o respectivo responsável.

Ademais, ficaria o beneficiário na estranha posição de ter que defender a conduta, ou sustentar não ser ela vedada, apesar de não ser o responsável pela sua prática.

A propósito, vale citar o voto vencido do juiz Helder Girão Barreto, perante o Tribunal de origem, que acolhia os embargos de declaração opostos pelos representados (fls. 691-694):

> [...] os §§ 4° e 5° do art. 73 destacam dois sujeitos distintos (os responsáveis e o candidato beneficiado), imputando-lhes sanções distintas (multa, quanto ao primeiro; e multa e/ou cassação quanto ao segundo).
>
> [...]
>
> No presente caso responsável pela conduta vedada era o jornalista Mário Cesar e beneficiados os dois primeiros representados, litisconsortes passivos necessários (embora não unitário).
>
> Acerca do litisconsórcio necessário lecionam, de forma didática, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:
>
> > *O litisconsórcio necessário pode advir de expressa disposição de lei ou da natureza incindível da relação jurídica de direito material afirmada em juízo (a relação tem de ser una e incindível: a existência de um feixe de relações jurídicas, ainda que entrelaçadas, não dá lugar à formação de litisconsórcio unitário). No primeiro, o litisconsórcio será necessário simples (o órgão jurisdicional pode decidir de maneira não uniforme para as parte consorciadas; no segundo, necessário unitário (há o dever de o juiz outorgar tutela jurisdicional de maneira uniforme para todos os litisconsortes).*
> >
> > *O art. 47, CPC, insinua que todo litisconsórcio necessário é unitário [...] mas há aí evidente impropriedade: o litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. [...]*
> >
> > *A obrigatoriedade da formação de litisconsórcio diz respeito à legitimação para agir em juízo, dependendo da citação de todos os consortes para a causa a eficácia da sentença.*
> >
> > [...]
> >
> > Sentença prolatada na ausência de um litisconsorte necessário é *inutiliter datur* (dada inutilmente, STJ, 1° Turma, Resp n° 753.340/RJ, Min. Luiz Fux, j. 8.5.2007, *DJ* 11.6.2007, p. 269), sendo de todo inválida (STJ, 5ª Turma, Resp n° 793.920/GO, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 16.5.2006, *DJ* 19.6.2006, p. 198). O vício da decisão pode ser levantado em qualquer tempo e grau de jurisdição, não lhe apanhando a preclusão (STJ, 1ª Turma, Resp n° 480.712/RJ, Min. Teori Zavascki, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 12.5.2005, *DJ* 20.5.2005, p. 207), podendo ainda ser alegado em ação rescisória (art. 485, inciso V, CPC) e em ação de querela *nullitatis insanabilis* (STF, Pleno, RE n° 97.589/SC, Min. Moreira Alves, j. 17.11.1982, *DJ* 3.6.1983, p. 7.883)."
> >
> > (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 4° tiragem. São Paulo: RT, 2008, p. 132/133, nota 1 ao art. 47 do CPC).

De fato, não há como deixar ao alvedrio da parte indicar como representados apenas os beneficiários, sem incluir, no polo passivo da representação, o agente público, autor da conduta vedada, a despeito da expressa previsão legal. E essa inclusão, antes de mais nada, privilegia o esclarecimento dos fatos narrados na representação (fls. 1.099-1.100).

O acórdão regional, para afastar a necessidade de citação do agente público, se baseou no art. 45 da Lei das Eleições, para concluir que, à "luz de tais dispositivos, verifica-se que, mesmo nos casos em que o que se pretende apenar a conduta da emissora, o apresentador do programa que, em tese teria infringido a legislação eleitoral, não pode ser responsabilizado pela conduta *sub examine*, mas somente a emissora" (fl. 430).

Ocorre que esse dispositivo diz respeito unicamente às proibições específicas destinadas às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário, que podem ser igualmente objeto de representação, embora com finalidade diversa, isto é, a de aplicar a multa do § 2° ("Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil Ufir, duplicada em caso de reincidência").

Tal dispositivo, no entanto, não versa sobre as condutas vedadas a que alude o art. 73 da Lei das Eleições, tratando de hipóteses manifestamente diversas.

Assim, não tendo sido incluído, no polo passivo da representação, o agente público tido como responsável pela conduta vedada – João Maria Mário Cesar Balduíno – (fls. 3-7), e já ultrapassado o prazo limite para a propositura da representação, que é a data da diplomação (§ 12 do art. 73 da Lei n° 9.504/1997, introduzido pela Lei n° 12.034/2009), deve-se extinguir a representação, em virtude da decadência.

Essa foi, inclusive, a solução adotada pelo Tribunal quando decidiu a questão de litisconsórcio passivo necessário nos casos de titular de chapa majoritária e seu respectivo vice.

Confiram-se os seguintes julgados:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso contra expedição de diploma. Ausência. Citação. Vice-prefeito. Litisconsórcio passivo necessário. Extinção do feito. Decadência do direito de ação. Agravo desprovido.
>
> [...]
>
> *II – O atual entendimento do TSE determina o litisconsórcio passivo necessário entre o prefeito e seu vice nos processos que poderão acarretar a perda do mandato eletivo, como é o caso do recurso contra expedição de diploma.*
>
> *III – A ausência de citação do vice-prefeito em recurso contra expedição diploma impõe o reconhecimento da decadência do direito de ação.*
>
> [...]

V – Agravo desprovido.

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 11.963, rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 13.4.2010).

Recurso especial. Investigação judicial. Prefeito. Eleição 2008. Vice-prefeito. Citação. Ausência. Decadência. Extinção do feito sem resolução do mérito.

Deixando o autor de, no prazo legal, promover a citação do vice para integrar relação processual em ação de investigação judicial proposta contra o prefeito eleito, extingue-se o feito sem resolução do mérito, em razão da decadência.

(Agravo Regimental no Recurso Especial n° 35.829, rel. Min. Marcelo Ribeiro, de 20.5.2010).

É certo que, em suas contrarrazões, pedem os representantes que, acaso acolhida a preliminar de falta de citação do agente público como litisconsorte passivo necessário, o processo não seja julgado extinto, devendo os autos retornar ao Tribunal de origem, para que, após realizada a citação e oferecida defesa, se proceda a novo julgamento da representação (fl. 1.101).

Este Tribunal, ao julgar os Embargos de Declaração no RCED n° 703, entendeu que, em "homenagem ao princípio da segurança jurídica, não é de se causar maiores surpresas aos jurisdicionados, tampouco fulminar processos que foram pautados por entendimento então prevalecente no Tribunal Superior Eleitoral". Daí não ter sido julgado extinto, desde logo, aquele processo.

Mas assim se decidiu apenas porque a jurisprudência do Tribunal, até aquela data, era toda no sentido da desnecessidade de citação do vice nos feitos em que se discutia a cassação do titular, por ele não ser, de acordo com a visão da época, litisconsorte passivo necessário.

Penso, entretanto, que o mesmo entendimento não incide no caso, pois, aqui, ao contrário, nunca houve decisão do Tribunal em sentido oposto, ou seja, para se considerar que a hipótese não seria de litisconsórcio passivo necessário.

Não se trata, por conseguinte, de mudança de orientação jurisprudencial já consolidada, em que se deve procurar preservar a segurança jurídica, para não colher as partes de surpresa.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal já exigia a citação do agente público responsável nas representações por conduta vedada, como se verifica destes julgados:

Propaganda institucional. Veiculação em período vedado. Art. 73, inciso VI, *b*, da Lei n° 9.504/1997. Reclamação oferecida contra a prefeitura municipal, na pessoa de seu representante legal, que foi condenado ao pagamento de multa. *Ausência de citação do responsável pela propaganda irregular. Ofensa ao art. 5°, inciso LV, da Constituição da República. Preliminar acolhida para que o agente público seja incluído no polo passivo da demanda.*

1. O agente público, sujeito à penalidade prevista no art. 73, § 4° da Lei n° 9.504/1997, é a pessoa física que age em nome do ente público, e não a entidade em que exerce as funções (Ac. n° 1.785, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Recurso conhecido e provido parcialmente.

(Recurso Especial n° 17.197, rel. Min. Fernando Neves, de 20.2.2001).

1. Recurso. Especial. Nova capitulação legal ao ilícito. Alegação de nulidade do processo e de ausência de fundamentação. Prequestionamento. Inexistência. Incognoscibilidade. Agravo regimental provido em parte. Precedentes. Matérias não prequestionadas, ainda que de ordem pública, não são cognoscíveis em recurso especial.

2. Recurso. Especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Violação aos arts. 41-A e 73 da Lei n° 9.504/1997. Conduta de terceiro não incluso no polo passivo da demanda. Recurso improvido. Precedente. *À validez do processo de ação de investigação judicial eleitoral, é imprescindível a citação do agente público responsável pela conduta vedada que beneficiou o candidato*.

(Agravo Regimental no Recurso Especial n° 25.192, rel. Min. Cezar Peluso, de 25.9.2007).

Cumpria, portanto, aos representantes, no caso, haver pedido a citação do agente público responsável pela conduta vedada, na condição de representado, antes de decorrido o prazo para a propositura da representação, sob pena de configurar-se a decadência.

Pelo exposto, *dou provimento aos recursos ordinários de José de Anchieta Júnior e Francisco de Assis Rodrigues*, para extinguir a representação, por decadência, e *julgo prejudicado o recurso do diretório estadual do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)*.

Voto (Vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, pronuncio-me apenas para, de certa forma, observarmos o Regimento Interno do Supremo, quanto à discussão da matéria, antes de prosseguirmos na tomada de votos. A troca de ideias é sempre importante, quando se está em um colegiado.

Fui relator do caso pioneiro, quando o Tribunal evoluiu para assentar que, em se tratando de algo que estaria a contaminar a chapa, presentes o titular e o vice, este também deveria ser citado. Refiro-me ao caso de Santa Catarina, que envolvia o homem público – para mim, exemplar – Senador Luiz Henrique.

Existe, no processo, relação jurídica, em comunhão, que possa ser alcançada com o desfecho? A resposta, a meu ver, é negativa. Não há, no tocante ao agente secundário – porque o agente-mor público seria o próprio governador –, essa comunhão...

Foi ajuizada ação cível. De início, é divisível, ao contrário do que ocorre, por exemplo, quanto à ação penal privada, na qual, deixando o querelante de propô-la em face de um dos envolvidos, tem-se a presunção do perdão relativamente ao acionado.

A ação veiculou pedidos diversos: um constitutivo negativo, quanto à diplomação – e na espécie cuidou o representante, o autor, de direcioná-la contra o governador e o vice –, e compreendeu também o pedido condenatório, presente a multa – a apenação, tendo em conta a sanção pecuniária –, que não envolve solidariedade. O próprio relator admitiu a possibilidade de impor-se a multa, considerado o teto previsto na legislação de regência, no tocante a cada um dos envolvidos na prática glosada no art. 73 da Lei das Eleições – Lei n° 9.504/1997.

Chegaria até a empolgar a doutrina de Chiovenda, no que entendia ou sustentava que o litisconsorte necessário pressuporia uma ação constitutiva. Para mim, não há por que, ante possível conexão probatória, aplicar-se o art. 47 do Código de Processo Civil.

O que esse artigo preceitua? Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica – aproximando duas partes e a pressupor, diria, comunhão de interesses –, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. Ora, no tocante ao pedido formulado, de cassação da diplomação, que poderia gerar essa comunhão, não se teria como direcioná-lo ao agente público que apontei como secundário, ao radialista, enquanto apenas radialista.

Portanto, não se trata do envolvimento, na espécie – já que, sob meu ponto de vista, a multa deve ser individualizada, relativa a cada um dos partícipes da conduta glosada pelo art. 73 –, de situação concreta em que o juiz não possa decidir de forma diferente quanto aos envolvidos, como ocorreria, por exemplo, na divisão de um imóvel. É o exemplo clássico de litisconsorte necessário em que não se pode declarar, a um só tempo, o imóvel dividido e indiviso. Há de julgar-se a contenda, portanto, em processo único.

A meu ver, a situação concreta se enquadra no inciso II do art. 46 do Código de Processo Civil, a revelar que duas ou mais pessoas podem – é o litisconsorte facultativo – litigar no mesmo processo em conjunto ativo ou passivo quando – isso não em relação à diplomação, mas quanto à multa – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito. O móvel, para se chegar à apenação dos envolvidos, sob o ângulo da multa, seria único, fato irrelevante para definir-se a espécie de litisconsórcio, se necessário ou facultativo.

Então o representante, o autor da ação, poderia, sim, ter ingressado não só contra o governador, como também contra o vice – como o fez – e o agente. Se bem que tenho, inclusive, a respeito deste último, algumas dúvidas, pois o agente, na verdade, seria aquele que qualifiquei como agente-mor – o governador.

Não vejo, de início, como se apenar, por exemplo, um servidor que atue, por direcionamento daquele que tem a administração nas mãos, beneficiando esta ou aquela candidatura, isso considerado o inciso III do art. 73.

Senhor Presidente, demos um passo importante, justificável, sob o ângulo jurídico e sob o ângulo socialmente aceitável, quando assentamos – e creio havermos feito em boa hora – que, se se trata de relação jurídica em comunhão, como é a do governador e do vice, do prefeito e do vice, e se há algo que alcance um deles relativamente à diplomação, um fato comum a ambos, deve ocorrer a citação do vice.

Mas, neste caso, imaginar-se que, tendo em vista conduta vedada, passível de desaguar na cassação dos diplomas – a essa altura do próprio mandato – e na imposição da multa, porque terceiro poderia ser alvo dessa sanção, assentar-se o litisconsorte necessário, a meu ver, é passo demasiadamente largo, que não se coaduna com o sistema, com a dualidade litisconsorte facultativo e litisconsorte necessário.

Existe litisconsorte necessário quanto ao governador, na espécie, e ao vice, e a ação foi proposta contra os dois, observada a cassação dos diplomas, mas se mostrou um litisconsorte facultativo quanto à apenação de multa, já que o pressuposto, como está em bom vernáculo, em bom português, no art. 47 em exame, para concluir-se pelo litisconsorte necessário, é relação jurídica que aproxima aqueles que devem ser tidos no mesmo processo como partes. Aqui não se verifica essa relação jurídica, passível de ser alcançada por decisão constitutiva negativa.

Por isso, adianto o ponto de vista, o convencimento, divergindo respeitosamente do relator, para entender que não incide no caso o art. 47 do Código de Processo Civil, mas, sim, o art. 46, inciso II.

É como voto.

Voto (Ratificação)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, quero esclarecer o ponto principal do meu voto, quanto à questão preliminar que acolhi. Primeiro, o agente público, autor da conduta vedada, não é o agente secundário, com a devida vênia; ele é o agente principal, tanto assim que um é colocado como responsável e o outro como beneficiário. Segundo, como está na inicial, trata-se de representação por conduta vedada.

Qual é a causa de pedir dessa ação? Reconhecimento da prática de conduta vedada. Como se pode configurar essa prática de conduta vedada? Em relação ao responsável, uma vez configurada a prática da conduta vedada é que se pode extrair o pedido principal da ação, que é o reconhecimento da prática de certa conduta vedada, ou seja, depois de praticada e reconhecida a conduta vedada, é

que se pode imaginar quais as sanções daí decorrentes. Por isso que citei no meu voto que há duas categorias de réus no caso: os autores da conduta vedada, que são os respectivos responsáveis, e os beneficiários.

Essas sanções podem variar, mas a ação não pode ficar na dependência da conduta vedada em relação apenas aos beneficiários. Na conduta vedada – por isso mesmo apliquei o art. 47 do CPC –, a relação é uniforme. Não se pode separar o responsável pela conduta e o beneficiário quando se reconhece a conduta, porque senão chegaríamos a uma hipótese de conceber, como foi inclusive citado da tribuna, duas representações, uma contra o responsável pela conduta vedada e outra contra o beneficiário; uma é julgada procedente e a outra é julgada improcedente.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Até porque a conduta imputada é só ao agente público, não é imputada ao beneficiário.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Se a inicial da representação dissesse que o responsável é o governador, porque esse servidor público, por exemplo, é subordinado a ele, nesse caso, sim, até se poderia admitir, porque seria o apresentador, eventualmente, o veículo. Mas a inicial da representação não menciona nada sobre isso.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Os fatos são imputados só a ele.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O governador e o vice-governador são citados apenas como beneficiários, e não como responsáveis pelos atos. Por isso, peço vênia para ratificar o meu voto.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o relator.

Eu até não diria, de tudo o que lemos, e houve bom material trazido pelos senhores advogados, que o tido como agente público (especificamente, agente aqui é o servidor público da rádio) seria o responsável, o autor da conduta, e como autor é que se tem então a configuração e a transcrição do que configuraria a conduta vedada. Se ele não está nos autos, não está no processo, estamos nos referindo, como Vossa Excelência acaba de afirmar, Ministro Arnaldo Versiani, ao beneficiário, mas a descrição toda é da conduta, e o autor da conduta não comparece.

Penso que se configura esse liame exatamente por essa condição, que fica imbricada, a meu ver, sem condição de ser desvencilhada.

Neste caso, acredito que há um litisconsórcio, sim, e que o comparecimento teria sido imprescindível, razão pela qual peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o ministro relator no sentido de prover os recursos e julgar prejudicado o recurso do PSDB.

Voto

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, com a exposição absolutamente técnica feita pelo Ministro Marco Aurélio, no meu modo de ver, Sua Excelência tem absoluta razão: não temos como enquadrar no art. 47 do CPC. Com o conceito estrito do Direito Processual Civil, é difícil dizermos que esta figura é litisconsorte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Que, aliás, encerra a exceção, e o preceito, por isso mesmo, não pode ser interpretado de forma elástica.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Eu jamais aplicaria o art. 47, mas isso não quer dizer que eu não entenda ser necessária a presença, nesta relação jurídica, do autor da conduta vedada.

Também quero fazer uma observação: foi citado da tribuna, e em todos os memoriais que vieram, precedente da Corte, da lavra do Ministro Cezar Peluso, que confirma a necessidade do litisconsorte, nesses termos jurídicos do Processo Civil, mas, naquele julgamento, parece-me que a situação fática é um pouco diferente: o Tribunal condenou a parte sem ela ter participado da relação jurídica. Então, é precedente que, embora citado diversas vezes, não se aplica concretamente à situação fática.

Abstendo-me de enquadrar no Código de Processo Civil, rogo a mais respeitosa vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para entender que, nesta relação jurídica, seja qual for o nome dado a ela, o autor da conduta vedada deve participar.

É como voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, no caso, a conduta vedada é atribuída tão somente ao radialista; não é conduta responsável, autoria, mas é só a ele.

Ora, tenho que fazer uma leitura conjugada dos §§ 4° e 8° do art. 73 da Lei n° 9.504/1997 e não posso dissociar o responsável do beneficiário. Ninguém se beneficia, em tese, de nada se não há um responsável, sob pena de estarmos aqui navegando nas nuvens.

Quanto ao processo eleitoral, tenho dito em diversas ocasiões, temos que ter em mente a peculiaridade. As regras eleitorais são específicas do processo eleitoral. Perdemo-nos aqui, muitas vezes, em preciosismos de trazer o Código de Processo Civil, o Código Civil, quando há peculiaridades no processo eleitoral. Aqui é uma peculiaridade. Até penso que seja um litisconsorte, como disse o voto-vencido do juiz federal, que, em alguns tribunais regionais eleitorais, é o mais independente. E sabemos por quê.

Ele faz menção até ao art. 47 do CPC, não importando se é litisconsórcio necessário, unitário. Há uma regra que não pode ser dissociada. Os §§ 4° e 8° do art. 73 não podem estar isoladamente apreciados. Se há um beneficiário, há um autor dessa conduta que o beneficiou. Quem é o autor da conduta imputada pelos próprios representantes? Tão somente o radialista. Ninguém diz que o governador ou o vice-governador praticaram condutas vedadas.

Com isso, não tenho outra solução senão acompanhar integralmente as conclusões do voto do eminente relator.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o eminente relator.

Parece-me que esse caso de Santa Catariana, de cujo julgamento participei, teve uma circunstância interessante: três votos cassavam o Governador Luiz Henrique, quando pedi vista do processo.

Eu trouxe meu voto no mérito, porque, apesar de existir uma preliminar no sentido da necessidade da integração do vice-governador na lide, entendi, como a jurisprudência era pacífica, que eu ressalvaria meu ponto de vista em relação àquela preliminar e apreciaria o mérito, porque, repito, já havia três votos que cassavam o governador e com mais um voto o governador estaria cassado.

E surgiu novamente, naquele julgamento, a discussão sobre a necessidade, ou não, da integração do vice-governador na demanda em que se pretendia a cassação do governador. Pensei: se o Tribunal for reapreciar o caso, exporei meu ponto de vista – nunca exposto até então –, de que era de absoluta necessidade a integração do vice-governador, porque naquele caso se cassava o vice-governador sem que ele fosse parte no processo e pudesse fazer qualquer defesa.

Acontece que houve mudança na jurisprudência, e penso que foi para isso que o Ministro Arnaldo Versiani trouxe o tema à balha. O Tribunal, nesse caso, salvo engano, por quatro votos a três – eram três votos que cassavam, e o Ministro Gerardo Grossi, parece-me, reconsiderou –, mudou a jurisprudência, que era no sentido de que não era necessário citar o vice-governador, e resolveu que a citação era necessária.

Em razão disso, e só disso, naquele caso entendeu-se que se poderia regularizar a representação processual, que não era hipótese de extinguir simplesmente o processo, porque os advogados ajuizaram a ação de acordo com a pacífica jurisprudência da Corte, de que era desnecessária a integração do vice-governador.

Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, entendeu-se que não se deveria extinguir o processo naquele caso, e o Tribunal estabeleceu que – lembro-me bem porque participei do julgamento –, nos casos em que ocorreu antes da mudança de jurisprudência, iríamos permitir a regularização e, naqueles casos em que ocorreu após o retorno da jurisprudência anterior, primária, que era no sentido da necessidade da integração do vice-governador, nós a extinguiríamos. Parece-me que a semelhança daquele caso com esse era apenas nesse aspecto.

O eminente relator trouxe esse caso à colação não para dizer que lá havia litisconsórcio e aqui também, porque os casos realmente não são iguais: lá se cassa o vice-governador, aqui não se cassa o responsável; aqui a necessidade de integração do responsável é tão grande quanto lá. Lá é pela consequência, vai-se cassar o mandato sem se citar o detentor do mandato, no caso o vice-governador.

Sem querer entrar naquelas discussões quanto ao fato de o vice-governador ter mandato ou não, quanto ao que foi apreciado naquela ocasião, vejo que neste caso é diferente. Imputa-se a prática de uma conduta vedada a determinado cidadão e alega-se que o governador seria o beneficiário dessa conduta vedada.

É evidente que, se a conduta é praticada pelo radialista, ele tem de participar da lide, não só para se aplicar a eventual pena de multa, que é aplicável, como bem lembrou o eminente relator, mas para que se possa, inclusive, formar a certeza sobre a prática daquele ato ilícito; há de ter a presença daquele a quem é imputada a prática. Não se pode afirmar que houve ato ilícito imputado a alguém sem que esse alguém esteja no processo e possa se defender, a meu ver.

O fato de ter sido aplicada ou não a pena – no precedente do Ministro Cezar Peluso, houve aplicação de pena, e aqui não houve –, parece-me irrelevante, porque a pena é só no final; saber se vai aplicar ou não, pode até absolver, eventualmente.

A necessidade de integração é inicial, ou seja, antes de mais nada, para começar o processo, deve estar indicado aquele em face de quem são feitas as colocações.

Pedindo novamente vênia ao Ministro Marco Aurélio, acompanho o relator.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, também peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, não obstante os argumentos tecnicamente irrefutáveis de Sua Excelência, porque penso também que não se aplica à espécie o art. 47 do Código de Processo Civil. Penso, *data venia*, que não há de se cogitar de uma decisão uniforme da lide.

O Ministro Gilson Dipp, a meu ver, disse muito bem que a legislação eleitoral tem uma disciplina específica dessa matéria, o que afasta, de certa maneira, o Código de Processo Civil para a solução desta lide. E o Ministro Arnaldo Versiani traz três argumentos, que me parecem muito consistentes.

O primeiro argumento, dito também pelo Ministro Gilson Dipp, foi o de que o § 4° do art. 73 da Lei n° 9.504/1997 deve ser lido necessariamente em conjunto com o § 8°; não é possível ler um dissociado do outro. A partir dessa observação, diz o Ministro Arnaldo Versiani que ambos, tanto o beneficiário quanto o autor do ilícito, estão sujeitos às sanções, portanto não há como dissociar as condutas de ambos.

O segundo argumento de Sua Excelência, que me impressionou bastante, é que ficaria sem sentido a determinação de se suspender a conduta vedada se o autor do ilícito não integrasse a relação processual.

Finalmente, o terceiro argumento, salientado por todos os magistrados que se pronunciaram aqui, é o de que o principal representado é o autor da ilicitude, ou seja, o servidor público. Então, não há como não chamá-lo à lide, até para que ele justifique ou não a sua conduta.

E diz o Ministro Arnaldo Versiani: "ficaria estranha a posição do beneficiário, que teria de defender a sua conduta ou sustentar não ser ela vedada, apesar de não ter sido o responsável direto por sua prática".

Realmente, o tema está disciplinado de maneira bem específica pela legislação eleitoral.

Extrato da Ata

RO n° 1696-77.2010.6.23.0000 – RR. Relator: Ministro Arnaldo Versiani – Recorrente: José de Anchieta Júnior (advogados: Fernando Neves da Silva e outros) – Recorrente: Francisco de Assis Rodrigues (advogados: Gabriela Guimarães Peixoto e outros) – Recorrente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Estadual (advogada: Carla Cristine Karpstein Romanelli) – Recorrido: Neudo Ribeiro Campos (advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro e outros) – Recorrida: Coligação Pra Roraima Voltar a Ser Feliz (PP/PT/PTB/PSC/PHS/PTC/PSB) (advogados: Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros) – Assitente: Marília Natália Pinto (advogados: Gabriela Rollemberg e outros).

Usaram da palavra pelo recorrente Francisco de Assis Rodrigues, o Dr. Luiz Gustavo Severo; pelo recorrente José de Anchieta Júnior, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelo recorrido Neudo Ribeiro Campos, a Dra. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro; pela recorrida Coligação Pra Roraima Voltar a ser Feliz, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos e, pelo Ministério Público Eleitoral, a Dra. Sandra Cureau.

Decisão: O Tribunal, por maioria, proveu os recursos de José de Anchieta Júnior e de Francisco de Assis Rodrigues e julgou prejudicado o recurso do PSDB estadual, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Cureau.

Notas de julgamento dos Ministros Marcelo Ribeiro e Gilson Dipp sem revisão.

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 1806-81.2011.6.00.0000
CURITIBA – PR

Relatora: Ministra Nancy Andrighi.
Interessada: Corregedoria Regional Eleitoral do Paraná.

Processo administrativo. Alistamento. Voto. Indígena. Categorização estabelecida em lei especial. "Isolado". "Em vias de integração". Inexistência. Óbice legal. Caráter facultativo. Possibilidade. Exibição. Documento. Registro civil de nascimento ou administrativo da Funai.

1. A atual ordem constitucional, ao ampliar o direito à participação política dos cidadãos, restringindo o alistamento somente aos estrangeiros e aos conscritos, enquanto no serviço militar obrigatório, e o exercício do voto àqueles que tenham suspensos seus direitos políticos, assegurou-os, em caráter facultativo, a todos os indígenas, independentemente da categorização estabelecida na legislação especial infraconstitucional anterior, observadas as exigências de natureza constitucional e eleitoral pertinentes à matéria, como a nacionalidade brasileira e a idade mínima.

2. Os índios que venham a se alfabetizar, devem se inscrever como eleitores, não estando sujeitos ao pagamento de multa pelo alistamento extemporâneo, de acordo com a orientação prevista no art. 16, parágrafo único, da Res.-TSE n° 21.538, de 2003.

3. Para o ato de alistamento, faculta-se aos indígenas que não disponham do documento de registro civil de nascimento a apresentação do congênere administrativo expedido pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em responder as indagações, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 6 de dezembro de 2011.

Ministra NANCY ANDRIGHI, relatora.

Publicado no *DJE* de 8.3.2012.

Relatório

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, a Corregedoria Regional Eleitoral do Paraná formulou consulta com os seguintes questionamentos:

> 1. Pode ser concedido o alistamento eleitoral aos índios considerados "isolados" e aos considerados "em vias de integração"?
>
> 2. O registro administrativo do nascimento ou casamento (art. 13 do Estatuto do Índio) apresentado pelo indígena pode ser aceito em substituição à certidão (de nascimento ou casamento) extraída do Registro Civil (art. 44, III, do Código Eleitoral e art. 13, *c*, da Res.-TSE n. 21.538/2003)?
>
> 3. Caso seja negativa a resposta ao primeiro questionamento, indaga-se:
>
> 3.1. Para concessão do alistamento eleitoral aos indígenas deve ser exigida a comprovação da liberação do regime tutelar através de uma das formas previstas no Estatuto do Índio, quais sejam: decisão judicial (art. 9°), declaração formal do órgão de assistência homologada judicialmente (art. 10) ou decreto do presidente da República (art. 11)?
>
> 3.2. Como compatibilizar a possibilidade do alistamento eleitoral aos maiores de 16 anos (art. 14, § 1°, II, *c*, da Constituição Federal) com a exigência de idade mínima para que o indígena possa ser liberado do regime tutelar?, ou seja, deve-se exigir a idade mínima de 21 (vinte e um) anos (art. 9°, I, do Estatuto do Índio) para concessão do alistamento eleitoral?
>
> 3.3. A multa pelo alistamento intempestivo (art. 8° do Código Eleitoral) é aplicável ao indígena? A partir de que momento essa multa é devida?

A Assessoria da Corregedoria-Geral prestou informações às fls. 9-14.

Em seu parecer (fls. 19-23), a Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se "pelo conhecimento da consulta, com adoção do entendimento exarado pela assessoria da Corregedoria-Geral da Justiça Eleitoral, bem como o emitido no Parecer Técnico n° 26/2010, da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (índios e minorias), como resposta aos questionamentos da Corregedoria Regional Eleitoral do Paraná".

Tendo em vista sua importância, trago a matéria à apreciação da Corte.

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Senhor Presidente, o cerne da discussão nestes autos é a possibilidade de índios situados, segundo categorização fixada pelo diploma legal próprio, como "isolados" e "em vias de integração" se alistarem como eleitores.

Inicialmente, impende ressaltar que a Constituição de 1988, em seu art. 14, §§ 1° e 2°, tornou obrigatório o alistamento e o voto a todos os brasileiros maiores

de dezoito anos, facultando-os somente aos analfabetos, aos maiores de setenta anos e aos que tenham idade entre dezesseis e dezoito anos.

Em outras oportunidades este Tribunal Superior já deliberou sobre o tema, como no voto exarado pelo eminente Ministro Garcia Vieira nos autos do Processo Administrativo n° 18.391/AP (*DJ* de 24.8.2001), em que ficou assentado ser obrigatória a quitação com as obrigações militares dos índios integrados, os quais, conforme pontuou o eminente Ministro Nelson Jobim em voto-vista, seriam aqueles liberados do regime tutelar e na plenitude de sua capacidade civil.

Além disso, no julgamento do Processo Administrativo n° 19.840/AM, foi declarada a não recepção do art. 5°, II, do Código Eleitoral pela Lei Fundamental vigente, que impedia o alistamento daqueles que não soubessem exprimir-se na língua nacional.

Do voto-vista proferido por Sua Excelência o Ministro Carlos Ayres Britto no referido processo extraio os seguintes excertos:

> (...) pontuo que os direitos políticos são formas de densificação da cidadania e da soberania popular (incisos I e II do art. 1° da CF). Nessa medida, direitos fundamentais que demandam interpretação extensiva, e não restritiva. Dando-se que os requisitos constitucionais da Magna Carta de 1988 para a aquisição da capacidade eleitoral ativa são apenas os seguintes: nacionalidade brasileira, idade mínima de 16 anos e alistamento eleitoral. É dizer: todos os brasileiros maiores de 16 anos podem se alistar eleitores. É a regra geral. Só não podem se alistar, segundo a própria Constituição, os estrangeiros e os conscritos – enquanto prestem o serviço militar obrigatório (art. 14, § 21). Só e só.
>
> (...) Vale dizer: ao suprimir a limitação de alistamento aos que não saibam se expressar na língua nacional, a carta-cidadã ampliou o espectro da participação democrática, sem distinção de etnia ou de língua.
>
> Com efeito, não é compatível com a Carta republicana o dispositivo infraconstitucional que impõe restrição à alistabilidade além das previstas na Lei Maior.
>
> (...)
>
> Por tudo quanto posto, entendo que os brasileiros ainda não introduzidos no domínio do nosso vernáculo, assim como os indígenas em idêntica situação, podem alistar-se eleitores.
>
> (...).

Já de muito tempo esta Corte Superior entendeu, na linha do voto do eminente Ministro Décio Miranda na Consulta n° 3.165/DF, que "os índios são alistáveis nas condições exigidas pelos arts. 131 e 132 da Constituição Federal" (Res.-TSE n° 7.919/1966).

O que dizer sob a égide da atual ordem constitucional, que ampliou sobremaneira o direito à participação política dos cidadãos, restringindo o

alistamento somente aos estrangeiros e aos conscritos, enquanto no serviço militar obrigatório, e o exercício do voto àqueles que tenham suspensos seus direitos políticos?

A nobre procuradora regional da República, Dra. Fátima Aparecida de Souza Borghi, aduziu em seu parecer de fls.19-23 que:

> a diferença cultural não pode ser utilizada como justificativa para deixar de se reconhecer os direitos e a capacidade dos povos indígenas em participar do processo eleitoral, ainda mais quando não se encontra óbice legal, devendo-se, assim, observar as regras constitucionais e eleitorais pertinentes ao alistamento eleitoral, em especial, no que atine à idade e ao analfabetismo.

Assim, é natural que tais direitos sejam também assegurados, em caráter facultativo, a todos os indígenas, independentemente de categorização estabelecida na legislação infraconstitucional, observadas as exigências de natureza constitucional e eleitoral pertinentes à matéria, como a nacionalidade brasileira e a idade mínima.

É importante esclarecer que os índios que venham a se alfabetizar deverão se inscrever como eleitores, não estando sujeitos ao pagamento de multa pelo alistamento extemporâneo, de acordo com a orientação prevista no art. 16, parágrafo único, da Res.-TSE n° 21.538/2003.

Para o ato de alistamento eleitoral, é necessária a apresentação de documento no qual seja comprovada a nacionalidade brasileira do interessado, como carteira de identidade ou a emitida por órgão federal controlador do exercício profissional, certificado de quitação do serviço militar, certidão de nascimento ou de casamento ou "instrumento público do qual se infira, por direito, ter o requerente a idade mínima de 16 anos e do qual constem, também, os demais elementos necessários à sua qualificação" (Res.-TSE n° 21.538/2003, art. 13).

A legislação pátria autoriza os indígenas não integrados a registrar seu nascimento de duas formas: mediante assento nos cartórios de registro civil, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.001, de 1973, ou, administrativamente, no livro próprio do órgão federal responsável por lhes prestar assistência, no caso, a Fundação Nacional do Índio (Funai), conforme dispõe o § 2° do art. 50 da Lei nº 6.015, de 1973.

Desse modo, faculta-se aos índios apontados pelo respectivo estatuto como "isolados" e "em via de integração" o alistamento como eleitores com a exibição de qualquer um dos documentos mencionados.

Forte nessas razões, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral Eleitoral, respondo aos questionamentos nos seguintes termos:

1. Aos indígenas, independentemente da categorização estabelecida na legislação especial infraconstitucional anterior, é assegurado o direito ao alistamento e ao exercício ao voto, em caráter facultativo, observadas as exigências de natureza constitucional e eleitoral pertinentes à matéria;

2. Para o ato de alistamento, faculta-se aos indígenas que não disponham do documento de registro civil de nascimento a apresentação do congênere administrativo expedido pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

É como voto.

Extrato da Ata

PA n° 1806-81.2011.6.00.0000 – PR. Relatora: Nancy Andrighi – Interessada: Corregedoria Regional Eleitoral do Paraná.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu as indagações, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp e Arnaldo Versiani, e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Cureau. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Marcelo Ribeiro.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 499-28.2010.6.18.0072*
Rio Grande do Piauí – PI

Relatora: Ministra Nancy Andrighi.
Recorrente: Ministério Público Eleitoral.
Recorrido: José Wellington Siqueira Procópio.
Advogados: Luiz Henrique Sousa de Carvalho e outro.
Recorrida: Maria José Lopes da Silva.
Advogados: Andréa de Araújo Silva e outros.
Recorrida: Coligação Rio Grande no Caminho Certo (PMDB/PT/PCdoB/PSDB/PR/PTB).
Advogados: Emmanuel Fonseca de Souza e outros.

Recurso especial eleitoral. Aime. Eleições 2008. Prefeito. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores. Licitude da prova. Provimento.

*Embargos de declaração rejeitados em 29.3.2012. Agravo em Recurso Extraordinário n° 700.189, pendente de julgamento do STF até o fechamento desta edição.

1. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova lícita. Precedentes do TSE e do STF.

2. Na espécie, a gravação de conversa entre o candidato, a eleitora supostamente corrompida e seu filho (autor da gravação) é lícita, pois este esteve presente durante o diálogo e manifestou-se diante dos demais interlocutores, ainda que de forma lacônica. Assim, o autor da gravação não pode ser qualificado como terceiro, mas como um dos interlocutores.

3. Recurso especial eleitoral provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 1° de dezembro de 2011.

Ministra NANCY ANDRIGHI, relatora.

Publicado no *DJE* de 10.2.2012.

Relatório

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto pelo Ministério Público Eleitoral com fundamento no art. 276, I, *b*, do CE contra acórdão do TRE/PI assim ementado (fl. 823):

> Ação de impugnação de mandato eletivo. Recurso eleitoral. Recurso adesivo. Sucumbência recíproca inocorrente. Não conhecimento. Reexame das matérias veiculadas na primeira instância. Efeito devolutivo e translativo dos recursos. Gravação de conversa feita por terceiro sem conhecimento dos interlocutores. Prova ilícita. Realização de perícia. Perda de objeto. Captação ilícita de sufrágio indemonstrada. Fragilidade do conjunto probatório. Divulgação de fatos inverídicos durante a campanha eleitoral. Não configuração da fraude de que trata o art. 14, § 10, da Constituição Federal. Recurso conhecido e provido.
>
> O recurso adesivo é compatível com o processo eleitoral, desde que haja sucumbência recíproca, nos termos do art. 500 do CPC, o que não se houve no caso dos autos.
>
> – O amplo efeito devolutivo, aí incluído o efeito translativo do recurso, autoriza a Corte a reexaminar toda a matéria posta à apreciação do MM. Juiz na primeira instância, de sorte que o não conhecimento do recurso adesivo não constitui óbice à apreciação dos demais fatos considerados improcedentes na sentença objurgada, mesmo porque tal pedido consta expressamente das contrarrazões recursais aviadas pelos impugnantes, ora recorridos.
>
> – A gravação de diálogos, para ser considerada prova lícita, tem que ser feita por um dos interlocutores, ou pelo menos com seu consentimento, ainda

que o outro a desconheça, mas não por terceiros, sem a ciência daqueles que encetaram as conversas captadas, caso em que a prova deve ser tida por ilícita.

– É despicienda a realização de perícia técnica em prova de áudio já considerada ilícita pelo órgão julgador. – Para a configuração da captação ilícita de sufrágio e do abuso de poder, exige-se prova robusta, consagradora e inconteste, inexistente no caso em tela.

– Divulgação de fatos inverídicos durante a campanha eleitoral não configura a fraude de que trata o art. 14, § 10, da Constituição Federal.

Recurso conhecido e provido.

Cuida-se de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (Aime) ajuizada pela Coligação Unidos para Recuperar Rio Grande e por Alcimon da Silva Soares, candidato ao cargo de vereador no município de Rio Grande do Piauí/PI no pleito de 2008, em desfavor de José Wellington Siqueira Procópio e Maria José Lopes da Silva, candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito no mesmo município, em razão do suposto abuso de poder político e econômico e de prática de captação ilícita de voto.

Tais condutas estariam consubstanciadas na oferta e entrega a eleitores de dinheiro em espécie, doação de geladeiras, pagamento de contas de água e energia elétrica, oferecimento de tratamento médico e passagens em troca de votos.

No primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente para cassar o mandato eletivo dos réus e condenar o candidato a prefeito ao pagamento de multa de R$10.000,00 (dez mil reais) (fls. 616-636).

Houve recurso ao TRE/PI que, preliminarmente, considerou ilicíta a prova consistente em gravação ambiental que subsidiou a condenação do candidato.

A conversa gravada deu-se entre o candidato requerido, a eleitora supostamente corrompida e seu filho (autor da gravação).

O Tribunal de origem considerou que o autor da gravação não teria participado diretamente do diálogo, manifestando-se uma única vez (fl. 827). Assim, concluiu que o filho da eleitora não se qualificaria como interlocutor, mas como terceiro estranho ao diálogo, razão pela qual a prova seria ilícita.

No recurso especial eleitoral, o recorrente suscita divergência jurisprudencial, alegando que não configura prova ilícita a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento do outro.

Afirma que "a circunstância de não ser o autor da gravação uma das pessoas responsáveis pela maioria das falas não o torna um terceiro no âmbito da comunicação" (fl. 847).

E conclui que "se ele estava presente, com o conhecimento dos falantes, e se a ele eram também dirigidas as palavras proferidas – tanto que o autor da gravação chegou inclusive a se manifestar no diálogo gravado – evidencia tratar-se de um dos interlocutores" (fl. 847).

Foram apresentadas as contrarrazões de fls. 876-885.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina (fls. 891-895) pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Senhor Presidente, o TRE/PI reformou sentença condenatória por entender que gravação de conversa por terceira pessoa, sem conhecimento dos demais interlocutores, configura prova ilícita.

Ocorre que essa não é a hipótese dos autos.

De acordo com os fatos descritos no acórdão regional, o autor da gravação esteve presente no local do diálogo e manifestou-se perante os demais (fl. 827):

A gravação da conversa entre Anicélia e José Wellington não foi realizada por nenhum dos dois, e sim por terceiro, chamado Sandro (na verdade, Alessandro), filho de Anicélia, *presente ao encontro*, mas que não participa diretamente do diálogo.

Ao longo de a toda conversa, *ele se manifesta uma única vez* e para dizer apenas "num sei, sabe, Dr...". (sem destaques no original)

A toda evidência, o autor da gravação não se qualifica como terceiro, mas como um dos interlocutores do referido diálogo, ainda que tenha se manifestado de maneira lacônica. Nessa circunstância, forçoso reconhecer a licitude da gravação ambiental por ele realizada e sua validade como meio de prova.

Segundo a jurisprudência do TSE "a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova válida" (AgR-REspe n° 36.992/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 28.9.2010).

Cito, ainda, precedente do STF:

> Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. (...) É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.
>
> (RE n° 583.937 QO-RG/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 18.12.2009).

Ademais, o grau de participação do autor da gravação no diálogo não é relevante para a solução da questão, já que o próprio candidato dispôs de sua privacidade e de sua intimidade ao supostamente praticar a conduta ilícita – captação ilícita de sufrágio – na presença de outrem.

Nos termos da jurisprudência do STF, a proteção da privacidade e da própria honra não constitui direito absoluto (*HC* n° 87.341/PR, rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 3.3.2006). Assim, esses direitos da personalidade podem ser relativizados pelo seu titular, como no caso em exame.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial eleitoral para declarar a licitude da prova referente à gravação ambiental e determinar o retorno dos autos ao TRE/PI para que julgue o recurso eleitoral considerando a prova mencionada, sem prejuízo da análise das demais questões suscitadas no recurso.

É o voto.

Pedido de Vista

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

Extrato da Ata

REspe n° 499-28.2010.6.18.0072 – PI. Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Recorrente: Ministério Público Eleitoral – Recorrido: José Wellington Siqueira Procópio (advogados: Luiz Henrique Sousa de Carvalho e outro) – Recorrida: Maria José Lopes da Silva (advogados: Andréa de Araújo Silva e outros) – Recorrida: Coligação Rio Grande no Caminho Certo (PMDB/PT/PCdoB/PSDB/PR/PTB) (advogados: Emmanuel Fonseca de Souza e outros).

Usaram da palavra, pelo recorrente, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, pelo recorrido José Wellington Siqueira Procópio, o Dr. Luiz Henrique Sousa de Carvalho.

Decisão: Após o voto da Ministra Nancy Andrighi, provendo o recurso, pediu vista o Ministro Gilson Dipp.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o procurador-geral-eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Voto-Vista

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, os recorridos, candidatos a prefeito e vice-prefeito de Rio Grande do Piauí/PI, foram demandados via de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (Aime) pela coligação adversária "Unidos para Recuperar Rio Grande" (PSB/DEM/PP), então liderada pelo candidato a prefeito Antonio Luis da Costa Feitosa (vice-prefeito Agenor Miranda de Sousa), dentro do prazo seguinte à diplomação.

Sustentaram que o candidato ora demandado, depois vencedor das eleições (com 56,30% dos votos) teria praticado abuso de poder econômico mediante compra de votos, com entrega de dinheiro, doação de geladeiras, pagamento de contas de água e energia elétrica, oferecimento de tratamento médico, passagens, etc.

Instruído o pedido com vários exemplares de mídia contendo gravações de conversas entre terceiros e o candidato impugnado, e/ou entre seus apoiadores e terceiros, num total de mais de dez CDs com as condutas tidas por ilegais, a sentença acolheu a tese da licitude das gravações, julgou procedente a Aime e cassou o mandato do primeiro recorrido.

O acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, no entanto, deu provimento ao recurso do ora recorrido, pois considerou que as gravações eram ilícitas e efetuadas por terceiros, e a prova colhida em audiência não constituía conjunto bastante a justificar a procedência da ação. Aliás, o acórdão regional fez minucioso exame de toda a prova consistente nas gravações, uma por uma, e confrontou-as com depoimentos orais.

O recurso especial que se seguiu foi apresentado pelo Ministério Público Eleitoral, perante o TRE/PI que o admitiu, e está fundado na letra *b* do art. 276, I, do CE, isto é, na divergência com padrões do TSE.

O procurador regional afirma que o julgado divergiu de precedentes do Tribunal Superior Eleitoral porque considerou que a gravação da conversa por um dos interlocutores, mesmo sem consentimento do outro, é considerada prova lícita.

Para tanto referiu especificamente à gravação da conversa entre o candidato José Wellington e a eleitora Anicélia, presenciada pelo filho desta (Sandro) que efetuou a gravação. Com base nesse fato, embora não tenha participado da conversa, o filho da eleitora foi considerado interlocutor para os efeitos indicados.

Nesta instância, nesta mesma linha, o parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral é pelo provimento do recurso.

O voto da ministra relatora, limitando-se ao exame da gravação da conversa referida pelo recorrente, acolheu o parecer da PGE e deu provimento ao recurso para declarar a licitude da prova e determinou o retorno dos autos ao Tribunal Regional para que renove o julgamento considerada a prova mencionada.

Pedi vista.

Em recente manifestação deste Tribunal no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36.359/MS, a meu cargo como relator, afirmei que as gravações de conversas entre interlocutores em ambiente eleitoral feitas por um deles sem o conhecimento do outro, deve ser vista com muita reserva e em princípio constitui prova ilícita pois pode atentar gravemente contra a lisura da competição e influir, por manipulação ou distorção, decisivamente sobre a livre manifestação da vontade do eleitor.

Cuida-se aqui de caso assemelhado.

O MPE local afirma que há a alegada divergência na definição da licitude da gravação porque o Tribunal Regional decidiu que a gravação da conversa por um interlocutor é ilícita, enquanto os precedentes assentaram que essa gravação não é ilícita.

A meu sentir a questão é outra.

Com efeito, o Tribunal Regional, examinando a prova, ao contrário da sentença, concluiu que a conversa que provaria a compra de voto entre o candidato e Anicélia, embora presenciada por Sandro (ou Alessandro, filho desta) que a gravou, não se amolda ao precedente da jurisprudência porque Sandro não era considerado interlocutor.

A discussão, portanto, antes de consistir em divergência quanto a questão de direito, refere uma questão de fato, isto é, saber se Sandro era ou não interlocutor para definir se a gravação teria sido por um dos interlocutores e assim assentar se era lícita ou não.

Como essa não é uma questão que se admita no âmbito do recurso especial, seria caso de concluir-se pelo não conhecimento do recurso.

De qualquer sorte, admitindo, como fizeram o Tribunal *a quo*, o parecer da PGE e o voto da ministra relatora, que há divergência entre o acórdão recorrido e padrões do TSE, penso que se deve insistir em que a gravação, por um deles ou por terceiros, de conversas entre interlocutores em ambiente eleitoral em qualquer caso não pode ser recebida como prova lícita.

Sabe-se que as disputas eleitorais, sobretudo nos interiores, naturalmente deixam entrever interesses e conveniências às vezes mais amplos que a pretensão eleitoral em sentido estrito.

Assim, não é surpresa que as paixões do pleito exorbitem do campo puramente eleitoral para domínios diversos. Nesse sentido, a participação de correligionários, familiares ou militantes confundem-se com o interesse do próprio candidato, daí porque se a gravação não for realizada por um dos interlocutores, mas por um desses apoiadores, o significado parece ser o mesmo podendo qualquer destes ser tomado como se fosse o próprio candidato para esse efeito.

O quadro fático, nestes autos, portanto, a meu ver, se aproxima dessa situação em que um dos interlocutores grava a conversa sem o conhecimento do outro, no caso o candidato que se quer impugnar o mandato.

No entanto, a perseverar essa interpretação de que a conversa gravada por um dos interlocutores seria lícita poderia levar a paradoxos.

É que excessos podem vir a ser resultado de mau uso ou abuso por qualquer dos interlocutores, ou mesmo por partidários de qualquer deles, visto que já aí não teriam só o propósito de proteger o interesse público ou a lisura do pleito (como alegadamente no caso).

A finalidade lícita das gravações desse tipo passa a ser vulnerar ou abater o adversário com revelações possivelmente constrangedoras em momento crucial da campanha. E tudo potencializado pela dificuldade ulterior de apurar quando já perdido ou desaparecido o interesse eleitoral.

De modo geral, a jurisprudência dos tribunais superiores, e até mesmo do TSE, tem-se filiado à orientação da licitude da captação de conversa, imagem ou áudio de tais encontros ou eventos, pois, como asseverou o Ministro Peluso, aquilo que

se pode dizer em depoimento se pode registrar em gravação (Recurso Especial Eleitoral n° 28.258).

Em princípio se poderia extrair a conclusão de que não haveria violação da intimidade exceto se existente outra obrigação de sigilo legal.

Mas daí a tolerar qualquer captação apenas porque não é ilícita em outros domínios, pode incentivar práticas eleitorais que direta e indiretamente vulneram concomitantemente o interesse da legislação e a liberdade do eleitor: aquele, porque pode vir a ser diminuído ou esvaziado o rigor do controle por manobras oblíquas das partes mascarando ou exagerando fatos; e esta, porque o eleitor pode vir a ser sugestionado ou enganado por revelações nem sempre verdadeiras ou, quando verdadeiras, nem sempre contextualizadas ou completas.

No caso dos autos, a captação de conversas através de gravação dissimulada em ambiente de disputa eleitoral, mesmo quando não pudesse ser vista como ilicitude ontológica, sem dúvida traz consigo o artifício traiçoeiro do engodo como técnica de disputa e isso não constitui prática edificante no processo eleitoral.

Ainda que se pudesse justificar tais gravações como providência destinada a estancar alguma malícia delituosa do adversário e que tais captações se destinassem a esclarecer a autoridade policial ou ministerial, o expediente a meu ver decididamente não encontra apoio na lei eleitoral, pois denunciar possíveis práticas ilícitas desfavoráveis ao adversário para denegri-lo é a afirmação de propaganda favorável ao denunciante.

Por essa razão, a gravação ambiental ou unilateral como prova, no campo eleitoral, em principio deve ser afastada, pois sua natureza conflita logicamente com as características do embate eleitoral.

Em outros termos, se no processo *comum criminal* essa prova pode ser confortavelmente admitida porque o quadro em que acontece é diverso (o que é patente na jurisprudência do STF), já no processo eleitoral o momento e as circunstâncias da captação de conversas ou manifestações de candidatos, podem ser magnificadas e constituir grave e irreversível anomalia.

Parece mais prudente, para esse quadro, inverter os padrões de interpretação, não tanto para afastar a jurisprudência, mas para excluir todas as situações em que, a despeito do bom propósito de revelar a prática de possível delito eleitoral por um candidato, a captação de conversas, áudio ou vídeo por outro candidato ou correligionário sem o conhecimento daquele, venha a constituir-se em fator de desequilíbrio do pleito e violação da liberdade do eleitor.

Daí constituir prova ilícita.

Mais, se os fatos objeto de gravação considerados delituosos estiverem comprovados por prova documental ou testemunhal, colhida independentemente da possível impugnação da gravação, escuta ou captação ambiental, como no caso, mais ainda se deve dar por secundária e irrelevante a comprovação de condutas por coleta unilateral de imagens e sons.

Melhor é que esse modo de prova seja visto sempre com grande reserva, própria do instrumento, no âmbito do processo eleitoral ou criminal eleitoral, particularmente como subsídio para propaganda contra adversários.

Sob esse aspecto, por todas essas razões, parece não haver dúvida de que a gravação da conversa da eleitora Anicélia com o candidato Wellington, seja a gravada por um interlocutor (assim considerado o filho dela), seja por terceiro, constitui, a meu ver, prova que não deve ser considerada na formação da convicção do julgador.

No caso dos autos, ademais, não se pode perder de vista que foram várias as conversas gravadas e não apenas essa referida pelo parecer da PGE e pelo voto da relatora.

O acórdão do Tribunal Regional Eleitoral examinou todas e vale assinalar que a conversa entre Anicélia pode não ter tido qualquer conotação eleitoral.

É que ela é irmã do candidato por parte de pai, embora não reconhecida, mas assim tratada como de criação pelo candidato (fl. 829), o que faz compreensível o fato de Wellington ter-lhe dado R$100,00 e até prometido uma geladeira.

Além disso, o próprio filho dela teria admitido que fizera a gravação por influência do candidato adversário (Antonio Luis), o qual teria presenteado o gravador a Sandro.

Além da gravação dessa conversa, outras aconteceram como dá conta o acórdão regional, as quais, todavia, não foram objeto da discussão no recurso do MPE local, mas que em tese deveriam ter sido questionadas ou justificadas porque integram a abrangência do recurso, se se quer fazer prevalecer a tese do recorrente.

Mesmo não sendo cogitadas pelo recorrente, vale assinalar que duas outras eleitoras teriam registrado com idêntico propósito uma conversa com o recorrido em um restaurante para onde teriam sido levadas por uma pessoa de nome Edir e, segundo o acórdão local, teriam ficado muito felizes de obter a gravação.

Outra gravação, de um eleitor que estaria embriagado, foi tomada contendo afirmações deste de que o candidato teria prometido tratamento médico. Provavelmente o registro teria sido feito por terceiro desconhecido já que foi depois inteiramente recusado pelo suposto beneficiário.

Consta ainda gravada a manifestação de um eleitor incriminando o recorrido, mas, quando ouvido, declarou em juízo ser empregado de uma empresa do outro candidato.

Do conjunto desses elementos fica patente que as gravações, que se pretende sejam lícitas, provavelmente teriam sido encomendadas com intuito de incriminar o recorrido e aí incorrem na vedação que me parece intuitiva no campo eleitoral.

Ante o exposto, com a devida vênia do voto da ministra relatora, penso que o Tribunal deve considerar com extrema reserva e ter como ilícita para proteger a lisura do prélio e a liberdade do eleitor a prova consistente em gravação

unilateral de conversas, seja direta ou indiretamente, entre eleitores, candidatos, correligionários ou qualquer partícipe da disputa eleitoral.

No caso em apreço, além disso, o acórdão recorrido mostrou com minúcia que a prova representada pela gravação da conversa entre Anicélia e José Wellington – base do parecer e do voto da relatora – foi amplamente contraditada em juízo pelo exame dos depoimentos em audiência e outras circunstâncias de fato, cuja revisão, de resto, não cabe mais nesta instância.

Nesses termos, nego provimento ao recurso especial do Ministério Público.

É o voto.

Pedido de Vista

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

Extrato da Ata

REspe n° 499-28.2010.6.18.0072 – PI. Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Recorrente: Ministério Público Eleitoral – Recorrido: José Wellington Siqueira Procópio (advogados: Luiz Henrique Sousa de Carvalho e outro) – Recorrida: Maria José Lopes da Silva (advogados: Andréa de Araújo Silva e outros) – Recorrida: Coligação Rio Grande no Caminho Certo (PMDB/PT/PCdoB/PSDB/PR/PTB) (advogados: Emmanuel Fonseca de Souza e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Gilson Dipp desprovendo o recurso, pediu vista o Ministro Marcelo Ribeiro.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a vice-procuradora-eleitoral, Sandra Cureau.

Voto-Vista

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, na origem, o juízo de primeiro grau julgou procedente a representação e a ação de impugnação de mandato eletivo reconhecendo a prática de captação ilícita de sufrágio por parte de José Wellington Siqueira Procópio, candidato à reeleição para o cargo de prefeito do município de Rio Grande do Piauí/PI, cassando o seu diploma e o da vice-prefeita Maria José Lopes da Silva, além de aplicar-lhe multa de R$10.000,00 (dez mil reais).

José Wellington Siqueira Procópio, Maria José Lopes da Silva e a Coligação Rio Grande no Caminho Certo recorreram da sentença (fls. 644-673).

A Coligação Unidos para Recuperar Rio Grande apresentou recurso adesivo, o qual não foi conhecido.

O Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE/PI) acolheu a preliminar de ilicitude da prova consistente em gravação de áudio e, no mérito, reformou a sentença para restaurar os mandatos do prefeito e da vice-prefeita.

Reproduzo a ementa do acórdão regional (fls. 823-823v):

> Ação de impugnação de mandato eletivo. Recurso eleitoral. Recurso adesivo. Sucumbência recíproca inocorrente. Não conhecimento. Reexame das matérias veiculadas na primeira instância. Efeito devolutivo e translativo dos recursos. Gravação de conversa feita por terceiro sem conhecimento dos interlocutores. Prova ilícita. Realização de perícia. Perda de objeto. Captação ilícita de sufrágio indemonstrada. Fragilidade do conjunto probatório. Divulgação de fatos inverídicos durante a campanha eleitoral. Não configuração da fraude de que trata o art. 14, § 10, da Constituição Federal. Recurso conhecido e provido.
>
> – O recurso adesivo é compatível com o processo eleitoral, desde que haja sucumbência recíproca, nos termos do art. 500 do CPC, o que não se houve no caso dos autos.
>
> – O amplo efeito devolutivo, aí incluído o efeito translativo do recurso, autoriza a Corte a reexaminar toda a matéria posta à apreciação do MM. Juiz na primeira instância, de sorte que o não conhecimento do recurso adesivo não constitui óbice à apreciação dos demais fatos considerados improcedentes na sentença objurgada, mesmo porque tal pedido consta expressamente das contrarrazões recursais aviadas pelos impugnantes, ora recorridos.
>
> – A gravação de diálogos, para ser considerada prova lícita, tem que ser feita por um dos interlocutores, ou pelo menos com seu consentimento, ainda que o outro a desconheça, mas não por terceiros, sem a ciência daqueles que encetaram as conversas captadas, caso em que a prova deve ser tida por ilícita.
>
> – É despicienda a realização de perícia técnica em prova de áudio já considerada ilícita pelo órgão julgador. – Para a configuração da captação ilícita de sufrágio e do abuso de poder, exige-se prova robusta, consagradora e inconteste, inexistente no caso em tela.
>
> – Divulgação de fatos inverídicos durante a campanha eleitoral não configura a fraude de que trata o art. 14, § 10, da Constituição Federal.
>
> Recurso conhecido e provido.

Adveio o presente recurso especial, interposto pelo Ministério Público Eleitoral com fundamento no art. 276, I, *b*, do Código Eleitoral (fls. 840-848).

Apontou dissídio jurisprudencial entre o acórdão hostilizado e o entendimento desta Corte adotado nos recursos especiais nºs 36.992/MS e 4198880/RO, nos quais ficou assentado que a gravação clandestina feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, não enseja a ilicitude da prova.

Sustentou que (fl. 844):

> Como se vê nos votos condutores das duas decisões acima, a jurisprudência desse e. TSE é no sentido de que é lícito o registro de conversa por uma das pessoas presentes, e a quem as palavras são dirigidas, ainda que os demais interlocutores desconheçam a gravação.

E, fazendo a comparação com o *decisum* ora recorrido, asseverou que (fl. 845):

> No acórdão da Corte Regional do Piauí, porém, a maioria seguiu entendimento do eminente relator segundo o qual o autor da gravação, *uma das pessoas presentes ao diálogo e a quem as palavras proferidas eram dirigidas (portanto, um dos interlocutores, ainda que não fosse ele o principal participante das falas)*, não poderia registrar a conversação, por ser um "terceiro", já que não era um dos principais falantes [...].

Argumentou que o autor da gravação não seria um terceiro cuja presença fosse ignorada pelos participantes da conversa, mas o próprio filho da eleitora Anicélia Francisca Saraiva, e se a ele também eram dirigidas as palavras proferidas, enquadra-se como um dos interlocutores.

Ressaltou que nos julgados paradigmas a pessoa a qual efetuou a gravação também era identificada ou identificável, e também participava da conversação.

Na sessão de 6.9.2001, a eminente Ministra Nancy Andrighi deu provimento ao recurso especial para declarar a licitude da prova referente à gravação ambiental e determinar o retorno dos autos ao TRE/PI para que julgue o recurso eleitoral considerando a prova mencionada.

Considerou Sua Excelência que, de acordo com os fatos descritos no acórdão regional, o autor da gravação esteve presente no local do diálogo e manifestou-se perante os demais, razão pela qual não se qualificaria como terceiro, mas como um dos interlocutores do referido diálogo, ainda que tenha se manifestado de maneira lacônica.

Citou precedente desta Corte – REspe n° 36.992/MS, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia – *DJE* de 28.9.2010 – e arestos do STF – RE n° 583937 QO-RG/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 18.12.2009 e (*HC* n° 87.341/PR, rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 3.3.2006).

Pontuou, ainda, que o grau de participação do autor da gravação no diálogo não seria relevante para a solução da questão, já que o próprio candidato dispôs de sua privacidade ao supostamente praticar a captação ilícita de sufrágio na presença de outrem.

Na sessão de 15.9.2011, votou o eminente Ministro Gilson Dipp, desprovendo o recurso.

Em seu voto-vista, Sua Excelência ponderou que a captação de conversas por meio de gravação dissimulada em ambiente de disputa eleitoral, mesmo sem padecer de ilicitude ontológica, denota o artifício traiçoeiro do engodo como técnica de disputa, o que não constitui prática edificante no processo eleitoral.

Proferiu voto divergente, considerando a prova ilícita e negando provimento ao recurso especial.

Na mesma sessão pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Passo ao voto.

Na espécie, assim se manifestou o voto condutor do aresto recorrido (fls. 827-828):

> A gravação da conversa entre Anicélia e José Wellington não foi realizada por nenhum dos dois, e sim por um terceiro, chamado Sandro (na verdade, Alessandro), filho de Anicélia, presente ao encontro, mas que não participa diretamente do diálogo. Ao longo de toda a conversa, ele se manifesta uma única vez e para dizer apenas "*num sei, sabe, Dr...*".
>
> Esclareça-se, por oportuno, que Alessandro não foi ouvido em juízo, de sorte que não se pode mensurar qual a sua participação no encontro entre Anicélia e o prefeito recorrente.
>
> Ademais, nem José Wellington, tampouco Anicélia, tinham conhecimento de que estavam sendo gravados. Anicélia declarou em juízo que "depois de uma semana da conversa é que soube que seu filho Alessandro (Sandro) havia gravado o diálogo" e que "se soubesse da gravação não teria pedido nada a José Wellington".
>
> *A prova, para ser lícita, como já dito, tem que ser feita por um dos interlocutores, ou pelo menos com seu consentimento, ainda que o outro a desconheça.*
>
> *[...]*
>
> Portanto, comprovado nos autos que a gravação do áudio da conversa entre José Wellington e Anicélia foi produzida por terceira pessoa, sem o conhecimento de quaisquer dos interlocutores e sem prévia autorização judicial, acolho a preliminar para declarar ilícita a referida prova, ficando a comprovação da captação ilícita do voto da Sra. Anicélia restrita aos demais meios de prova porventura existentes nestes autos.

Após exame do conteúdo da gravação, a Corte Regional assentou que seu autor, filho da eleitora, manifestou-se uma única vez, apenas para dizer ao candidato "num sei, sabe, Dr..." (fl. 827), concluindo, nessas circunstâncias, que seria um terceiro, o qual não tinha o consentimento dos dois interlocutores para gravar o diálogo.

Consignou também que "Alessandro não foi ouvido em juízo, de sorte que não se pode mensurar qual a sua participação no encontro entre Anicélia e o prefeito recorrente" (fl. 827-v).

Verifica-se, portanto, que a conversa se estabeleceu entre o candidato e a eleitora Anicélia com seu filho presente, tendo ele participado, ainda que de forma breve, do colóquio.

É iterativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro não padece de ilicitude.

Tal posicionamento foi reafirmado em Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n° 583.937/RJ, *DJE* de 18.12.2009, da relatoria do eminente Ministro Cezar Peluso, na qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria. Reproduzo, a propósito, o seguinte excerto do julgado:

> O recurso extraordinário está submetido ao regime da repercussão geral e versa, em substância, sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova. É que este entendimento responde à mesma *ratio* da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação.
>
> A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como relator, proferi no julgamento do *RE n° 402.717* (*DJE* de 13.2.2009), e que passo a reproduzir, por ser de todo aplicável ao caso:
>
> > "Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.
> >
> > [...]
> >
> > Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há ideia de subtração (...), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor.
> >
> > A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuridicidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, [...]
> >
> > Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentes.
> >
> > [...]

> Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana, nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público da jurisdição. [...]
>
> [...].
>
> Ilícita é a gravação de conversa alheia, o que envolve mesmo a prática de crime. Nenhum impedimento existe, entretanto, a que um dos participantes da mesma queira resguardar-se, mediante o registro fonográfico e, salvo justificáveis exceções, dele se utilize como prova.
>
> [...]
>
> *Não vejo a diferença que possa haver, quanto à legitimidade do meio, entre a divulgação de conversa mantida por telefone e a que se faz pessoalmente. Ora, não será possível a alguém comprovar o respectivo conteúdo, por meio do testemunho de um terceiro que estivesse presente? Por que, então, ter como ilegítimo valha-se de um meio mais seguro que é a gravação?*
>
> *Considero que, em regra, quando alguém mantém determinada conversação, seja pessoalmente, seja com o uso de meios eletrônicos, arrisca-se a ver a mesma divulgada, o que configurará, quando muito, uma inconfidência, cujo grau de censurabilidade não chega a tomar ilícita a prova*. (Grifei).

É certo que, ao apreciar o mérito, o Tribunal de origem constatou o parentesco entre a eleitora Anicélia e o candidato José Wellington, os quais seriam irmãos por parte de pai, o que poderia até mesmo justificar os auxílios prestados à primeira.

Todavia, há que ser examinado o conteúdo da gravação. Trata-se de prova lícita que poderá interferir no resultado do julgamento, não podendo, portanto, ser descartada do caderno probatório, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

Por tais fundamentos, acompanho o voto da eminente ministra relatora para dar provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à instância regional, a fim de que novo julgamento seja proferido, considerando-se a referida prova.

Voto

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Gilson Dipp para acompanhar a relatora, pois também entendo que aqui, no âmbito do recurso especial, estamos apenas discutindo a licitude ou não da prova. Se essa prova eventualmente não for idônea é questão para o próprio Tribunal Regional Eleitoral verificar por ocasião do julgamento do mérito.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Gilson Dipp, para acompanhar a relatora.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, queiramos ou não, a Constituição Federal protege a privacidade em sentido linear.

No inciso XII do art. 5° da Constituição Federal, consta, como regra, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. A exceção corre à conta de afastamento desse sigilo mediante determinação judicial voltada à investigação criminal ou à instrução processual penal. Penso não ser o caso.

Houve, na espécie, gravação ambiente, captando informações que estariam sendo transmitidas. Não vejo como distinguir entre o afastamento do sigilo de dados e o do sigilo quanto à interceptação telefônica. Deu-se a gravação em ato, para mim – continuo convencido –, de extrema covardia, de forma escamoteada. Em meus contatos, jamais procurei ver – mesmo porque não teria nada a veicular que não pudesse vir à tona – se algum dos interlocutores estaria ou não com gravador no bolso para proceder ao registro. Ocorreu gravação sem ordem judicial, sem o crivo de órgão equidistante, como é o investido do ofício judicante.

Continuo convencido – sustentei essa tese em caso a envolver ministro do Trabalho – de que não se pode partir para o agasalho dessa espécie de prova, sob pena de gerar-se desconfiança mútua – nefasta à vida gregária – e ainda criar-se insegurança maior.

Se a exceção pressupõe autorização judicial quanto ao afastamento do sigilo – e, repito, na conversa estabelecida dá-se a veiculação de dados – e, mesmo assim, com finalidade restrita, visando à investigação criminal ou à instrução processual, como admitir lícita prova que vem à balha mediante instrumental escamoteado, traindo-se confiança recíproca entre as pessoas e não para fins criminais, mas eleitorais?

Senhor Presidente, peço vênia para acompanhar o Ministro Gilson Dipp, entendendo ser a prova ilícita, porque discrepa da privacidade, que é a regra em termos de garantia constitucional. Desprovejo, portanto, o recurso.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Peço vênia à eminente relatora para acompanhar o Ministro Gilson Dipp na divergência, também subscrevendo *in totum* as ponderações do eminente Ministro Marco Aurélio.

Fico com muito receio de que sinalizemos para a sociedade que é lícito fazer política gravando conversas de terceiros. Estamos vivendo uma quadra muito

difícil em nossa sociedade, que, inclusive, está fazendo a felicidade dos técnicos e de empresas especializadas em artefatos que buscam combater os grampos telefônicos e ambientais.

Concordo *in totum* com o que disse o Ministro Marco Aurélio, que subscreve também as ponderações do Ministro Gilson Dipp, de que atos ou práticas dessa natureza atentam contra a boa-fé, que deve servir de substrato para o relacionamento das pessoas na sociedade.

Pedindo vênia, portanto, à eminente Ministra Nancy Andrighi, que trouxe um voto extremamente técnico, mas por razões, digamos assim, de política judiciária, nego provimento ao recurso.

Extrato da Ata

REspe n° 499-28.2010.6.18.0072 – PI. Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Recorrente: Ministério Público Eleitoral – Recorrido: José Wellington Siqueira Procópio (advogados: Luiz Henrique Sousa de Carvalho e outro) – Recorrida: Maria José Lopes da Silva (advogados: Andréa de Araújo Silva e outros) – Recorrida: Coligação Rio Grande no Caminho Certo (PMDB/PT/PCdoB/PSDB/PR/PTB) (advogados: Emmanuel Fonseca de Souza e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, proveu o recurso, nos termos do voto da relatora. Vencidos os Ministros Gilson Dipp, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o procurador-geral eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N° 4034-63. 2010.6.00.0000*
Macapá – AP

Relator originário: Ministro Hamilton Carvalhido.
Redator para o acórdão: Ministro Marcelo Ribeiro.
Agravante: Antonio Paulo de Oliveira Furlan.
Advogados: Hercílio de Azevedo Aquino e outros.
Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Amapá.
Litisconsorte passivo: Ocivaldo Serique Gato.

*Embargos de declaração rejeitados em 31.3.2011.

Eleições 2010. Agravo regimental. Mandado de segurança. Candidato. Deputado estadual. Registro indeferido após a eleição. Contagem para a legenda. Impossibilidade.

1. Na dicção do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, a validade dos votos atribuídos a candidato com registro indeferido fica condicionada, em qualquer hipótese, ao deferimento do registro.

2. O § 4° do art. 175 do Código Eleitoral, que estabelece a contagem para a legenda dos votos obtidos por candidatos cujos registros tenham sido indeferidos após a eleição, foi superado pelo parágrafo único do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, introduzido pela Lei n° 12.034/2009, que condiciona a validade dos votos ao deferimento do registro, inclusive para fins do aproveitamento para o partido ou coligação.

3. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em desprover o agravo regimental, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 15 de dezembro de 2010.

Ministro MARCELO RIBEIRO, redator para o acórdão.

Publicado em sessão, em 16.12.2010.

Relatório

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO: Senhor Presidente, agravo regimental interposto por Antonio Paulo de Oliveira Furlan, contra *decisum* em que julguei prejudicado o w*rit,* em razão do que decidi nos autos do Mandado de Segurança n° 4118-64/AP (fl. 128), *verbis*:

> "[...]
>
> Ao que se tem, o Tribunal Regional Eleitoral do Amapá proclamou o resultado das eleições naquele estado, declarando eleito ao cargo de deputado estadual e conferindo suplência, respectivamente, a candidatos cujos registros haviam sido indeferidos por acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral, ambos publicados na sessão de 6.10.2010 (RO n° 624-13.2010.6.03.0000/AP e RO n° 608-59. 2010.6.03.0000/AP).
>
> Nos termos do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, inserido pela Lei n° 12.034/2009, *verbis:*
>
> > "[...]
> >
> > Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna

eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.

[...]".

Antecedentemente à inovação legislativa, esta Corte já havia firmado o entendimento de que se aplica, por analogia, o art. 216 do Código Eleitoral, resultando em que a decisão sobre o registro de candidatura produzirá todos seus regulares efeitos após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral (PA n° 20.159/PI, relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19.12.2008, *DJE* de 18.9.2009). No mesmo sentido:

"Mandado de segurança. Pretensão. Reassunção. Candidato. Registro indeferido.

1. O Tribunal, por intermédio da Res.-TSE n° 22.992/2009, entendeu incabível a diplomação de candidato com registro indeferido, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 15 da Lei Complementar n° 64/1990.

2. Se a nulidade atingir mais da metade da votação válida e se já houver decisão do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo o pedido de registro, deverão ser realizadas novas eleições; caso não haja, ainda, decisão desta Corte Superior, não se realizará, por ora, o novo pleito.

3. Em face da interposição de recurso especial pelo candidato a prefeito – com registro indeferido – que teve a maioria dos votos válidos, não há como, desde logo, ser realizada nova eleição no município, porquanto essa determinação contraria o que deliberado na Res.-TSE n° 22.992/2009.

Agravo regimental a que se nega provimento". (AgR-MS n° 4.240/BA, relator Ministro Arnaldo Versiani, julgado em 24.9.2009, *DJE* 16.10.2009.)

Nesse contexto, tenho que assiste razão ao impetrante quanto à impossibilidade de se proclamar eleito e conferir suplência a candidatos cujos registros, ao tempo da proclamação dos resultados, já haviam sido indeferidos por acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral, mesmo que posteriormente ao pleito.

Contudo, considerando o parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições, de rigor sejam refeitos os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, expurgando-se os votos atribuídos a Ocivaldo Serique Gato e Jorge Élson Silva de Souza, litisconsortes passivos.

Pelo exposto, concedo parcialmente a medida liminar para desconstituir o ato impugnado e determinar à Corte de origem que, após novo cálculo dos quocientes eleitoral e partidário, proceda à nova proclamação do resultado das eleições para o cargo de deputado estadual.

Comunique-se com urgência.
Solicitem-se informações.
Citem-se. Publique-se.
Brasília, 7 de dezembro de 2010.
[...]"

Nas razões do regimental, o agravante reitera alguns dos argumentos expendidos na inicial, voltando-se, especificamente, contra a parte do *decisum* em que determinei fossem desconsiderados os votos atribuídos a Ocivaldo Serique Gato e Jorge Élson Silva de Souza, alegando que não se aplica, *in casu*, o disposto no parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições, acrescentado pela Lei n° 12.034/2009, visto que disciplina a hipótese de candidato *sub judice* no dia do pleito, diferentemente da situação dos dois candidatos em questão que tiveram seus registros indeferidos um dia após a proclamação oficial do resultado das eleições de 2010.

Sustenta que a inovação legislativa (art. 16-A e seu parágrafo único) impõe interpretação sistemática e não gramatical, até porque estabelece disposições especiais a par das já existentes, e, assim, não revoga nem modifica os dispositivos do Código Eleitoral, especialmente, os §§ 3° e 4° do Código Eleitoral.

Defende a constitucionalidade do parágrafo único do art. 16-A da Lei n° 9.504, de 1997, "[...] *desde* que interpretado sistematicamente no arcabouço jurídico de normas, aí incluso o Código Eleitoral, tendo como *start* e fundamental a Constituição Federal" (fl. 142).

Acrescenta que, na realidade, o parágrafo único do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997 vem reforçar o disposto nos §§ 3° e 4° do art. 175 do Código.

Cita precedente desta Corte (AgR-AC n° 3.291, relator Ministro Felix Fischer), que aplicou o art. 175, § 4°, do Código Eleitoral, no caso de candidato com registro deferido na data das eleições e que, posteriormente, teve o registro indeferido, devendo os votos ser contados para a legenda pela qual concorreu no pleito e ainda a decisão liminar exarada no MS n° 4.108/RJ, da relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Conclui que os votos atribuídos aos candidatos Ocivaldo Serique Gato e Jorge Élson Silva de Souza devem ser computados para os partidos pelos quais concorreram, não sendo o caso de recalcular o quociente eleitoral, mas apenas o de excluir os nomes deles do rol de eleitos ou suplentes, "ou, alternativamente, recalcular o quociente eleitoral de maneira que os votos sufragados aos candidatos em referência sejam direcionados aos respectivos partidos pelos quais concorreram" (fl. 144).

Pede a reconsideração da decisão que julgou prejudicado o Mandado de Segurança n° 4118-64 para, *inaudita altera pars*, suspender os efeitos da decisão da Corte Regional que declarou eleito o candidato Ocivaldo Serique Gato ao

cargo de deputado estadual e, em consequência, impedir sua diplomação, determinando a diplomação do impetrante.

Requer também a alteração do alcance da decisão concedida no referido mandado de segurança para reconsiderar a determinação dada ao TRE/AP de fazer novo cálculo do quociente eleitoral e partidário, expurgando os votos sufragados em relação aos candidatos Ocivaldo Serique Gato e Jorge Élson Silva de Souza e, por conseguinte, direcioná-los aos seus respectivos partidos políticos.

No mérito, que seja concedida a segurança para garantir a diplomação, posse e exercício ao cargo de deputado estadual.

É o relatório.

Voto (Vencido)

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Senhor Presidente, a questão é da disciplina normativa introduzida no cenário jurídico com o advento do parágrafo único do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, *verbis*:

> "[...]
>
> Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.
>
> *Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja* sub judice *no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.*
>
> [...]".

A par do aparente conflito da citada norma com o que dispõe o art. 175, § 4° do Código Eleitoral, pertinente também a transcrição deste último, *verbis*:

> Art. 175. Serão nulas as cédulas:
>
> "[...]
>
> § 3° Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. (Parágrafo renumerado pelo art. 39 da Lei n° 4.961, de 4.5.1966.)
>
> *§ 4° O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (Incluído pela Lei n° 7.179, de 19.12.1983.)*
>
> [...]".

Contudo, tenho ser possível conciliar ambos os dispositivos à luz de uma interpretação sistemática e consoante o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no caso.

Sendo o processo eleitoral constituído de fases bem demarcadas, regidas, fundamentalmente, por um complexo, mas coordenado, sistema de preclusões (RO n° 2.335/AL, Ministro Fernando Gonçalves, *DJE* 4.6.2010), imprescindível, primeiramente, a identificação das fases em que se inserem as referidas normas.

Com efeito, tem-se que o disposto no art. 175, § 4° do Código Eleitoral, encerra disciplina cujo alcance ecoa em todas as fases ulteriores à data do pleito, vindo como mandamento a amparar a vontade do eleitor e o direito da agremiação partidária frente ao sistema proporcional estabelecido na Constituição Federal.

Ocorre que o disposto no parágrafo único do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, acrescentado pela Lei n° 12.034/2009, condiciona a validade dos votos dados a candidatos *sub judice* na data do pleito ao deferimento do registro, equiparando a situação do partido/coligação à do candidato.

A questão, a meu sentir, recolhida no seu núcleo essencial, é a da decisão indeferitória do registro da candidatura, em relação ao candidato e ao partido político, a que se equivale a expressão *sub judice*, disposta tanto no *caput* quanto no parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições.

Penso que são conciliáveis as leis n^{os} 4.737/1965 e 9.504/1997 na disciplina da questão, eis que o parágrafo único do novel art. 16-A da Lei das Eleições, introduzido pela Lei n° 12.034/2009, nada mais fez do que atribuir o direito do partido político de ver computado para a legenda os votos do candidato cujo registro de candidatura estava deferido ao tempo da eleição.

A letra da lei, embora não seja bastante a sua interpretação literal, não permite, a meu ver, de forma absoluta a sua negação rasa, a que se chegaria a partir da interpretação dissociada do parágrafo único do *caput* de seu artigo.

Leia-se o art. 16-A.

Obviamente, tanto o *caput*, quanto o parágrafo único, dizem respeito à situação de indeferimento de registro, originário ou subsequente, para atribuir direitos aos candidatos e aos partidos políticos.

Quanto ao candidato, priva-lhe a lei do cômputo dos votos que lhe venham a ser atribuídos na eleição, enquanto não obtido o registro da sua candidatura, permitindo-lhe, contudo, com o *constructio* jurisprudencial que lhe acresceu, efetuar todos os atos de campanha, mantendo inclusive seu nome na urna eletrônica (art. 16-A, Lei n° 9.504/1997).

Relativamente ao partido, reconhece-lhe a lei o direito ao cômputo dos votos, no caso de cancelamento do registro após a data do pleito.

Numa palavra, o registro de candidatura é condição de validade dos votos para o candidato e a sua atualidade (existência) no tempo da eleição é condição para o cômputo de votos para o partido político.

In casu, na data do pleito, tanto Ocivaldo Serique Gato quanto Jorge Élson Silva de Souza, ostentavam a situação de candidato com registro de candidatura deferido, incidente, portanto, o § 4° do art. 175 do Código Eleitoral que expressamente direciona ao partido os votos dados a candidatos cujo registro tenha sido indeferido somente após as eleições.

De outro lado não se pode ignorar a decisão do TSE que lhe cassou o registro.

Nesse contexto, provejo, parcialmente, o agravo regimental, para conceder a medida liminar, excluindo o nome de Ocivaldo Serique Gato da proclamação do resultado das eleições ao cargo de deputado estadual do Amapá, determinando o cômputo dos seus votos para a coligação.

É como voto.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, fiquei com dúvida em relação à segunda parte do voto.

Ministro Hamilton Carvalhido, Vossa Excelência está determinando o cômputo dos votos para a coligação?

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Na data da eleição, o candidato estava com o registro indeferido?

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Na data da eleição, ele estava com o registro deferido.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: E depois foi indeferido?

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Usando o termo da lei, o registro foi cancelado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Quem sabe mais à frente o Supremo venha a restabelecer a decisão do regional?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Se restabelecer a decisão do regional, os votos serão contados não só para o candidato mas também para o partido e a coligação.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Tenho entendido que deve ser considerada a realidade presente na data da diplomação.

Na sessão realizada na data de ontem, julgamos um caso em que um regional havia negado um registro. Após a eleição, julgando embargos de

declaração, emprestou-lhes efeitos modificativos e deferiu o registro. Em razão desse deferimento, determinou-se a nova proclamação do resultado, inclusive, salvo engano, com o recálculo do quociente eleitoral. No TSE, chancelamos essa decisão, porque foi tomada antes da diplomação.

Mas se o registro já está indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, parece-me não ser o caso de se proclamar eleito, tampouco de se contarem os votos para o partido. Vossa Excelência não o está proclamando eleito, mas está contando os votos para o partido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Segundo entendi, o candidato estava, na data da eleição, com o registro deferido. Essa é uma situação muito importante, porque o cidadão eleitor vai para as urnas e confia nessa primeira decisão da Justiça Eleitoral. Portanto, esse voto há de ter alguma consequência. Num segundo momento, ele teve seu registro indeferido, ou seja, a validade desse voto é relativa. Então agora está contando para a coligação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Embora não tenha havido o trânsito em julgado da decisão que indeferia o registro.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: O problema, a meu ver, está na redação do parágrafo único do 16-A da Lei n° 9.504/1997, que parece ter modificado a regulação da matéria, que era feita anteriormente pelo § 4° do art. 175 do Código Eleitoral.

O § 3° determina serem nulos para todos os efeitos os votos dos candidatos inelegíveis ou não registrados. O § 4° abriu uma exceção, assentando que o disposto no § 3° não se aplica – ou seja, não serão considerados nulos para todos os efeitos – quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento do registro for proferida após a realização da eleição.

É exatamente a hipótese dos autos. O candidato concorria com o registro deferido e, após a eleição, houve uma decisão que cancelou o seu registro. Estabelece o § 4° do art. 175 que, nessa hipótese, os votos serão contados para o partido.

Mas Lei n° 12.034/2009 conferiu nova redação ao parágrafo único do art. 16-A:

> Art. 16-A. [...]
>
> Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* [ou seja, não é nem deferido ou indeferido, é *sub judice*] no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.

Então, no momento, ele está indeferido.

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Ministro Marcelo Ribeiro, quanto ao que estabelece o parágrafo único do art. 16-A, o registro estava indeferido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Neste caso estava deferido?

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Estava deferido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: O condicionamento é quanto ao deferimento.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: A questão é que, antes do art. 16-A, da Lei das Eleições, o grande divisor de águas quanto ao cômputo de votos para o partido e para a coligação era a data da eleição. Assim dispunha o § 4° do art. 175 do Código Eleitoral.

Partidos e coligações lançavam candidatos que possivelmente, sabidamente ou resumivelmente seriam inelegíveis, torcendo para que o registro estivesse deferido à data da eleição. O que aconteceria? O candidato não seria eleito, porque estava inelegível, mas os votos beneficiariam o partido ou a coligação que lançaram candidatos que não obtiveram deferimento do registro ou foram considerados inelegíveis.

O que o art. 16-A veio fazer? Exatamente romper com essa situação, determinando que partidos e coligações lançassem seus candidatos, que poderiam não ter o registro deferido ou ser inelegíveis, sob sua conta e risco, ou seja, não mais os partidos e coligações poderiam ser beneficiados com os votos dados a esse candidato.

Entendimento diverso faria com que chegássemos, com a devida vênia, a um contrassenso: um candidato puxador de votos sabidamente inelegível não seria eleito, mas os votos desse candidato beneficiariam aqueles que tivessem menos votos. Exatamente por isso, o art. 16-A veio romper com esse equilíbrio que, *data venia*, considero extremamente artificial.

O que interessa para a Justiça Eleitoral – e por isso mesmo decidimos que só pode ser diplomado quem tiver o registro deferido – é que somente podem ser computados os votos para aqueles candidatos que tenham o registro deferido e sejam considerados elegíveis.

Aliás, se não existisse o § 4° do art. 175, está expresso em seu § 3°:

> Art. 175.
> [...]
> § 3° Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Com a devida vênia, entendo que o art. 16-A veio romper com essa sistemática exatamente para determinar que partidos e coligações possam lançar candidatos por sua conta e risco. Se eles não tiverem o registro deferido, pouco importa se, à data da eleição ou não, o cômputo dos votos – não só para os candidatos, como para os partidos e coligações – fica condicionado ao deferimento do registro. Se o registro não for deferido, não será possível o cômputo dos votos para o partido ou coligação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Então, neste caso, não poderia ter a consequência a que o eminente relator fez menção?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Os votos não poderiam ser computados para o partido nem para a coligação.

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Fui muito claro no sentido de que é incindível, na interpretação, o *caput* do artigo, que assim dispõe:

> Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.
>
> [...].

E, obviamente, o registro foi indeferido. E o parágrafo único confirma esse entendimento relativo à atribuição ao partido dos votos obtidos pelo candidato cujo registro esteja *sub judice.* O dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato que teve o registro indeferido.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Segundo a observação do Ministro Marcelo Ribeiro, a diferença está em que, estando *sub judice,* significa deferido ou indeferido. Ou seja, quanto ao fato de estar deferido ou indeferido, há de se manter esse deferimento até o final, sob pena de não ficar condicionado ao deferimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Parece-me que o Ministro Arnaldo Versiani, quando se refere ao *sub judice* poder significar deferimento ou indeferimento, é porque alguém pode questionar a situação do candidato. É exatamente por isso que a expressão não é "se tiver o seu registro indeferido".

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Qualquer um que estiver com o registro indeferido pode ser impugnado e, por isso, fica confuso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Pode estar *sub judice*.

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Apenas quero lembrar uma situação curiosa. Em resposta a uma consulta a respeito de ficha limpa, nós decidimos que a lei se aplicaria para as últimas eleições. Alguns tribunais regionais eleitorais entenderam de forma contrária ao Tribunal Superior Eleitoral e registraram seus candidatos, como no caso do Pará e de outros estados.

Assim, se considerarmos o registro na data da eleição, quem não observou a orientação firmada pelo TSE será beneficiado, e os tribunais regionais eleitorais que, fielmente, seguiram a orientação do TSE terão, evidentemente, suas decisões confirmadas por esta Corte, mas com efeito diferente.

Parece-me que essa complexidade confere tratamento simétrico, que é a postura sufragada pelo Ministro Arnaldo Versiani; caso contrário, seria contrassenso, com a máxima vênia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: O que seria mudança de paradigma, não somente mudança de norma.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Em nossa instrução – isso também foi discutido na audiência pública – eu, como relator, fiz questão de, no art. 147 da instrução que cuida dos atos preparatórios, afirmar que:

> Art. 147. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3°, e Lei n° 9.504/1997, art. 16-A).
>
> Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei n° 9.504/1997, art. 16-A).

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (relator): Ou indeferimento, em sua ótica.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Em minha ótica, não importa a data da eleição, mas o deferimento do registro. Por isso é que o voto será computado para o partido. O que me parece contradição é não computarmos para o candidato, mas computarmos para o partido e a coligação e beneficiá-los, embora o registro do candidato seja indeferido – independentemente se antes ou depois da eleição.

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Na verdade, teremos uma situação em que o eleitor termina, evidentemente, perdendo seu voto.

O candidato inelegível deixa de ter computados para si os votos que lhe foram inicialmente destinados, e o partido que admitiu o cidadão inelegível se beneficia da situação e consegue ficar com os votos.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Voltamos àquela questão que exigiu o art. 16-A: dar maior responsabilidade ao partido ou coligação de só indicarem candidatos que sejam elegíveis. É claro que, em se tratando de decisão judicial, não se pode prever se o candidato é elegível ou inelegível, mas se pode dar maior responsabilidade ao partido e à coligação de lançarem candidatos por sua conta e risco.

Se o registro for indeferido, os votos não serão computados para o candidato, mas também não poderão beneficiar o partido ou a coligação. Seria como ele próprio usar o artifício de lançar um candidato puxador de votos e beneficiar a legenda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Seria um partido inelegível. Vossa Excelência assenta isso.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Seria um voto nulo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ou seja, a inelegibilidade deixaria de ser pessoal para alcançar também a legenda.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Nesse caso o partido não lançaria candidato nessas circunstâncias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Então, Vossa Excelência está propondo que, mesmo se um ano depois das eleições o registro for cassado, voltará ao *status quo ante* e serão totalmente refeitas as contas dos coeficientes? Mas isso ensejaria insegurança jurídica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, não passa pela minha cabeça uma legislatura ter início sem a definição das bancadas, mesmo porque sabemos que, no início da legislatura, elege-se a Mesa, formam-se as comissões com base nas bancadas existentes. A composição em termos de bancadas e em termos de legendas não é corrida de revezamento entre os partidos.

Imaginemos que, em julho do ano que vem, o indeferimento de registro se transforme em deferimento. Teremos os cálculos, considerado o coeficiente eleitoral e o coeficiente partidário, para saber de quem é a cadeira em termos de legenda?

Nunca tivemos situação semelhante. Passei por aqui duas vezes, em 1996, nas eleições municipais – mas julgávamos ainda resíduo das eleições gerais anteriores – e em 2000. Jamais imaginamos solução que pudesse implicar, considerado o início da legislatura, alternância nas cadeiras, tendo em conta os partidos políticos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Por isso entendo que a solução dada pelo eminente ministro relator homenageia a preconizada pelo Ministro Marco Aurélio, porque temos duas circunstâncias distintas.

A solução do ministro relator me parece muito interessante, porque temos uma situação em que há deferimento do registro e posterior indeferimento. Ou seja, o eleitor vai para as urnas confiando na primeira decisão da Justiça Eleitoral. Este voto, portanto, tem que ter alguma validade. Não tem validade para o candidato, porque ele não será diplomado, mas há de ter validade para o partido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Quer saiba ou não o eleitor, quando ele sufraga o número de um candidato, vota não só no candidato, mas também na legenda, porque os dois primeiros algarismos revelam a legenda. E a inelegibilidade é pessoal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): E a segunda situação é aquela em que o candidato tem seu registro indeferido desde o início e, durante toda a eleição até a diplomação, permanece indeferido e não é diplomado. Esse voto não tem efeito algum, porque o próprio eleitor já foi às urnas sabendo que estava votando em candidato com registro indeferido.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Nessa hipótese, o que pode acontecer é isto: se o candidato teve o registro indeferido e até a data da diplomação está com o registro indeferido, um ano depois – como Vossa Excelência mesmo se referiu –, esse registro pode ser deferido. O que acontecerá nessa hipótese? O quociente eleitoral terá de ser recalculado da mesma forma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Então, Vossa Excelência alterna na Casa Legislativa as bancadas dos partidos?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Esse é o motivo da nossa obrigação de julgar todos os registros antes da data da eleição.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Isso é utopia.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: É utopia, mas é a situação com a qual a Justiça Eleitoral se depara: são julgados um ou dois anos após a eleição.

O que não podemos é prejudicar o princípio de partido e coligação se beneficiarem com o lançamento de candidatos inelegíveis cujos votos são nulos. Porque, do contrário, o art. 16-A seria excrescência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O art. 16-A, a meu ver, acaba fixando o óbvio, ou seja, deferido o registro, os votos são computados para a legenda. A *contrario sensu*, teremos a falta de razoabilidade, que deságua, para mim, na pecha de inconstitucional o parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, considerada a lei de 2009, porque não é a da redação primitiva da Lei nº 9.504/1997.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, parece-me que estamos diante de um falso debate. O § 4º do art. 175 previa hipótese em que não iria ser contado o voto para o candidato, mas iria ser contado para a legenda. Tanto que diz que, quando houver decisão de cancelamento de registro proferida após a realização da eleição, ou seja, cancelado o registro, não será o voto, evidentemente, contado para o candidato. Mas, nesse caso, a decisão legislativa da época foi a de que, como o candidato concorreu com registro deferido, os votos seriam contados para o partido. Já o art. 16-A, a meu ver, acabou com o cálculo, com o cômputo para o partido.

Hoje, o art. 16-A, parágrafo único, estabelece que o cômputo para o partido depende do deferimento do registro do candidato. Ora, nesse caso, contará para o candidato e, evidentemente, também para o partido. E isso é óbvio. Atualmente, o registro indeferido não enseja o cômputo dos votos para o partido em hipótese alguma, porque é isso o que estabelece o parágrafo único do art. 16-A.

O que está em vigor hoje, analisando-se o parágrafo único do art. 16-A – e neste ponto o Código Eleitoral não é lei complementar, mas lei ordinária – é que o cômputo para o partido depende do deferimento do registro. Ora, se o registro está deferido, contam-se os votos para o candidato e, consequentemente, para o partido, mas a hipótese do § 4º, de que não se contavam os votos para o candidato, mas para o partido, não existe mais.

Em minha opinião, há mais. Como é que vamos agora – mesmo se desconsiderarmos as razões que aqui expus, se ainda fosse possível discutir essa matéria, apenas *ad argumentandum* – se o registro está indeferido, mandar contar os votos para o partido e, daqui a seis meses, mandar desfazer a contagem? Se for mantido esse indeferimento, não se podem contar os votos para o partido, porque o art. 16-A não permite.

Nesse caso, a mudança de entendimento causará confusão. É preciso reconhecer a situação do registro atual. Pelo art. 16-A, só se contam os votos agora para o partido se o registro estiver deferido. A letra da lei é clara: o cômputo para o partido fica condicionado ao deferimento do registro. Ou seja, não se contam mais os votos para o partido em caso de indeferimento, em nenhuma hipótese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Como não houve revogação do art. 175, §§ 3° e 4°, é possível fazer interpretação sistemática, conjugada.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Acredito que houve revogação. O § 4° do art. 175 foi revogado pelo parágrafo único do art. 16-A, que com ele é incompatível. O parágrafo único do art. 16-A é mais recente, dispõe de modo diverso, e é lei de mesma hierarquia; portanto revogou a norma, não há nenhuma dúvida. Não é preciso estar expresso, o artigo versou sobre o mesmo tema, e a lei é mais recente.

Peço vênia ao relator para negar provimento ao agravo regimental.

Voto

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, peço vênia ao relator para acompanhar a divergência.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, pela lógica, não posso acompanhar o voto do relator no que se refere ao cômputo dos votos para o partido, por essa circunstância, porque não percebo nenhum significado na expressão "o cômputo para o respectivo partido fica condicionado ao deferimento do registro". Logo, não sendo deferido, não vejo como interpretar o preceito de outra forma.

Acompanho a divergência.

Voto (Vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, a beleza do colegiado está justamente no somatório de forças distintas. Costumo repetir sempre, com experiência já longa em colegiado, que nos completamos mutuamente e que, até certo ponto, quando o relator atua como porta-voz do colegiado, enfrentando pedidos acautelatórios, a distribuição do processo ganha sabor lotérico, o que não é bom, porque a divergência que maior discrepância

provoca é intestina no âmbito do próprio Tribunal, a divergência entre os integrantes do Tribunal.

Não podemos deixar de reconhecer que a Carta de 1988, considerada inclusive uma emenda que veio a alterá-la, presente o art. 17, deu ênfase muito grande aos partidos políticos. O Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal assentaram essa ênfase ao versarem o problema da fidelidade partidária, apontando que há conjugação, há simbiose, presentes o candidato e o partido que capitanearam a caminhada exitosa desse mesmo candidato.

As casas legislativas, tendo em conta princípio também da Constituição Federal, reúnem-se em sessões preparatórias, a partir de 1° de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse dos membros; eleição das respectivas mesas, considerado, portanto, o mandato de dois anos, vedada a recondução – vedação que não é muito peremptória na dicção do Supremo nem na minha –, e também para a constituição das comissões permanentes e provisórias.

É o que nos vem do art. 57, § 4°, e do art. 58 da Constituição Federal. É inimaginável – e quero ver as consequências de conclusão diversa, ter-se o início de uma legislatura sem se definirem as bancadas, presentes os partidos políticos – que, no curso de uma legislatura, tem-se alternância, presentes essas bancadas, definidas pelas legendas, não pelos integrantes da Casa, na condição de pessoas naturais.

Por consequência, nas eleições proporcionais, observando-se a ênfase dada aos partidos políticos pelo art. 17 da Carta da República, termos o denominado quociente eleitoral apurado e, posteriormente, o número encontrado serve de divisor para definir-se o quociente partidário. É o que se dispõe nos arts. 106 e 107 do Código Eleitoral.

Tenho sempre presente a organicidade do Direito. O Direito visa, acima de tudo, gerar a segurança jurídica e, quando vamos ao Código Eleitoral, à sede primeira da regência do processo eleitoral, constatamos que o art. 175 fulmina os votos atribuídos ao candidato, quando indeferido o registro – leia-se: quando indeferido o registro, mediante decisão que não mais possa ser modificada na via do recurso.

Por enquanto até aqui não tenho o Tribunal Superior Eleitoral como o Supremo Tribunal Eleitoral; há ainda uma instância, muito embora o acesso a essa instância se dê em via muito afunilada, que é a via do recurso extraordinário.

Esse artigo, que passou a vigorar, se não me engano, a partir de 1983 – quanto ao § 4°, eu teria de conferir esse dado histórico normativo –, sempre foi observado com consequências profícuas, considerada, repito, a almejada segurança jurídica.

O que dispõe o § 4° do art. 175 do Código Eleitoral:

> Art. 175. [...]
>
> § 4° O disposto no parágrafo anterior [que realmente cola a pecha de nulo ao voto dado ao candidato que acabe com o registro indeferido] não se aplica

> quando a decisão de inelegibilidade [repita-se, decisão não mais sujeita à modificação na via recursal] ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença [não se aplica de forma linear, pois a cláusula não se aplica quando verificada a eleição, concorrendo o candidato, e a declaração de indeferimento do registro for posterior a essa mesma eleição, prevendo a cláusula final do § 4º], caso em que os votos serão computados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

O que objetiva essa norma? Nada surge sem razão de ser. O que se quer é definição das bancadas na Casa Legislativa, considerado o início da legislatura. Deseja-se homenagear a soberania popular, homenagear, tanto quanto possível, a vontade do eleitor. E, evidentemente, quando o eleitor comparece e digita o número de seu candidato, embora esse ato seja verdade formal e, talvez não seja, em termos de convencimento do eleitor, a verdade real, ele vota não apenas no candidato – é que no Brasil não há partido político, chegamos, a certa altura, a imaginar que havia um, mas depois ocorreram práticas que revelaram que nem esse estaria a figurar no cenário.

Então, o eleitor realmente digita – por isso eu disse que os primeiros dois algarismos do número do candidato revelam a legenda, a sigla – e vota simultaneamente no partido e no candidato.

Prossegue o Código Eleitoral. Em seu art. 176, revelam-se situações jurídicas em que o voto somente é computado para estabelecer a distinção entre voto conferido ao candidato e voto conferido à legenda e em que o voto somente é computado nas eleições pelo sistema proporcional – estamos aqui a nos cingir à problemática nas eleições proporcionais – para a legenda, dando ênfase, como quer a Carta da República, presente o art. 17, ao partido político. Exclui, não se computa, quanto ao candidato em si, pessoa natural, mas se computa para a legenda.

Veio à balha a Lei n° 12.034/2009, que gerou essa celeuma. No caso, estaria mitigado o princípio revelador de que as eleições para as casas legislativas – excluído o Senado da República, cuja eleição é majoritária – ocorreriam pelo sistema proporcional.

Dispôs o art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, que se coaduna, de início, com o Código Eleitoral, a cabeça do artigo – eu não emprestarei ênfase maior a esse artigo por haver a conjugação numérica com o alfabeto, art. 16-A; não consubstancia regra de hermenêutica e aplicação do Direito, somar-se e ter-se como artigo preponderante, porque após o número vem uma letra:

> Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* [o Código Buzaid despungiu as expressões latinas e previu o mesmo que seria obrigatório o uso do vernáculo, mas o nosso vernáculo é muito pobre, precisamos ainda recorrer ao latim] poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral,

> inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Enquanto estiver sob essa condição, podemos restringir o que previsto à inexistência de pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral? Não. Ainda que o recurso seja recurso de natureza extraordinária, refiro-me ao extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, já que temos outros recursos, inclusive, para o Tribunal Superior Eleitoral, de natureza extraordinária – o especial, como temos a revista para o Tribunal Superior do Trabalho e o especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Enquanto estiver em julgamento o pedido de registro, pouco importando a possibilidade maior ou menor de reverter-se o quadro decisório, o candidato continua participando da eleição para que se estanquem os atos pertinentes ao processo eleitoral, com o resultado apenas da eleição? Não a meu ver, com todas as consequências jurídicas decorrentes de ele ter uma situação que ainda não está extreme de dúvidas quanto a esse direito inerente à cidadania, que é o direito de se apresentar como candidato.

E prossegue: "[...] ficando a validade dos votos a ele atribuídos" – não à legenda, nesta primeira parte, não há alusão à legenda – "condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior".

Eu disse em certa decisão, mediante a qual deferi a medida acauteladora em mandado de segurança, que, se houvesse parado o legislador – a meu ver, desavisado quanto às consequências da Lei nº 12.034/2009 – aqui, não haveria problemas maiores, mas ele foi adiante e acabou no parágrafo. Concordo com o Ministro Hamilton Carvalhido com que temos que interpretar o parágrafo em sintonia com a cabeça do artigo, não podemos dissociar.

Então vem o parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997:

> Art. 16-A. [...]
> Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.

Evidentemente, se não posso atribuir ao legislador a inserção em preceito sequer de vocábulo inútil, o que direi quanto a um preceito muito embora a consubstanciar não um artigo, mas sim um parágrafo?

O parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 – e realmente a interpretação gramatical verbal seduz, porque é a que está mais próxima dos olhos do operador do Direito – veio a dispor que o cômputo fica na dependência, para o partido, para a legenda, do deferimento do registro.

Senhor Presidente, posso assentar que esse dispositivo é consentâneo com a Carta da República, presente a natureza da eleição proporcional, presente a ênfase dada aos partidos políticos e presente, mais do que isso, a razoabilidade? Não posso, porque, se o fizer, estarei ferindo de morte esse sistema, que é o sistema proporcional, que se faz calcado, acima de tudo, na importância que algum dia espero perceber no cenário nacional dos partidos políticos.

Continuei no exame da matéria e disse que não se pode partir, no caso, para a incongruência, para a insegurança jurídica, para a relativização das instituições, sob pena de ter-se a babel, a verdadeira bagunça, e permitir ao próprio sistema, que é o sistema das eleições proporcionais, ficar capenga.

Surge, nesse contexto – e há implicações com os mandados de segurança – a problemática alusiva ao fato de constar de uma das nossas resoluções que, no caso de indeferimento de registro ainda pendente recurso, não houve preclusão maior, não se poder ter a diplomação.

Nesse caso, a meu ver, também se adentrou campo impróprio. Reconheço que o Tribunal Superior Eleitoral tem atribuição de editar resoluções, mas que se mostrem regulamentadoras. O único ramo do Poder Judiciário que continua, ante a Carta da República, com poder normativo é a Justiça do Trabalho, quando julga dissídio coletivo de natureza econômica.

Assim, cria com força cogente e de forma abstrata, presentes as categorias envolvidas no dissídio coletivo, adentra o campo da normatização abstrata.

Quando se fez essa inserção, olvidou-se, por exemplo, o art. 216 do Código Eleitoral, a revelar – e aqui a presunção é de que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral seria a última do processo – que, enquanto o TSE não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.

Aqui já houve, portanto, e temos o envolvimento da posse do parlamentar e do exercício do mandato, o art. 216 do Código Eleitoral. Mais do que isso, há um parágrafo único no art. 217 do Código Eleitoral a encerrar preceito que poderia ser preceito até mesmo autônomo. A rigor, numa técnica legislativa maior, não deveria estar em parágrafo:

> Art. 217. [...]
>
> Parágrafo único. No caso de provimento, após a diplomação, de recurso contra o registro de candidato ou de recurso parcial, será também revista a apuração anterior, para confirmação ou invalidação de diplomas, observado o disposto no § 3° do art. 261.

Ora, só se pode cogitar de invalidação de diploma se já tiver outorgado, senão a invalidação fica sem base, sem objeto.

Prossegue o Código Eleitoral e se tem que, ao se realizar a diplomação, vejamos bem como está esse preceito, que é o § 5° do art. 261 do Código Eleitoral:

"se ainda houver recurso e onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir". Não está explicitado se recurso no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral ou recurso no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Se ainda houver recurso e onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Carlos Maximiliano, hoje homenageado pelo Supremo Tribunal Federal, que ocupou a cadeira que ocupo, aponta bem esta regra de aplicação do Direito:

> *Art. 261*. [...]
> § 5° Ao se realizar a diplomação, se ainda [pressupõe a diplomação, que ela seja implementada] houver recurso pendente de decisão em outra instância, [não há a especificidade de qual seja a instância] será consignado que os resultados poderão sofrer alterações decorrentes desse julgamento.

Ou seja, o candidato é diplomado sob condição resolutiva e, vindo à balha o fenômeno que revela o implemento dessa condição – no caso, o indeferimento definitivo do registro –, tem-se a impugnação em si, a impugnação ao diploma, e a possibilidade de ele ser retirado do mundo jurídico.

Consignei que em duas passagens anteriores neste Tribunal – na década de noventa e por último em 2000 –, sendo esta a terceira, jamais me defrontei, em que pese certa instabilidade da normatização da matéria, com questionamento sobre o direito de o candidato, ainda com o registro em julgamento, vir a participar das eleições – não importa se deferido pela primeira ou indeferido pela primeira e deferido pela segunda, ainda com registro em julgamento.

E o art. 16-A, ressaltou o Ministro Hamilton Carvalhido, assegura essa participação reafirmando o que está no Código Eleitoral, o que decorre em termos de princípios do próprio Código Eleitoral, ao ser diplomado e a tomar posse e entrar no exercício do mandato.

E ocorre, disse eu então levando em conta a segurança jurídica, a possibilidade de haver alternância de enfoques, quanto ao deferimento e indeferimento do registro. Isso leva à conclusão de que pendente ainda a controvérsia no âmbito do Poder Judiciário, o grande todo, tudo se faz sob condição resolutiva, como acabei de veicular.

Acompanho o relator. Penso, sem extreme de dúvidas, com a pureza da alma; lanço isto, que indeferido o registro, ainda que sem a possibilidade de reversão do quadro, os votos vão para a legenda para poder fazer as contas previstas nos arts. 106 e 107 do Código Eleitoral quanto aos quocientes eleitoral e o partidário.

Não há como simplesmente dizer-se que, porque o deferimento ainda pode ser transformado em indeferimento, não deva ser o candidato que teve o perfil sufragado pelo eleitor, diplomado.

Por isso o relator defere parcialmente a liminar, e o acompanho, para assegurar, de qualquer forma, o voto para a legenda e manter íntegro, intangível o princípio

das eleições proporcionais. Mas vou adiante, para atender o pleito dos agravantes no que pretendem – porque seriam os vencedores, olvidada a problemática do registro, se deferido ou não – a diplomação, que se avizinha e que, a meu ver, têm direito.

Estabeleço, portanto, como premissa inafastável, que há de se definirem as bancadas na Casa Legislativa antes da legislatura, definição sob o ângulo dos partidos e de integrantes dessas bancadas. E que, posteriormente, pode haver a substituição, sem que, se indefira em definitivo o registro precluso, o pronunciamento judicial, essa definição se fará sem se menosprezarem os votos atribuídos à legenda – sabendo ou não pelo eleitor que quase sempre vota sem saber.

Por isso provejo o agravo em maior extensão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Senhor Presidente, de certa forma eu já havia antecipado meu entendimento. Rogando vênia ao eminente relator e aos eminentes pares que aderiram ao voto de Sua Excelência, comungo do mesmo entendimento manifestado pelos eminentes Ministros Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e pela Ministra Cármen Lúcia.

Entendo que, efetivamente, a alteração feita pela Lei n° 12.034/2009 alterando o art. 16-A da Lei n° 9.504/1997, especificamente o parágrafo único, colide frontalmente com o art. 175, § 4°, do Código Eleitoral. Parece-me que revogou o parágrafo no particular, porque dispõe de forma inteiramente adversa de compatibilidade, a meu ver, impossível.

Particularmente, penso que é um arremate à Lei da Ficha Limpa, porque, como eu já havia antecipado, todas as vezes em que um tribunal tiver entendimento contrário a uma instância nacional ou ao próprio Supremo Tribunal Federal, deferindo registro a uma candidatura, esse candidato ficará em situação privilegiada em relação aos demais cujos tribunais adotem linha de orientação já consagrada no TSE ou no STF.

Então, no caso específico, os estados de Tocantins, Maranhão e Pará se manifestaram contrários à orientação já assentada pelo TSE por ocasião do julgamento da consulta. Logo, os candidatos com registro deferido, evidentemente, ficam em situação de vantagem em relação àqueles que seguiram a nossa orientação majoritária e que tiveram o registro indeferido. E a partir daí, parece-me que, efetivamente, a situação do registro na época da eleição não é fator determinante, mas, sim, a definitividade desse registro *a posteriori*. De modo que, se vier a ser alterado por decisão ulterior, evidentemente é isso que deve prevalecer, incidindo na situação o art. 16-A, parágrafo único, da Lei n° 9.504/1997.

Fico muito satisfeito, ainda me reportando à Lei da Ficha Limpa, porque, realmente, neste caso, os partidos que têm reiteradamente admitido candidatos que inegavelmente se enquadram na situação da Lei da Ficha Limpa acabam beneficiados por esses puxadores de voto. E isso irá acontecer na próxima eleição se, evidentemente, a interpretação não for essa.

Sem dúvida nenhuma, não há penalidade alguma para o partido. Por exemplo, pega-se alguém que está enquadrado na Lei da Ficha Limpa que puxa votos e depois tem o registro deferido por orientação de tribunal regional eleitoral, que passa com a sua situação a valer mais do que a decisão do TSE, porque terá efetividade no momento do registro, já que não conseguimos julgar o recurso até a data da eleição – e isso é fato, todos os registros de candidatura até a data da eleição, apesar do esforço dos tribunais regionais eleitorais, do Ministério Público, enfim, de todos, não conseguimos julgá-los. Com base nisso, o partido acaba por se beneficiar e, com a máxima vênia, acaba iludindo o povo, porque admite cidadão que não se enquadra em determinados critérios da lei, recebe os votos e depois o partido fica com os votos e o cidadão é excluído.

Ou seja, o eleitor perde o voto, porque no fundo, em essência, está votando no candidato mesmo. O perfil, aqui, não é exatamente aquele americano, entre democratas e republicanos, em que o eleitor vota no candidato e o partido acaba ficando em segundo plano. Não deveria, mas é a nossa realidade, e esse voto realmente acaba sendo descartado em relação ao candidato. O eleitor perde o voto em que ele quis votar e o partido fica com esse voto.

Parece-me, então, que essa interpretação do parágrafo único ao revogar o art. 175, § 4°, do Código Eleitoral, realmente é arremate à boa aplicação, à eficiência da Lei da Ficha limpa.

Peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Marcelo Ribeiro. Nego provimento ao agravo.

Voto (Vencido)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, trata-se de agravo regimental interposto por Antonio Paulo de Oliveira Furlan contra decisão monocrática proferida pelo relator, Ministro Hamilton Carvalhido, que julgou prejudicado o *writ*, em razão do que decidido nos autos do Mandado de Segurança n° 4118-64/AP.

É o breve relatório, passo a votar.

No caso dos autos, os candidatos, *no dia das eleições*, estavam com os respectivos registros de candidatura deferidos.

Contudo, após as eleições é que sobrevieram as decisões que indeferiram os registros de candidatura (RO n° 624-13/AP, em 6.10.2010, Ocivaldo Serique Gato; RO n° 608-59/AP, Jorge Elson Silva de Souza).

A controvérsia passa, primeiramente, pela análise do art. 175, §§ 3° e 4°, do Código Eleitoral, segundo os quais

> "§ 3° Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.
>
> § 4° O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro".

A interpretação conjugada dos dispositivos mencionados revela duas situações jurídicas distintas, a saber: i) candidato com registro deferido no dia das eleições, mas indeferido posteriormente; ii) candidato com registro indeferido antes das eleições e que não consegue reverter.

Na primeira hipótese (candidato com registro deferido no dia das eleições, mas indeferido posteriormente), a legislação, corretamente, prestigiou não apenas a soberania popular, mas também o nosso modelo partidário estampado na Constituição Federal de 1988, atribuindo à legenda os votos dados a candidato que, no dia da eleição, estava com o registro da candidatura deferido.

Na segunda situação (candidato com registro indeferido antes das eleições e que não consegue reverter), data vênia dos que pensam diferente, a lógica é diversa.

Não se pode computar para a legenda os votos atribuídos a candidato que em nenhum momento do processo eleitoral obteve uma decisão positiva em relação ao seu registro, evitando-se que a legenda, por meio de candidatos manifestamente inelegíveis, mas puxadores de votos, alcance novas cadeiras. Protege-se, portanto, outros valores, como a legitimidade das eleições e a probidade administrativa.

Como se sabe, historicamente o TSE tem prestigiado esse entendimento. Vejamos:

> "Recurso contra expedição de diploma. Eleição 2002. Deputado estadual. Art. 262, II, III e IV, do Código Eleitoral. Art. 5°, LIV e lV, da Constituição Federal. Negado provimento.
>
> (...)
>
> II – Aplica-se o § 3º do art. 175 do Código Eleitoral, considerando-se nulos os votos, quando o candidato para o pleito proporcional, na data da eleição, não tiver seu registro deferido. Por outro lado, o § 4º do citado artigo afasta a aplicação do § 3°, computando os votos para a legenda, se o candidato, na data da eleição, tiver uma decisão, mesmo que *sub judice*, que lhe defira o registro, a qual, posteriormente ao pleito, seja modificada, negando-lhe o pedido" (Eleições 2002, RCED n° 638/ES, rel. Min. Peçanha Martins).

"Recurso em mandado de segurança. Impetração. Ato. Juiz eleitoral. Excepcionalidade. Não configuração. Trânsito em julgado. Decisão. Investigação judicial. Possibilidade. Execução. Condenação.

(...)

4. Considerando que a decisão de cassação do registro ocorreu após a diplomação e tendo em conta o disposto no art. 175, §§ 3° e 4°, do Código Eleitoral, é de ver-se que os votos atribuídos aos candidatos cassados, tidos como não registrados, são nulos para esses representados, mas válidos para a legenda.

5. O mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido em hipótese excepcional, em que evidenciada situação teratológica e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

Recurso desprovido" (Eleições 2004, RMS n° 436/RS, rel. Min. Caputo Bastos).

"Recurso especial. Cassação de registro de candidato antes da eleição. Nulidade dos votos.

– Cassado o registro do candidato antes da eleição, e não revertida essa situação nas instâncias superiores, os votos são nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, nos termos do § 3° do art. 175 do Código Eleitoral, pouco importando a atribuição de efeito suspensivo a recurso interposto contra aquela decisão" (Eleições 2006, REspe n° 26.089/RS, rel. Min. Arnaldo Versiani).

"Agravo regimental. Ação cautelar. Candidato com registro deferido no momento da eleição. Posterior indeferimento. Art. 175, § 4°, do Código Eleitoral. Aplicação. Não provimento.

1. Na linha dos precedentes desta c. Corte, prevalece a situação jurídica do candidato no momento da eleição. Assim, os votos atribuídos a candidato com o registro deferido na data do pleito, que, posteriormente tem o registro indeferido, devem ser contados para a legenda pela qual disputou o pleito, conforme dispõe o art. 175, § 4°, do Código Eleitoral. Precedentes: AAG n° 6.588/MG, rel. Min. Gerardo Grossi, *DJ* de 19.3.2007; REspe n° 27.041/CE, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 8.8.2007; AgR-REspe n° 28.070/CE, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJ* de 1°.2.2008.

2. No caso, o indeferimento do registro do candidato ocorreu após as eleições, razão pela qual os votos devem ser computados ao partido pelo qual concorreu no pleito.

3. Agravo regimental não provido" (Eleições 2008, AgR-AC/SP, rel. Min. Felix Fischer).

Ademais, o art. 16-A da Lei n° 9.504/1997 em nada alterou aquela conclusão. Dispõe o dispositivo:

"Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

> Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato".

Ora, o dispositivo no *caput*, ao referir-se a candidato *sub judice*, logicamente que está mencionando aquele que está com registro indeferido antes das eleições, permitindo a ele, mesmo nessa situação, participar dos atos relativos à campanha.

É dizer, não faria o menor sentido, *data venia*, a legislação dizer justamente o óbvio: candidato com registro deferido antes das eleições pode participar dos atos de campanha. Na lição da nossa autorizada doutrina, não há palavras inúteis na nossa legislação, mas expressões que necessitam de interpretação coerente com a finalidade da norma.

Já no parágrafo único, a interpretação casada com o *caput* nos leva à conclusão de que a legislação, referindo-se à mesma situação jurídica (candidato com registro indeferido no dia das eleições), sinaliza que os votos atribuídos a ele serão computados para a legenda caso haja deferimento de registro após as eleições.

Portanto, o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, antes de inovar no ordenamento jurídico, prestigiou a remansosa jurisprudência do TSE no sentido de que: i) são computados para a legenda os votos atribuídos a candidato com registro deferido no dia das eleições, mas indeferido posteriormente; ii) não são computados para a legenda os votos atribuídos a candidato que, no dia das eleições, está com o registro indeferido e não consegue reverter a situação.

Isso posto, provejo o regimental, tão somente, para determinar a contagem dos votos para legenda na situação exposta na fundamentação.

É como voto.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, apenas para sustentarmos bem a posição do Tribunal, porque amanhã teremos a diplomação em vários estados, creio que podemos concluir que o TSE decidiu que candidatos com o registro indeferido e que permaneceram indeferidos até a diplomação não serão diplomados.

Estamos, então, sinalizando para os tribunais regionais eleitorais que os candidatos que permaneceram com o registro indeferido até o momento da diplomação não serão diplomados e não terão posse, como assentou o ministro relator. Quanto a isso não há nenhuma dúvida.

Agora, em contrapartida, decidimos também contrariamente ao entendimento do relator, do ministro presidente e do Ministro Marco Aurélio, que aqueles que estão com registro indeferido, e mesmo que estejam *sub judice*, esses votos não serão computados para a legenda, a coligação ou o partido político. Não serão

computados em hipótese nenhuma, prestigiando a resolução da Corte que foi aprovada e, portanto, fazendo interpretação literal daquilo que consta da resolução.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, quanto à hipótese do cômputo dos votos para o partido, não sei se toda a divergência concordou nesse ponto. Pelo meu entendimento, somente se contará voto para o partido quando o registro estiver deferido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): A Corte está dando interpretação estrita ao parágrafo único do art. 16-A da Lei n° 9.504/1997.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Só se contam os votos para o partido quando o registro está deferido.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: É como se tivéssemos o retrato do momento atual: aqueles candidatos, que estejam com registro deferido hoje, serão diplomados, e esses votos serão computados para aqueles candidatos e, por consequência, para a legenda. Aqueles candidatos que estejam com o registro indeferido hoje, ainda que estivessem com o registro deferido à data da eleição, esses votos não serão contados nem para eles nem para a legenda.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Perfeito. Se no futuro, após um ano ou dois, houver o deferimento, altera-se todo o coeficiente eleitoral e partidário e, portanto, a composição do Parlamento.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Como já acontece hoje.

Extrato da Ata

AgR-MS n° 4034-63.2010.6.00.0000 – AP. Relator originário: Ministro Hamilton Carvalhido – Redator para o acórdão: Ministro Marcelo Ribeiro – Agravante: Antonio Paulo de Oliveira Furlan (advogados: Hercílio de Azevedo Aquino e outros) – Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Amapá – Litisconsorte passivo: Ocivaldo Serique Gato.

Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Ministro Marcelo Ribeiro. Vencidos os Ministros Hamilton Carvalhido, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Acórdão publicado na sessão de 16.12.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido,

Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o procurador-geral eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 4522-98.2010.6.15.0000
João Pessoa – PB

Relator: Ministro Gilson Dipp.
Embargante: Dinaldo Medeiros Wanderley.
Advogados: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros.
Embargado: Ministério Público Eleitoral.
Assistente: Genival Matias de Oliveira Filho.
Advogados: Gabriela Rollemberg e outros.

Eleições 2010. Registro de candidatura. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso ordinário. Inexistência. Omissão. Obscuridade.

1. Não padece de obscuridade ou omissão acórdão que examina todas as questões relevantes ao deslinde da causa.

2. Embargos de declaração rejeitados.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 30 de junho de 2011.

Ministro GILSON DIPP, relator.

Publicado no *DJE* de 16.9.2011.

Relatório

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, embargos de declaração com pedido de efeitos modificativos opostos por Dinaldo Medeiros Wanderley contra acórdão deste Tribunal assim ementado (fl. 680):

> Eleição 2010. Agravo regimental no recurso ordinário. Art. 1°, I, *g*, da LC nº 64/1990, com a redação dada pela LC nº 135/2010. Relatório de auditoria do TCU. Irrelevância. Procedimento. Incidência causa de inelegibilidade.
>
> – É irrelevante, a teor da jurisprudência desta Corte, a natureza do procedimento utilizado pelo órgão competente para aferir irregularidades

em convênio com a União, sendo necessário, para a incidência da alínea *g* da LC n° 64/1990, com a redação dada pela LC n° 135/2010, tão somente que a irregularidade insanável tenha sido confirmada em decisão irrecorrível do órgão competente, e que não tenha esta sido suspensa por decisão judicial.

– Agravo regimental a que se nega provimento.

O embargante alega obscuridade ao argumento de que a inelegibilidade prevista na alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/1990 exige para sua caracterização a rejeição de contas e o acórdão embargado, no entanto, ficou silente quanto a esse ponto, que "[...] constitui o cerne da hipótese de inelegibilidade e, inclusive, define o órgão competente para a decisão [...]" (fl. 708).

No seu entender, esse dispositivo legal deve alcançar interpretação restritiva, não comportando análise extensiva.

Pede, com base nos arts. 5°, XXXV, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, esclareça-se:

> [...] *se, para a caracterização da inelegibilidade em comento, basta a existência de decisão administrativa de órgão de controle que identifique irregularidade tachada de insanável, sendo desnecessária a efetiva rejeição de contas*. (Grifo no original – fl. 708.)

Alega, ainda, omissão, visto que no Acórdão n° 34.066/SE, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, indicado como paradigma no acórdão embargado, há reconhecimento expresso de dano ao Erário, levando à constatação de que se estaria diante de improbidade administrativa, circunstância inexistente no caso dos autos.

Por fim, indaga acerca do órgão competente para o julgamento das contas dos administradores públicos, quando envolvidas verbas federais, nos termos do art. 71 da Constituição Federal.

Requer sejam recebidos os embargos com efeitos modificativos sanando os vícios apontados.

Em 1°.2.2011, o candidato protocolizou expediente (fls. 713-715) por meio do qual noticia a suspensão dos efeitos do Acórdão n° 2082-27/06-2, da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, por decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos do Agravo de Instrumento n° 0000011-67.2011.4.05.0000, em sede de ação ordinária. Traz à colação documentos comprobatórios desse fato.

Genival Matias de Oliveira Filho, por meio de petição datada de 4.2.2011 (Protocolo n° 1.944/2011 – fl. 721), requer sua admissão no feito na qualidade de assistente do embargado, e, em 6.4.2011 (Protocolo n° 7.423/2011 – fl. 767), ratificando o pleito anterior, requer, também, seja oportunizado o direito de

sustentação oral às partes, ao argumento de que o pedido de reconhecimento de alteração da situação do embargante, noticiada após o julgamento do pedido de registro, enseja discussão nova e complexa acerca da fixação, por esta Corte, do *dies ad quem* para a invocação do que dispõe a parte final do § 10 do art. 11 da Lei das Eleições (superveniente alteração fática ou jurídica que afaste a inelegibilidade).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, admito Genival Matias de Oliveira Filho como assistente simples do Ministério Público Eleitoral, sendo limitados, portanto, seus atos à fase processual em que se pleiteou o ingresso no feito, consoante precedentes desta Corte.

2. Não merece acolhimento, igualmente, o requerimento formulado pelo assistente simples de possibilitar a sustentação oral em sede de embargos de declaração face à vedação regimental.

3. No tocante à alegada obscuridade por não constar do voto condutor do acórdão embargado referência à rejeição de contas, restou consignado no acórdão combatido que: a) seria irrelevante a natureza do procedimento utilizado pelo órgão competente para se aferir a irregularidade das contas de convênio; e b) o procedimento de relatório de auditoria, endossado pelo TCU, consiste em instrumento hábil para aferir a irregularidade das contas apto a atrair a incidência da inelegibilidade prevista na alínea *g*.

Da simples leitura das notas taquigráficas do acórdão impugnado, verifica-se que, embora não se trate de procedimento de prestação de contas, houve constatação pelo TCU de irregularidade de natureza insanável, o que ensejou a inelegibilidade prevista na alínea *g* do mencionado dispositivo legal. Essa matéria foi amplamente debatida, em especial no voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio (fls. 690-692).

Logo, não se vislumbra obscuridade, uma vez que o *decisum* está de acordo com a jurisprudência deste colendo Tribunal Superior.

No que se refere à ausência de esclarecimento sobre a suficiência de decisão administrativa de órgão competente para caracterização da inelegibilidade em questão e desnecessidade da efetiva rejeição de contas, trata-se de inovação de fundamento, o que é vedado nesta fase recursal (ED-AgR-REspe n° 33.566/PI, rel. Ministro Marcelo Ribeiro, publicado na sessão de 6.11.2008).

Demais disso, não socorre o embargante o fato de o acórdão embargado ter-se baseado em precedente desta Corte (Ac. n° 34.066/SE, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa), no qual foi reconhecido dano ao Erário, circunstância diversa destes autos. No entanto, o procedimento ali adotado para o julgamento

das contas se deu no âmbito de inspeção judicial, diversamente dos habituais (ex.: tomada de contas, tomada especial), o que se assemelha à hipótese em comento.

Ressalte-se que a ausência de dano ao Erário não desnatura a irregularidade de natureza insanável quando se está diante de atos de improbidade, conforme decidido.

Quanto à competência para o julgamento das contas, não há omissão a ser suprida, pois restou consignado que o Tribunal de Contas da União é o órgão competente para análise de contas relativas à aplicação de recursos federais repassados por meio de convênios.

Não se trata de dar à norma interpretação extensiva, mas interpretação sistemática da legislação de regência.

Assim, da análise das alegações constantes nos embargos de declaração, evidencia-se o inconformismo do embargante, bem como a mera pretensão em promover novo julgamento da causa. A tanto, todavia, não se prestam os declaratórios, conforme mansa jurisprudência desta Corte.

4. Resta examinar a petição de fls. 713-715, em que, conforme relatado, o embargante noticia a superveniente suspensão dos efeitos do acórdão do TCU, objeto de análise nos autos em questão.

A teor da disciplina estabelecida no § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, *verbis*:

> Art. 11. [...]
>
> § 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, *ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade*. (Nosso o grifo.)

Ou seja, as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro de candidatura têm o condão de alterar o indeferimento ou o deferimento do registro, enquanto não definitivamente julgado o recurso por esta Justiça Especializada.

In casu, na sessão de julgamento de 16.12.2010, esta Corte, por maioria, indeferiu o pedido de registro do ora embargante. Por oportuno, destaco excerto do voto proferido pelo e. Ministro Hamilton Carvalhido naquela oportunidade:

> [...]
>
> Esta Corte tem entendido ser irrelevante, para a incidência da alínea *g*, da LC n° 64/1990, o fato de haver decisão do TCU em procedimento decorrente de inspeção especial, sendo necessário tão somente a verificação de 1) irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, 2) em decisão irrecorrível proferida pelo órgão competente, e 3) que tal decisão não tenha sido suspensa por órgão do Poder Judiciário.

Pois bem, na espécie, o Tribunal de Contas da União, órgão competente para análise de contas relativas à aplicação de recursos repassados por meio de convênios celebrados com o Fundo de Assistência da Educação (FNDE), em processo de auditoria, identificou irregularidades e imputou multa ao candidato, Acórdão n° 2.082/2006. Não há notícias de que o teor do acórdão esteja suspenso por decisão judicial.

Para certeza das coisas, colho do voto proferido nesse julgado (fls. 58-58 v.):

> '[...]
>
> 2. De início, devo concordar com a unidade técnica em acatar as justificativas apresentadas pelos responsáveis, Srs. Dinaldo Medeiros Wanderley e Hermano Medeiros Wanderley, com relação à contratação direta da empresa Idéia Consultoria Ltda. (item 'a' dos ofícios n^{os} 235 e 236/2005).
>
> 3. Quanto aos demais itens das audiências realizadas, manifesto-me pela rejeição das justificativas, conforme passo a expor.
>
> 4. Como bem ressaltou a Secex/PB, as razões apresentadas pelos responsáveis não foram suficientes para justificar, na totalidade, as irregularidades apontadas no relatório de auditoria.
>
> 5. Consistiu a primeira delas no pagamento antecipado à empresa Idéia Consultoria. Os elementos trazidos aos autos pelo Sr. Dinaldo Medeiros Wanderley não lograram esclarecer a razão de sua conduta desconforme à lei. Ao realizar o pagamento antes da efetiva prestação do serviço, o ex-prefeito, além de ter infringido os arts. 62 e 63 da Lei n° 4.320/1964, assumiu desnecessariamente, em nome da administração, o risco referente à possível inadimplência ao contratado, tendo em vista não ter se cercado das garantias e cautelas indispensáveis, conforme previsto no art. 38 do Decreto n° 93.872/1986.
>
> 6. A segunda irregularidade refere-se aos pagamentos efetuados sem a realização de licitação. As justificativas oferecidas pelo ex-prefeito também não merecem acolhimento. As compras em sua totalidade somaram a quantia de R$23.790,00, valor superior ao permitido pela Lei n° 8.666/1993, à época, para dispensa (R$8.000,00).
>
> 7. Outrossim, a compra fracionada dos materiais de construção caracterizou o fracionamento da despesa, objetivando evitar a abertura de licitação na modalidade convite, também configurando burla ao estatuto licitatório.
>
> 8. Por fim, restou ainda sem justificativa a realização de dois convites com o mesmo objetivo, em detrimento da modalidade legalmente prevista, qual seja a tomada de preços. Observo que, para este ponto da audiência, os responsáveis, Srs. Dinaldo

Medeiros Wanderley e Hermano Medeiros Wanderley, sequer apresentaram elementos que caracterizassem razões de justificativa, havendo se limitado a citar trechos do relatório de auditoria e fazendo menção à inexistência de dano ao Erário.

9. De fato, não se verificou a ocorrência de dano ao Erário, o que ensejaria a instauração da competente tomada de contas especial. No entanto, resta configurada a afronta ao art. 23, inciso II, alínea *a* e §§ 1°, 2° e 5°, da Lei n° 8.666/1993, consistente na realização de dois certames na modalidade convite, com o mesmo objeto, ultrapassando o limite estipulado por lei.

10. Assim, tem-se que as irregularidades acima mencionadas configuraram grave infração às normas legais, ensejando a aplicação, aos responsáveis, da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei n° 8.443/1992.

11. No que tange à graduação da multa, devem ser valoradas as condutas individuais dos agentes responsabilizados, de forma que a sanção cominada ao Sr. Dinaldo Medeiros Wanderley, por ser o responsável pela totalidade das irregularidades ora apuradas, deva ser fixada em patamar superior ao do Hermano Medeiros Wanderley, responsável apenas quanto ao fracionamento de despesas verificado em procedimento licitatório.

12. Por fim, manifesto minha anuência às determinações sugeridas pela unidade técnica, quanto aos fatos apurados nos trabalhos de auditoria.

Ante o exposto, acolho a proposta formulada pela Secex/PB, e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à elevada apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 1° de agosto de 2006.

Benjamin Zymler

Relator

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos do relatório da auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Patos/PB, no período de 16.8.2004 a 27.8.2004, com o propósito de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais transferidos àquela municipalidade;

Acordam os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, com fulcro nos arts. 1°, inciso II, 5°, inciso VII, 41, inciso II, e 43, inciso II, da Lei n° 8.443/1992; c.c. os arts. 1°, inciso II, 230 e 250, inciso IV, do Regimento Interno em:

9.1. rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis, Srs. Dinaldo Medeiros Wanderley e Hermano Medeiros Wanderley, exceto quanto à contratação direta da empresa Idéia Consultoria Ltda.;

9.2. aplicar a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei n° 8.443/1992, no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) ao

Sr. Dinaldo Medeiros Wanderley e no valor de R$2.000,00 (dois mil reais) ao Sr. Hermano Medeiros Wanderley;

9.3. fixar o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para os responsáveis comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea *a*, do regimento interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida dos encargos legais contados a partir do dia seguinte ao término do prazo ora estabelecido, até a data do recolhimento;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n° 8.443/1992, caso não atendida a notificação;

9.5. determinar à Prefeitura Municipal de Patos/PB que:

9.5.1. quando da realização de licitação na modalidade convite, promova alternância entre as empresas convidadas, em obediência ao disposto no art. 22, § 6°, da Lei n° 8.666/1993;

9.5.2. abstenha-se de realizar pagamento de despesa antes de sua regular liquidação, em obediência ao disposto nos arts. 62 e 63 da Lei n° 4.320/1964;

9.5.3. abstenha-se de realizar fracionamento de despesas, com fuga ao procedimento licitatório, observando o estrito cumprimento do disposto no art. 23 da Lei n° 8.666/1993; e

9.6. encaminhar cópia desta deliberação, bem como dos respectivos relatório e voto que a fundamentam, ao Ministério Público Federal para conhecimento e adoção das providências cabíveis.

[...]'.

Assim, no que concerne à decisão do Tribunal de Contas da União, que permanece hígida e na qual se faz presente prova da irrecorribilidade (fls. 60 e 60 v.), tenho que as graves irregularidades retratadas são de natureza insanável e configuradoras de ato doloso de improbidade administrativa, merecendo, na letra do acórdão desse órgão de contas, inclusive, a imposição de multa ao ora recorrido, bem como o encaminhamento de cópia do julgado para o Ministério Público Federal tomar as providências que entendesse necessárias.

Pelo exposto, com fundamento no art. 36, § 7°, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, dou provimento ao recurso ordinário para cassar o registro de candidatura de Dinaldo Medeiros Wanderley ao cargo de deputado estadual.

[...]'.

Pelo exposto nego provimento ao agravo regimental.

[...]

Ocorre que, em 31.1.2011, os efeitos do Acórdão n° 2082-27/06-2 da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União foram suspensos por decisão da lavra da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, do Tribunal Regional Federal

da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n° 0000011-67.2011.4.05.0000, em sede de ação ordinária.

Colho trecho dessa decisão:

> [...]
>
> 7. Ao meu sentir, sopesando-se a baixa lesividade à administração pública dos atos irregulares imputados ao agravante e a gravidade das consequências que o julgamento da Corte de Contas pode lhe causar, inviabilizando a posse de candidato que, aos olhos de quase 27.000 (vinte e sete mil) eleitores paraibanos, mostra-se apto a representar seus interesses no Parlamento do estado, há efetivamente a possibilidade de se estar diante de situação em que o Judiciário pode e deve rever decisão do Tribunal de Contas, porquanto contrária à legalidade em sentido amplo.
>
> 8. A pretensão recursal, assim, encontra-se revestida dos requisitos necessários para a concessão da medida de urgência, possibilitando-se a suspensão dos efeitos do acórdão que se pretende ver anulado através da ação ordinária de origem.
>
> 9. Diante do exposto, *defiro a liminar, para conceder a medida de antecipação dos efeitos da tutela recursal, determinando a suspensão dos efeitos do Acórdão n° 2082-27/06-2 da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU)*.
>
> 10. Desta decisão, dê-se ciência, *com urgência*, ao juízo de primeiro grau, para imediato e integral cumprimento.
>
> 11. Intime-se a parte agravada para contrarrazões.
>
> P.I. Cumpra-se.
>
> Recife, 31 de janeiro de 2011.
>
> Desembargadora Federal Margarida Cantarelli
>
> Relatora. (Grifos no original.)

5. Ora, a cláusula legal de circunstância superveniente indica que a deliberação sobre registro não constitui decisão imutável, ao menos durante o período em que se admite a ocorrência desse fator apto a afastar a inelegibilidade.

Como a lei não explicita, parece apropriado e razoável assentar que *no prazo entre a efetivação do registro impugnado e a posse dos eleitos*, as impugnações acolhidas, definitivamente ou não, poderão ser afastadas mediante a prova dessas alterações fáticas ou jurídicas supervenientes que excluam a inelegibilidade.

No caso, como antes evidenciado, há essa circunstância superveniente ao acórdão ora embargado e, assim, apesar de inexistente omissão ou contradição no resultado do julgamento é de ser reconhecido o afastamento da causa de inelegibilidade.

Ante o exposto, rejeito os embargos declaratórios, mas, em *questão de ordem que ora submeto ao Tribunal*, admitindo alteração jurídica superveniente ao registro e à respectiva impugnação e antes da posse dos eleitos, *restabeleço*

provisoriamente o registro do recorrente até que a decisão liminar do TRF/5ª Região seja definitivamente apreciada garantindo-lhe as decorrências correspondentes.

É como voto.

Matéria de Fato

A DOUTORA GABRIELA ROLLEMBERG (advogada): Senhor Presidente, a decisão foi proferida em 31 de janeiro, mais de 30 dias depois da diplomação.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, como a lei não se refere a prazo, entendo ser razoável, até porque houve dezembro e janeiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A minha dificuldade é considerar o documento, porque estamos a julgar embargos de declaração. Quando foram interpostos?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Os embargos de declaração estão corretamente interpostos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: E a liminar veio com os declaratórios?

A rigor, os embargos interpostos consubstanciam o gancho para apresentar-se essa liminar, o que deveria ter sido feito em tempo oportuno, para ser considerada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Ela foi posterior.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): A petição, na verdade, não veio nos embargos. No decorrer da interposição dos embargos de declaração, veio a petição apresentando o fato superveniente – por isso não estou conhecendo dos embargos –, mas estou suscitando questão de ordem, porque é fato concreto, é decisão judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ante a segurança jurídica e a decisão prolatada, porque a rejeição das contas deve ter ocorrido em 2010, com tempo suficiente para obter-se o pronunciamento judicial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Ministro Gilson Dipp, Vossa Excelência está se baseando no art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/1997, alterado pela minirreforma eleitoral, Lei n° 12.034/2009?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A dificuldade é instrumental. Esse parágrafo pode ser observado se a matéria ainda está em julgamento. No entanto houve um pronunciamento judicial aperfeiçoado, segundo o ministro relator. Não há omissão, contradição ou obscuridade, muito menos quanto a essa decisão, suspendendo a eficácia da manifestação do Tribunal de Contas da União. Abrir-se uma exceção nessa fase...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Eu comungo com o que expõe o Ministro Marco Aurélio por um motivo: estaríamos transformando em questão de ordem qualquer alegação que se venha a trazer a destempo, porque o Ministro Gilson Dipp está rejeitando os embargos de declaração, e numa petição...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O que me preocupa é o precedente.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Em um primeiro momento pensei em conferir efeitos modificativos aos embargos declaratórios.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Mas a petição não veio nos embargos de declaração. Essa informação veio posteriormente em uma petição; não foi nem veiculada nos embargos.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Não foi veiculada na petição, mas o foi no transcorrer dos embargos de declaração enquanto estava sob minha relatoria. É o fato superveniente, é decisão judicial que anula a decisão do TCU e, consequentemente, a decisão fundada no voto do Ministro Hamilton Carvalhido. Então, eu poderia acolher os embargos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas qual seria a premissa?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Por isso suscitei a questão de ordem, em sede de embargos de declaração, porque não posso desconhecer fato novo superveniente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Devemos perceber que há interesses antagônicos. Se, simplesmente, colocarmos a instrumentalidade em segundo plano, para atender ao embargante, a outra parte ficará prejudicada. E, como a advogada ressaltou da tribuna, houve a diplomação.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Mas a outra parte foi admitida como assistente do Ministério Público Eleitoral. Requereu sustentação oral, incabível nessa fase.

Matéria de Fato

O DOUTOR ALEXANDRE KRUEL JOBIM (advogado): Senhor Presidente, essa decisão veio antes da posse do candidato. Já existem precedentes desta Casa atendendo *ipsis litteris* ao § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, referente à segurança jurídica de se manter justamente os julgados da Corte nesse sentido.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A dificuldade é o meio para chegar ao enfrentamento da matéria. Não posso fazê-lo a partir dos embargos declaratórios, que pressupõem omissão, obscuridade ou contradição. E o relator aponta não ocorridos tais vícios na decisão proferida. Enfrentar a matéria em questão de ordem? E o precedente que se abre, apenas pela circunstância de ainda não haver o trânsito em julgado do que foi decidido?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Ministro Marco Aurélio, eu trouxe a matéria nesse sentido porque não há precedente específico quanto ao fato superveniente. Devido a essas circunstâncias de como e onde colocar a questão, suscitei a questão de ordem em sede de embargos de declaração que estavam tramitando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Admitiria o fato superveniente se ainda estivéssemos a nos pronunciar quanto à matéria de fundo, mas não estamos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): De acordo com o voto do Ministro Gilson Dipp, entendi que, na verdade, a matéria não transitou em julgado, portanto está em aberto ainda, para ser examinada, sobretudo à luz desse novo dispositivo introduzido pela minirreforma eleitoral, a Lei n° 12.034/2009, que reflete a intenção do legislador de se levar em consideração os fatos supervenientes, em especial matéria de diplomação.

A SENHORA MINISTRA LAURITA VAZ: Ministro, fiquei também imaginando, diante dessa questão de ordem, se não seria o caso de ouvir a parte contrária em sede de embargos de declaração, antes de tomarmos uma decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Penso que talvez possamos ponderar esse entendimento.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Com relação a esse ponto, até quando será admitido o fato superveniente? Até o trânsito em julgado da ação, até a

diplomação, até a posse? Creio que o Tribunal precisa definir também, porque, do contrário, teremos as ações eleitorais perpetuadas no tempo.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Não estou dizendo que ela ainda não seja imutável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Relativamente à juntada desse documento, abriu-se vista à parte contrária, à parte interessada?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Ele peticionou requerendo o ingresso como assistente de acusação ao Ministério Público e a oportunidade de se sustentar oralmente.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Mas ele mencionou o documento?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Foi em função do documento, não por motivo dos embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Sim, mas a parte contrária é o Ministério Público. Só não sei se o Ministério Público teve vista. O que importa é o assistido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Em termos práticos, realmente, é da parte que pediu a assistência, mas a parte contrária é quem deveria ser ouvida.

O Ministro Henrique Neves tem razão, há várias situações a ponderar: primeiro, até quando podemos aceitar esses dados; segundo, se vamos desconhecer todas as normas de processo. Como o Ministro Marco Aurélio também assenta, o processo é para garantir segurança.

Como fica a outra parte? É surpreendida por um documento? Desse documento o Ministério Público (que é a parte contrária) teria vista? Cada um de nós, ao relatar o processo, vai criar um prazo, uma situação, porque não há previsão? Como será o procedimento? Tudo isso precisa ser respondido para dar clareza.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Há uma questão processual do contraditório, sem dúvida, que a Ministra Laurita Vaz suscitou e creio que o Ministro Marco Aurélio implicitamente também: é importante definirmos um prazo, até que momento se pode aplicar esse dispositivo ora em debate.

Sempre entendemos que a diplomação é ato jurídico perfeito que tem de ser desconstituído na via própria, mas há outro fato a considerar, que o doutor Alexandre Kruel Jobim suscitou da tribuna, que não teria havido ainda posse, embora tenha tido a diplomação. São dados que temos que levar em conta para aparelhar a nossa decisão.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Ele disse que não houve a posse até a obtenção da liminar, mas a posse já ocorreu.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): A decisão indica que

> [...] deliberação sobre registro não constitui decisão imutável, ao menos durante o período em que se admite a ocorrência desse fator apto a afastar a inelegibilidade.
>
> Como a lei não explicita, parece apropriado e razoável assentar que *no prazo entre a efetivação do registro impugnado e a posse dos eleitos*, as impugnações acolhidas, definitivamente ou não, poderão ser afastadas mediante a prova dessas alterações fáticas ou jurídicas supervenientes que excluam a inelegibilidade.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Talvez, como questão prévia, tenhamos de decidir primeiro se o Ministério Público tem de ter vista desse documento ou não. A não ser que o Ministério Público se dê por cientificado do documento, porque ele tem que ter vista desse documento e se manifestar sobre ele, inclusive, sobre as consequências: diplomação ou não, posse ou não.

Pedido de Vista

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Senhor Presidente, peço vista antecipada dos autos para verificar se é necessário ouvir a outra parte, se são cabíveis os embargos de declaração e, se chegar ao mérito da questão, até quando pode ocorrer o fato superveniente.

Extrato da Ata

ED-AgR-RO nº 4522-98.2010.6.15.0000 – PB. Relator: Ministro Gilson Dipp – Embargante: Dinaldo Medeiros Wanderley (advogados: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros) – Embargado: Ministério Público Eleitoral – Assistente: Genival Matias de Oliveira Filho (advogados: Gabriela Rollemberg e outros).

Decisão: Após o voto do Ministro Gilson Dipp, não conhecendo dos embargos de declaração e resolvendo questão de ordem no sentido de deferir provisoriamente o registro do candidato, antecipou o pedido de vista o Ministro Henrique Neves.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Laurita Vaz, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Arnaldo Versiani e Henrique Neves, e o procurador-geral eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Voto-Vista

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Senhor Presidente, relembro que o caso cuida de inelegibilidade fundada na letra *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/1990 e, como asseverado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, no acórdão embargado: "ainda que se cogitasse do afastamento da Lei Complementar n° 135, haveria a irregularidade insanável prevista no texto anterior".

No caso, o Tribunal Regional Eleitoral, em *5.8.2010*, julgou improcedentes as impugnações oferecidas pela Coligação Paraíba Unida e pelo Ministério Público e deferiu o registro da candidatura do embargante.

Somente o Ministério Público recorreu.

Apreciando o recurso ordinário, em *3.11.2010*, o eminente Ministro Hamilton Carvalhido, monocraticamente, deu-lhe provimento para reconhecer a inelegibilidade do candidato, apenas em razão das irregularidades detectadas em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, desprezando os demais pareceres das cortes de contas que não haviam sido apreciados pelo Poder Legislativo.

Interposto agravo regimental, o Plenário negou-lhe provimento, por maioria, na sessão de *16.12.2010*[1].

O candidato, no dia seguinte ao do julgamento e publicação do acórdão em sessão, ou seja, em *17 de dezembro*, opôs embargos de declaração, no qual apontou:

> a) obscuridade, dizendo ser absolutamente necessário que o colegiado *"esclareça se, para a caracterização da inelegibilidade em comento, basta a existência de decisão administrativa de órgão de controle que identifique irregularidade tachada de insanável, sendo desnecessária a efetiva rejeição de contas"* (fl. 708);
>
> b) omissão no exame das peculiaridades do caso – *"(ausência de dano ao Erário e reconhecimento do próprio TCU de que não rejeitou as contas do embargante) [...] a fim de avaliar, com a necessária reflexão, a efetiva possibilidade de aplicação do referido precedente (AgR-Respe n° 34.066/SE)"*.

---

[1]Ementa: "Eleição 2010. Agravo regimental no recurso ordinário. Art. 1°, I, *g*, da LC n° 64/1990, com a redação dada pela LC n° 135/2010. Relatório de auditoria do TCU. Irrelevância. Procedimento. Incidência causa de inelegibilidade.

– É irrelevante, a teor da jurisprudência desta Corte, a natureza do procedimento utilizado pelo órgão competente para aferir irregularidades em convênio com a União, sendo necessário, para a incidência da alínea *g* da LC n° 64/1990, com a redação dada pela LC n° 135/2010, tão somente que a irregularidade insanável tenha sido confirmada em decisão irrecorrível do órgão competente, e que não tenha esta sido suspensa por decisão judicial.

– Agravo regimental a que se nega provimento".

O embargante concluiu sua peça nos seguintes termos:

> Tal o quadro, espera-se sejam acolhidos os embargos, extirpando-se os vícios antes explicitados (obscuridade e omissões), como garantia da adequada prestação jurisdicional (art. 5°, XXXV e 93, IX, da CF/1988), ainda que para tanto decida o digno órgão julgador alterar as conclusões do aresto, conforme autoriza o art. 463, II, do CPC e efetivamente espera o embargante.

Os autos foram conclusos, sobrevindo o recesso forense.

Em *1° de fevereiro de 2011*, às fls. 713/718, o embargante informou ter ocorrido fato superveniente (CPC, art. 462), consubstanciado na concessão de liminar da lavra da douta Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, do TRF da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n° 0000011-67.2011.4.05.0000. A liminar foi deferida *"para conceder a antecipação dos efeitos da tutela recursal, determinando a suspensão dos efeitos do Acórdão n° 2082-27/06-2 da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União"*.

Em 4 de fevereiro, Genival Matias de Oliveira Filho requereu seu ingresso na lide como assistente simples, apontando seu interesse jurídico decorrente da eventual perda da cadeira que ocupa na Assembleia Legislativa caso deferido o registro do embargante. Na mesma peça, manifestou-se sobre a liminar deferida pelo TRF da 5ª Região, apontando: a) a impossibilidade de ela ser considerada sob pena de supressão de instância; b) a necessidade de se definir um marco para o reconhecimento de fatos supervenientes que afastem a inelegibilidade dos candidatos, sustentando que o limite seria a diplomação dos eleitos.

Na sessão do dia 16 passado, o eminente Ministro Gilson Dipp, sucessor da relatoria do feito, votou no sentido de: 1) rejeitar os embargos de declaração, pois estavam ausentes os vícios apontados; 2) resolvendo questão de ordem, reconhecer a existência de fato superveniente capaz de afastar a inelegibilidade do candidato e aplicar a regra prevista no § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, a fim de deferir o registro do candidato. Para tanto, o eminente relator entendeu que devem ser considerados os fatos supervenientes que ocorram até a data da posse dos eleitos.

Em razão dos debates travados na sessão, pedi vista dos autos para estudar três pontos: 1°) a necessidade de intimação do Ministério Público, que é a parte recorrente, para se manifestar sobre o alegado fato superveniente; 2°) a possibilidade de arguição e conhecimento de fato superveniente após a oposição de embargos de declaração; 3°) até quando os fatos supervenientes podem influenciar o registro do candidato.

Acrescento que fui informado pelo eminente relator de que o candidato recentemente noticiou nos autos que, além da liminar inicialmente deferida, o

Tribunal Regional Federal da 5ª Região proveu o agravo de instrumento no qual a liminar havia sido concedida.

Feito esse breve resumo, passo a enfrentar as matérias.

Inicialmente, anoto ser pertinente a admissão do Sr. Genival Matias de Oliveira Filho na qualidade de assistente do Ministério Público Eleitoral, como bem salientado pelo eminente relator.

Por outro lado, pedindo respeitosas vênias ao eminente Ministro Gilson Dipp, entendo que seria necessário suspender o julgamento para viabilizar ao Ministério Público Eleitoral – que aqui figura como parte – a oportunidade de se manifestar sobre os embargos de declaração que buscam atribuir efeitos modificativos ao julgado, bem como sobre os documentos juntados aos autos pelo embargante.

Nesse sentido, anoto, entre vários outros, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> Embargos de declaração, efeito modificativo e contraditório (CF, art. 5°, LV). *Firme o entendimento do Tribunal que a garantia constitucional do contraditório exige que à parte contrária se assegure a possibilidade de manifestar-se sobre embargos de declaração que pretendam alterar decisão que lhe tenha sido favorável: precedentes.* (RE n° 384031/AL; rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 4.6.2004. No mesmo sentido, citados no voto condutor: *HC* n° 74735 e RE n° 250.396).

Na mesma linha, a Corte especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo" (EAg n° 778.452/SC, rel. Ministro Ari Pargendler, Corte especial, julgado em 2.8.2010, *DJe* 23.8.2010).

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral não se afasta desse entendimento (EdREspe n° 12722, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 21.9.2001).

Ademais, tendo ocorrido a juntada de documento para provar fato superveniente, é essencial que seja dada oportunidade para a parte contrária possa sobre ele se manifestar, a teor do que dispõe o art. 398[2] do Código de Processo Civil.

Destaco que as manifestações apresentadas pelo assistente não suplantam a necessidade de ser ouvida a parte principal, ou seja, o Ministério Público Eleitoral.

Assim, nesse sentido, voto preliminarmente pela conversão do julgamento em diligência para que o Ministério Público Federal seja intimado a fim de, querendo, manifestar-se, ainda que nesta sessão, sobre o teor dos embargos de declaração opostos, o alegado fato superveniente e a respectiva documentação.

---

[2]Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, pretende-se, com verdadeiro aditamento aos embargos de declaração, conferir-lhes eficácia modificativa. A jurisprudência é pacífica no sentido de que se deve ouvir a parte contrária – nesse caso, o Ministério Público Eleitoral.

Voto (Ratificação)

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, a liminar foi ratificada e trata-se de decisão judicial contra a qual o Ministério Público não poderá, em tese, nada opor.

Mantenho minha decisão.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Realmente, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando há juntada de documento novo e pretende-se atribuir aos embargos declaratórios caráter infringente ou modificativo, tenho ouvido a parte contrária.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Também no Superior Tribunal de Justiça se faz assim. Não me oponho a esse entendimento.

A DOUTORA SANDRA CUREAU (vice-procuradora-geral eleitoral): Tenho uma dúvida que talvez possa ser esclarecida por Vossa Excelência. Em que dia se deu a diplomação?

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: No processo, há o diploma do assistente, que pede seu ingresso na lide, demonstrando que ele foi diplomado no dia 17 de dezembro de 2010. Os embargos de declaração foram opostos também no dia 17 de dezembro, mas nos embargos não se falava de fato superveniente.

Na petição datada de 1° de fevereiro de 2011, veio a comunicação de que, no dia 31 de janeiro, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deferiu a liminar em sede de agravo de instrumento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A problemática maior está na notícia da liminar, que veio à balha após a interposição dos embargos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): A Corte tem que decidir até em que momento se pode reconhecer a eficácia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Sim, até em que momento se pode considerar um fato que modifique a conclusão anterior, porque não nos omitimos quanto à liminar obtida, uma vez que a notícia veio apenas posteriormente à protocolação dos declaratórios.

Manifestação da Procuradoria-Geral Eleitoral

A DOUTORA SANDRA CUREAU (vice-procuradora-geral eleitoral): Senhor Presidente, Senhor Ministro Relator, Senhor Ministro Henrique Neves, Senhoras e Senhores Ministros, Senhores Advogados presentes, pelo que entendi, houve impugnação ao registro da candidatura de Dinaldo Medeiros Wanderley, candidato a deputado estadual pela Paraíba; essa impugnação foi rejeitada, e o Ministério Público Eleitoral ingressou com recurso ordinário, provido em 3 de novembro de 2010, monocraticamente, pelo relator, que, à época, era o Ministro Hamilton Carvalhido. Com esse provimento, então, foi indeferido o registro da candidatura.

Em 17 de dezembro de 2010, os eleitos foram diplomados. Nessa mesma data, Dinaldo Medeiros Wanderley ingressou com embargos declaratórios com efeitos modificativos, mas, na verdade, o que consta dos autos é que ele praticamente pergunta qual é o órgão competente para o julgamento das contas dos administradores públicos: Tribunal Superior Eleitoral ou Tribunal de Contas da União. Depois, o embargante pretende reexaminar as provas, dizendo que o TCU não teria rejeitado as contas, enfim, ingressa claramente no reexame de provas.

Como já foi dito, passa-se o tempo e, em 1° de fevereiro de 2011, um mês e meio após a diplomação dos eleitos e às vésperas da posse, ele ingressa com uma informação nos autos, um aditamento aos embargos de declaração, em que informa ter ocorrido um fato superveniente, que consistiu numa liminar concedida por uma juíza federal, para suspender os efeitos do acórdão do TCU – a data consta inclusive da própria decisão, 31 de janeiro de 2011, quase um mês e meio após a diplomação dos eleitos.

A inelegibilidade prevista no art. 1°, inciso I, *g*, referente à rejeição de contas pelo TCU, foi reconhecida; não há nenhuma alteração introduzida pela Lei da Ficha Limpa neste caso, a inelegibilidade já existia. O que sustenta o Ministério Público é que, realmente, na época em que o postulante ingressou com os embargos de declaração, que foi no dia da diplomação, não havia esse fato superveniente, que veio a ocorrer apenas um mês e meio depois.

Entendemos que há de haver um termo para que se ingresse com a alegação de fato superveniente capaz de alterar o resultado das eleições, até porque, ao alterar o indeferimento do registro do candidato, altera toda a composição da Assembleia Legislativa. Do contrário, se criará uma situação de absoluta insegurança jurídica.

Se não houver um termo para que esse fato superveniente possa incidir sobre as eleições – e esse termo, ao ver do Ministério Público, tem de ser o momento da diplomação –, teríamos, um mês, cinco meses, um ano depois, candidatos com registro indeferido ingressando com alegações de fatos supervenientes e pedindo a devolução das cadeiras. Isso criaria uma situação, do ponto de vista jurídico, de absoluta insegurança, que não pode ser, a meu ver, acolhida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Lembro-me de que, quando fui procuradora regional eleitoral pela primeira vez no Rio Grande do Sul, o presidente do Tribunal Regional Eleitoral era o Ministro Athos Gusmão Carneiro, e algo que ele sempre dizia é que as eleições tinham que chegar a seu final e por isso o processo eleitoral deveria ser célere. Eu acredito nessa assertiva.

Por essa razão, parece-me que não há como, após a diplomação dos eleitos, principalmente neste caso, que tem peculiaridades realmente muito próprias, porque o fato superveniente alegado só veio a se constituir um mês e meio após a diplomação, alterar-se a situação fática para diplomar um candidato que estava com seu registro indeferido.

Esta é a manifestação do Ministério Público.

Matéria de Fato

A DOUTORA GABRIELA ROLLEMBERG (advogada): Senhor Presidente, muito embora a decisão tenha sido proferida no dia 31 de janeiro, um dia antes da posse, ela foi publicada apenas no dia 10 de fevereiro. A decisão apenas suspendeu o acórdão no Tribunal de Contas, ela não anulou o acórdão. O único fundamento é de que não seria proporcional considerá-lo inelegível, tendo em vista que não houve prejuízo ao Erário.

Na verdade, a decisão do Tribunal versa sobre todas as irregularidades apontadas pelo TCU – elas são realmente muito graves e todas se referem a licitação. A competência do Tribunal Superior Eleitoral se encerrou na diplomação.

Voto-Vista (Continuação)

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Senhor Presidente, ultrapassada a preliminar relativa à oitiva do Ministério Público, passo a examinar os demais pontos.

Em relação aos embargos de declaração, acompanho integralmente o eminente relator para rejeitá-los. O acórdão embargado não padece de obscuridade ou de omissão.

A matéria apontada como obscura, que implicaria a necessidade de esclarecer se, para efeito da aferição da inelegibilidade, seria suficiente a existência de decisão administrativa de órgão de controle que identifique irregularidade

tachada de insanável, não sendo desnecessária a efetiva rejeição de contas, foi amplamente debatida no acórdão embargado. O tema está suficientemente esclarecido no voto do eminente relator e, em especial, no voto proferido pelo eminente Ministro Arnaldo Versiani, que afirmou:

> [...] Mas, neste caso específico, tive precedente muito semelhante e decidi da mesma forma que o relator. Penso, assim como Sua Excelência ponderou, que a certidão do Tribunal de Contas da União apenas acusa o não processamento de três espécies de procedimento administrativo: tomada de contas, prestação de contas e tomada de contas especial. *Há, contudo, outros procedimentos em curso, tanto no TCU, quanto nos tribunais de contas estaduais, que são procedimentos chamados de auditoria, que se subdividem em vários procedimentos, como fiscalização, verificação e inspeção.*
>
> Além do precedente do Ministro Joaquim Barbosa citado por Sua Excelência, citei na minha decisão anterior recurso bastante antigo do Ministro Sepúlveda Pertence, Recurso n° 10.650, que era exatamente processo de inspeção, que também não se encaixava no conceito de tomada de contas, nem de prestação de contas, mas que, da mesma forma daqueles processos anteriores, resultava também em imputação de débito: ou imputação de débito em que houve dano ao Erário, ou outra imputação de débito como, no caso, em que foi aplicada multa por infringência, salvo engano, ao art. 58, inciso II, da Lei n° 8.443/1992 – o relator corrija-me se eu estiver equivocado, ou seja, ato praticado com grave infração a norma regulamentar de natureza contábil por dispensa de licitação etc.
>
> Então, há esse precedente do Ministro Sepúlveda Pertence e também outro do Ministro Joaquim Barbosa no sentido de que *esses processos podem acarretar a mesma inelegibilidade da alínea* g. [...].

Não verifico, portanto, a existência de obscuridade que deva ser sanada.

Do mesmo modo, os embargos declaratórios não prosperam em relação às alegadas omissões.

A questão relativa à ausência de dano ao Erário foi enfrentada pelo voto do eminente relator, que, transcrevendo trecho da decisão monocrática, afirmou:

> Averbe-se, em remate, que para a configuração do ato doloso de improbidade administrativa a que alude a referida alínea *g*, *não há que se perquirir a existência de dano ao Erário*, porquanto qualquer transgressão às normas que regem a administração pública impõe o reconhecimento do ato de improbidade, que, e última análise, atenta contra os princípios norteadores da própria administração pública, em prejuízo à sociedade.

Por sua vez, a suposta omissão sobre a questão da certidão emitida pelo Tribunal de Contas da União que assenta não ter havido o procedimento formal da rejeição de contas foi amplamente debatida a partir de questão de ordem

levantada da tribuna pelo ilustre patrono do embargante. Bem ou mal, o tema foi decidido, considerando-se, inclusive, a existência da certidão e o seu conteúdo.

Sobre o ponto de ser aplicável ou não um dos precedentes citados no acórdão embargado, cumpre registrar que, ainda que se afaste o precedente por falta de semelhança fática, isso não invalidaria os demais mencionados no voto do eminente relator e no do Ministro Arnaldo Versiani. De qualquer sorte, este tema não caracteriza omissão do julgado, pois não se refere à alegação que tenha sido posta no agravo regimental, mas inconformismo com o fundamento adotado pela decisão embargada.

Acompanho, portanto, o eminente relator para rejeitar os embargos de declaração.

Passo ao exame da questão relativa ao alegado fato superveniente, na qual é necessário enfrentar os dois pontos que surgiram nos debates na sessão em que foi iniciado o julgamento.

A primeira questão diz respeito a saber se é possível, após o julgamento do recurso ordinário e oposição dos embargos de declaração, trazer ao conhecimento do Tribunal a existência de fato superveniente que afaste a inelegibilidade fundada na alínea *g* da Lei Complementar n° 64/1990.

A segunda questão refere-se a definir até qual data as alterações fáticas e de direito são capazes de afastar a inelegibilidade ou a ausência de condições dos candidatos, como determina o § 10 do art. 11 da Lei das Eleições.

Sobre o primeiro ponto, anoto a divergência entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é firme no sentido de que o art. 462 do CPC não é "aplicável a recurso extraordinário, exceto nas hipóteses absolutamente excepcionais, como a de alteração de competência constitucional"[3], com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que tem reiteradamente admitido a influência de fato superveniente sobre o julgamento do recurso especial[4].

No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, colho da ementa dos ED-AgR-REspe n° 30.174, do qual foi relator o eminente Ministro Felix Fischer, que, "Segundo a jurisprudência do e. TSE, descabe a análise de documentos protocolados em sede de recurso especial. Isso porque "em sede de recurso especial, a apresentação de novo documento implica reexame de prova" (AgRg no REspe n° 30.535/MA, de minha relatoria [Felix Fischer], publicado na sessão de 11.10.2008; REspe n° 26.384, rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado na sessão de 31.10.2006; REspe n° 26.874, rel. Min. Gerardo Grossi, publicado na sessão de 10.10.2006)". No mesmo sentido: REspe n° 22.154, rel. Min. Carlos Velloso, PSESS 27.10.2004.

---

[3] AI n° 278.029-AgR, rel. Min. Moreira Alves. No mesmo sentido: RE n° 361031 AgR-ED/RJ, rel. Min. Ellen Gracie; RE n° 167522 AgR-ED-ED/RS, rel. Min. Maurício Correa; RE n° 186.069-3, rel. Min. Moreira Alves).

[4] Resp n° 1.215.205/PE, rel. Min. Adilson Vieira Macabu; AgRg-Ag-Rg-EResp n° 305.900/DF; RMS 30.511/PE rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filha; AgRG Resp n° 10595503/PR, rel. Min. Francisco Falcão; Resp n° 1071891, rel. Min. Luiz Fux).

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal, anoto que a impossibilidade de arguição de fato superveniente em recurso de natureza extraordinária decorre essencialmente da finalidade desse tipo de recurso. No apelo especial ou extraordinário, as cortes superiores e o Supremo Tribunal Federal não examinam os fatos da causa; simplesmente verificam se o julgamento proferido pela instância recorrida, com base nas premissas fáticas delineadas no acórdão recorrido, violou ou não a legislação federal ou a Constituição. Em outras palavras, o recurso de natureza extraordinária não se destina a julgar fatos ou pessoas; o que nele se aprecia são os julgamentos realizados pelas instâncias ordinárias. Assim, eventuais alterações fáticas ou jurídicas, ressalvados casos excepcionais e específicos, não devem, em princípio, influenciar o exame dos recursos de natureza extraordinária.

No caso, porém, por se tratar de eleições estaduais, a jurisdição exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral é ordinária, sendo possível o reexame de todo o acervo probatório dos autos. Nesse sentido, o Código Eleitoral, no art. 266, ao tratar do recurso ordinário contra as decisões de primeira instância, admite a juntada de documentos no momento da interposição do apelo[5]. Igual oportunidade de juntada de documentos é dada ao recorrido no instante do oferecimento das contrarrazões, a teor do que dispõe o art. 267 do referido código.

No mesmo sentido, ainda que não se trate propriamente de questão relacionada com fato superveniente, verifico ser pacífico nesta Corte que, em processo de registro de candidatura, é permitida a apresentação de documentos em sede de embargos de declaração perante a Corte Regional, mas desde que não tenha sido aberto prazo para o suprimento do defeito (AgR-REspe n° 31.213/RJ, *PSESS* de 4.12.2008, rel. Min. Eros Grau; AgR-REspe n° 31.483/RJ, *PSESS* de 9.10.2008, rel. Min. Marcelo Ribeiro).

Nos termos dos precedentes desta Casa, entretanto, a juntada de documentos faltantes somente é admitida quando ocorre *até a oposição dos embargos de declaração*, como reiteradamente decidido (AgR-REspe 104934, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *PSESS* 16.12.2010; AgR-REspe n° 32.061/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, *PSESS* de 9.12.2008; AgR-REspe n° 287817, rel. Min. Hamilton Carvalhido; *PSESS* n° 11.11.2010; AgR-REspe n° 107617, rel. Min. Hamilton Carvalhido; *PSESS* 3.11.2010).

A possibilidade de arguir fato superveniente em embargos de declaração não é pacífica na jurisprudência. No Supremo Tribunal Federal, não se admite (MS n° 22.135-3-ED, Min. Moreira Alves, *DJ* 19.4.1996). No Superior Tribunal de Justiça, a questão é controversa; há precedentes que admitem (Resp n° 434.797, Min. Ruy Rosado, *DJ* 10.2.2003; Resp n° 734.958, Min. Francisco Falcão, *DJ* 1.7.2005;

[5] Código Eleitoral, art. 266 – O recurso independerá de termo e será interposto por petição devidamente fundamentada, dirigida ao juiz eleitoral *e acompanhada, se o entender o recorrente, de novos documentos*.

Resp n° 586.368, rel. Min. Arnaldo Fonseca, *DJU* 23.5.2005) e precedente que não admite (Resp n° 330.262-EDcl, Min. Nancy Andrighi, *DJ* 13.4.2003).

Entendo que, tal como explica o professor Humberto Theodoro Júnior, "o momento final para o conhecimento do fato superveniente identifica-se com aquele imediatamente anterior à decisão final. Isto quer dizer que poderá ser alegado, a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, desde que pendente a lide de decisão final na instância em que se encontra. Se ainda cabem os embargos de declaração, não há motivo para recusar-lhes a aptidão para provocar o juiz ou tribunal a examinar *factum* ou *ius superveniens*. Não terá, ainda, sido dada a prestação jurisdicional definitiva."[6]

Transcrevo trecho do voto do eminente Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Especial n° 1.071.891, ocorrido no final do ano passado (18.12.2010), que bem examinou a matéria:

> [...] a interpretação sistemática do art. 462, do CPC, revela a atribuição de observância pelo julgador – de ofício ou mediante provocação das partes – acerca da existência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito capaz de influir no julgamento da lide.
>
> De fato, o *jus superveniens* consubstancia-se pela ocorrência de fato ou direito apto a influir no julgamento da lide. Consectariamente, incumbe ao juiz atentar para as situações fáticas no momento da prolação da sentença ou acórdão.
>
> Com efeito, o fato superveniente a que se refere o art. 462, do CPC, pode surgir até o último pronunciamento de mérito, inclusive em embargos de declaração, obstando a ocorrência da omissão.

Ressalvo, para evitar dúvidas, que esse entendimento encontra limites.

Como asseverado pelo eminente Ministro Jorge Scartezzini, no voto-vista que formou a maioria no julgamento do Recurso Especial n° 299.672, "o art. 462 do Código de Processo Civil poderá motivar os embargos de declaração sempre que o fato superveniente atue sobre aquilo que teria de ser ponderado para acolhê-lo ou rejeitá-lo, nos limites da *causa petendi* deduzida em juízo, emprestando maior utilidade à tutela jurisdicional, tanto para as partes quanto para a própria Justiça."

Dessa forma, para que seja veiculado nos embargos de declaração, não basta a superveniência de qualquer fato; é necessário que ele tenha pertinência temática com os pedidos discutidos na ação e esteja relacionado com alguma das hipóteses que admitem o manejo do recurso.

---

[6] "Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)" *in* "Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover", DPJ Editora, pp. 601-618.

A segunda fronteira, como já analisado acima, impõe que o fato superveniente seja apontado na instância ordinária, ainda que em sede de revisão.

O assistente do Ministério Público, em sua manifestação sobre o fato superveniente apresentado, argui que a análise da questão implicaria supressão de instância, uma vez que a Corte Regional não teria tido a oportunidade de apreciar a questão.

O argumento não me impressiona. A própria natureza do fato – superveniente – demonstra a impossibilidade de ele ter sido considerado pelas decisões que antecedem a sua existência, pois não seria possível decidir baseado no que, no momento do julgamento da primeira instância, não existia.

Se assim não fosse, o argumento impediria que qualquer fato superveniente fosse conhecido pela instância recursal, e, na jurisprudência, o reconhecimento dessa possibilidade é amplo.

Assim, rogando vênia aos entendimentos diversos, entendo, a princípio, que o fato superveniente pode ser apresentado no momento da oposição dos embargos de declaração perante a instância ordinária revisora, desde que ele diga respeito a um dos temas que autorizam a oposição do recurso. No caso, a questão, contudo, é mais complexa.

O fato superveniente não foi alegado no momento da oposição dos embargos de declaração, que ocorreu em 17.12.2010, mas somente o foi após o término do recesso forense, em 1°.2.2011.

Nesse ponto, anoto ser evidente que o fato não pode ser imputado aos nobres advogados do embargante, que comunicaram a concessão do provimento judicial no dia seguinte ao do seu deferimento pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Como asseverado pelo embargante, há precedente recente desta Casa – ED-RO n° 3337-63, rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado e publicado na sessão de 29.10.2010 –, em que o Tribunal deparou-se com situação semelhante: apesar de não ter sido invocado nos embargos de declaração e noticiado em petição avulsa protocolada após a oposição do recurso, o Tribunal considerou como fato superveniente capaz de afastar a inelegibilidade a decisão administrativa que reverteu a demissão do candidato naquele caso.

No precedente, contudo, a questão da viabilidade da comunicação do fato superveniente após a oposição dos embargos de declaração não foi debatida.

Nesse aspecto, sem me comprometer com o precedente, reitero meu entendimento, de que o fato deve ser veiculado no momento da oposição dos embargos de declaração até porque, a teor do art. 463, do CPC, "publicada a sentença, o juiz somente poderá alterá-la: I – para corrigir de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração".

Nesse ponto é necessário considerar a segunda questão anteriormente anunciada, qual seja, até que momento é possível que o indeferimento do registro dos candidatos seja influenciado por fato superveniente, tal como previsto no § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997[7].

O eminente relator votou no sentido de considerar que os fatos que ocorrem entre o pedido de registro e a data da posse dos eleitos é capaz de atrair a incidência do referido § 10 do art. 11 da Lei das Eleições.

Rogando vênias a Sua Excelência, manifesto entendimento diverso.

O assistente do Ministério Público, nos seus memoriais, sustenta que os fatos supervenientes somente deveriam ser considerados quando ocorressem até 45 dias antes da eleição. O argumento se funda na regra do § 1° do art. 16 da Lei n° 9.504/1997, que estabelece que até esse momento "todos os pedidos de registro de candidatos, inclusive os impugnados, e os respectivos recursos, devem estar julgados em todas as instâncias, e publicadas as decisões a eles relativas".

O disposto nesse parágrafo, ainda que se reconheça a sua importância, conflita diretamente com os prazos processuais previstos na Lei Complementar n° 64/1990, que, dada a hierarquia das normas, deve prevalecer. A soma desses prazos, ainda que se considere que os juízes eleitorais decidam imediatamente os feitos, demonstram a impossibilidade material de o processo ser concluído até o quadragésimo quinto dia anterior à eleição[8].

A Lei n° 9.504/1997 reconheceu a possibilidade de a situação do candidato não estar definida na data do pleito ao disciplinar, no art. 16-A, a situação daqueles com o registro *sub judice* no dia da eleição. Do mesmo modo, o § 4° do art. 175 do Código Eleitoral versa sobre a situação em que a decisão de inelegibilidade ou cancelamento do registro é proferida após a realização das eleições a que concorreu o candidato alcançado pela sentença.

Afasto, pois, a tese defendida pelo assistente em memorial.

---

[7] Lei n° 9.504/1997, art. 11, § 10: As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade."

[8] Data limite para pedido de registro: 5 de julho (Lei n° 9.504/1997, art. 11); publicação do edital: 6 de julho; prazo para impugnação (LC n° 64, art. 3° – 5 dias): 11 de julho; citação: 12 de julho; prazo para defesa (LC n° 64/1990, art. 4° – 7 dias) 19 de julho; inquirição de testemunhas (LC n° 64/1990, art. 5, 4 dias): 23 de julho; diligências (LC n° 64/1990, art. 5, § 2°, 5 dias): 28 de julho; alegações finais (LC n° 64/1990, art. 6°, 5 dias): 2 de agosto; conclusão (LC n° 64/1990, art. 7°. 1 dia): 3 de agosto; julgamento (LC n° 64/1990, art. 8°, 3 dias): 6 de agosto; embargos de declaração: (Código Eleitoral, art. 275, § 1°, 3 dias): 9 de agosto; julgamento dos embargos: 10 de agosto; prazo para recurso (LC n° 64/1990, art. 8°, 3 dias); 13 de agosto; contrarrazões (LC n° 64/1990, art. 8, § 1°, 3 dias) 16 de agosto; remessa para instância superior: 17 de agosto; vista à Procuradoria (LC n° 64/1990, art. 10, 2 dias): 19 de agosto; 45 dias antes da eleição: 19 de agosto; prazo para julgamento (LC n° 64/1990, art. 10, parágrafo único, 3 dias): 22 de agosto;

A regra prevista na alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/1990 sempre ocupou os debates deste Tribunal, especialmente em razão da parte final do dispositivo que ressalva a incidência da hipótese "se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário".

Em primeiro momento, o Tribunal considerou que bastaria a propositura de qualquer ação judicial contra a rejeição de contas para se afastar a inelegibilidade.

Em seguida, como contido na Súmula n° 1 da jurisprudência predominante nesta Casa, estipulou-se que a ação judicial somente seria capaz de afastar a inelegibilidade se fosse proposta antes do oferecimento da impugnação ao pedido de registro.

Evoluindo, a jurisprudência, a partir de 2006, passou a considerar que, para o afastamento da inelegibilidade, seria necessária alguma espécie de provimento judicial que suspendesse os efeitos da decisão que apontou irregularidade insanável nas contas do candidato.

Em consequência disso, após algumas divergências, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se no sentido de que, para a aferição da inelegibilidade, deveria ser considerada a data em que foi requerido o registro do candidato, não sofrendo ela influência de provimentos judiciais ou alterações administrativas ou legislativas que fossem posteriores ao pedido de registro.

Ressalvadas algumas situações específicas, afirmava-se que "A obtenção de liminar ou de tutela antecipada após o pedido de registro da candidatura não suspende a inelegibilidade". (AgR-REspe n° 32.937, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE* 25.2.2009. No mesmo sentido: AgR-REspe n° 30.128, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 25.11.2008; AgR-REspe n° 33.807, rel. Min. Arnaldo Versiani, *PSESS* 26.11.2008; AgR-REspe n° 32.348, *DJE* 12.11.2008; REspe n° 32.209, rel. Min. Joaquim Barbosa, *PSESS* 6.11.2008).

Com a edição da Lei n° 12.034/2009, foi introduzido na Lei das Eleições o § 10 do art. 11, que, de um lado, legalizou o antigo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que as inelegibilidades e condições de elegibilidade devem ser aferidas no momento do registro, mas, de outro, estabeleceu que alterações fáticas e jurídicas supervenientes ao pedido que afastem a inelegibilidade devem ser consideradas.

Em razão da edição dessa norma, mantendo o entendimento de ser necessária a obtenção de provimento judicial para o afastamento da inelegibilidade, o Tribunal decidiu que: "nas Eleições 2010, tal entendimento deve ser harmonizado com o disposto no art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/1997, para que sejam consideradas alterações fáticas e jurídicas supervenientes ao pedido de registro que afastem as causas de inelegibilidade" (AgR-RO n° 415441, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, PSESS 15.9.2010).

Aplicando a regra do § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, este Tribunal, por diversas vezes, considerou a superveniência de decisão judicial que suspendia os

efeitos das rejeições de contas dos candidatos ou de alterações administrativas e legislativas que afastam a referida rejeição. Nesse sentido cito alguns dos vários acórdãos: AgR-RO n° 396478, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *PSESS* 7.10.2010; RO n° 434319, rel. Min. Hamilton Carvalhido; AgR-RO n° 265464, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *PSESS* 28.10.2010; AgR-RO n° 437609, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *PSESS* 29.10.2010; AgR-RO n° 434234, rel. Min. Cármen Lúcia, *PSESS* 11.11.2010, AgR-RO n° 433457, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *PSESS* 23.11.2010; AgR-RO n° 358145, rel. Min. Arnaldo Versiani, *PSESS* 2.12.2010; AgR-RO n° 256508, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*E 22.2.2011.

Não encontrei, nos precedentes desta Corte, debate específico sobre até qual momento é possível que a ocorrência de fato superveniente afaste a inelegibilidade do candidato. Há, contudo, nas ementas de alguns precedentes – sem que o tema tenha sido discutido com maior profundidade –, alguns parâmetros.

No RO n° 434319/CE (rel. Min. Hamilton Carvalhido, *PSESS* 20.10.2010), considerou-se que "a obtenção de liminar ou a antecipação dos efeitos da tutela em processo judicial, *após o pedido de registro, mas antes das eleições*, suspendem a inelegibilidade decorrente da rejeição das contas de que trata a alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/1990".[9]

No RO n° 62966, do qual foi relatora a eminente Ministra Cármen Lúcia, considerou-se como fato superveniente que afastava a inelegibilidade a "*suspensão* dos efeitos por decisão judicial proferida *antes do julgamento do registro*"[10]

No acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário n° 256508[11], o eminente Ministro Marco Aurélio fez constar da ementa

[9] Eleição 2010. Recurso ordinário. Registro de candidatura. Contas de prefeito rejeitadas pelo Tribunal de Contas. Incompetência. Art. 1°, I, *g*, da LC n° 64/1990, com a redação dada pela LC n° 135/2010. Liminar concedida após o registro. Suspensão da inelegibilidade (art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/1997). 1. Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas de gestão de prefeito. Precedentes. 2. Nos termos do art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/1997, introduzido pela Lei n° 12.034/2009, a obtenção de liminar ou a antecipação dos efeitos da tutela em processo judicial, após o pedido de registro, mas antes das eleições, suspendem a inelegibilidade decorrente da rejeição das contas de que trata a alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/1990. Recurso ordinário provido. (RO – Recurso Ordinário n° 434319/CE; rel. Min. Hamilton Carvalhido, *PSESS* 20.10.2010).

[10] Eleições 2010. Recurso ordinário. Deferimento do registro de candidatura de deputado estadual na instância ordinária. Art. 1°, inciso I, *g*, da Lei Complementar n° 64/1990. Rejeição de contas do presidente da Câmara Municipal de Araguaína/TO pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Suspensão dos efeitos por decisão judicial proferida antes do julgamento do registro. Alteração jurídica superveniente. Art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/1997. Precedentes. Recurso ao qual se nega provimento. (RO n° 62966, rel. Min. Cármen Lúcia, PSESS 16.12.2010.)

[11] Chefe do Poder Executivo Municipal. Contas. As contas do chefe do Poder Executivo Municipal, pouco importando se ligadas a balanço final do exercício ou a contratos, hão de ser apreciadas pela Câmara de Vereadores. Precedentes: Recurso Extraordinário n° 132747, de minha relatoria, Agravo Regimental no Recurso Ordinário n° 1313, relator Ministro Caputo Bastos, e Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n° 32290, relator Ministro Marcelo Ribeiro. Registro. Inelegibilidade. Fato superveniente. Cumpre à Justiça Eleitoral, enquanto não cessada a jurisdição relativamente ao registro de candidato, levar em conta fato superveniente –

que: "Cumpre à Justiça Eleitoral, enquanto não cessada a jurisdição relativamente ao registro de candidato, levar em conta fato superveniente – inteligência do § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997".

Sua Excelência reafirmou essa posição no julgamento do AgR-RO n° 223666[12], no qual, afinal, travou-se o seguinte debate entre o eminente relator e o Ministro Marcelo Ribeiro:

> O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, acompanho o relator. Tenho, entretanto, uma preocupação, que não se aplica ao caso concreto, quanto a esse tema. Até quando a Justiça Eleitoral pode aplicar o § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, já que ele dispõe que devem ser consideradas as causas de inelegibilidade.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Tenho visão mais ampla sobre a matéria. Penso o seguinte: como não há especificidade de preceito a gerar óbice à aplicação, a partir de certo tempo deve ser considerado de forma...
>
> O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Vossa Excelência entende que, enquanto o registro estiver sendo discutido...
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): *É possível considerar, desde que esteja, também, em instância ordinária, já que, relativamente à extraordinária, deve haver o prequestionamento*.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Ministro, se houver inelegibilidade devido a rejeição de contas – suponhamos que dois anos depois da posse se obtenha reforma da decisão –, não podemos mais...
>
> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Mas o caso não se coloca nessa situação.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Seremos, na Justiça Eleitoral, mais ágeis e não gastaremos esses dois anos para apreciar o caso.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: No caso concreto acompanho o relator.

inteligência do § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997. (AgR-RO n° 256508/PE, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 22.2.2011)

[12] Tribunal de Contas da União. Recurso de revisão. Eficácia. O recurso de revisão interposto no processo administrativo apreciado pelo Tribunal de Contas da União implica a ausência de preclusão do que decidido. Lei. Aplicação no tempo. A Lei Complementar n° 135/2010, por versar o processo eleitoral, não se aplica às eleições realizadas no ano da edição, a teor do disposto no art. 16 da Constituição Federal. Inelegibilidade. Fato superveniente. Art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/1997. O que decidido pelo Tribunal de Contas da União em recurso de revisão implica, ante a procedência do pedido formulado em relação à glosa, o afastamento da inelegibilidade. (RO n° 223666/PI, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 10.6.2011.)

Diante desses precedentes, considero que a questão merece ser examinada por duplo ângulo. Primeiramente, como já me manifestei anteriormente, verifico, em linha que acredito acompanha o entendimento do eminente Ministro Marco Aurélio, a questão do limite processual para que seja noticiado o fato superveniente. Isso será possível enquanto o pedido de registro encontrar-se sob a jurisdição ordinária, pois, na jurisdição extraordinária, faltará o necessário prequestionamento.

Em segundo lugar, além do limite processual, é necessário verificar até quando é materialmente possível que o fato superveniente afaste a inelegibilidade, pois de outro modo as decisões da Justiça Eleitoral jamais alcançarão a necessária segurança jurídica e a definição de quem efetivamente são os candidatos em uma eleição.

O registro de candidatura tem como objetivo viabilizar ao interessado a condição de candidato, para que possa, no dia das eleições, ser votado. Esse é o motivo da necessidade, agora por imposição legal, de as condições de elegibilidade e as inelegibilidade serem aferidas no momento do registro.

É pertinente ao caso a lição de José Jairo Gomes:

> "Porque inquiridos no processo de registro, é nessa oportunidade que os requisitos necessários à concretização da candidatura são analisados. A esse respeito, em sua primeira parte, o § 10 do art. 11 da LE (acrescentado pela Lei nº 12.034/2009) é claro ao estabelecer que "as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura". Entretanto, em que pese deverem ser aferidas, nem todas devem estar perfeitas nessa ocasião. Tanto que a segunda parte do mesmo preceito ressalva "as alterações, fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade". Assim, o que aquela cláusula firma é o momento referencial para averiguação dos aludidos requisitos; em outros termos, estabelece que eles devem ser pensados com base na situação existente por ocasião da formalização do pedido de registro.
>
> Não se deve, pois, confundir o momento da aferição com o de existência das condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Para algumas, relevante é que se apresentem na data da eleição. Nesse sentido, prescreve o art. 9º da Lei nº 9.504/1997 que o alistamento e o domicílio eleitorais e a filiação partidária sejam aferidos tomando-se por base o dia do pleito. No tocante a idade mínima exigida para certos cargos, a situação é ainda mais favorável ao candidato, eis que – à vista do disposto no art. 11, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 – essa condição de elegibilidade deve ser pesquisada no momento da posse.
>
> Por outro lado, inelegibilidade inicialmente reconhecida pode vir a ser afastada em razão de "alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro" (LE, art. 11, §10, *in fine*); de modo que o inicial indeferimento do pedido de registro pode ser revertido se até o dia do pleito a inelegibilidade não mais

subsistir. Tem-se aqui hipótese de elegibilidade superveniente, em contraste com a inelegibilidade superveniente (prevista no art. 262, I, do CE). Se o diploma pode ser cassado em razão de inelegibilidade superveniente, ou seja, de o candidato ter recuperado sua elegibilidade no transcurso do processo eleitoral.

Assim, o que realmente importa é que no dia do pleito o candidato seja elegível." (Direito Eleitoral, 6ª ed., Ed. Atlas, 2011, p. 229/230).

Corroborando esse entendimento, o Código Eleitoral, ao cuidar da contagem dos votos, estabelece que "serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados" (art. 175, § 3°), ressalvando a hipótese de reconhecimento da inelegibilidade após a votação, quando os votos são contados para o partido (art. 175, § 4°).

As disposições contidas no § 4° do art. 175 do Código Eleitoral e no parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições pressupõem que o registro do candidato seja indeferido após a realização das eleições não em razão de fato superveniente estranho ao processo, mas em decorrência do seu curso normal e reforma da decisão pelas instâncias superiores.

A situação, contudo, não se restringe apenas ao dia da eleição, a meu sentir. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica em reconhecer que os fatos supervenientes ao registro e aqueles de natureza constitucional que refletem a inelegibilidade do candidato podem e devem ser arguidos por meio do recurso contra a expedição do diploma, a teor do que dispõem os arts. 259 e seu parágrafo único[13] e 262[14], ambos do Código Eleitoral. (AgR-REspe n° 950098718, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* 7.12.2010; AgR-AI n° 11.607 (*a contrario sensu*), rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJE* 18.6.2010; AgR-REspe n° 34.149, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *PSESS* 25.11.2008).

Igualmente, ainda que as inelegibilidades e condições de elegibilidade sejam aferidas no momento do registro, é certo que este Tribunal tem reconhecido a impossibilidade de diplomação daqueles candidatos cujos direitos políticos tenham sido suspensos no curso do processo eleitoral, ainda que, após a diplomação, tenham eles sido restabelecidos:

[13] Art. 259. São preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional.

Parágrafo único. O recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto.

[14] Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:

I – inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato;

II – errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;

III – erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda;

IV – concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta lei, e do art. 41-A da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Recurso contra expedição de diploma. Suspensão de direitos políticos.

1. Em face do princípio da unirrecorribilidade, não cabe a interposição simultânea de embargos e agravo regimental contra a mesma decisão individual.

2. Na linha da jurisprudência do Tribunal, recebem-se como agravo regimental os embargos, com pretensão infringente, opostos contra decisão do relator.

3. *Se o candidato, na data da diplomação, está com seus direitos políticos suspensos – em decorrência do trânsito em julgado de decisão penal posterior ao pedido de registro –, é cabível a interposição de recurso contra expedição de diploma com base no art. 262, I, do Código Eleitoral.*

4. A superveniente suspensão de direitos políticos configura situação de incompatibilidade, a que se refere o art. 262, I, do Código Eleitoral, visto que não há como alguém que não esteja na plenitude desses direitos exercer mandato eletivo.

5. *Conforme ocorre com as causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade – que são aferidas no momento do pedido de registro de candidatura –, no ato de diplomação o candidato não pode igualmente ostentar restrição à plenitude dos seus direitos políticos (art. 14, § 3°, II, da Constituição Federal).*

6. *Não se insere na competência da Justiça Eleitoral examinar as razões pelas quais a extinção da punibilidade do candidato somente foi decidida após a diplomação, além do que tal fato não afasta o obstáculo averiguado por ocasião de sua diplomação.*

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

Agravo regimental não conhecido. (AgR-REspe n° 35709/RS, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* 24.5.2010)[15]

Desse precedente, anoto trecho do voto do eminente Ministro Arnaldo Versiani, em que Sua Excelência assevera:

> Além de não se inserir na competência da Justiça Eleitoral examinar as razões pelas quais a extinção da punibilidade do candidato não teria sido resolvida antes da diplomação ou que houve óbice oriundo do Poder Judiciário, fato é que, no momento da diplomação, vigorava a suspensão dos seus direitos políticos. Porém, decorrido o prazo para a interposição do recurso contra a expedição de diploma, não compete à Justiça Eleitoral tomar conhecimento de fatos supervenientes que alterem a condição de elegibilidade ou revelem inelegibilidade do candidato que foi diplomado.

[15] Além desse precedente, no sentido de não ser possível a diplomação em razão da suspensão superveniente dos direitos políticos, confiram-se os seguintes acórdãos: AgR-RMS n° 695/SP, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* 5.8.2010; AgR-REspe n° 35830/SP; rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* 5.8.2010; Ag n° 6.024/MG, rel. Min. José Gerardo Grossi, *DJ* 2.5.2007; RCED n° 759, rel. Min. José Augusto Delgado, *DJ* 28.9.2007).

> Não há como acolher a tese de que não se pode mais admitir a desconstituição do diploma, em face da posterior extinção da punibilidade, porquanto, tal como ocorre no pedido de registro, é por ocasião da diplomação que se afere a aptidão do referido candidato.

Nessa linha, concluo no sentido de que os fatos supervenientes à diplomação não têm o condão de afastar a inelegibilidade anteriormente reconhecida pela Justiça Eleitoral.

No presente caso, destaco que a decisão do TCU que gerou a inelegibilidade foi proferida no ano de 2006. Considerando-se que o prazo da inelegibilidade para as eleições de 2010 é de cinco anos[16], tem-se que, a partir do entendimento firmado no acórdão embargado, mesmo que o registro tenha sido deferido inicialmente, o candidato era inelegível no dia em que pediu o registro, no dia da eleição e no dia da diplomação dos eleitos.

Por fim, sem obviamente enfrentar os doutos fundamentos que levaram à concessão da medida liminar, em respeito à competência da Justiça Federal, verifico que o candidato foi condenado em 2006. Como demonstra a certidão por ele apresentada nos autos, em 2007, ele recolheu a multa e obteve a quitação da Corte de Contas (Ac. n° 234/2007, da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União).

Ao longo de mais de quatro anos, nada reclamou, inclusive quando o seu registro foi negado por decisão monocrática do eminente Ministro Hamilton Carvalhido e pelo Plenário desta Casa. Apenas após a decisão do Plenário, em 17 de dezembro de 2010, é que o candidato ajuizou, já no exercício de 2011, ação ordinária contra a União, para desfazer o acórdão do Tribunal de Contas, com base no qual foi reconhecida a sua inelegibilidade. A liminar foi negada em primeira instância e deferida em segunda, em 31 de janeiro de 2011, quando já transitada a diplomação dos eleitos[17].

Assim, Senhor Presidente, escusando-me pelo alongado deste voto, em suma, considero que somente são aptas a afastar a inelegibilidade, na forma do § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, as alterações fáticas e jurídicas supervenientes ao registro dos candidatos que ocorram antes da diplomação e desde que também sejam noticiadas até o momento da oposição dos embargos de declaração perante a instância ordinária.

No presente caso, como visto, o alegado fato superveniente não foi apontado no momento da oposição dos embargos de declaração e a sua ocorrência somente se deu após a diplomação dos eleitos.

---

[16] E não de oito como alterado pela Lei Complementar n° 135, cuja incidência foi afastada por pronunciamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a aplicabilidade do art. 16 da Constituição Federal em relação à norma.

[17] Não há nos autos notícia da interposição de recurso contra a expedição de diploma dos eleitos.

Por essas razões, voto no sentido de acompanhar o eminente relator em relação à admissão do assistente simples e quanto à rejeição dos embargos de declaração, entretanto, renovando sinceras vênias, divirjo de Sua Excelência em relação à questão de ordem proposta, para não conhecer da alegação de existência de fato superveniente. Mantenho, assim, integralmente o indeferimento do registro.

É como voto.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Henrique Neves, não haveria campo sequer para a ação rescisória, observados o Código de Processo Civil e o previsto no inciso VII do art. 485 dele constante, porque inexistia documento à época do julgamento.

Vossa Excelência, inclusive, ressaltou que ele propôs ação, no Tribunal Regional Federal, após o pronunciamento do Tribunal.

Não fomos omissos quando julgamos, porque não havia liminar naquele momento. Seria um fato novo, tendo em vista a jurisdição? A meu ver, não.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Nesse sentido, sei que teoricamente ele não estava sequer na lista de inelegíveis do Tribunal de Contas; por isso, talvez ele não tenha proposto a ação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Precisamos perceber que não estamos no campo da jurisdição voluntária. No caso, há a parte antagônica.

Matéria de Fato

O DOUTOR TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (advogado): Senhor Presidente, para corroborar o que o Ministro Henrique Neves disse, o candidato não propusera a ação, porque portava certidão negativa do Tribunal de Contas da União. Seu nome constara de uma simples auditoria, mas não de um procedimento que implicava condenação. Ele conseguiu essa certidão negativa e, com base nela, o Tribunal Regional Eleitoral deferiu o registro; ele concorreu com o registro e só no final de novembro é que, por decisão monocrática, o Ministro Hamilton Carvalhido negou o registro. Demorou-se muito a julgar o agravo regimental, que foi interposto no dia seguinte, e apenas em janeiro foi comunicado o fato porque o Tribunal entrou em recesso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Qual seria o móvel da negativa do registro pelo Ministro Hamilton Carvalhido?

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: As impugnações em primeira instância apontavam várias rejeições de contas, mas o Ministro Hamilton Carvalhido considerou apenas o acórdão do Tribunal de Contas. Em novembro, então, ele já sabia que aquela certidão negativa não foi considerada.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Ele já sabia desde a impugnação, desde que o registro foi requerido.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Recebi há pouco a *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, volume IV, que tem um artigo do doutor Rodrigo López Zílio, muito interessante, sobre as alterações da Lei n° 12.034/2009 em que aponta a seguinte característica: "o candidato que não tem condição de elegibilidade porque não pagou uma multa, se o registro dele é indeferido, ele pode pagar a multa e por conta dessa alteração passar a ser elegível?" Parece-me que não.

Ele restringe bem a situação que diz respeito àquela circunstância advinda de causas externas à voluntariedade dos atores do processo eleitoral. No caso, o candidato tinha capacidade de impugnar a decisão do Tribunal de Contas com a qual já concordou, porque em 2007 ele pagou a multa e obteve a certidão de quitação do Tribunal. E em novembro, o Tribunal diz: "por conta dessa decisão, o senhor será inelegível". Porém, desde a impugnação, essa decisão já constava, mas somente depois do reconhecimento no Tribunal Superior Eleitoral, depois da decisão do Plenário, é que foi proposta a ação; quase que verdadeira rescisória.

O DOUTOR TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (advogado): Senhor Presidente, não havia decisão do Tribunal de Contas que rejeitava as contas. Havia menção a uma auditoria que, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não era hipótese de inelegibilidade. Por isso o Tribunal Regional Eleitoral concedeu o registro. Posteriormente, diríamos, numa verdadeira guinada jurisprudencial, o Ministro Hamilton Carvalhido, por decisão monocrática, indeferiu o registro. Houve o agravo regimental e, devido à complexidade da matéria, foi se projetando no tempo.

Esse agravo regimental foi julgado poucos dias antes do recesso. No dia seguinte ao do julgamento e da publicação do acórdão em sessão, a parte embargou, o Tribunal entrou em recesso e, ainda havendo prazo para os embargos declaratórios – porque os declaratórios suspendem o prazo –, no dia 1°, quando o Tribunal voltou do recesso, foi comunicado o tal fato superveniente. Essa é a cronologia dos fatos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: O que significa apenas que, se não tivesse sido na véspera, teríamos julgado os embargos e não haveria o fato. Só reforça a tese contrária.

Voto

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, peço vênia ao relator para acompanhar a divergência.

É certo que, quando atua como instância ordinária, este Tribunal recebe os embargos de declaração numa perspectiva mais ampla. Talvez seja isso que tenha levado o Tribunal, inclusive, a acolher os embargos de declaração em julgado do Ministro Hamilton Carvalhido a que o Ministro Henrique Neves fez referência, até pela circunstância de que a Lei Complementar n° 135, de 2010, entrara em vigor no ano passado.

Aquele caso, salvo engano, cuidava de demissão de servidor e o Tribunal acolheu os embargos de declaração porque se provara que essa demissão fora tornada sem efeito pelo próprio Executivo. Nós, então, num espírito de maior liberalidade – e como a lei havia acabado de entrar em vigor, mas nem se aplicou às eleições de 2010 – é que acolhemos esse fato superveniente nos embargos de declaração.

Creio que, com espírito aberto, com essa inovação, até o § 10 do art. 11 da Lei das Eleições foi introduzido com a finalidade de permitir maior amplitude no exame de fatos supervenientes que afastassem a inelegibilidade.

O Ministro Henrique Neves, a meu ver, citou muito bem a comparação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. Temos o entendimento também de que, se há suspensão dos direitos políticos até a data da diplomação, o candidato não será diplomado. Então, se há hipótese inversa, ou seja, se a inelegibilidade é afastada até a diplomação, também parece razoável que interpretemos a data da diplomação, que é ato materialmente administrativo, como um limite, momento final para que esse fato superveniente seja trazido, seja perante os tribunais regionais eleitorais, seja perante o juízo eleitoral, seja perante o Tribunal Superior Eleitoral. Mas fora dessa esfera jurídica, independentemente da forma como ele seja trazido – embargos de declaração, petição ou outra –, entendo que não seja mais possível examinar o fato superveniente, e no caso dos autos, também não vejo como rever a questão, inclusive, como se pretende, que a decisão do Tribunal de Contas não acarrete a inelegibilidade.

Essa questão foi muito discutida por ocasião do agravo regimental em que o Tribunal entendeu dessa forma, qual seja, de que estava configurada a respectiva inelegibilidade. Acredito que não haja nenhuma razão que explique a eventual inércia do candidato em tomar alguma medida que visasse a afastar a causa de inelegibilidade ainda no período eleitoral.

Por isso, peço vênia ao relator para acompanhar a divergência.

Voto

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, a parte final do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 dispõe que as alterações de fato ou de direito supervenientes ao pedido de registro devem ser levadas em consideração para afastar as causas de inelegibilidade:

> Art. 11. (*Omissis*).
>
> § 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, *ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade*.

A lei, no entanto, não estabeleceu até que momento essas modificações de fato podem ensejar o afastamento da inelegibilidade.

Entendo, pedindo respeitosas vênias ao e. Ministro Gilson Dipp, que esse termo final não deve ser a data da posse dos eleitos, mas sim *a data da diplomação*, por aplicação do princípio da isonomia.

Com efeito, o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, ao ressalvar a possibilidade de fatos posteriores ao pedido de registro afastarem a inelegibilidade, corrigiu uma distorção da legislação anterior.

Isso porque, até então, as causas de inelegibilidade que ocorressem após o pedido de registro e até a diplomação poderiam ser alegadas com a interposição do RCED, enquanto os fatos supervenientes ao pedido de registro que afastassem as causas de inelegibilidade não poderiam ser consideradas, pois somente poderiam ser verificadas no momento do registro de candidatura.

Assim, a parte final do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997, apesar de não indicar expressamente até quando as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade podem ser consideradas, conclui-se que apenas os fatos posteriores ao registro e anteriores à diplomação devem ser levados em conta, do mesmo modo como ocorre com as inelegibilidades que surgem após o pedido de registro, garantindo, assim, a equidade no processo eleitoral de registro de candidatura.

Além disso, a posse não é um marco seguro nos casos dos membros do Poder Legislativo, pois ao contrário do que ocorre com investidura dos chefes do Poder Executivo, fixada pela CF/1988 no dia 1º de janeiro, as datas de posse dos parlamentares não são uniformes.

Quanto aos deputados federais e senadores, a posse pode ocorrer *a partir de* 1º de fevereiro (art. 57, § 4º, CF/1988).

Com relação aos parlamentares estaduais, distritais e municipais, as datas de empossamento são definidas pelas constituições estaduais e leis orgânicas,

o que possibilita que em cada estado e em cada município sejam estabelecidos dias diferentes.

Destaco, por exemplo, que a Lei Orgânica do Distrito Federal define o dia 1° de janeiro (art. 66, I), enquanto a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul fixa o dia 31 de janeiro (art. 49, § 3°), a Constituição do Estado da Paraíba, o dia 1° de fevereiro (art. 59, § 4°) e a Constituição do Estado de São Paulo, o dia 15 de março (art. 9°, § 2°).

Além disso, há constituições estaduais que não determinam data específica para a posse de seus membros, fixando um período dentro do qual essa posse pode ocorrer. É o caso da Constituição do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe:

> Art. 53. (*Omissis*).
> [...]
> § 3° – No início de cada legislatura, haverá reuniões preparatórias, *entre os dias primeiro e quinze de fevereiro*, com a finalidade de:
> I – dar posse aos deputados diplomados;

Desse modo, evidencia-se que a adoção do dia da posse como marco de aplicação da parte final do § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997 enseja grave desigualdade entre os candidatos concorrentes ao mesmo pleito eleitoral, na medida em que proporciona maiores chances de elegibilidade a um deputado de São Paulo do que a um deputado da Paraíba ou do Rio Grande do Sul, por exemplo, pois o parlamentar de São Paulo teria um prazo muito superior aos demais para obter decisão liminar em processo de prestação de contas.

Por todo o exposto, acompanho o e. Ministro Henrique Neves e considero a data da diplomação como o limite temporal para a aplicação da ressalva do § 10 do art. 11 da Lei n° 9.504/1997, de modo que somente os fatos posteriores ao registro de candidatura e anteriores à diplomação podem afastar a inelegibilidade.

Forte nessas razões, *indefiro* o pedido formulado às fls. 713-715 e *mantenho o indeferimento do registro de candidatura* de Dinaldo Medeiros Wanderley.

É o voto.

Esclarecimentos

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, colocaríamos o processo de registro em segundo plano. Estaríamos a cogitar de fase subsequente, a diplomação.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Creio que o fato superveniente pode até, eventualmente, ser noticiado, nesse prazo de três dias, no recurso contra

expedição de diploma, se ele ocorrer até a data da diplomação. A ocorrência material do fato tem que ser no dia da diplomação. A alegação da existência desse fato poderia chegar até os três dias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Com a jurisdição aberta.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Porque até três dias ainda cabe o recurso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Mas o fato não está.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES: Até três dias depois da diplomação, ele poderia noticiar o fato que ocorreu antes da diplomação.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Mas a jurisdição seria para diplomar, certo? O que se discute é que o candidato, por exemplo, teve o seu registro indeferido e o que se afasta é a inelegibilidade exatamente para propiciar a diplomação. Como podemos propiciar a diplomação se a diplomação já terá ocorrido? Esse é o problema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Há outro aspecto levantado pela representante do Ministério Público que é preocupante: se ultrapassarmos a data da diplomação, podemos trazer um fator de perturbação muito grande no colegiado das assembleias legislativas, nos membros da Câmara dos Deputados.

Esse é dado de ordem prática que deve ser levado em consideração também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Parece-me que isso geraria insegurança do processo eleitoral. Qual é o resultado? Qual é a consequência?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Para o Executivo o que acontece é que às vezes a data da diplomação é marcada para 17 de dezembro e em seguida há o período de recesso e de férias. A própria Justiça Eleitoral fica fechada nesse período de recesso e pode reabrir, por exemplo, no dia 7 de janeiro. A posse no Executivo já terá ocorrido no dia 1° de janeiro.

A Ministra Nancy Andrighi traz vários argumentos para demonstrar que não pode ser a data da posse.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: A *contrario sensu* a posse fica afastada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Vossa Excelência, Ministra Nancy Andrighi, está trazendo contribuição importante, porque diferia um pouco mais esse prazo – que parece ser consensual – que é o da diplomação,

aproveitando o prazo do recurso contra expedição de diploma, mas há esses inconvenientes que estamos levantando, como a doutora Sandra Cureau já registrou em seu pronunciamento.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Eu também acompanho a divergência, considerando exatamente o que já foi bem posto no Plenário: a questão da segurança, que é preciso garantir, com as regras do jogo já postas. No sentido democrático de Norberto Bobbio, as regras estão postas, e o processo tem de ter sinalização, pelo menos, de que ele está devidamente aperfeiçoado.

Eventuais invalidades ocorrem nos processos jurisdicionais, mas o que parece é que essa segurança, essa certeza fica mais clara, razão pela qual também sigo a divergência.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, não levo a cláusula final do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 às últimas consequências, porque, se assim o fizesse, seria esse preceito verdadeira panaceia, remédio para todos os males. Hão de se considerar, realmente, fatos supervenientes, mas, para isso ocorrer, é indispensável que ainda se esteja na apreciação do registro propriamente dito.

Na espécie, houve decisão deste colegiado impugnada com base em articulação, creio que de omissão, obscuridade e contradição. Após a interposição dos embargos declaratórios, veio à balha petição a comunicar o que seria fato novo quanto a deficiência pretérita – a rejeição das contas. Indaga-se: podemos considerar essa petição? A meu ver, não.

Sob meu ponto de vista, de início, a jurisdição regular se esgotou por ocasião do julgamento do agravo regimental, e só teríamos uma possibilidade: esclarecer ou integrar a decisão, ante um dos defeitos – omissão, contradição ou obscuridade –, sem poder levar em conta o que apontado como fato novo. E disse, até mesmo, que esse fato novo não serviria sequer, assentada a inelegibilidade, à rescisória, porque, quando o Código de Processo Civil se refere a documento novo, é tal como definido no próprio preceito.

Disse que estamos no campo da jurisdição contenciosa, e não voluntária, pois há partes no processo, com interesses antagônicos, sendo preciso considerar a organicidade e a dinâmica do Direito, principalmente do instrumental, que é a liberdade em sentido maior, no que se sabe *a priori* o que pode ou não ocorrer no processo, que é uma marcha em direção ao desfecho final. Como sabemos, não se volta a estágio anterior, salvo quando há autorização normativa.

Peço vênia para acompanhar também a divergência iniciada pelo Ministro Henrique Neves.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Também peço vênia ao Ministro Gilson Dipp, entendo também que a diplomação deve ser um marco, e é justamente o marco que encerra o processo eleitoral que deve ser observado, sob pena de – usando expressão do Ministro Marco Aurélio – "instaurarmos a babel" em todo o contexto eleitoral, que já está definido a essa altura.

Extrato da Ata

ED-AgR-RO n° 4522-98.2010.6.15.0000 – PB. Relator: Ministro Gilson Dipp – Embargante: Dinaldo Medeiros Wanderley (advogados: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros) – Embargado: Ministério Público Eleitoral – Assistente: Genivaldo Matias de Oliveira Filho (advogados: Gabriela Rollemberg e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do relator. Quanto à questão de ordem, ficou vencido o Ministro Gilson Dipp.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Arnaldo Versiani e Henrique Neves, e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Cureau.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 8723849-29.2008.6.22.0030*
Ji-Paraná – RO

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior.
Agravante: Klécius Modesto de Araujo.
Advogados: Ivan Francisco Machiavelli e outro.
Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Art. 14, § 11, da Constituição Federal. Violação. Inexistência. Divergência

* Agravo regimental desprovido em 24.3.2011. Embargos de declaração em agravo regimental rejeitados em 2.6.2011. Agravo em Recurso Ordinário n° 658.073 conhecido em 21.3.2012 para negar seguimento ao recurso extraordinário. Embargos de declaração em agravo em recurso extraordinário rejeitados em 12.6.2012.

jurisprudencial. Similitude fática. Ausência de demonstração. Decisão agravada. Fundamento não infirmado. Súmula nº 283 do STF. Não provimento.

1. A mera divulgação da propositura de ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) e da sua peça inicial em *sites* de notícias na Internet, por si só, não acarreta nulidade processual se não houver demonstração de prejuízo. Ofensa inexistente ao art. 14, § 11, da Constituição Federal. Precedente: RO n° 32/RJ, rel. Min. Nilson Naves, *DJ* de 22.5.1998.

2. O conhecimento do recurso especial eleitoral pela alínea *b* do inciso I do art. 276 do Código Eleitoral demanda a exposição, de forma clara e precisa, das circunstâncias fáticas e jurídicas que assemelham os casos cotejados. Precedentes. No caso, o agravante não se desincumbiu de tal ônus.

3. É inadmissível o recurso especial eleitoral quando o acórdão recorrido assenta-se em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula n° 283 do STF. No caso, o agravo regimental não impugnou o fundamento de que o conhecimento do recurso especial eleitoral demandaria o reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula n° 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 24 de março de 2011.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator.

Publicado no *DJE* de 26.4.2011.

Relatório

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental (fls. 509-522) interposto por Klécius Modesto de Araújo, vereador de Ji-Paraná/RO eleito em 2008, contra decisão (fls. 505-507) que negou seguimento a recurso especial eleitoral.

O agravante alega que houve violação ao art. 14, § 11, da Constituição Federal devido à quebra do segredo de justiça da ação de impugnação de mandato eletivo. Quanto à suposta ausência de prova robusta da captação ilícita de sufrágio, assevera que realizou o cotejo analítico entre os julgados tidos por divergentes.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (relator): Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental (fls. 509-522) interposto por Klécius Modesto de Araújo, vereador de Ji-Paraná/RO eleito em 2008, contra decisão (fls. 505-507) que negou seguimento a recurso especial eleitoral com os seguintes fundamentos (fls. 505-507):

> "*Relatados, decido.*
>
> Trata-se de recurso especial eleitoral interposto por Klécius Modesto de Araújo, vereador de Ji-Paraná/RO eleito em 2008, contra acórdão do e. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia em ação de impugnação de mandato eletivo (AIME).
>
> No caso dos autos, extrai-se do v. acórdão regional que a petição inicial da Aime foi divulgada na rede mundial de computadores. Confira-se (fls. 358v-359):
>
> > 'Dos autos, verifica-se que realmente foram publicadas notícias sobre o presente processo nos *sites* JusBrasil, O Rondoniense, Central de Rondônia, Jipagora, Portal Jipa e TRE/RO (fls. 41-51).
> >
> > As notícias replicam a mesma matéria. Ela informa que o Ministério Público Eleitoral de Ji-Paraná propôs ação de impugnação de mandato eletivo em face do vereador diplomado Klécius Modesto Araújo e traz algumas citações constantes no processo.
> >
> > Alguns *sites* incluíram um *link* para acesso à íntegra da petição inicial da ação'.
>
> O recorrente alega violação ao art. 14, § 11, da Constituição Federal, argumentando que a citada divulgação implica quebra do segredo de justiça da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME).
>
> Com efeito, os sítios eletrônicos mencionados noticiaram a propositura da AIME e deram publicidade à petição inicial da ação.
>
> Todavia, a mera divulgação da peça inicial da AIME, por si só, não tem o condão de macular o processo se não houver demonstração de prejuízo. Nesse sentido, José Jairo Gomes ensina que 'a violação do sigilo só por si não induz nulidade processual' (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 551).
>
> Sobre a matéria, essa c. Corte Superior Eleitoral já assentou que, se não houver prova do prejuízo, não há declarar nulidade processual por quebra do segredo de justiça. É o que se depreende do seguinte julgado:
>
> > 'Ação de impugnação de mandato eletivo. Segredo de justiça. Nova diplomação (pleito proporcional de 1994, no Estado do Rio de Janeiro). Prova (valoração/inexistência).
> >
> > 1. Em tal caso, o julgamento da causa é público, a teor do disposto no art. 93, IX da Constituição. Mas cabe também à parte zelar pela tramitação

do feito em *segredo de justiça* (Constituição, art. 14, § 11), competindo-lhe, nos momentos próprios, insurgir-se contra a não tramitação. A falta de alegação da nulidade acarreta a preclusão. *Sem prova de prejuízo, nulidade não há*.

(...)

4. Recurso ordinário desprovido'.

(RO nº 32 /RJ, rel. Min. *Nilson Naves*, *DJ* de 22.5.1998.) (Destaquei.)

Quanto à suposta fragilidade da prova da captação ilícita de sufrágio, o recurso especial eleitoral foi interposto com fundamento no art. 276, I, *b*, do Código Eleitoral, sob alegação de divergência jurisprudencial.

Contudo, o recorrente limitou-se a transcrever ementas de julgados do c. TSE sem demonstrar a similitude fática dos arestos tidos por divergentes, tampouco proceder ao devido cotejo analítico.

Além disso, a e. Corte Regional, soberana na apreciação do acervo fático-probatório, concluiu haver prova robusta da apontada captação ilegal de votos. Alterar este entendimento demandaria o reexame das provas dos autos, inviável na instância especial, a teor da Súmula n° 7 do STJ.

Ante o exposto, *nego seguimento* ao recurso especial eleitoral, nos termos do art. 36, § 6°, do RITSE".

A decisão agravada assevera que o art. 14, § 11, da Constituição Federal não foi violado, pois não houve quebra do segredo de justiça da ação de impugnação de mandato eletivo. No que se refere à suscitada divergência jurisprudencial, o *decisum* fundamenta-se na impossibilidade de conhecimento do recurso especial eleitoral nas hipóteses em que o suposto dissídio jurisprudencial não for demonstrado e a apreciação da matéria demandar o reexame de fatos e provas.

No agravo regimental, sustenta-se que o acórdão regional viola o art. 14, § 11, da Constituição Federal e que a divergência jurisprudencial foi demonstrada.

Entretanto, não assiste razão ao agravante.

No caso dos autos, o delineamento fático do v. acórdão regional revela que o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) foi divulgado na rede mundial de computadores e que alguns sítios eletrônicos disponibilizaram *links* de acesso à petição inicial da ação. Confira-se (fls. 358v-359):

"Dos autos, verifica-se que realmente foram publicadas notícias sobre o presente processo nos *sites* JusBrasil, O Rondoniense, Central de Rondônia, Jipagora, Portal Jipa e TRE/RO (fls. 41-51).

As notícias replicam a mesma matéria. Ela informa que o Ministério Público Eleitoral de Ji-Paraná propôs ação de impugnação de mandato eletivo em face do vereador diplomado Klécius Modesto Araújo e traz algumas citações constantes no processo.

Alguns *sites* incluíram um *link* para acesso à íntegra da petição inicial da ação."

Todavia, a mera divulgação da propositura da AIME e da sua peça inicial, por si só, não tem o condão de macular o processo se não houver demonstração de prejuízo. Nesse sentido, José Jairo Gomes ensina que "a violação do sigilo só por si não induz nulidade processual[1]".

Sobre a matéria, essa c. Corte Superior Eleitoral já assentou que, se não houver prova do prejuízo, não há como declarar nulidade processual por quebra do segredo de justiça. É o que se depreende do seguinte julgado:

> "Ação de impugnação de mandato eletivo. Segredo de justiça. Nova diplomação (pleito proporcional de 1994, no Estado do Rio de Janeiro). Prova (valoração/inexistência).
>
> 1. Em tal caso, o julgamento da causa é público, a teor do disposto no art. 93, IX da Constituição. Mas cabe também à parte zelar pela tramitação do feito em *segredo de justiça* (Constituição, art. 14, § 11), competindo-lhe, nos momentos próprios, insurgir-se contra a não tramitação. A falta de alegação da nulidade acarreta a preclusão. *Sem prova de prejuízo, nulidade não há*.
>
> (...)
>
> 4. Recurso ordinário desprovido."
>
> (RO n° 32 /RJ, rel. Min. *Nilson Naves*, *DJ* de 22.5.1998.) (Destaquei.)

Desse modo, não há falar em violação ao art. 14, § 11, da Constituição Federal, pois não houve quebra do segredo de justiça da ação de impugnação de mandato eletivo.

No que se refere à divergência jurisprudencial, o recurso especial eleitoral alegou a inexistência de prova robusta da captação ilícita de sufrágio.

A decisão agravada assentou, entretanto, a impossibilidade de conhecimento do recurso com fundamento no art. 276, I, *b*, do Código Eleitoral, em razão da inexistência de cotejo analítico apto a demonstrar o mencionado dissídio, bem como por demandar o reexame de fatos e provas.

Da leitura do recurso especial eleitoral, observa-se que o cotejo analítico não foi realizado a contento. O recorrente menciona apenas a tese jurídica supostamente adotada nos julgados paradigmas de que a condenação por captação ilícita de sufrágio exige prova robusta. Não especifica, todavia, as circunstâncias fáticas que supostamente assemelham os casos cotejados.

Além disso, o agravo regimental não impugnou o segundo fundamento da decisão agravada, qual seja, de vedação do reexame fático-probatório na instância especial, fundamento suficiente à manutenção do *decisum*, nos termos da Súmula n° 283 do STF, *mutatis mutandis*: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

---

[1]GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 551.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.
É o voto.

Extrato da Ata

AgR-REspe nº 8723849-29.2008.6.22.0030 – RO. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – Agravante: Klécius Modesto de Araujo (advogados: Ivan Francisco Machiavelli e outro) – Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Verônica Cureau.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 2523-56.2010.6.17.0000
Recife – PE

Relator: Ministro Marco Aurélio.
Recorrente: Manoel Teixeira de Lima.
Advogados: André Dutra Dórea Ávila da Silva e outros.
Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Inelegibilidade. Alínea *g* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990. Alcance. A norma da alínea *g* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990 não se limita à rejeição das contas anuais relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, alcançando também a glosa parcial.

Rejeição de contas. Uma vez rejeitadas as contas, impondo-se o ressarcimento aos cofres públicos, configura-se a inelegibilidade prevista na alínea *g* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 14 de junho de 2011.

Ministro MARCO AURÉLIO, relator.

Publicado no *DJE* de 2.9.2011.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, a título de relatório, adoto as informações prestadas pela assessoria:

> O Ministério Público Eleitoral, ora recorrido, impugnou o pedido de registro de Manoel Teixeira de Lima, com base no art. 1°, I, *g*, da Lei Complementar n° 64/1990, em razão de o Tribunal de Contas de Pernambuco haver julgado procedente denúncia contra o candidato, ao tempo presidente da Câmara Municipal de Caruaru/PE. Tal denúncia foi julgada procedente em 28 de dezembro de 2007 (fls. 38 e 39), após o que foi interposto recurso ordinário, parcialmente provido em 30 de setembro de 2008 (fl. 40). O regional, por maioria, vencido o relator originário, indeferiu a candidatura (fls. 190 a 209).
>
> No recurso ordinário, argumenta-se a inexistência de rejeição de contas relativas ao exercício de cargos e funções públicas, pois o processo administrativo aludido pelo Ministério Público não foi de prestação de contas – que se reporta à globalidade da gestão –, envolvendo denúncia na qual se apuram somente atos isolados. Sustenta-se, com a transcrição de trechos do voto vencido, não caracterizados enriquecimento ilícito, irregularidades insanáveis ou atos dolosos de improbidade administrativa. Pleiteia-se o provimento, para que seja deferido o registro.
>
> Não houve juízo de admissibilidade na origem, na forma do art. 12 da Lei Complementar n° 64/1990 e do art. 49, inciso II, § 2°, da Res.-TSE n° 23.221/2010.
>
> O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 244 a 249). Afirma que foram constatadas as seguintes irregularidades: pagamentos indevidos de gratificações, de funções sobrepostas e de material de expediente nunca recebido; fracionamento de despesas sem licitação; dispensa imprópria de termo de contrato, a denotar mal uso de verba de gabinete; entre outras. Assinala ter-se imputado a sanção de ressarcimento do Erário. Diz irrelevante o fato de a condenação decorrer de denúncia.

A Procuradoria-Geral Eleitoral preconiza o desprovimento do recurso (fls. 254 a 257).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Senhor Presidente, na interposição deste recurso, atenderam-se os pressupostos gerais de recorribilidade. O documento de fl. 92 evidencia a regularidade da representação processual. Manifestou-se o inconformismo em 7 de agosto de 2010 (sábado – fl. 211), após a publicação do acórdão na sessão de 5 de agosto de 2010 (quinta-feira – fl. 190).

Observem o disposto na alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/1990 e, assim, o objetivo da norma. Alude, é certo, a contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas. Evidentemente, o preceito apanha situações concretas em que, formalizada denúncia, constatam-se irregularidades, como ocorreu na espécie. A interpretação teleológica direciona à conclusão de não se exigir que o pronunciamento do Tribunal de Contas tenha sido implementado em prestação de contas. Situações desconformes, verificadas ante esta ou aquela provocação, ou mesmo de ofício, pelo Tribunal de Contas, estão abrangidas pela citada norma. A não ser assim, restará potencializada a interpretação verbal do dispositivo, em detrimento da teleológica.

No mais, quando julgado o recurso ordinário pelo Tribunal de Contas, foi excluído apenas o item alusivo ao pagamento de férias não gozadas a servidores ocupantes de cargos comissionados, isso no crivo revisional do Tribunal de Contas. Então, persistiram as demais inconsistências, a saber (fls. 38 e 40):

a) pagamento de gratificações no valor de R$10.200,00 (dez mil e duzentos reais), para o exercício de funções sem o implemento respectivo;

b) sobreposição de funções exercidas por servidores efetivos, comissionados e contratados;

c) acumulação de cargo comissionado, na prefeitura, com efetivo, no governo do estado, por certa servidora, surgindo a incompatibilidade de horários;

d) falta de prova da entrada, no almoxarifado, de materiais de expediente no valor de R$6.000,00 (seis mil reais), sem comprovar-se, também, a destinação.

Quanto às obras e aos serviços realizados na Câmara, consignou-se, ainda:

a) fracionamento de despesas, sem adotar-se o devido processo licitatório;

b) inexistência de projeto básico e orçamento estimativo;

c) ausência de fiscal designado pela administração, no caso de contratação de terceiros para a execução de obras e serviços;

d) dispensa injustificada de contrato e não adoção do boletim de medição nas obras e serviços de engenharia realizados;

e) pagamento de materiais em quantidades superiores às identificadas no local, caracterizada a realização de despesas indevidas, sendo necessária a devolução aos cofres públicos de R$4.310,17 (quatro mil, trezentos e dez reais e dezessete centavos).

Portanto, a quantia a ser ressarcida ficou em R$20.510,17 (vinte mil, quinhentos e dez reais e dezessete centavos). Foi aplicada ao ora recorrente, presente a qualificação de ordenador de despesas, multa no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais).

O quadro motivou providência do Tribunal de Contas no sentido de remeter cópia do processo ao Ministério Público de Contas, para o envio à Promotoria estadual, visando às providências cabíveis.

É certo que, no pronunciamento verificado, não se classificou, de forma expressa, a irregularidade como insanável. Todavia, ante as práticas estampadas, houve a glosa sob tal ângulo, especialmente na parte alusiva à contratação de obras e serviços e a pagamentos sem base legal.

Ante o quadro, desprovejo o recurso.

Extrato da Ata

RO nº 2523-56.2010.6.17.0000 – PE. Relator: Ministro Marco Aurélio – Recorrente: Manoel Teixeira de Lima (advogados: André Dutra Dórea Ávila da Silva e outros) – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Ministra Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Verônica Cureau.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 36.643 (42899-92.2009.6.00.0000) Bertolínia – PI

Relator: Ministro Arnaldo Versiani.
Recorrentes: José Donato de Araújo Neto e outra.
Advogados: José Norberto Lopes Campelo e outros.
Recorrida: Aracélia Maria de Sousa.
Advogados: Fernando Aurélio de Azevedo Aquino e outra.

Ação de impugnação de mandato eletivo. Fraude. Inelegibilidade.

1. A fraude objeto da ação de impugnação de mandato eletivo diz respeito a ardil, manobra ou ato praticado de má-fé pelo candidato, de modo a lesar ou ludibriar o eleitorado, viciando potencialmente a eleição.

2. O fato de o prefeito reeleito de município transferir seu domicílio eleitoral e concorrer ao mesmo cargo em município diverso, no mandato subsequente ao da reeleição, pode ensejar discussão sobre eventual configuração de terceiro mandato e, por via de consequência, da inelegibilidade do art. 14, § 5º, da Constituição Federal, a ser apurada por outros meios na Justiça Eleitoral, mas não por intermédio da ação de impugnação de mandato eletivo, sob o fundamento de fraude.

Recurso especial provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 12 de maio de 2011.

Ministro ARNALDO VERSIANI, relator.

Publicado no *DJE* de 28.6.2011.

Relatório

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, Aracélia Maria de Sousa, candidata ao cargo de prefeito e segunda colocada na eleição majoritária do município de Bertolínia/PI, propôs ação de impugnação de mandato eletivo, com pedido de antecipação de tutela, contra José Donato de Araújo Neto e Rita de Cássia Sousa Martins, candidatos eleitos aos cargos de prefeito e vice-prefeito daquela localidade, com fundamento no art. 14, § 10, da Constituição Federal (fls. 2-16).

Em decisão de fls. 33-34, foi indeferido o pedido de antecipação de tutela.

Após o processamento da demanda e considerando que a matéria suscitada na ação era meramente de direito, o Juízo da 28ª Zona Eleitoral do Piauí entendeu desnecessária a dilação probatória e acolheu a preliminar de não cabimento da ação, com fundamento no art. 295, V, do Código de Processo Civil, julgando o processo extinto sem julgamento de mérito (fls. 253-261).

Interposto recurso pela autora da ação, o Tribunal Regional Eleitoral daquele estado rejeitou as preliminares de carência da ação, por inadequação da via eleita e impossibilidade de se julgar o mérito da questão, levantada em sede de questão de ordem da tribuna. No mérito, por maioria, deu parcial provimento ao apelo, para cassar os mandatos de prefeito e vice-prefeito de José Donato de Araújo Neto e Rita de Cássia Sousa Martins, respectivamente, determinando a realização de novas eleições e a posse do presidente da Câmara Municipal como chefe do Poder Executivo até a realização do novo pleito.

Eis a ementa do acórdão regional (fls. 418-418-verso):

> AIME. Fraude. Prefeito reeleito. Candidato em outro município. Mesmo cargo. Inelegibilidade constitucional. Extinção do feito sem resolução do mérito. Recurso. Preliminar de carência de ação. Rejeitada. Mérito. Fraude. Potencialidade lesiva ao resultado do pleito. Procedência. Cassação dos mandatos. Execução imediata. Novo pleito.
>
> Muito embora o entendimento jurisprudencial incline-se no sentido de entender a fraude constante do art. 14, § 10 da CF/1988, atrelada ao processo de votação, é de se entender que a matéria sob apreciação, por sua expressa

previsão constitucional, macula não só o processo de votação, mas sim todo o processo eleitoral, inclusive o de votação, pois, em verdade, implicitamente o eleitor estará sendo induzido a erro, tendo em vista que estará votando em candidato inelegível.

De acentuar que o referido diploma traz em si o germe da democracia representativa, fundada em referenciais ético-políticos de real grandeza, e traduzida em verdade objetiva.

Admitir-se a frustração do dispositivo é permitir o relativismo constitucional, bem assim a preclusão da matéria afim, posta na presente ação; provada inelegibilidade – fraude, atentativa à verdade em comento, deve-se, a rigor, decretar a perda do mandato eletivo do infrator, nos termos do § 10, do art. 14 da Constituição Federal.

Constata-se que o candidato utilizou-se de um artifício que viciou todo o processo eleitoral. Assim, não se deve restringir a fraude eleitoral somente ao processo de votação, razão porque é de rejeitar a preliminar de carência de ação, por inadequação da via eleita.

Embora tenha ocorrido a extinção do processo sem resolução do mérito, é possível a análise por este Tribunal da matéria apontada na inicial, a teor do disposto do art. 515, § 3° do CPC, já que a questão posta em discussão versa exclusivamente sobre inelegibilidade de candidato.

Com a nova interpretação do colendo TSE sobre reeleição de candidatos aos cargos do Poder Executivo, entende-se que a renúncia ao cargo no município de Canavieira/PI não autorizaria ao impugnado sua candidatura ao cargo de prefeito no município de Bertolínia/PI, por se tratar de mesmo cargo e, desta forma, configurando-se inevitavelmente o exercício do terceiro mandato consecutivo, o que se afigura impossível no atual contexto jurídico.

Procedência do pedido de cassação dos mandatos dos recorridos.

Realização de novo pleito, em face de os recorridos terem obtido mais de cinquenta por cento dos votos válidos, à luz do que disciplina o art. 224 do Código Eleitoral.

José Donato de Araújo Neto e Rita de Cássia Sousa Martins opuseram embargos de declaração (fls. 431-455), aos quais a Corte de origem negou provimento (fls. 459-464).

Seguiu-se a interposição de recurso especial (fls. 468-491), no qual os recorrentes afirmam que a ação de impugnação de mandato eletivo foi proposta sob o fundamento de que "o impugnado, José Donato de Araújo Neto, ora recorrente, foi eleito para o cargo de prefeito do município de Canavieira/PI para o período de 2001/2004, sendo reeleito no pleito de 2004 para o período de 2005/2008", e que, em abril de 2008, "se desincompatibilizou do cargo de prefeito de Canavieira/PI para concorrer ao cargo de prefeito do município vizinho, Bertolínia/PI" (fl. 470).

Aduzem, todavia, que, em sua defesa, destacaram ser o primeiro mandato de José Donato de Araújo Neto no município de Bertolínia/PI, para onde transferiu seu título eleitoral por possuir origem familiar naquela localidade. Sustentam que não há impedimento para prefeito candidatar-se ao mesmo cargo em outro município, vizinho ou não, por se tratar de candidatura a outro cargo.

Ressaltam que o registro de candidatura foi deferido, não tendo havido impugnação à transferência eleitoral ou à sua candidatura.

Narram que o promotor eleitoral se manifestou pelo não cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo, o que foi acolhido pelo juízo eleitoral, que extinguiu a demanda.

Apontam, não obstante, que o Tribunal Regional Eleitoral reformou a decisão de primeiro grau e julgou procedente o pedido, por considerar que "a presente ação foi proposta baseada na inelegibilidade em razão de fraude na transferência de domicílio eleitoral do primeiro recorrente, a fim de que este pudesse concorrer à disputa eleitoral em Bertolínia/PI, sendo que em Canavieira/PI, o mesmo já exercia o cargo de prefeito reeleito, o que configuraria um terceiro mandato" (fl. 472).

Destacam, ainda, que a Corte de origem entendeu que a conduta do candidato ao cargo de prefeito estaria revestida de potencialidade, porquanto o artifício utilizado por ele maculou o processo eleitoral, influenciando diretamente os eleitores na escolha da chapa majoritária.

Alegam que o acórdão regional diverge de precedentes deste Tribunal Superior, sob o argumento de que, em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, não seria possível examinar fraude na transferência de domicílio eleitoral, visto que o conceito de fraude, para fins de ajuizamento da referida ação, seria aquele relativo à votação.

Acrescentam que "a fraude eleitoral, objeto de AIME, é a intervenção deliberada numa eleição com o propósito de impedir, anular ou modificar os resultados reais, favorecendo ou prejudicando algum candidato, partido ou coligação" (fl. 480).

Arguem que o domicílio eleitoral é condição de elegibilidade, e não hipótese de inelegibilidade.

Assinalam que "não há como se considerar uma fraude a candidatura do requerente porque todos os atos por ele praticados o foram com a concordância da Justiça Eleitoral, oportunamente praticados e admitidos pela mesma, sem qualquer impugnação" (fl. 481), tanto que foi deferido seu pedido de registro de candidatura.

Defendem que não agiram com o *animus* de fraudar a eleição.

Aduzem estar configurada divergência jurisprudencial em relação à potencialidade de a conduta ser lesiva ao resultado do pleito.

Sustentam que se trata de eventual arguição de inelegibilidade em razão do exercício de terceiro mandato, matéria que não poderia ser enfrentada em sede de ação de impugnação de mandato eletivo.

Afirmam que, segundo a jurisprudência dominante, na ação de impugnação de mandato eletivo é obrigatória a comprovação da potencialidade de influência da conduta no resultado das eleições, o que não teria ocorrido no caso em exame.

Alegam que os eleitores não foram ludibriados e votaram conscientemente em seu candidato.

Asseveram que "a transferência de domicílio eleitoral, além de não ter configurado a fraude prevista no art. 14, § 10 da Constituição Federal, não é fato capaz de influir diretamente no resultado de uma eleição, pois os eleitores escolheram conscientemente seus candidatos, e se optaram em votar nos recorrentes, assim o fizeram movidos por um livre sentimento democrático" (fl. 483).

Apontam que não há semelhança entre o acórdão recorrido e o referente ao Recurso Especial Eleitoral n° 35.207, deste Tribunal Superior, porquanto naquele caso teria ocorrido a impugnação oportuna da candidatura, diferentemente do que aconteceu na espécie.

Indicam a existência de dissídio jurisprudencial também no que diz respeito à tipicidade dos instrumentos processuais.

Argumentam que a ação de impugnação de mandato eletivo não é o instrumento processual adequado à hipótese, uma vez que não houve ação de impugnação contra a transferência de domicílio eleitoral, nem ação de impugnação do registro de candidatura, além do que existiria recurso contra a expedição de diploma pendente de julgamento.

Ressaltam que, somente após as eleições, quando o recorrente já estava eleito, se firmou novo entendimento jurisprudencial a respeito da matéria – acerca da inelegibilidade de prefeito reeleito concorrer noutro município –, o qual não poderia ser aplicado às eleições de 2008, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica e da alteração da vontade dos eleitores do município de Bertolínia/PI.

Aduzem que, conforme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, as condições de elegibilidade devem ser aferidas no momento do pedido de registro, motivo pelo qual a matéria estaria preclusa, não podendo ser cassados seus registros ou diplomas.

Assinalam violação ao art. 14, § 10, da Constituição Federal, reiterando que fraude em relação à transferência de domicílio eleitoral não pode ser alegada em ação de impugnação de mandato eletivo.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial, conforme atesta certidão de fl. 574.

A Procuradoria-Geral Eleitoral apresentou parecer pela rejeição da preliminar e pelo não provimento do recurso (fls. 581-589).

Observo que, em decisão de 22.10.2009, proferida na Ação Cautelar n° 3.345, deferi medida liminar, a fim de suspender os efeitos do acórdão recorrido até o

julgamento do presente recurso especial, e determinei a recondução dos ora recorrentes aos cargos para os quais foram eleitos.

Ressalto que essa decisão foi confirmada por este Tribunal Superior, que, em sessão de 19.11.2009, negou provimento a agravo regimental interposto pela ora recorrida.

Voto

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, inicialmente, colho o seguinte trecho do voto condutor do acórdão regional que expõe os fatos narrados na ação de impugnação de mandato eletivo (fl. 421, verso):

> (...) a recorrente ajuizou ação para impugnar o mandato de José Donato de Araújo Neto, eleito prefeito no município de Bertolínia/PI, argumentando que o referido candidato foi eleito prefeito no município de Canavieira/PI para os seguintes períodos: 1993-1996, 2001-2004 e 2005-2008.
>
> Diante disso e considerando, ainda, que o município de Canavieira é vizinho ao município de Bertolínia, o recorrido estaria impossibilitado de candidatar-se a cargo eletivo do Poder Executivo municipal, pois estaria configurado o exercício de um terceiro mandato consecutivo.
>
> Analisando os autos, percebe-se que restou devidamente comprovado, através de certidões emitidas pelo chefe de Cartório da 28ª Zona (fls. 18/19), que o recorrido, de fato, foi o candidato a prefeito eleito nas eleições de 1992, 2000 e 2004 no município de Canavieira/PI e que o mesmo requereu transferência do seu domicílio eleitoral, no dia 31.7.2007, para o município de Bertolínia/PI.

A recorrida sustenta que como o recorrente José Donato de Araújo Neto foi reeleito prefeito, sucessivamente, do município de Canavieira/PI, ele não poderia desincompatibilizar-se do cargo, já no segundo mandato, a fim de concorrer na eleição subsequente, em município diverso, em face da vedação do exercício de terceiro mandato sucessivo, considerado o disposto no art. 14, § 5°, da Constituição Federal.

A questão essencial a ser examinada é se a hipótese narrada pode ser objeto de ação de impugnação de mandato eletivo.

O relator no Tribunal *a quo* entendeu cabível o exame da questão nessa espécie de ação, com base nos seguintes fundamentos (fls. 420-421):

> A presente ação foi proposta baseada na inelegibilidade em razão de fraude na transferência de domicílio eleitoral do primeiro impugnado, a fim de que este pudesse concorrer à disputa eleitoral – em Bertolínia/PI, sendo que em Canavieira/PI, o mesmo já exercia o cargo de prefeito reeleito, o que configuraria

um terceiro mandato de acordo com recente entendimento jurisprudencial do colendo TSE.

De fato, *a Corte Superior Eleitoral assentou o entendimento em relação ao terceiro mandato de prefeitos que, depois de reeleitos em um município, transferem seu domicílio eleitoral para outro e lá se candidatam novamente ao cargo de prefeito, sedimentando o seguinte posicionamento: "somente é possível eleger-se para o cargo de prefeito municipal por duas vezes consecutivas".*

Muito embora o entendimento jurisprudencial incline-se no sentido de entender a fraude constante do art. 14, § 10, da CF/1988, atrelada ao processo de votação, entendo que a matéria, por sua expressa previsão constitucional, macula não só o processo de votação, mas sim, todo o processo eleitoral, inclusive o de votação, pois, em verdade, implicitamente o eleitor estará sendo induzido a erro, tendo em vista que estará votando em candidato inelegível.

Neste caso, *cuida-se de fraude constitucional, já que havia previsão na Constituição Federal de permissão de uma única reeleição subsequente para o cargo de prefeito*. Portanto, ainda que fosse em município diverso, o candidato não poderia pleitear a candidatura em outro município, tendo em vista tratar-se do mesmo cargo.

Constata-se que o candidato utilizou-se de um artifício que viciou todo o processo eleitoral. Assim, não se deve restringir a fraude eleitoral somente ao processo de votação. Este foi o entendimento do colendo Tribunal Superior Eleitoral por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n° 4.661 que teve como relator o Ministro Fernando Neves, o qual estendeu o conceito de fraude antes do exato momento da votação (...).

Outrossim, apesar dos recentes posicionamentos de alguns tribunais regionais em não considerar a alegação de inelegibilidade constitucional em ação de impugnação de mandato eletivo, não se pôde constatar, até o presente momento, o atual entendimento da Suprema Corte Eleitoral sobre a matéria, confirmando o posicionamento firmado em decisões anteriores.

De acentuar que o referido diploma traz em si o germe da democracia representativa, fundada em referenciais ético-políticos de real grandeza, e traduzida em verdade objetiva.

Admitir-se a frustração do dispositivo, é permitir o relativismo constitucional, bem assim a preclusão da matéria afim, posta na presente ação; provada a inelegibilidade – fraude, atentativa à verdade em comento, deve-se, a rigor, decretar a perda do mandato eletivo do infrator, nos termos do § 10, do art. 14 da Constituição Federal. (Grifo nosso).

O voto condutor faz menção (fl. 422) ao acórdão no Recurso Especial n° 32.507, relator o Ministro Eros Grau, de 17.12.2008, no qual o Tribunal, por maioria, manteve o indeferimento do pedido de registro de candidato ao cargo de prefeito, por entender evidenciada "fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 5° do art. 14 da CB".

Nesse precedente, consignou o Ministro Eros Grau que o caso em exame importava fraude à lei, diante do "evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral".

Anoto que, no julgamento do referido recurso especial, fiquei vencido juntamente com o Ministro Marcelo Ribeiro, manifestando-me nestes termos:

> Se já me impressionaria o argumento de que a transferência de domicílio eleitoral ocorreu um ano antes, sem qualquer impugnação de quem quer que fosse, quanto mais aqui, em que essa transferência do domicílio ocorreu há cinco anos anteriores a essa eleição.
>
> Também me parece que o § 5° do art. 14 da Constituição, quando se refere à reeleição de presidente da República, governador de estado e prefeito, especialmente quando se trata de prefeito, ele quer dizer em relação ao mesmo município. Ou seja, é vedada a reeleição de prefeito para mais de um período subsequente se se tratar do mesmo município. Se for município diverso, o que deve ser considerado é que, realmente, a reeleição não é nem reeleição; se ele era prefeito em determinado município e transferiu seu domicílio para município diverso, ele está sendo eleito prefeito. Se quer pretender a sua reeleição nesse município, penso ser perfeitamente lícito, nos termos do § 5° do art. 14 da Constituição.

Essa questão, aliás, retornou recentemente a debate do Tribunal no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n° 41980-06.2009.6.00.0000, relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, de 27.5.2010, que se referia a recurso contra expedição de diploma.

Destaco a ementa desse julgado:

> Agravos regimentais. Recurso especial eleitoral. Recurso contra expedição de diploma. Mudança de domicílio eleitoral. 'Prefeito itinerante'. Exercício consecutivo de mais de dois mandatos de chefia do Executivo em municípios diferentes. Impossibilidade. Violação ao art. 14, § 5° da Constituição Federal.
>
> 1. Não merece ser conhecida a alegação dos agravantes de descabimento do recurso contra expedição de diploma, uma vez que não foi decidida pelo e. Tribunal *a quo*, faltando-lhe, pois, o imprescindível requisito do prequestionamento, o que impede sua admissibilidade na via do recurso especial. Aplica-se, portanto, à espécie, o disposto na Súmula n° 282 do c. STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'.
>
> *2. A partir do julgamento do Recurso Especial n° 32.507/AL, em 17.12.2008, esta c. Corte deu nova interpretação ao art. 14, § 5°, da Constituição Federal, passando a entender que, no Brasil, qualquer chefe de Poder Executivo – presidente da República, governador de estado e prefeito municipal – somente pode exercer dois*

mandatos consecutivos nesse cargo. Assim, concluiu que não é possível o exercício de terceiro mandato subsequente para o cargo de prefeito, ainda que em município diverso.

3. A faculdade de transferência de domicílio eleitoral não pode ser utilizada para fraudar a vedação contida no art. 14, § 5°, da Constituição Federal, de forma a permitir que prefeitos concorram sucessivamente e ilimitadamente ao mesmo cargo em diferentes municípios, criando a figura do 'prefeito profissional'.

4. A nova interpretação do art. 14, § 5°, da Constituição Federal adotada pelo e. TSE no julgamento dos recursos especiais nos 32.507/AL e 32.539/AL em 2008 é a que deve prevalecer, tendo em vista a observância ao princípio republicano, fundado nas ideias de eletividade, temporariedade e responsabilidade dos governantes.

5. Agravos regimentais não providos. (Grifo nosso.)

Destaco, contudo, que, nesse julgamento, acompanhei o relator, com a ressalva do meu ponto de vista já manifestado no julgamento do Recurso Especial n° 32.507, como igualmente o fez o Ministro Marcelo Ribeiro, tendo ficado vencido o Ministro Marco Aurélio.

Vê-se, portanto, que a discussão sobre a possibilidade de prefeito reeleito concorrer em outro município, com a consequente aplicação do art. 14, § 5°, da Constituição Federal, não se revela pacífica.

De qualquer sorte e independentemente do aceso debate sobre essa inelegibilidade, observo que esse mesmo fato foi agora arguido sob o fundamento de fraude, em sede de ação de impugnação de mandato eletivo.

A meu ver, a controvérsia de o prefeito reeleito em determinada localidade transferir seu domicílio eleitoral e concorrer em município diverso pode ser examinada, tal como já o fez este Tribunal, em processos de registro de candidatura e mais recentemente em recurso contra expedição de diploma.

Mas, ainda que sob o argumento de fraude a lei, não há como se pretender cassar o mandato de candidatos eleitos, com base no art. 14, § 10, da Constituição Federal.

Entendo que as causas de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo – abuso do poder econômico, corrupção e fraude – se referem estritamente a ilícitos que ensejam a obtenção ilegítima do mandato eletivo pelo candidato, tanto que, há muito, a jurisprudência do Tribunal tem exigido o requisito da potencialidade para fins de procedência da ação constitucional, ponderando eventuais reflexos que tais práticas ilícitas possam causar à vontade popular.

Conforme aduziu o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Ordinário n° 516, de 28.11.2001, "o que visa, na ação de impugnação, não é punir o candidato ímprobo, tanto que a sua procedência independe de que lhe sejam imputáveis o abuso, a fraude ou a corrupção. *Cuida, sim, na ação de impugnação, é da cassação do mandato viciado na sua origem por vícios que se possam reputar*

capazes de haver influído – com provável relevância causal – no resultado do pleito" (grifo nosso).

Por outro lado, asseverou o Ministro Fernando Gonçalves no recente julgamento do Recurso Ordinário n° 2.335, de 8.4.2010, que a fraude a ser apurada na ação de impugnação de mandato eletivo diz respeito a "alguma forma de ardil visando a enganar o eleitor, angariando o seu voto".

Tal afirmação está em consonância com a jurisprudência do Tribunal no sentido de que "a fraude eleitoral a ser apurada na ação de impugnação de mandato eletivo não se deve restringir àquela sucedida no exato momento da votação ou da apuração dos votos, podendo-se configurar, também, por qualquer artifício ou ardil que induza o eleitor a erro, com possibilidade de influenciar sua vontade no momento do voto, favorecendo candidato ou prejudicando seu adversário" (Agravo de Instrumento n° 4.661, rel. Min. Fernando Neves, de 15.6.2004).

É incontroverso nos autos que o recorrente, então prefeito reeleito do município de Canavieira/PI, se afastou do exercício desse cargo e requereu a transferência de seu domicílio eleitoral para Bertolínia/PI, onde concorreu e se elegeu ao cargo de prefeito.

Essa situação fática, a meu ver, não constitui ardil, manobra ou ato praticado de má-fé pelo candidato, de modo a lesar ou ludibriar o eleitorado, configurando fraude examinável em ação de impugnação de mandato eletivo. A controvérsia existente é se essa hipótese configura terceiro mandato sucessivo e consequente inelegibilidade do art. 14, § 5°, da Constituição Federal, matéria a ser eventualmente suscitada no âmbito do processo de registro de candidatura ou no recurso contra expedição de diploma.

Nesse particular, igualmente concluiu, no caso, a juíza eleitoral em sua sentença (fls. 257-258):

> No caso em baila, a impugnante aduz que o primeiro suplicado disputou na eleição passada um terceiro mandato consecutivo fraudando, assim, disposição constitucional.
>
> Veja-se que os impugnados pugnaram por seus registros de candidatura perante esta 28ª Zona Eleitoral e, apesar de impugnados por motivos outros, tiveram suas candidaturas registradas por decisão do e. TRE/PI.
>
> Com base neste registro, os impugnados fizeram campanha eleitoral, disputaram cargos e foram eleitos no dia 5 de outubro último.
>
> Ocorre que nesta fase, após todo este trâmite processual eleitoral, vem a impugnante alegar que os candidatos praticaram fraude contra a CF/1988 para disputar o pleito.
>
> Não vejo o comportamento dos suplicados como fraudulento, pois os mesmos pugnaram por suas candidaturas e estas foram deferidas pela justiça eleitoral. A fraude que consolida requisito para a AIME, é aquela que visa burlar a vontade do eleitor, o que não foi o caso.

> A fraude objeto de AIME deve se relacionar necessariamente à eleição, deve ter como objeto fatos oriundos e reflexos da votação ou da apuração dos votos tendente a comprometer a legitimidade do pleito.

Anoto que nem sequer está em discussão eventual transferência fraudulenta de domicílio eleitoral, questão que, aliás, igualmente não poderia ser analisada em ação de impugnação de mandato eletivo, segundo a jurisprudência desta Corte Superior (Agravo Regimental no Recurso Ordinário n° 888, rel. Min. Caputo Bastos, de 18.10.2005; Agravo Regimental no Recurso Especial n° 24.806, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, de 24.5.2005).

Por fim, mesmo se em concluindo que a hipótese dos autos configuraria fraude, a que se refere o art. 14, § 10, da Constituição Federal, tenho que não procede a afirmação da Corte de origem de que o fato detinha potencialidade para desequilibrar o pleito.

A propósito, colho do acórdão regional (fl. 422, verso):

> Entendo configurada a inelegibilidade como fraude para a desconstituição dos mandatos dos recorridos, considerando ainda que a conduta analisada é revestida de potencialidade lesiva ao resultado do pleito, posto que o artifício utilizado pelos recorridos maculou todo o processo eleitoral, uma vez que influenciou diretamente os eleitores quando da escolha da chapa majoritária.
>
> Na esteira do que já decidido pelo colendo TSE, a potencialidade/probabilidade lesiva ao resultado do certame eleitoral não se afigura por simples cálculo aritmético, mas deve ser apreciada sob o ângulo da gravidade da conduta ilícita praticada pelos candidatos.

Em que pese esse entendimento, não vejo como reconhecer o requisito de potencialidade que, como já disse, a meu ver, está associado à hipótese de ilícito.

Ressalto, por sinal, que a nova orientação do Tribunal, quanto à configuração da inelegibilidade do art. 14, § 5°, da Constituição Federal nas hipóteses de "prefeito itinerante", foi firmada apenas para as eleições de 2008. Anteriormente, a jurisprudência do Tribunal admitia a possibilidade de prefeito reeleito concorrer logo em seguida em outro município.

Nesse sentido:

> Consulta. Prefeito reeleito. Candidatura ao mesmo cargo em município diverso. Possibilidade, salvo em se tratando de município desmembrado, incorporado ou que resulte de fusão. Hipótese que não consubstancia um terceiro mandato. Obrigatoriedade de se respeitarem as condições constitucionais e legais de elegibilidade e incompatibilidade. Consulta respondida afirmativamente quanto ao primeiro item, acrescida das considerações quanto ao segundo.

– Não há impedimento para que o prefeito reeleito possa candidatar-se para o mesmo cargo em outro município, salvo em se tratando de município desmembrado, incorporado ou resultante de fusão, não cuidando tal hipótese de um terceiro mandato, vedado pelo art. 14, § 5°, da Constituição Federal.

– Caso em que deverá o candidato respeitar as condições constitucionais e legais de elegibilidade e incompatibilidade, conforme o art. 3° do Código Eleitoral.

Consulta a que se responde afirmativamente ao primeiro item, acrescida das considerações expendidas quanto ao segundo.

(Res.-TSE n° 21.847, Consulta n° 936, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, de 4.9.2003, grifo nosso).

Em outras palavras, o Tribunal entendia como lícita a pretensão de prefeitos reeleitos concorrerem noutro município, circunstância que, a meu ver, afasta a argumentação de que o recorrente teria utilizado artifício para se eleger e que isso teria influenciado a vontade do eleitorado, viciando a disputa.

Assim, concluo que eventual causa de inelegibilidade, ainda que constitucional, não pode ser enquadrada como fraude, passível de apuração no âmbito de ação de impugnação de mandato eletivo, até porque a inelegibilidade deve ser aferida, em princípio, em face da situação pessoal do candidato, razão pela qual, em regra, é discutida no processo de registro de candidatura. Já a fraude, bem como a corrupção e o abuso do poder econômico, previstos no art. 14, § 10, da Constituição Federal, dizem respeito a situações que necessariamente viciam a eleição e resultam na deturpação da vontade do eleitorado, o que não se averigua no caso em exame.

Pelo exposto, *dou provimento ao recurso especial, para julgar extinta a ação de impugnação de mandato eletivo*.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, o defeito, se procedente, precederia a própria eleição. O defeito seria a inelegibilidade.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Sem dúvida, inclusive, porque nesses casos, Senhor Presidente, há pelo menos duas oportunidades para arguição de inelegibilidade.

Poderia ter sido arguida na fase de registro e também na fase de recurso contra expedição de diploma, porque conforme nosso entendimento – por se tratar, supostamente, de inelegibilidade com fundamento na Constituição Federal –, se não for oferecida na fase anterior do registro, ela pode ser arguida na fase seguinte, do recurso contra diplomação. No caso, não foi em nenhuma das fases,

mas apenas em sede de ação de impugnação de mandato eletivo. Como eu disse, a Constituição Federal é exaustiva ao versar, nessa espécie de ação, sobre fraude, abuso e corrupção.

Volto a insistir, porque, do contrário, todos os casos de inelegibilidade seriam arguidos em ação de impugnação de mandato eletivo.

Por isso, Senhor Presidente, peço vênia aos advogados para dar provimento ao recurso.

Pedido de Vista

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, eu tive a oportunidade de perguntar ao ilustre relator se o primeiro colocado, o recorrente, estava no exercício do mandato e Sua Excelência respondeu afirmativamente.

Então, peço vista dos autos.

Extrato da Ata

REspe n° 36.643 (42899-92.2009.6.00.0000) – PI. Relator: Ministro Arnaldo Versiani – Recorrentes: José Donato de Araújo Neto e outra (Advogados: José Norberto Lopes Campelo e outros) – Recorrida: Aracélia Maria de Sousa (Advogados: Fernando Aurélio de Azevedo Aquino e outra).

Usou da palavra, pelo recorrente José Donato de Araújo Neto, o Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho, e, pela recorrida, o Dr. Fernando Aurélio de Azevedo Aquino.

Decisão: Após os votos dos Ministros Arnaldo Versiani e Marco Aurélio, provendo o recurso, pediu vista o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Verônica Cureau.

Voto-Vista

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto por José Donato de Araújo Neto e Rita de Cássia Souza Martins, contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Piauí, que, reformando decisão do Juízo da 28ª Zona Eleitoral daquele estado, acolheu a ação de impugnação de mandato eletivo contra eles proposta, determinado a cassação de seus mandatos, com a realização de novo pleito no município de Bertolínia/PI.

Isso ocorreu porque o correcorrente José estaria concorrendo a um terceiro mandato consecutivo de prefeito municipal, vez que fora eleito para esse mesmo cargo, nas eleições dos anos de 2000 e 2004, no município vizinho de Canavieira.

Às vésperas do encerramento desse segundo biênio à frente da prefeitura daquele município, desincompatibilizou-se do cargo, renunciando a seu mandato e, como havia transferido o domicílio para o município de Bertolínia, ali candidatou-se ao cargo de prefeito, nas eleições de 2008, pleito esse em que saiu vencedor.

A ora recorrida, candidata derrotada naquelas eleições, ajuizou tempestiva ação de impugnação de mandato eletivo, com fundamento em existência de fraude, consubstanciada na interpretação que este Tribunal Superior passou a conferir à norma do art. 14, § 5°, da Constituição Federal, entendendo que a mudança de domicílio, após o exercício de dois mandatos consecutivos de prefeito, com vistas à disputa, nesse novo município, de um terceiro cargo sequencial, caracterizaria hipótese de fraude à lei, no caso, à própria Constituição Federal.

Tal tese, depois de rejeitada, pelo juízo eleitoral de origem, acabou por ser acolhida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Piauí e, nesta Corte, o ministro relator e o Ministro *Marco Aurélio* votaram no sentido de dar provimento ao recurso, para julgar extinto o processo.

Pedi vista dos autos, para uma melhor análise dos fatos aqui em discussão e, agora, apresento meu voto, pedindo vênia para acompanhar os ilustres ministros que já se manifestaram, mas por fundamentos diversos, que passo a apresentar.

Inicialmente, pretendo deixar claro que entendo que a fraude a que aludiu a recorrida, ao ajuizar a ação, caracterizaria hipótese legal bastante a justificar a propositura da presente demanda.

Não é demais ressaltar que uma ação como esta, ora sob análise, é dotada de objeto restrito, por força de disposição constitucional expressa e se destina, tão somente, à apuração das hipóteses estritamente previstas no texto da Magna Carta (art. 14, § 10) e que se referem a abuso de poder econômico, corrupção e fraude.

Ao referir-se à hipótese de fraude, contudo, a aludida norma não traz restrições a seu campo de incidência e, por isso, entendo não poder o intérprete reduzi-la a episódios que teriam ocorrido apenas na oportunidade mesmo da eleição e não antes.

Sobre o tema, já tive oportunidade de tecer algumas considerações, em artigo publicado pela *Revista Brasileira de Direito Eleitoral (RBDE)*, n° 1, p. 45-61, jul./dez.2009, que me permito ora transcrever:

> "A legislação eleitoral não prevê expressamente os casos de fraude. Entretanto, a atualidade do tema inspirou o constituinte originário a estabelecer a fraude como um dos motivos que viabilizam o ingresso do mais importante instrumento da processualística eleitoral: a ação de impugnação de mandato eletivo.
>
> (...)
>
> "A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que a fraude a ser apurada na ação constitucional de impugnação de mandato eletivo refere-se àquela verificada tão somente no processo de votação:

(...) '2. Não é possível examinar a fraude em transferência de domicílio eleitoral em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, porque o conceito de fraude, para fins desse remédio processual, é aquele relativo à votação, tendente a comprometer a legitimidade do pleito, operando-se, pois, a preclusão' (...) (Recurso Ordinário n° 888, relator Ministro Caputo Bastos).

Ocorre, como demonstrado, que os vícios no processo de votação em grande parte foram corrigidos com o advento da urna eletrônica e serão, mais ainda, com a total implementação da identificação biométrica.

Dessa forma, a ação de impugnação de mandato eletivo por fraude, atualmente, é quase que exclusiva para a apuração de compra de votos, ilícito previsto no art. 41-A, da Lei n° 9.504/1997.

Por outro lado, o Código Eleitoral permite que as inelegibilidades constitucionais sejam apuradas em recurso contra expedição de diploma, sem que se opere a preclusão.

Assim, seria apropriado – e esse é o ponto para reflexão – que as fraudes pertinentes às inelegibilidades, e também às elegibilidades constitucionais – excluídas de apuração no RCED – pudessem ser apuradas via de ação de impugnação de mandato eletivo, sob pena de se dar prevalência a uma ação prevista em legislação infraconstitucional em detrimento da ação constitucional de impugnação ao mandato eletivo.

De outra sorte, a natureza de ação ordinária dada à ação de impugnação de mandato eletivo tem feito com que sejam utilizados outros instrumentos processuais mais céleres para a tentativa de apear do poder aquele que tenha vencido o pleito eleitoral com algum vício.

É necessário um novo olhar para esta nobre ação, de previsão constitucional, a fim de que ela não seja escanteada como um instrumento ineficaz de combate à fraude eleitoral" (fls. 56/57).

Assim, e voltando à análise do presente caso, tem-se que o episódio de fraude que teria sido perpetrado pelo recorrente e que já foi assim qualificada, ao ser descrita nos autos do precedente responsável pela alteração da jurisprudência desta Corte Eleitoral a respeito do tema (REspe n° 32.507/AL, datado de 17.12.2008, relator o Ministro *Eros Grau*) seria, sim, em tese, apta a fundamentar o ajuizamento de uma ação de impugnação de mandato eletivo, da forma como aqui se deu.

Afasto, pois, a preliminar de extinção do feito sem apreciação do mérito, acolhida pela sentença proferida pelo juízo eleitoral de primeiro grau, passando à análise do mérito da questão.

Nesse passo, chamo a atenção dos senhores ministros para as peculiaridades do presente caso, que me levam a optar pelo decreto de improcedência da ação.

Conforme dantes ressaltado, a partir do julgamento do REspe n° 32.507/AL, esta Corte Superior passou a entender que comportamento como esse adotado

pelo correcorrente José configuraria burla à norma do art. 14, § 5°, da Constituição Federal, a impedir que alguém disputasse, ainda que em município diverso, um terceiro cargo consecutivo de prefeito municipal.

Destaque-se que o julgamento desse recurso foi concluído no dia 17.12.2008, quando já encerradas as eleições municipais daquele ano, e possivelmente diplomados todos os eleitos.

A presente ação foi ajuizada no dia 29.12.2008, apenas 12 dias depois de publicado o acórdão através do qual se alterou a jurisprudência da Corte sobre o tema, ressaltando-se que não houve pretéritas impugnações ao registro da candidatura do correcorrido José, ou recurso contra a expedição de seu diploma.

Parece intuitivo constatar, destarte, que apenas em razão dessa mudança de entendimento jurisprudencial, dantes referida, é que a recorrida animou-se a buscar, em juízo, ver-se empossada no cargo que não logrou obter nas urnas (pois esse era seu principal objetivo, com o ajuizamento desta ação, conforme consta de sua petição inicial, embora o Tribunal Regional Eleitoral de origem tenha determinado a realização de novas eleições municipais).

Mister, então, proceder-se à análise da situação fática decorrente dessa alteração de posicionamento da Corte, bem assim das regras que disciplinaram a realização das eleições municipais de 2008.

Até que proferido o novo *leading case* a respeito do tema, a jurisprudência desta Corte admitia como lícitas práticas semelhantes a essa feita pelo correcorrente José, com o fito de obter mandato de prefeito em município diverso daquele para o qual já fora eleito chefe do Poder Executivo municipal por dois mandatos consecutivos.

Bem por isso, quando se editou, no mês de fevereiro de 2008, a Instrução n° 120, a disciplinar as eleições municipais que iriam ocorrer no país, naquele ano, consubstanciada na Resolução n° 22.717, seu art. 14 e parágrafo único, assim dispunham:

> "Art. 14. Para concorrerem a outros cargos, o presidente da República, os governadores de estado e do Distrito Federal e os prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito (Constituição Federal, art. 14, § 6°).
>
> Parágrafo único. O prefeito reeleito não poderá candidatar-se ao mesmo cargo, nem ao cargo de vice, para mandato consecutivo no mesmo município" (Res. n° 22.005, de 8.3.2005).

De resto, tal norma apenas repetia o que já constara de idêntica resolução, baixada para as eleições municipais do período imediatamente anterior (Res. n° 21.608/DF, de 5.2.2004, Instrução n° 73), sobre o mesmo tema e cuja redação era a seguinte:

> "Art. 12. Para concorrerem a outros cargos, o presidente da República, os governadores de estado e do Distrito Federal e os prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito (Constituição, art. 14, § 6°).
>
> § 1° O prefeito que se reelegeu não pode candidatar-se ao mesmo cargo, nem ao cargo de vice, para mandato consecutivo na mesma circunscrição.
>
> § 2° O prefeito, reeleito ou não, que, em eleição consecutiva, pretenda candidatar-se em outro município, deverá observar a regra do art. 14, § 6°, da Constituição da República, bem como as exigências de filiação partidária e domicílio eleitoral na circunscrição em que pretenda concorrer, pelo menos um ano antes do pleito, desde que o município não tenha sido criado por desmembramento, incorporação ou fusão daquele onde ocupou o cargo".

De resto, inúmeras consultas foram apresentadas a esta Corte por pessoas que se encontravam em situação similar à do correcorrente José e que pretendiam assim disputar um terceiro mandato consecutivo de prefeito municipal e receberam, invariavelmente, respostas positivas, quanto à perfeita licitude em assim proceder (*v.g.*: consultas – acórdãos n^{os} 21.487, 21.564 e 21.706).

Destarte, quando esse correcorrente alterou seu domicílio e renunciou ao cargo que ocupava, para vir a postular outro, similar, em município diverso, estava a agir da forma como determinada em resolução baixada pelo Tribunal Superior Eleitoral, a qual, em consonância com a pacífica jurisprudência então emanada da Corte, não considerava ilícito tal comportamento.

A alteração desse entendimento apenas veio a consolidar-se por ocasião do julgamento do REspe n° 32.507, publicado no dia 17 de dezembro de 2008, quando já ultimado o pleito municipal daquele ano e a que se refere o presente recurso.

Parece-me, Senhor Presidente, que aplicar retroativamente tal entendimento, para disciplinar processo eleitoral perfeito e acabado antes mesmo de ultimado esse julgamento, não é a melhor solução para o presente litígio.

Muito embora não se ignore posição jurisprudencial consolidada nesta Corte sobre a pronta aplicação, a casos pendentes de julgamento, de mudanças na posição jurisprudencial do Tribunal a respeito de tema submetido à sua apreciação, no caso presente há particularidade a apontar para solução diversa, pois havia resoluções deste Tribunal referendando a legalidade do comportamento adotado pelo correcorrente José, bem assim o caminho a seguir, para proceder da forma como o fez.

Parece-me, destarte, absoluto desrespeito ao postulado da segurança jurídica aplicar o referido precedente àqueles que disputaram o pleito municipal de 2008, e o fizeram segundo as regras editadas pelo TSE acerca do tema.

Ressalto, Senhor Presidente, que o princípio da segurança jurídica é amplamente respeitado por nossos tribunais superiores, como corolário lógico do Estado democrático de direito sobre o qual constituída a República Federativa do Brasil.

Assim, o respeito à primazia das leis não pode ser barateado, tampouco desprezado o comportamento de quem agiu, antes de disputar uma eleição, sob orientação de regulamentos editados pela mais alta autoridade pátria em matéria de Direito Eleitoral.

Não é demais ressaltar que, no âmbito do Direito Eleitoral, as resoluções emanadas do TSE constituem inegável fonte do Direito, vez que dotadas de força de lei ordinária, conforme de há muito decidido pela Corte, nos autos do REspe nº 1.943/RS, publicado em sessão do dia 10.7.1952.

Então, em respeito ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear toda a atuação de nossas cortes superiores, máxime aquelas dotadas do poder de editar normas com força legiferante, entendo, Senhor Presidente, que o aludido precedente apenas deve ser aplicado às hipóteses ocorridas depois de sua publicação, ou seja, 17 de dezembro de 2008, disciplinando, destarte, as eleições que vierem a ser realizadas depois daquela data e não as anteriores.

Sobre o tema e, em arremate, permito-me tecer algumas considerações.

Por ocasião do julgamento do MS nº 26.603/DF, que cuidava da perda de mandato eletivo, por infidelidade partidária, por parlamentares que mudaram de partido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a importância de que a eventual mudança de posicionamento jurisprudencial pacífico tivesse um marco temporal claro a delimitá-lo, para evitar prejuízos aos interessados.

Transcreve-se, na parte em que interessa, o que diz sua ementa:

> "Revisão jurisprudencial e segurança jurídica: a indicação de marco temporal definidor do momento inicial de eficácia da nova orientação pretoriana. – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado democrático de direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de Direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança

dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta n° 1.398/DF (27.3.2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida" (relator o Ministro *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, *DJE* de 19.12.2008).

Dadas as percucientes e profundas lições apresentadas por ocasião da fundamentação daquele julgamento, estão a merecer transcrição partes dos votos então proferidos, que bem se aplicam, a meu sentir, à solução que ora proponho para o presente recurso:

"Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhe são inerentes – tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE n° 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal.

É importante referir, neste ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 250, 1998, Almedina):

'Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com os elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos 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 actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' – Legislativo, Executivo e Judicial'.

Esse entendimento não é estranho à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que já fez incidir o postulado da segurança jurídica em questões várias, inclusive naquelas envolvendo relações de Direito público (MS n° 24.268/MG, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes – MS n° 24.927/RO, rel. Min. Cezar Peluso, v.g.) e de caráter político (RE n° 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa), cabendo mencionar a decisão do Plenário que se acha consubstanciada, no ponto, em acórdão assim ementado:

> '(...) 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de uma componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de Direito público' (...). (MS n° 22.357/DF, rel. Min. Gilmar Mendes).

Vale mencionar, por oportuno, que também a prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA tem observado esse critério, fazendo-o incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que, até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, inclusive em matéria penal.

Refiro-me, não só ao conhecido caso 'Linkletter' – Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, como, ainda, a muitas outras decisões daquele alto tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do *prospective overruling*, a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo relembrar, dentre vários julgados, os seguintes: Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97, 1971; Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 1968; Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 411, 1964; City of Phoenix v. Kolodziejki, 399 U.S. 204, 1970; Cipriano v. City of Houma, 395 U.S. 701, 1969; Allen v. State Bd. Of Educ., 393 U.S. 544, 1969, v.g." (fls. 465 a 468)" (trechos do voto do Ministro *Celso de Mello*).

(...)

"Feitas essas considerações, é preciso saber se a inegavelmente bem inspirada Resolução do TSE n° 22.526/2007, de 27.3.2007, resultante de consulta formulada, em tese, pelo antigo Partido da Frente Liberal, pode aplicar-se aos parlamentares que figuram como litisconsortes nos presentes mandados de segurança, e que trocaram de partido antes da interpretação dada por aquela Corte aos princípios constitucionais que entendeu aplicáveis à espécie.

Em primeiro lugar cumpre assentar que no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados pelo festejado jurista alemão Otto Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais, que não podem afrontá-los sob pena de nulidade. [1]

[1] BACHOFF, Otto. *Normas inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, pp. 62-64.

Dentre tais princípios sobressai o valor 'segurança', que alicerça a gênese da própria sociedade. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, a partir da edição do Leviatã de Thomas Hobbes, incorporou-se à teoria política a ideia de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, passando a constituir um dos pilares sobre os quais se assenta o pacto fundante do Estado, inclusive para legitimar o exercício da autoridade.

Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em lócus privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no art. 60, § 4°, da Carta Magna sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no *caput* do art. 5°, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais.

E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional.

Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de direito, 'já que do contrário' – como adverte Ingo Wolfgag Sarlet – 'também o 'governo de leis' (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades'. [2]

Na mesma linha Paulo de Barros Carvalho ensina o seguinte:

> 'A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípio, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso contudo em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos sua projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num Direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo.' [3]

[2] SARLET, Ingo Wolfgag. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social do Direito Constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence Carmem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 90.

[3] CARVALHO, Paulo de Barros. *O princípio da segurança jurídica em matéria tributária*. In: Ciência jurídica. Ano VIII, Volume 58, julho/agosto de 1994, pp. 55-51.

A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do texto magno, dela podendo deduzir-se o subprincípio da proteção na confiança das leis, o qual, segundo Canotilho, consubstancia-se

> 'na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos'. [4]

Para o constitucionalista português, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que:

> 'o cidadão deve poder confiar em que seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seis direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligamos efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas'" [5] (fls. 498 a 501).
>
> (Trechos do voto do Ministro *Ricardo Lewandowski*).

Ante o exposto, Senhor Presidente, pelo meu voto, estou propondo seja dado provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, julgar desde logo improcedente a presente ação.

É como voto.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhora Presidente, o Ministro Dias Toffoli julga improcedente a ação e eu e o Ministro Marco Aurélio estamos extinguindo a ação. Essa é a única distinção, pois, para nós, não é cabível discutir, em ação de impugnação de mandato eletivo, fraude por eventual itinerância do prefeito.

Quanto à questão de mérito, já que fiquei vencido quando o Tribunal alterou a jurisprudência – eu e o Ministro Marcelo Ribeiro, no precedente do Ministro Eros Grau –, tenho ressalvado meu ponto de vista em benefício do Tribunal, da jurisprudência, até porque parece que essa questão tem encontro marcado no Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar suspendendo a eficácia da nossa decisão quanto a valência.

---

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 372-373.

[5] Idem, loc. cit.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): No caso concreto, apenas me pareceu que há divergência somente em termos de fundamentação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (vice-presidente no exercício da presidência): Mas, nesse caso, há uma consequência, porque Vossa Excelência, Ministro Arnaldo Versiani, como o Ministro Marco Aurélio, extinguiu a ação, e o Ministro Dias Toffoli está julgando para reformar e, de pronto, já decidiu o mérito.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Entendi que o Ministro Dias Toffoli realmente dá maior abrangência à ação de impugnação de mandato eletivo, porque considera que o recurso contra a expedição de diploma não foi recepcionado pela Constituição Federal. O Tribunal, contudo, decidiu que foi recepcionado e já vem julgando alguns casos nesse sentido.

O meu voto, neste caso, foi apenas para entender, na questão técnica, que na AIME não seria possível discutir, a pretexto de fraude, eventual inelegibilidade de prefeito itinerante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (vice-presidente no exercício da presidência): Nesse caso, prescreveu. A fundamentação é realmente muito diferente, com efeitos jurídicos distintos.

Voto

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhora Presidente, já tive oportunidade de votar nessa matéria.

Acompanho o eminente relator nos fundamentos indicados por Sua Excelência. Peço a mais respeitosa vênia ao eminente Ministro Dias Toffoli.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhora Presidente, também penso como a Ministra Nancy Andrighi.

É importante, porque a fundamentação é diferente. Nesse caso, a proclamação do resultado é apenas uma consequência, que pode levar a interpretações diversas.

Peço vênia para acompanhar os fundamentos do Ministro Arnaldo Versiani.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhora Presidente, também peço vênia ao Ministro Dias Toffoli, porque em outras oportunidades, já manifestei entendimento de que o recurso contra a expedição de diploma foi recepcionado pela Constituição

Federal. Acredito, então, que existem outras vias de impugnação, o que leva à desnecessidade dessa ampliação, que, a meu ver, seria profunda demais.

Quanto ao mérito, gostaria muito de acompanhar, porque fui o relator vencido no caso que mudou a jurisprudência. Eu era o relator e trouxe o processo a julgamento dizendo que não haveria nenhuma inconstitucionalidade na candidatura do prefeito que muda de município.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Seria empolgar ficção jurídica para cercear direito inerente à cidadania.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Também tenho o mesmo entendimento que o Ministro Dias Toffoli esposou quanto ao mérito. Apenas tenho ressalvado meu ponto de vista, porque, nessa eleição, já julgamos alguns casos e fiquei vencido no primeiro. A partir daí, tenho ressalvado, mas espero que o Supremo Tribunal Federal adote a tese vencida.

Peço vênia ao eminente Ministro Dias Toffoli para extinguir a ação sem julgamento do mérito.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (vice-presidente no exercício da presidência): Senhores Ministros, no mérito, divirjo do Ministro Dias Toffoli, neste caso, exatamente em face da fundamentação apresentada quanto à impossibilidade de se arguir como fraude, nesta específica ação, uma vez que não vislumbro essa possibilidade e também não interpreto a resolução no mesmo município como na literalidade no texto.

Peço vênia ao Ministro Dias Toffoli, quanto à fundamentação, para acompanhar o ministro relator.

Extrato da Ata

REspe n° 36.643 (42899-92.2009.6.00.0000) – PI. Relator: Ministro Arnaldo Versiani – Recorrentes: José Donato de Araújo Neto e outra (advogados: José Norberto Lopes Campelo e outros) – Recorrida: Aracélia Maria de Sousa (advogados: Fernando Aurélio de Azevedo Aquino e outra).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes a Ministra Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Verônica Cureau.

Notas de julgamento das Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi sem revisão.

RECURSO NA REPRESENTAÇÃO N° 1897-11.2010.6.00.0000
Brasília – DF

Relator: Ministro Joelson Dias.
Recorrente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Estadual.
Advogados: Milton de Moraes Terra e outro.
Recorrente: José Serra.
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros.
Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Programa partidário. Preclusão consumativa. Inexistência. Notório pré-candidato. Apresentação. Legimitidade para figurar no polo passivo. Decadência. Não ocorrência. Promoção pessoal. Tema político-comunitário. Abordagem. Conotação eleitoral. Caráter implícito. Caracterização. Procedência. Recurso. Desprovimento.

1. A extinção de processo anterior, sem julgamento do mérito, não impede o ajuizamento de nova demanda, ainda que idêntica à primeira.

2. Notório pré-candidato, que inclusive apresenta o programa partidário impugnado, é parte legítima para figurar no polo passivo de representação em que se examina a realização de propaganda eleitoral antecipada.

3. A jurisprudência firmou-se no sentido de que o prazo final para ajuizamento de representação, por propaganda eleitoral antecipada ou irregular, é a data da eleição.

4. Nos termos da jurisprudência da Corte, deve ser entendida como propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que, previamente aos três meses anteriores ao pleito e fora das exceções previstas no art. 36-A da Lei n° 9.504/1997, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que somente postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública.

5. A configuração de propaganda eleitoral antecipada não depende exclusivamente da conjugação simultânea do trinômio candidato, pedido de voto e cargo pretendido.

6. A fim de se verificar a existência de propaganda eleitoral antecipada, especialmente em sua forma dissimulada, é necessário examinar todo o contexto em que se deram os fatos, não devendo ser observado tão somente o texto da mensagem, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação.

7. Caracteriza propaganda eleitoral antecipada, ainda que de forma implícita, a veiculação de propaganda partidária para promoção de filiado, notório pré-candidato, com conotação eleitoral, que induza o eleitor à conclusão de que seria o mais apto para ocupar o cargo que pleiteia, inclusive com a divulgação de possíveis linhas de ação a serem implementadas.

8. Recursos desprovidos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em rejeitar as preliminares de preclusão consumativa e ilegitimidade passiva, por maioria, rejeitar a preliminar de decadência, e no mérito, por unanimidade, desprover os recursos, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 5 de abril de 2011.

Ministro JOELSON DIAS, relator.

Publicado no *DJE* de 16.5.2011.

Relatório

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS: Senhor Presidente, trata-se de representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral contra o diretório estadual de São Paulo do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e José Serra, com fundamento nos arts. 36 e 96, da Lei n° 9.504/1997, pela suposta realização de propaganda eleitoral antecipada em espaço destinado à propaganda partidária, durante a transmissão de quatro inserções estaduais, veiculadas em rádio e televisão no dia 29.3.2010.

Em suma, alegou o representante que o segundo demandado já era, à época, notório pré-candidato à Presidência da República, razão pela qual, muito embora não tenha havido pedido de votos em seu favor, as inserções teriam sido utilizadas para "personificar e enaltecer suas supostas realizações" (fl. 5) como ministro da Saúde e governador do Estado de São Paulo, de modo não somente a divulgar a sua ação política, mas, também, sugerir ao eleitor que ele seria a pessoa mais apta para ocupar o cargo público que pleiteia.

Mencionou que a presente representação é idêntica à Rp n° 1447-68, por mim extinta sem julgamento do mérito, em 17.7.2010, em face da ausência de provas quantos as inserções de nos 3 e 4 e pela sua juntada tardia quanto às inserções de nos 1 e 2.

Às fls 17-35, o segundo demandado apresentou defesa, na qual alegou, preliminarmente *carência de ação*, por entender que a prova acostada pelo Ministério Público novamente não serve ao exame do mérito e sua *ilegitimidade passiva* para

ser condenado por propaganda eleitoral em espaço publicitário de partido político, regido pela Lei n° 9.096/1995; *preclusão consumativa*, ao argumento de que a demanda anteriormente proposta não poderia ter sido renovada; e *decadência* do direito de ação, a teor do que dispõe o art. 45, § 4° da Lei n° 9.096/1995.

No mérito, refuta a ocorrência do ilícito ao argumento de que: *a)* as inserções impugnadas nada mais revelariam do que debater temas de interesse político-comunitário; *b)* não haveria qualquer menção ao pleito de 2010; *c)* nos termos da jurisprudência da Corte, seria lícita a participação de filiado no programa da respectiva agremiação.

Por seu turno, o partido representado defendeu-se (fls. 43-57) arguindo preliminares de *carência de ação, preclusão consumativa*, já antes deduzidas pelo segundo demandado, e, ainda, *litispendência*, por entender que "a presente demanda consiste na repetição idêntica da Representação n° 1447-68" (fl. 43).

No mérito, sustentou a inocorrência de qualquer ilícito, reforçando os argumentos já apresentados pelo segundo demandado, acerca do interesse político-comunitário que envolveria a questão, da legalidade da presença de seus filiados em seu espaço partidário, bem como que expressão:

Às fls. 64-78, após afastar as preliminares suscitadas, no mérito, entendi configurada a propaganda antecipada e julguei procedente o pedido inicial condenando os representados ao pagamento de multa.

Nos termos do § 1° do art. 13 da Res.-TSE n° 23.193,[1] a decisão foi publicada em secretaria, em 1°.8.2010, às 10h.

Dessa decisão, ambos os representados recorreram (fls. 82-98 e 109-118).

O segundo demandado renova as preliminares de preclusão consumativa e ilegitimidade passiva. No mérito, também foi renovada a alegação de decadência, bem como, amparando-se em precedente monocrático da lavra do e. Min. Henrique Neves, a licitude das inserções impugnadas.

Já o partido representado, em contrarrazões protocoladas em 2.8.2010, às 11h8, devolve à análise deste Tribunal somente a questão de fundo.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 88-93, nas quais requer o total desprovimento dos recursos.

Era o relato necessário.

Voto (Preliminares)

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Senhor Presidente, conheço dos recursos por serem próprios e tempestivos, sendo o do PSDB/SP, na forma do

[1] Art. 13. (...) § 1° No período entre 5 de julho de 2010 e a data fixada no calendário eleitoral, a publicação de que trata o *caput* será feita na Secretaria Judiciária, certificando-se no edital e nos autos o horário, ou em sessão, salvo nas representações previstas nos arts. 30-A, 41-A, 73 e nos §§ 2° e 3° do art. 81 da Lei n° 9.504/1997.

que decidido por este Tribunal no Recurso Especial Eleitoral n° 36.694,[2] quando concluiu pela possibilidade de transformação do prazo recursal de 24 horas em um dia, considerando-o encerrado na última hora do expediente do dia útil seguinte.

Contudo, seus argumentos não infirmam a decisão recorrida.

Passo à análise das preliminares suscitadas pelo segundo recorrente, José Serra:

Preclusão consumativa

O recorrente alega que esta representação é idêntica à Rp n° 1447-68, *extinta sem julgamento de mérito e cujo trânsito já ocorreu*, de sorte que a demanda não poderia ter sido renovada, por estar alcançada pela preclusão consumativa.

Registro que o referido processo foi extinto, em razão de: *a)* ausência das mídias relativas às inserções de n^{os} 3 e 4, que são documentos essenciais à compreensão do mérito; *b)* as mídias relativas às inserções de n^{os} 1 e 2 não terem sido juntadas no momento oportuno, que é o do ajuizamento da inicial, mas, tardiamente, inclusive, após terem os representados sido notificados para defesa. Assim, tendo em vista o rito célere imposto pelo art. 96 da Lei n° 9.504/1997, que, a princípio, não permite dilação probatória, devendo a prova ser pré-constituída, não conheci dessas duas mídias.

Considero, na linha do que entendeu o Ministro Henrique Neves, que quando se trata de propaganda eleitoral antecipada, ocorrida em sede de propaganda partidária, ainda mais dita dissimulada, seja essencial a juntada da respectiva mídia com a inicial para que todo o contexto possa ser aferido.

Sobre o tema, assentou sua Excelência[3]:

> A segunda preliminar diz respeito à carência da ação. Aponta-se que a inicial não veio acompanhada de mídia contendo as inserções veiculadas, mas apenas o texto degravado e imagens estáticas da propaganda levada ao ar.
>
> Inicialmente esclareço que a Res. n° 23.193, deste Tribunal não exige que todas as representações que tratam de propaganda eleitoral antecipada sejam ajuizadas com mídia de áudio e/ou vídeo. A exigência contida na resolução é no sentido do representante apresentar a degravação em duas vias, quando instruir a inicial com mídia de áudio e/ou vídeo (Res.-TSE n° 23.193, art. 6°, § 4°).
>
> Assim, em tese, tenho que em diversas situações será possível o ajuizamento de representação apenas com a apresentação de documentos escritos, cujo valor probante será devidamente examinado.
>
> Porém, nos casos em que é apontada a prática de propaganda antecipada em inserções veiculadas em horário partidário transmitido por rádio e televisão,

[2] REspe n° 36.694, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJE* de 25.8.2010.
[3] Rp n° 1413-93, decisão monocrática, rel. Min. Henrique Neves, publicada em 5.7.2010.

reputo como essencial a apresentação da mídia, cuja utilidade para a perfeita compreensão do contexto é indiscutível. Sobretudo, quando se afirma que a propaganda seria indireta e dissimulada, o que exige o exame completo do material veiculado.

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já afirmou que é indispensável à propositura das representações em que se alega "invasão" de propaganda no horário eleitoral gratuito que se traga, com a inicial, registro de áudio e vídeo (DVD, CD-ROM, VHS, etc.)" (ARP n° 1.262, rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS 19.10.2006).

Embora o precedente acima trate de "invasão" no horário eleitoral, tenho presentes as razões do voto proferido pelo eminente Ministro Marcelo Ribeiro, que considerou o registro de áudio e vídeo "elemento indispensável à propositura da ação, porque ao julgador deve-se assegurar a possibilidade de assistir o programa".

Com efeito, pela análise literal da degravação e exame das fotografias trazidas com a inicial (fls. 14/69), não é possível aferir a duração da exibição de cada imagem apresentada. Igualmente não se alcançam outros elementos necessários para verificação do conteúdo da inserção (v.g., entonação, sequência, foco, etc.).

A reconsideração do voto do eminente Ministro José Gerardo Grossi na Representação n° 902 citada, exemplifica a necessidade da visão do conteúdo da inserção apontada como irregular:

"Senhor Presidente, lendo, eu tenderia a discordar do ministro relator; vendo, concordo com sua Excelência".

Por estas razões, em face da ausência da mídia essencial para a completa compreensão da causa, julgo extinta a representação, sem o exame do mérito.

Com isso, reafirmo que em razão de o primeiro processo ter sido extinto sem julgamento do mérito, não há óbices ao ajuizamento de nova representação.

Na hipótese, operou-se apenas a coisa julgada formal, o que impede apenas a modificação daquela decisão proferida e não a rediscussão da questão de fundo em nova demanda regularmente instruída, a teor, inclusive, do que dispõe o art. 268 do CPC[4].

Assim, a discussão de mérito só poderia ser obstada caso houvesse coisa julgada material, hipótese em que o mérito é julgado, diferentemente do que ocorreu na Rp n° 1447-68.

Não há, pois, que se falar em preclusão, que é instituto destinado a garantir que a marcha processual siga adiante, não sendo obstacularizada em razão de eventuais comportamentos extemporâneos, contraditórios ou repetitivos das partes ou do próprio juiz.

Afasto, pois, a alegada preclusão consumativa e mantenho, por isso, a decisão recorrida.

---

[4] Código de Processo Civil, art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Quanto à pretensão do recorrente de ver reconhecida a *coisa julgada*, este pedido constitui inovação extemporânea, não deduzida na defesa, razão pela qual não comporta conhecimento, ante a preclusão. De qualquer sorte, ainda que fosse possível conhecer da questão, nos termos aqui expostos, a pretensão não encontraria respaldo jurídico, tendo em vista o julgamento ter ocorrido na representação anterior sem resolução do mérito.

Da mesma forma, também tenho como inovações indevidas as considerações traçadas acerca de que a ausência de provas deveria ter gerado a improcedência do pedido formulado na Rp n° 1447-68, o que importaria julgamento de mérito. Ademais, as referidas considerações vão de encontro ao que foi postulado pelo próprio recorrente, nos autos daquela primeira representação, quando, citando o precedente acima mencionado, requereu fosse o processo extinto sem julgamento do mérito.

Ilegitimidade passiva

Tal como assentado na decisão recorrida, lembro que na Rp n° 1.400/DF, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* de 17.6.2009, este Tribunal já firmou posicionamento no sentido de que é responsável pela propaganda *todo aquele que a divulgue*, ou que dela se beneficie, provado, neste último caso, o prévio conhecimento.

O fato de o aventado ilícito ter ocorrido em espaço destinado à propaganda de partido político não afasta a possibilidade de que o segundo representado seja condenado ao pagamento de multa, caso comprovada a *conotação eleitoral* das inserções, cujo texto inclusive foi por ele próprio narrado e, no tocante àquelas exibidas na televisão, aparecem, ainda, a sua imagem e o nome em destaque.

Nesse sentido, *precedentes* desta Corte em que aplicada a sanção no § 3° do art. 36 da Lei n° 9.504/1997 em decorrência da prática do ilícito[5].

Quanto ao que foi decidido na Rp n° 902, como bem salientou o i. Ministro Henrique Neves ao decidir a Rp n° 1413-93, por ocasião do seu julgamento o Tribunal entendia que o desvirtuamento da propaganda partidária atraía a perda do direito de transmissão no semestre seguinte. Daí a ilegitimidade passiva do candidato.

Hoje, contudo, a situação é diversa, "a jurisprudência do TSE firmou-se pela possibilidade da cumulação das penas previstas no art. 45 da Lei n° 9.096/1995 (cassação do direito de transmissão do partido que desvirtuar propaganda partidária) e no art. 36, § 3°, da Lei n° 9.504/1997 (multa por propaganda eleitoral extemporânea), quando ambas ocorrerem concomitantemente (AAg n° 7.860, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJE* 11.5.2009)[6]."

[5] Rp n° 41991-35, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJE* de 1°.7.2010, Rp n° 931, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 22.6.2007 e Rp n° 942, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 26.6.2007.
[6] Rp n° 1413-93, decisão monocrática, rel. Min. Henrique Neves, publicada em 5.7.2010.

De qualquer sorte, registro, por oportuno, que a Corte consolidou o seu entendimento sobre o tema, também no tocante às eleições 2010, ao julgar o R-Rp n° 1397-42[7], de minha relatoria, quando decidiu que notório pré-candidato, que inclusive apresenta o programa partidário impugnado, é parte legítima para figurar no polo passivo de representação em que se examina a realização de propaganda eleitoral antecipada.

Portanto, não havendo se falar em ilegitimidade passiva do recorrente, também no particular mantenho a decisão recorrida.

Decadência

A alegação de decadência não prospera.

Com o advento do novo § 4° do art. 45 da Lei n° 9.096/1995[8], nela introduzido pela Lei n° 12.034/2009, o segundo representado entende que a demanda deveria ter sido proposta até o último dia do semestre passado, haja vista que as inserções foram veiculadas em 23.3.2010.

Todavia, conforme já deixei consignado na decisão monocrática, a causa de pedir destes autos diz com a ocorrência ou não de *propaganda eleitoral antecipada*, de sorte que a matéria encontra regência na *Lei n° 9.504/1997* e não na Lei n° 9.096/1995, como pretende o representado.

Cumpre citar que o TSE já firmou entendimento de que a representação por propaganda eleitoral antecipada pode ser ajuizada até a data da eleição[9].

Assim, por não serem aplicáveis, em sede de propaganda eleitoral, os prazos decadenciais previstos em lei para a propaganda partidária, mantenho, também neste ponto, a decisão recorrida.

Voto (Preliminar de decadência – Vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, a matéria é, realmente, muito interessante, porque, de qualquer forma, no horário reservado à propaganda partidária, fez-se apologia com o objetivo de enaltecer o nome de um possível candidato.

Indaga-se se incide o § 4° do art. 45 da Lei n° 9.504/1997 ou se, simplesmente, coloca-se em segundo plano o palco do que foi veiculado, o espaço próprio à propaganda partidária. Entende-se que não há a incidência desse preceito e, portanto, pode haver a representação até a data do escrutínio.

---

[7] Rp n° 1397-42, de minha relatoria, publicado em sessão de 10.8.2010.

[8] Lei n° 9.096/1995, Art. 45. [...] § 4° O prazo para o oferecimento da representação encerra-se no último dia do semestre em que for veiculado o programa impugnado, ou se este tiver sido transmitido nos últimos 30 (trinta) dias desse período, até o 15° (décimo quinto) dia do semestre seguinte.

[9] AgR-AI n° 10.568, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* de 23.6.2010.

A meu ver, a regência é específica, pois houve a deturpação do objeto do horário, da propaganda partidária. Há, por isso, a pertinência do § 4°.

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Há mesmo essa dicotomia agora, porque se inovou apenas o art. 45, § 4°, da Lei n° 9.096/1995. A questão é que também não podemos deixar de considerar que não há prazo específico na Lei n° 9.504/1997. Pergunto se podemos estender essa previsão da Lei n° 9.096/1995 para alcançar também a Lei n° 9.504/1997.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: No caso, diz-se que o tempo destinado à propaganda partidária foi utilizado de forma errônea. Indago se a representação para aferir se isso realmente ocorreu, ou não, submete-se ao § 4° do art. 45 da Lei n° 9.096/1995. A meu ver, sim.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: É interessante, porque esse artigo, que foi acrescido pela Lei n° 12.034/2009, veio na linha da jurisprudência deste Tribunal – lembro-me de que o primeiro caso apreciado teve como relator o Ministro Gomes de Barros.

Naquele caso, houve propaganda eleitoral antecipada em um ano, e o partido esperou até o ano posterior para ajuizar a representação, porque a pena é a perda da veiculação da propaganda no semestre seguinte, e era mais interessante para o partido ofendido proibir essa representação no semestre seguinte porque era ano eleitoral. Então, o partido aguardou um ano para ajuizá-la, e ajuizou-a porque, quando fosse aplicada a pena, cassaria um programa mais próximo à eleição.

Em razão disso, no referido julgamento, manifestei-me ao Ministro Gomes de Barros, dizendo-lhe que não poderíamos acatar a representação um ano depois, porque a ação estaria sendo usada com esse intuito, e que tínhamos que criar um mecanismo para se evitar a manobra. Na época, o presidente era o Ministro Gilmar Mendes, e sugeri exatamente o que está nesse artigo. Como a lei estabelece que a pena é a perda do programa do semestre seguinte, então, a representação tem que ser ajuizada no semestre anterior para possibilitar que o Tribunal a julgue e aplique a pena no semestre seguinte.

Agora, suscitamos também a hipótese de que a propaganda pudesse ter sido veiculada já no final do semestre, para dar tempo de propor a representação. Por isso esta ressalva no § 4° do art. 45:

> Art. 45. [...]
> § 4° [...] ou se este tiver sido transmitido nos últimos 30 (trinta) dias desse período, até o 15° (décimo quinto) dia do semestre seguinte.

Então, entendo que, realmente, esse artigo é específico para a propaganda partidária.

Ministro Joelson Dias, no caso, a representação foi ajuizada depois desse prazo?

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Sim, foi depois do prazo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Foi depois de 30 dias.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Então, não tenho dúvida nenhuma de que a representação é intempestiva.

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Mas a questão, Ministro Marcelo Ribeiro, é saber se essa disposição da Lei nº 9.096/1995 alcança também a Lei nº 9.504/1997, porque, neste caso específico, o Ministério Público não propõe representação para a perda de tempo por conta de irregularidade na propaganda partidária. A representação tem outro objeto: é apenas pela propaganda eleitoral antecipada com a sanção do art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas diz-se que a premissa é única – o horário foi usado de maneira imprópria. Para chegarmos a essa definição, devemos cogitar do prazo para a representação, que é específico.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Vossa Excelência aplica o artigo da Lei nº 9.504/1997?

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Eu afasto a decadência, mas me senti na obrigação de trazer o tema ao conhecimento da Corte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, provejo o recurso para assentar a decadência.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Ministro Joelson Dias, Vossa Excelência aplica qual artigo?

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Aplico a jurisprudência da Corte, mais precisamente um julgado recente do Ministro Arnaldo Versiani, Agravo de Instrumento nº 10.568, de 23 de junho de 2010, no sentido de que, quando se tratar de propaganda eleitoral antecipada, que é o caso dos autos, a representação pode ser ajuizada até o dia das eleições.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: A favor da tese do relator, tem-se que, no semestre das eleições, não há propaganda partidária. Então, essa razão de ser, de que o ajuizamento da representação tem que ser no semestre anterior para possibilitar a perda da propaganda do semestre seguinte, não se aplica, porque, como não há propaganda partidária no semestre da eleição, de qualquer modo, é só no ano que seguinte.

Então, haveria essa possibilidade de entender que, no caso de propaganda antecipada, poder-se-ia propor a representação até a data da eleição, uma vez que não haveria nenhum prejuízo – mesmo que fosse a própria propaganda partidária, não haveria esse prejuízo, embora tivéssemos que observar esse prazo, porque o texto da lei é cogente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Esse agravo ao qual Vossa Excelência se refere é de eleições anteriores?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: É de propaganda antecipada em geral. Este caso é específico de propaganda eleitoral antecipada.

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): É inovação. Esse § 4° veio com a Lei n° 12.034/2009. Então é tema realmente novo.

Voto (Preliminar de decadência)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Sigo o relator neste caso porque há a questão de ser propaganda estadual.

Voto (Preliminar de decadência – Vencido)

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Senhor Presidente, peço vênia para acompanhar a divergência.

Voto (Preliminar de decadência – Vencido)

O SENHOR MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO: Senhor Presidente, também peço vênia para acompanhar a divergência.

Pedido de Vista

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

Extrato da Ata

R-Rp n° 1897-11.2010.6.00.0000 – DF. Relator: Ministro Joelson Dias – Recorrente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Estadual (advogados: Milton de Moraes Terra e outro) – Recorrente: José Serra (advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros) – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usaram da palavra, pelo recorrente José Serra, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin e, pelo recorrido, a Dra. Sandra Verônica Cureau.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de prescrição consumativa e ilegitimidade passiva, nos termos do voto do relator. Quanto à preliminar de decadência, após os votos dos Ministros Joelson Dias e Cármen Lúcia, rejeitando-a e desprovendo o recurso, e os votos dos Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior e Hamilton Carvalhido, acolhendo a preliminar e provendo o recurso, pediu vista o Ministro Marcelo Ribeiro.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Marcelo Ribeiro, Joelson Dias e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Verônica Cureau.

Voto-Vista

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, cuida-se de recursos interpostos por José Serra (fls. 82-98) e pelo diretório estadual do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) (fls. 109-118) contra decisão proferida pelo e. Ministro Joelson Dias que, julgando procedente representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), condenou os representados, ora recorrentes, ao pagamento de multa, com base no art. 36, § 6°, da Lei n° 9.504/1997, em razão da veiculação de propaganda eleitoral antecipada em horário destinado à transmissão de propaganda partidária mediante inserções.

No recurso de fls. 82-98, José Serra inicialmente sustenta a existência de preclusão consumativa, tendo em vista a propositura anterior pelo MPE de demanda idêntica, que foi extinta sem julgamento do mérito, por não apresentar em tempo oportuno as mídias referentes às indigitadas inserções.

Defende sua ilegitimidade passiva, uma vez que a presente representação se refere a programa veiculado em espaço destinado à propaganda partidária, regida pela Lei n° 9.096/1995, o que atrairia a responsabilidade do partido por eventuais ilícitos praticados e, consequentemente, a legitimidade da agremiação para figurar no polo passivo da presente demanda.

Aduz a decadência da representação, por ter sido ajuizada após o último dia do semestre na qual fora veiculada a propaganda partidária, conforme dispõe o art. 45, § 4°, da Lei n° 9.096/1995.

No mérito, alega que o conteúdo das inserções não desbordou dos limites do art. 45 da Lei n° 9.096/1995, sendo lícito ao partido divulgar os feitos dos seus filiados, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte.

No recurso de fls. 109-118, o PSDB sustenta a ausência de violação legal, uma vez que nas inserções veiculadas não teria sido divulgada propaganda eleitoral em favor de José Serra, mas sim a posição da agremiação em relação a temas de interesse da população, nada tendo sido dito a respeito de candidatura.

O e. Ministro Joelson Dias rejeitou as preliminares de prescrição consumativa, de ilegitimidade passiva e de decadência e votou pelo desprovimento dos recursos. Quanto à preliminar de decadência, o e. Ministro Marco Aurélio divergiu, para, acolhendo-a, prover os recursos, no que foi acompanhado pelos e. Ministros Aldir Passarinho Júnior e Hamilton Carvalhido.

Na sessão de 11.11.2010, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria relativa ao prazo para o ajuizamento da representação. Passo a me manifestar.

Sobre a alegação de decadência, assim consignou o e. ministro relator:

> Com o advento do novo parágrafo 4° do art. 45 da Lei n° 9.096/1995[10], nela introduzido pela Lei n° 12.034/2009, o segundo representado entende que a demanda deveria ter sido proposta até o último dia do semestre passado, haja vista que as inserções foram veiculadas em 23.3.2010.
>
> Todavia, conforme já deixei consignado na decisão monocrática, a causa de pedir destes autos diz com a ocorrência ou não de *propaganda eleitoral antecipada*, de sorte que a matéria encontra regência na *Lei n° 9.504/1997* e não na Lei n° 9.096/1995, como pretende o representado.
>
> Cumpre citar que este TSE já firmou entendimento de que a representação por propaganda eleitoral antecipada pode ser ajuizada até a data da eleição[11].
>
> Assim, por não serem aplicáveis, em sede de propaganda eleitoral, os prazos decadenciais previstos em lei para a propaganda partidária, mantenho, também neste ponto, a decisão recorrida.

A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de ser viável a apuração, em sede da representação de que trata o art. 96 da Lei n° 9.504/1997, da realização de propaganda antecipada em programa partidário, podendo haver, inclusive, a cumulação das penas previstas no art. 36, § 3°, da Lei n° 9.504/1997 e do art. 45 da Lei n° 9.096/1995. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

[10] Lei n° 9.096/1995, art. 45. [...] § 4° O prazo para o oferecimento da representação encerra-se no último dia do semestre em que for veiculado o programa impugnado, ou se este tiver sido transmitido nos últimos 30 (trinta) dias desse período, até o 15° (décimo quinto) dia do semestre seguinte.

[11] AgR-AI n° 10.568, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* de 23.6.2010.

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Propaganda eleitoral extemporânea. Programa partidário. Rádio. Multa. Matéria de fato. Matéria de prova. Reexame. Impossibilidade. Não provimento.

1. *A jurisprudência do TSE firmou-se pela possibilidade da cumulação das penas previstas no art. 45 da Lei n° 9.096/1995 (cassação do direito de transmissão do partido que desvirtuar propaganda partidária) e no art. 36, § 3°, da Lei n° 9.504/1997 (multa por propaganda eleitoral extemporânea), quando ambas ocorrerem concomitantemente. (Grifei)*.

[...]

(Ac. n° 7.860/SP, *DJE* de 11.5.2009, de minha relatoria).

Representação. Propaganda antecipada. Veiculação. Propaganda partidária. Decisão regional. Procedência. Recurso especial. Intempestividade. Rejeitada. Prazo. Termo final. Eleição. Aplicação. Sanção pecuniária. Violação. Art. 45, § 2°, da Lei n° 9.096/1995. Inocorrência. [...]

– O prazo para ajuizamento de representação por propaganda eleitoral extemporânea é até a data da eleição. Precedentes.

– *A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que, "Constatada a propaganda extemporânea realizada em programa partidário, consagra-se a aplicação da pena de multa prevista no art. 36, § 3°, da Lei n° 9.504/1997". Precedentes.*

– *É possível a aplicação da multa prevista no art. 36 da Lei n° 9.504/1997, no caso da realização de propaganda antecipada veiculada em programa partidário. Precedentes. (Grifei.)*

[...]

(Ac. n° 27.288/MG, *DJ* de 18.2.2008, rel. Min. Gerardo Grossi).

Embargos de declaração. Representação. Alegação de omissão. Impossibilidade. Reapreciação da causa. Rejeição.

1. Conforme orientação do Tribunal, ao deliberar sobre questão de ordem nos autos da Representação n° 994/DF, *é possível o cúmulo objetivo de pedidos de condenação às penas definidas no § 3° do art. 36 da Lei n° 9.504/1997 e no § 2° do art. 45 da Lei n° 9.096/1995, pela realização de propaganda eleitoral irregular durante a veiculação de programa partidário,* sendo competente o ministro corregedor-geral da Justiça Eleitoral para a sua apreciação e julgamento. (Grifei.)

[...]

(Ac. n° 942/DF, *DJ* de 4.12.2007, rel. Min. José Delgado).

Como lembrou o e. ministro relator, o entendimento relativo à possibilidade de cumulação das penas foi mantido para as eleições de 2010, no julgamento do Recurso na RP n° 1397-42, publicado em sessão de 10.8.2010.

A discussão, no entanto, gira em torno do prazo para a propositura da representação por propaganda extemporânea veiculada em espaço destinado à propaganda partidária, tendo em vista o disposto no § 4° do art. 45 da Lei n° 9.096/1995, acrescido pela Lei n° 12.034/2009, que estabelece como termo

final do prazo o último dia do semestre em que foi exibido o programa. Eis o teor do dispositivo legal:

> Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:
>
> [...]
>
> § 4° O prazo para o oferecimento da representação encerra-se no último dia do semestre em que for veiculado o programa impugnado, ou se este tiver sido transmitido nos últimos 30 (trinta) dias desse período, até o 15° (décimo quinto) dia do semestre seguinte. (Incluído pela Lei n° 12.034, de 2009).

Ocorre que tal prazo é aquele previsto para a representação proposta com base no art. 45 da Lei dos Partidos Políticos, que trata do desvio de finalidade da propaganda partidária, e prevê como punição a cassação da transmissão do tempo da propaganda no semestre seguinte ao da exibição do programa (art. 45, § 2°, I e II).

Na espécie, a representação foi ajuizada com fundamento no art. 36 da Lei n° 9.504/1997, não tendo sido objeto do pedido a cassação do tempo da propaganda, mas sim a imposição da multa prevista no § 3° do mencionado artigo, que assim dispõe:

> § 3° A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) a R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

Frise-se que, conforme bem pontuou o e. Ministro Joelson Dias, esta Corte tem entendido que o prazo limite para o ajuizamento da representação por propaganda irregular é a data do pleito. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Falta de interesse de agir.
>
> 1. *A jurisprudência firmou-se no sentido de que o prazo final para ajuizamento de representação, por propaganda eleitoral extemporânea ou irregular, é a data da eleição, sob pena de reconhecimento de perda do interesse de agir.* (Grifei).
>
> [...]
>
> (AgR-AI n° 10568/AP, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares *DJE* de 23.6.2010).
>
> Agravo regimental no recurso especial. Propaganda eleitoral irregular. Representação. Ajuizamento posterior às eleições. Ausência de interesse processual. Inexistência de ofensa aos arts. 2°, 5°, II, 22, I, 127 e 129 da Constituição Federal. Precedentes.
>
> I – *A representação fundada no art. 39, § 8°, da Lei n° 9.504/1997 deve ser proposta até a data da realização do pleito, sob pena de ser reconhecida a falta do interesse [...]* (Grifei).

(AgRgREspe n° 27.988/SP, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, *DJE* de 2.6.2009).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Representação. Propaganda eleitoral. Rádio. Prazo para propositura. Sanções aplicáveis.

1. A representação para apurar prática de propaganda irregular pode ser ajuizada até a realização do pleito. Precedentes.

2. A pena de multa pode ser imposta cumulativamente com a suspensão de programação de emissora. Precedente.

Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifei).

(AgRgAg n° 8.053/PR, rel. Min. Eros Roberto Grau, *DJ* de 5.9.2008, p. 16.)

Creio não haver razão para se aplicar entendimento diverso ao caso dos autos.

Com efeito, na hipótese vertente, a ação foi ajuizada em 20.7.2010, antes, portanto, da data da eleição de 3.10.2010, o que afasta a decadência.

Em relação às outras questões, acompanho o relator, que assim consignou no seu voto:

Preclusão consumativa

O recorrente alega que esta representação é idêntica à Rp n° 1447-68, *extinta sem julgamento de mérito e cujo trânsito já ocorreu*, de sorte que a demanda não poderia ter sido renovada, por estar alcançada pela preclusão consumativa.

Registro que o referido processo foi extinto, em razão de: *a)* ausência das mídias relativas às inserções de n^{os} 3 e 4, que são documentos essenciais à compreensão do mérito; *b)* as mídias relativas às inserções de n^{os} 1 e 2 não terem sido juntadas no momento oportuno, que é o do ajuizamento da inicial, mas, tardiamente, inclusive, após terem os representados sido notificados para defesa. Assim, tendo em vista o rito célere imposto pelo art. 96 da Lei n° 9.504/1997, que, a princípio, não permite dilação probatória, devendo a prova ser pré-constituída, não conheci dessas duas mídias.

Considero, na linha do que entendeu o Ministro Henrique Neves, que quando se trata de propaganda eleitoral antecipada, ocorrida em sede de propaganda partidária, ainda mais dita dissimulada, seja essencial a juntada da respectiva mídia com a inicial para que todo o contexto possa ser aferido.

[...]

Com isso, reafirmo que em razão de o primeiro processo ter sido extinto sem julgamento do mérito, não há óbices ao ajuizamento de nova representação.

Na hipótese, operou-se apenas a coisa julgada formal, o que impede apenas a modificação daquela decisão proferida e não a rediscussão da questão de fundo em nova demanda regularmente instruída, a teor, inclusive, do que dispõe o art. 268 do CPC[12].

[12] Código de Processo Civil: Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Assim, a discussão de mérito só poderia ser obstada caso houvesse coisa julgada material, hipótese em que o mérito é julgado, diferentemente do que ocorreu na Rp n° 1447-68.

Não há, pois, que se falar em preclusão, que é instituto destinado a garantir que a marcha processual siga adiante, não sendo obstacularizada em razão de eventuais comportamentos extemporâneos, contraditórios ou repetitivos das partes ou do próprio juiz.

Afasto, pois, a alegada preclusão consumativa e mantenho, por isso, a decisão recorrida.

Quanto à pretensão do recorrente de ver reconhecida a *coisa julgada*, este pedido constitui inovação extemporânea, não deduzida na defesa, razão pela qual não comporta conhecimento, ante a preclusão. De qualquer sorte, ainda que fosse possível conhecer da questão, nos termos aqui expostos, a pretensão não encontraria respaldo jurídico, tendo em vista o julgamento ter ocorrido na representação anterior sem resolução do mérito.

[...]

Ilegitimidade passiva

Tal como assentado na decisão recorrida, lembro que na Rp n° 1.400/DF, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* de 17.6.2009, este Tribunal já firmou posicionamento no sentido de que é responsável pela propaganda *todo aquele que a divulgue*, ou que dela se beneficie, provado neste último caso, o prévio conhecimento.

[...]

Portanto, não havendo se falar em ilegitimidade passiva do recorrente, também no particular mantenho a decisão recorrida.

[...]

Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do e. relator, para desprover os recursos.

Voto (Preliminar de decadência)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, peço vênia também para acompanhar o relator, porque essa é a jurisprudência da Casa. Tenho em mãos, nesse sentido, o acórdão proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 10.568/2010, relatado pelo Ministro Arnaldo Versiani, que dispõe:

"[...]

1. A jurisprudência firmou-se no sentido de que o prazo final para o ajuizamento da representação, por propaganda eleitoral extemporânea ou irregular, é a data da eleição, sob pena de reconhecimento da perda do interesse de agir.

[...]"

Há também o Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 27.288/2007 – um *leading case* do Ministro Gerardo Grossi –, que estabelece exatamente isto: "o prazo para o ajuizamento de representação por propaganda eleitoral extemporânea é até a data da eleição".

Essa tem sido, pois, a jurisprudência desta Corte.

Voto (Mérito)

O SENHOR MINISTRO JOELSON DIAS (relator): Senhor Presidente, superadas essas questões iniciais, quanto ao *conteúdo das inserções*, melhor sorte não ampara os recorrentes.

Eis o teor das inserções impugnadas:

> *1ª Inserção*
>
> *José Serra:* Olha, muita gente não acredita que um dia a gente ia conseguir diminuir os preços dos remédios. Mas nós batalhamos e hoje o genérico tá aí: um benefício para você. Ninguém imaginava, também que a gente ia dobrar as vagas nas escolas técnicas, mas nós conseguimos. E vamos fazer mais. É que a gente vê que está dando certo. Enfim, melhorar a vida das pessoas é isso: trabalho, experiência e o Brasil no coração.
>
> *Narrador:* A experiência que garante o avanço. PSDB.
>
> *2ª Inserção*
>
> *José Serra:* Olha, a história de vida de um governante tem que servir para melhorar a vida das pessoas. No Ministério da Saúde a gente fez os mutirões da catarata, diabete, prevenção do câncer. Agora, em São Paulo, implantamos os ambulatórios de especialidades. Vai melhorar. Um centro de reabilitação e um instituto do câncer. É isso, melhorar as coisas com experiência de vida, vontade de fazer e o Brasil no coração.
>
> *Narrador:* A experiência que garante o avanço. PSDB.
>
> *3ª Inserção*
>
> *Narrador:* José Serra é PSDB. É trabalho sério e respeito pelas pessoas.
>
> *José Serra:* Parecia difícil fazer a vacina contra a gripe para todos os idosos do Brasil. E de graça. Mas nós fizemos. E o programa de saúde da mulher? O "Mãe Paulistana", que dá até enxoval para as crianças. E agora a gente fez um instituto do câncer de primeiro mundo [...] AMAS, com médicos especialistas. É assim que se avança. Vontade de fazer, experiência de vida e o Brasil no coração.
>
> *Narrador:* A experiência que garante o avanço. PSDB.
>
> *4ª Inserção*
>
> *Narrador:* José Serra é PSDB. É trabalho que gera progresso e bem-estar social.
>
> *José Serra:* Para as coisas andarem, você tem que colocar a sua história de vida a favor do Brasil. No Ministério da Saúde, nós fizemos os mutirões, a campanha da Aids, construímos e ampliamos mais de trezentos hospitais. Agora, em São

Paulo, estamos fazendo as novas marginais, o Rodoanel, o metrô, as escolas técnicas. É assim que se avança. Vontade de fazer, experiência de vida e o Brasil no coração.

Narrador: A experiência que garante o avanço. PSDB.

Nas primeira e segunda inserções exibidas na *televisão*, aparece a logomarca do partido, bem assim a imagem e o nome em destaque do segundo representado.

Nas terceira e quarta inserções veiculadas no *rádio*, a manifestação do segundo representado é antecedida pela frase de um narrador, apresentando-o aos ouvintes.

No propósito de respaldar a tese de que as inserções impugnadas não configuraram o ilícito aventado na inicial, o segundo representado invoca, em seu recurso, o que foi decidido, monocraticamente, pelo e. Ministro Henrique Neves, na Rp nº 1763-81.

Registra o recorrente que, ao julgar a referida representação, o ilustre relator "não identificou o mesmo ilícito, senão em uma única inserção" (fl. 90).

Analisei o teor das referidas inserções, objeto da representação invocada como precedente, cujo teor foi transcrito pelo recorrente em suas razões recursais (fls. 91-93).

Com a devida vênia, tenho, porém, que, não obstante a "temática geral" ser a mesma das mensagens impugnadas nestes autos, as situações em um e outro caso não guardam similitude bastante a ponto de isentar os demandados de qualquer responsabilidade na presente espécie.

Aliás, com a lealdade processual que lhe é peculiar, o advogado subscritor das razões recursais reconhece, mesmo que em momento posterior (fl. 130), não somente que a decisão invocada como precedente ainda não transitou em julgado, aguardando o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público Eleitoral, bem como que também não é idêntico o conteúdo das inserções em um e outro caso.

Como afirmei ainda na decisão recorrida (fls. 73-74), é bem verdade que as inserções impugnadas nestes autos não revelam pedido *expresso* de voto, nem menção *direta* às eleições vindouras ou a qualquer candidatura.

Não obstante, rememorei, nem a divulgação da mensagem em sua forma *direta* ou *explícita*, nem a *conjugação* das circunstâncias acima referidas é condição necessária à configuração de propaganda eleitoral antecipada, que, especialmente em sua forma dissimulada, pode ter seu reconhecimento aferido da análise de todo o contexto em que se deram os fatos, caso fique comprovado o esforço antecipado de influenciar eleitores[13].

[13] Rp nº 41.991-35, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJE* de 1º.7.2010, p. 5; AgR-Rp nº 20.574/DF, rel. Min. Henrique Neves, rel. designado Min. Felix Fischer, *DJE* de 11.5.2010, p. 31-32; R-Rp nº 1.406/DF, de minha relatoria, *DJE* de 10.5.2010, p. 28 e REspe nº 19.905/GO, rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 22.8.2003, p. 128.

Foi exatamente o que ocorreu na espécie.

É bem verdade, como sustentam os recorrentes, que é lícita a participação de filiados no programa partidário da sua respectiva agremiação.

Mas, no caso específico dos autos, nas inserções veiculadas pela respectiva agremiação partidária não apareceu simplesmente um dos seus filiados, nacionalmente conhecido, debatendo temas de interesse político comunitário.

Com efeito, verifiquei que todas as inserções são narradas pelo então já notório pré-candidato, que se limita, durante todo o tempo, a enaltecer algumas de suas ações como governador de São Paulo e ministro de Estado.

Após esse enaltecimento, o programa termina com a frase: "A experiência garante o avanço."

Ora, a mensagem teve ou ganhou nítida *conotação eleitoral* na medida em que da veiculação das inserções não resultou senão o enaltecimento das realizações do segundo representado, já então notório pré-candidato, e inclusive às vésperas da sua desincompatibilização do cargo que exercia para concorrer à Presidência da República e já em período vizinho ao pleito.

Considerado, portanto, o *contexto* em que foram veiculadas as referidas inserções, constata-se que a *associação* entre a inequívoca *promoção pessoal* do segundo representado e a frase dita ao final da propaganda, de que "a experiência garante o avanço", findou por *também* transmitir ao eleitor a ideia de que o candidato, cujas ações se exaltam, seria justamente aquele com a necessária experiência para garantir o avanço mencionado.

Vale dizer, o mais *apto* para o exercício do cargo que pleiteia, o que merece apoio por intermédio do voto.

Ademais, em todas as inserções veiculadas, essa *associação* das *realizações* do segundo representado com a sua *propalada experiência* para garantir o avanço foi inclusive *projetada para o futuro*, o que não precisa nem mesmo ser inferido, como evidenciam *expressamente* os seguintes trechos das passagens impugnadas na inicial da representação: *(1ª inserção)* "E vamos fazer mais. É que a gente vê que está dando certo. Enfim, melhorar a vida das pessoas é isso: trabalho, experiência e o Brasil no coração"; *(2ª inserção)* "Vai melhorar (…) É isso, melhorar as coisas com experiência de vida, vontade de fazer e o Brasil no coração."; *(3ª inserção)* "Narrador: 'José Serra é PSDB. É trabalho sério e respeito pelas pessoas.' José Serra: 'É assim que se avança. Vontade de fazer, experiência de vida e o Brasil no coração'"; *(4ª inserção)* "Narrador: 'José Serra é PSDB. É trabalho que gera progresso e bem-estar social.' José Serra: 'Para as coisas andarem, você tem que colocar a sua história de vida a favor do Brasil. (…) É assim que se avança. Vontade de fazer, experiência de vida e o Brasil no coração'".

Ainda como assentou o Ministério Público, "na terceira e na quarta inserções o narrador enaltece apenas e tão somente, o notório pré-candidato do PSDB e mais nenhum outro filiado seu: 'José Serra é PSDB. É trabalho sério e respeito pelas pessoas, e José Serra é PSDB. É trabalho que gera progresso e bem-estar social'" (fl. 128).

Assim, muito embora a jurisprudência desta Corte entenda como "*plausível* que a agremiação partidária, em seu programa, dê *realce a notórios filiados e sua atuação e vida política,* o que, na verdade, expressa a representatividade do próprio partido e suas conquistas; *não se permite* é que essa *exposição se afigure excessiva*, de modo a realizar propaganda eleitoral antecipada em prol de determinada candidatura[14]".

Tenho, assim, que, no caso específico dos autos, pelos motivos acima declinados, o partido *não* se limitou a realçar seu notório filiado e sua atuação e vida política.

E, justamente em razão desse *excesso*, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso específico, é que identifico a realização de propaganda eleitoral antecipada, ainda que na sua forma dissimulada.

Com efeito, o *caráter eleitoral* das inserções não foi aferido apenas de determinado elemento visto isoladamente, mas da circunstância e peculiaridades do caso em sua forma *contextualizada*, como preconiza a jurisprudência desta Casa.

Por fim, a decisão recorrida também já afastara a alegação do recorrente de que não teve a "intenção" de promover a sua candidatura desvinculada das finalidades e da temática restrita à propaganda partidária (fl. 76):

> Pode até ser que a "intenção" dos representados não tenha sido mesma a de promoção de candidatura desvinculada das finalidades e da temática restrita à propaganda partidária.
>
> Contudo, é manifesta a irrelevância do aspecto subjetivo da conduta.
>
> Independentemente do *propósito* ou intenção do agente, a conduta *também* deverá ser sancionada se teve como *resultado* a divulgação, ainda que de forma dissimulada, da candidatura, mesmo que somente postulada, da ação política que se pretende desenvolver ou das razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública.

Ante o exposto, não tendo vislumbrado nas razões recursais qualquer argumento capaz de infirmar a fundamentação da decisão recorrida, meu voto, com a devida vênia, é pela sua integral manutenção, negando, consequentemente, provimento aos recursos interpostos.

É como voto.

---

[14] AREspe nº 27857/RN, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJE* de 16.10.2009, p. 23 (grifei).

Extrato da Ata

R-Rp n° 1897-11.2010.6.00.0000 – DF. Relator: Ministro Joelson Dias – Recorrente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Estadual (advogados: Milton de Moraes Terra e outro) – Recorrente: José Serra (advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros) – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de preclusão consumativa e ilegitimidade passiva e, por maioria, rejeitou a preliminar de decadência. Vencidos, quanto à última, os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior e Hamilton Carvalhido. No mérito, o Tribunal, por unanimidade, desproveu os recursos do PSDB estadual e de José Serra, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Marcelo Ribeiro, Joelson Dias e a vice-procuradora-geral eleitoral, Sandra Verônica Cureau.

Notas de julgamento dos Ministros Aldir Passarinho Junior e Hamilton Carvalhido sem revisão.

Índice de Assuntos

A

Ação de impugnação de mandato eletivo. Prova (Gravação ambiental). Interlocutor (Breve participação). Ac. no REspe n° 499-28, de 1°.12.2011, *RJTSE* 1/2012/81

Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento). Inelegibilidade. Prefeito itinerante (Terceiro mandato). Fraude (Alegação). Ac. no REspe n° 36.643, de 12.5.2011, *RJTSE* 1/2012/170

Ação de impugnação de mandato eletivo (Nulidade processual). Divulgação (Propositura e petição inicial). Internet (Sítio oficial e de notícias). Segredo de justiça (Prejuízo). Ac. no AgR-REspe n° 8723849-29, de 24.3.2011, *RJTSE* 1/2012/162

Alistamento eleitoral (Facultatividade). Índio (Categoria). Multa eleitoral. Documentação (Qualificação). Ac. no PA n° 1806-81, de 6.12.2011, *RJTSE* 1/2012/77

C

Candidato à reeleição (Governador e vice). Distribuição gratuita (Animal). Programa assistencial (Ano eleitoral). **Conduta vedada a agente público**. Ac. no RO n° 1496-55, de 13.12.2011, *RJTSE* 1/2012/11

Código Eleitoral, art. 175, § 4° (Revogação tácita). **Contagem de voto (Partido político)**. Registro de candidato *sub judice* (Indeferimento posterior à eleição). Ac. no AgR-MS n° 4034-63, de 15.12.2010, *RJTSE* 1/2012/97

Conduta vedada a agente público. Candidato à reeleição (Governador e vice). Distribuição gratuita (Animal). Programa assistencial (Ano eleitoral). Ac. no RO n° 1496-55, de 13.12.2011, *RJTSE* 1/2012/11

Conduta vedada a agente público. Sujeito passivo (Beneficiário). Servidor público estadual (Radialista). Litisconsórcio passivo e necessário. **Representação (Lei das Eleições)**. Ac. no RO n° 1696-77, de 29.11.2011, *RJTSE* 1/2012/44

Contagem de voto (Partido político). Registro de candidato *sub judice* (Indeferimento posterior à eleição). Código Eleitoral, art. 175, § 4° (Revogação tácita). Ac. no AgR-MS n° 4034-63, de 15.12.2010, *RJTSE* 1/2012/97

D

Denúncia (Apuração). LC n° 64/1990, art. 1°, I, *g* (Alcance). **Inelegibilidade**. Rejeição de contas. Presidente da Câmara Municipal. Tribunal de Contas estadual (Condenação). Ac. no RO n° 2523-56, de 14.6.2011, *RJTSE* 1/2012/167

Diplomação (Data). Prazo (Termo final). **Inelegibilidade (Afastamento)**. Fato superveniente (Registro de candidato). Ac. nos ED-AgR-RO n° 4522-98, de 30.6.2011, *RJTSE* 1/2012/123

Distribuição gratuita (Animal). Programa assistencial (Ano eleitoral). **Conduta vedada a agente público**. Candidato à reeleição (Governador e vice). Ac. no RO n° 1496-55, de 13.12.2011, *RJTSE* 1/2012/11

Divulgação (Propositura e petição inicial). Internet (Sítio oficial e de notícias). Segredo de justiça (Prejuízo). **Ação de impugnação de mandato eletivo (Nulidade processual)**. Ac. no AgR-REspe n° 8723849-29, de 24.3.2011, *RJTSE* 1/2012/162

Documentação (Qualificação). **Alistamento eleitoral (Facultatividade)**. Índio (Categoria). Multa eleitoral. Ac. no PA n° 1806-81, de 6.12.2011, *RJTSE* 1/2012/77

F

Fato superveniente (Registro de candidato). Diplomação (Data). Prazo (Termo final). **Inelegibilidade (Afastamento)**. Ac. nos ED-AgR-RO n° 4522-98, de 30.6.2011, *RJTSE* 1/2012/123

Fraude (Alegação). **Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento)**. Inelegibilidade. Prefeito itinerante (Terceiro mandato). Ac. no REspe n° 36.643, de 12.5.2011, *RJTSE* 1/2012/170

I

Índio (Categoria). Multa eleitoral. Documentação (Qualificação). **Alistamento eleitoral (Facultatividade)**. Ac. no PA n° 1806-81, de 6.12.2011, *RJTSE* 1/2012/77

Inelegibilidade. Prefeito itinerante (Terceiro mandato). Fraude (Alegação). **Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento)**. Ac. no REspe n° 36.643, de 12.5.2011, *RJTSE* 1/2012/170

Inelegibilidade. Rejeição de contas. Presidente da Câmara Municipal. Tribunal de Contas estadual (Condenação). Denúncia (Apuração). LC n° 64/1990, art. 1°, I, *g* (Alcance). Ac. no RO n° 2523-56, de 14.6.2011, *RJTSE* 1/2012/167

Inelegibilidade (Afastamento). Fato superveniente (Registro de candidato). Diplomação (Data). Prazo (Termo final). Ac. nos ED-AgR-RO n° 4522-98, de 30.6.2011, *RJTSE* 1/2012/123

Interlocutor (Breve participação). **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Prova (Gravação ambiental). Ac. no REspe n° 499-28, de 1°.12.2011, *RJTSE* 1/2012/81

Internet (Sítio oficial e de notícias). Segredo de justiça (Prejuízo). **Ação de impugnação de mandato eletivo (Nulidade processual)**. Divulgação (Propositura e petição inicial). Ac. no AgR-REspe n° 8723849-29, de 24.3.2011, *RJTSE* 1/2012/162

L

LC n° 64/1990, art. 1°, I, *g* (Alcance). **Inelegibilidade**. Rejeição de contas. Presidente da Câmara Municipal. Tribunal de Contas estadual (Condenação). Denúncia (Apuração). Ac. no RO n° 2523-56, de 14.6.2011, *RJTSE* 1/2012/167

Litisconsórcio passivo e necessário. **Representação (Lei das Eleições)**. Conduta vedada a agente público. Sujeito passivo (Beneficiário). Servidor público estadual (Radialista). Ac. no RO n° 1696-77, de 29.11.2011, *RJTSE* 1/2012/44

M

Multa eleitoral. Documentação (Qualificação). **Alistamento eleitoral (Facultatividade)**. Índio (Categoria). Ac. no PA n° 1806-81, de 6.12.2011, *RJTSE* 1/2012/77

P

Prazo (Termo final). **Inelegibilidade (Afastamento)**. Fato superveniente (Registro de candidato). Diplomação (Data). Ac. nos ED-AgR-RO n° 4522-98, de 30.6.2011, *RJTSE* 1/2012/123

Prazo de decadência (Termo final). **Representação (Lei das Eleições)**. Propaganda eleitoral (Extemporaneidade). Propaganda partidária (Desvio de finalidade). Ac. no R-Rp n° 1897-11, de 5.4.2011, *RJTSE* 1/2012/194

Prefeito itinerante (Terceiro mandato). Fraude (Alegação). **Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento)**. Inelegibilidade. Ac. no REspe n° 36.643, de 12.5.2011, *RJTSE* 1/2012/170

Presidente da Câmara Municipal. Tribunal de Contas estadual (Condenação). Denúncia (Apuração). LC n° 64/1990, art. 1°, I, *g* (Alcance). **Inelegibilidade**. Rejeição de contas. Ac. no RO n° 2523-56, de 14.6.2011, *RJTSE* 1/2012/167

Programa assistencial (Ano eleitoral). **Conduta vedada a agente público**. Candidato à reeleição (Governador e vice). Distribuição gratuita (Animal). Ac. no RO n° 1496-55, de 13.12.2011, *RJTSE* 1/2012/11

Propaganda eleitoral (Extemporaneidade). Propaganda partidária (Desvio de finalidade). Prazo de decadência (Termo final). **Representação (Lei das Eleições)**. Ac. no R-Rp n° 1897-11, de 5.4.2011, *RJTSE* 1/2012/194

Propaganda partidária (Desvio de finalidade). Prazo de decadência (Termo final). **Representação (Lei das Eleições)**. Propaganda eleitoral (Extemporaneidade). Ac. no R-Rp n° 1897-11, de 5.4.2011, *RJTSE* 1/2012/194

Prova (Gravação ambiental). Interlocutor (Breve participação). **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Ac. no REspe n° 499-28, de 1°.12.2011, *RJTSE* 1/2012/81

R

Registro de candidato *sub judice* (Indeferimento posterior à eleição). Código Eleitoral, art. 175, § 4° (Revogação tácita). **Contagem de voto (Partido político)**. Ac. no AgR-MS n° 4034-63, de 15.12.2010, *RJTSE* 1/2012/97

Rejeição de contas. Presidente da Câmara Municipal. Tribunal de Contas estadual (Condenação). Denúncia (Apuração). LC n° 64/1990, art. 1°, I, *g* (Alcance). **Inelegibilidade**. Ac. no RO n° 2523-56, de 14.6.2011, *RJTSE* 1/2012/167

Representação (Lei das Eleições). Conduta vedada a agente público. Sujeito passivo (Beneficiário). Servidor público estadual (Radialista). Litisconsórcio passivo e necessário. Ac. no RO n° 1696-77, de 29.11.2011, *RJTSE* 1/2012/44

Representação (Lei das Eleições). Propaganda eleitoral (Extemporaneidade). Propaganda partidária (Desvio de finalidade). Prazo de decadência (Termo final). Ac. no R-Rp n° 1897-11, de 5.4.2011, *RJTSE* 1/2012/194

S

Segredo de justiça (Prejuízo). **Ação de impugnação de mandato eletivo (Nulidade processual)**. Divulgação (Propositura e petição inicial). Internet (Sítio oficial e de notícias). Ac. no AgR-REspe n° 8723849-29, de 24.3.2011, *RJTSE* 1/2012/162

Servidor público estadual (Radialista). Litisconsórcio passivo e necessário. **Representação (Lei das Eleições)**. Conduta vedada a agente público. Sujeito passivo (Beneficiário). Ac. no RO n° 1696-77, de 29.11.2011, *RJTSE* 1/2012/44

Sujeito passivo (Beneficiário). Servidor público estadual (Radialista). Litisconsórcio passivo e necessário. **Representação (Lei das Eleições)**. Conduta vedada a agente público. Ac. no RO n° 1696-77, de 29.11.2011, *RJTSE* 1/2012/44

T

Tribunal de Contas estadual (Condenação). Denúncia (Apuração). LC n° 64/1990, art. 1°, I, *g* (Alcance). **Inelegibilidade**. Rejeição de contas. Presidente da Câmara Municipal. Ac. no RO n° 2523-56, de 14.6.2011, *RJTSE* 1/2012/167

Índice Numérico

ACÓRDÃOS

Tipo de Processo	Número	UF	Data	Página
RO	**1496-55**	AL	13.12.2011	11
RO	**1696-77**	RR	29.11.2011	44
PA	**1806-81**	PR	6.12.2011	77
REspe	**499-28**	PI	1°.12.2011	81
AgR-MS	**4034-63**	AP	15.12.2010	97
ED-AgR-RO	**4522-98**	PB	30.6.2011	123
AgR-REspe	**8723849-29**	RO	24.3.2011	162
RO	**2523-56**	PE	14.6.2011	167
REspe	**36.643**	PI	12.5.2011	170
R-Rp	**1897-11**	DF	5.4.2011	194

Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10,5, entrelinhas de 13 pontos.