



REVISTA DE

JURISPRUDÊNCIA

DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 26 – Número 3 – Julho/Setembro 2015

Brasília – 2016



ISSN 0103-6793

REVISTA DE

JURISPRUDÊNCIA

DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 26 – Número 3 – Julho/Setembro 2015

Brasília – 2016

© 2016 Tribunal Superior Eleitoral

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

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

Secretário-Geral da Presidência

Luciano Felício Fuck

Diretor-Geral da Secretaria

Maurício Caldas de Melo

Secretária de Gestão da Informação

Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadora de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)

Renata Leite Motta Paes Medeiros

Organização

Coordenadoria de Jurisprudência (Cojur/SGI)

Produção editorial

Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)

Capa e projeto gráfico

Virgínia Soares

Revisão editorial

Seção de Preparação e Revisão de Conteúdos (Seprev/Cedip/SGI)

Leide Viana, Mariana Andrades e Paula Lins.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Professor 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. 26, n. 3
(jul./set. 2015)-.

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

Composição em setembro de 2015

Presidente
Ministro Dias Toffoli

Vice-Presidente
Ministro Gilmar Mendes

Ministros
Ministro Luiz Fux
Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Ministro Henrique Neves da Silva
Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Composição atual

Presidente
Ministro Gilmar Mendes

Vice-Presidente
Ministro Luiz Fux

Ministros
Ministra Rosa Weber
Ministro Herman Benjamin
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro Henrique Neves da Silva
Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

SUMÁRIO

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE NUMÉRICO 154

ACÓRDÃOS



**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 361-73.2012.6.26.0354**

CAJAMAR – SP

Relator: Ministro Dias Toffoli

Recorrente: Ministério Público Eleitoral

Recorrente: Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade

Advogados: Anderson Pomini e outros

Recursos especiais. Art. 337 do Código Eleitoral. Incompatibilidade com os preceitos insculpidos nos arts. 5º, IV, VI e VIII, e 220 da Constituição Federal, que asseguram a livre manifestação do pensamento e a liberdade de consciência. Não recepção. Recursos providos para afastar a condenação.

1. O art. 337 do Código Eleitoral, que descreve como crime a participação em atividades político-partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda, daquele que estiver com os direitos políticos suspensos, não guarda sintonia com os arts. 5º, IV, VI e VIII, e 220 da Carta da República, que garantem ao indivíduo a livre expressão do pensamento e a liberdade de consciência, ainda que o exercício de tais garantias sofra limitações em razão de outras, também resguardadas pela Constituição Federal.

2. O disposto na referida norma penal implica a restrição de um direito fundamental garantido pela Constituição, sem que haja, em contraposição, bem ou valor jurídico atingido pela conduta supostamente delituosa.

3. O comportamento descrito na aludida norma de natureza penal não consiste na prática de um direito político passível de suspensão, mas sim no exercício de um direito

fundamental que se insere na órbita da liberdade individual albergada pela Lei Maior.

4. Recursos especiais providos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover os recursos, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de outubro de 2014.

Ministro DIAS TOFFOLI, relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhores Ministros, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP), reconhecendo a recepção do art. 337 do Código Eleitoral pela atual ordem constitucional, negou provimento a recurso criminal promovido por Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade e manteve sua condenação pelos fatos que lhe foram imputados como crime.

O acórdão foi assim ementado (fls. 262-263):

Recurso criminal. Sentença penal condenatória. Preliminar de cerceamento de defesa. Afastada. Mérito. Direito intertemporal. Recepção pela ordem constitucional. Art. 337 do Código Eleitoral. Tipicidade da conduta. Inteligência dos arts. 15 e 37, § 11 da Constituição Federal. Desprovimento do recurso. Os direitos políticos configuram-se como direitos subjetivos públicos, na medida em que o sujeito tem direito à participação política, que se exterioriza por uma série de atos inerentes ao exercício da cidadania, compreendendo o direito ao sufrágio, alistabilidade, elegibilidade, iniciativa popular, ajuizamento de ação popular e organização e a participação em partidos políticos. Caracterizada uma das hipóteses de suspensão previstas no art. 15 da Constituição Federal, o brasileiro deixa de estar no pleno gozo de seus direitos políticos e consequentemente fica impedido de participar de qualquer atividade política e partidária. A perda ou suspensão dos direitos políticos impossibilita o exercício da atividade político-partidária.

Os embargos de declaração opostos por Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade (fls. 284-294) foram acolhidos, sem efeitos modificativos, em acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 299):

Embargos de declaração. Recurso criminal. Violação da norma insculpida no art. 337 do Código Eleitoral. Sentença penal condenatória mantida pelo v. aresto. Omissão constatada no tópico do v. acórdão impugnado em que se deveria enfrentar a matéria de mérito. Integração da decisão embargada. Tipicidade da conduta. Inocorrência do erro de proibição alegado. Embargos de declaração acolhidos.

Foram interpostos recursos especiais pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 310-314v.) e por Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade (fls. 323-344).

O presidente do TRE/SP admitiu o processamento de ambos os apelos.

O Ministério Público Eleitoral interpõe o presente recurso especial, no qual alega, em síntese:

a) não recepção do art. 337 do Código Eleitoral pelo atual ordenamento constitucional, uma vez que “[...] a norma ordinária incriminadora [...], criada sob a égide do Estado autoritário, não pode restringir aqueles direitos, que emanam diretamente da Constituição, sem que o próprio texto constitucional preveja tal possibilidade” (fl. 312v.);

b) afronta aos arts. 5º, IV, 14 e 15 da Constituição Federal, pois “[...] a atuação política, que é inerente à vida social no Estado democrático e que abarca o direito à livre manifestação do pensamento, [...] se concretiza em atividade como a participação em atividades partidárias e em atos de propaganda, as quais não se confundem com o direito de votar e ser votado e não se encontram entre os direitos que são limitados como decorrência da expressão direta do texto constitucional [...]” (fls. 313-313v.); e

c) divergência jurisprudencial sobre o tema (fls. 313v.-314v).

Na mesma linha de raciocínio do Ministério Público Eleitoral, Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade, em suas razões recursais de fls. 323-344, defende a não recepção do art. 337 do Código Eleitoral pela atual Constituição Federal, pois “[...] traz restrições indevidas àqueles que tenham os seus direitos políticos suspensos, o que certamente não se coaduna com a liberdade de manifestação de pensamento [...]” (fl. 340).

No entanto, acrescenta que houve, na espécie, erro de proibição, visto que o recorrente desconhecia a ilicitude de seus atos, pelo que sua punição violaria o art. 21 do Código Penal.

Ambos os apelos foram admitidos na origem (fl. 402).

Em seu parecer de fls. 409-412, a Procuradoria-Geral Eleitoral manifesta-se pelo desprovidimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (relator): Senhores Ministros, na espécie, Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade foi condenado em primeiro grau às penas de três meses de detenção, em regime aberto, e de pagamento de cem dias-multa, em razão da suposta prática do crime descrito no art. 337 do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos:

Pena – detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Imputou-se ao recorrido a prática do delito, em razão do exercício de atividade político-partidária decorrente da participação em campanha eleitoral, não obstante estar com seus direitos políticos suspensos pela prática de atos de improbidade administrativa.

Reproduzo os seguintes trechos do aresto recorrido (fls. 266-280):

Questão que deve ser apreciada na antecâmara de mérito é a recepção, pela Constituição Federal, do art. 337 do Código Eleitoral, que prevê:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos:

Pena – detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos.

Os direitos políticos configuram-se como direitos subjetivos públicos, na medida em que o sujeito tem direito à participação política, que se exterioriza por uma série de atos inerentes ao exercício da cidadania.

Os direitos políticos facultam ao cidadão a participação no poder estatal, por intermédio do direito de votar (direito político ativo), de ser votado (direito político passivo) e de ocupar funções de Estado. Entretanto, com o texto constitucional de 1988 esta participação foi ampliada, compreendendo, ainda, o direito ao sufrágio; a alistabilidade (direito de votar em eleições, plebiscito e referendos); a elegibilidade; a iniciativa popular de lei; ao ajuizamento de ação popular; a organização e a participação em partidos políticos.

Assim, em que pese a manifestação da douta Procuradoria Regional Eleitoral, o exercício dos direitos políticos eleitorais não pode se entender como aquele adstrito à capacidade eleitoral ativa e passiva, pois abrange outras formas de atuação política, nos termos do art. 337 do Código Eleitoral.

[...]

O juízo de primeiro grau pontou aspectos importantes da recepção do aludido artigo ao afirmar que: “Primeiro, passo a analisar a recepção do artigo 337 pela Constituição Federal de 1988. A despeito da culta e bem elaborada defesa, entendo que o artigo foi recepcionado. Não se desconhece os julgados citados pela parte em sua peça defensiva. De fato, o Código Eleitoral é oriundo da época da ditadura militar. O mencionado artigo tentava evitar que os políticos cassados usassem de outros subterfúgios para ter voz ativa, de modo a eleger substitutos em oposição ao regime. O vício, assim, se encontrava na forma de cassação dos direitos políticos, expediente comum utilizado em regime de exceção. Após a edição da Constituição Federal de 1988, os direitos políticos foram resguardados no art. 15, que prevê as hipóteses de perda e cassação. A mesma Constituição preza também a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, dispondo que a lei complementar poderá prever outras formas de inelegibilidade, considerando a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições conforme parágrafo nono do art. 14 da Carta Magna. Logo, eventual limitação das liberdades individuais é necessária, para o fim de se proteger o processo eleitoral, sua lisura e transparência, bem como a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Após a edição da Lei da Ficha Limpa, tal interpretação se impõe, de modo a evitar que cidadãos com direitos políticos suspensos e/ou inelegíveis venham a obter, por vias indiretas, aquilo que a lei lhes veda. Logo, a participação na atividade partidária é vedada para o fim de se evitar a chamada influência parda, velada, ou ainda, indireta, de modo que o cidadão suspenso/inelegível venha a influir diretamente no resultado eleitoral, bem como na administração pública, se caso eleito seu candidato” (fls. 180-181).

Nesse passo, o entendimento deste relator é pela recepção do referido artigo pela Constituição Federal de 1988. Cumpre consignar, todavia, que embora esta Corte tenha se manifestado, recentemente, em sentido contrário (*Habeas Corpus* nº 2008 – Cândido Mota/SP, acórdão de 2.4.2013, rel. Marli Marques Ferreira), este Tribunal não está vinculado às suas

próprias decisões e, por não se tratar de matéria já pacificada, considero prematura a adoção do princípio da colegialidade.

[...]

Da leitura atenta dos autos, bem como assistindo-se a mídia juntada às fls. 18, depreende-se que o réu participou ativamente da vida partidária no município. Atuando, inclusive, como mestre de cerimônias do Partido dos Trabalhadores.

[...]

A participação política do réu antes e durante o período eleitoral é inegável. O réu discursou, pediu votos, declarou seu apoio e participação na campanha de sua esposa. Configurada está, portanto, a hipótese descrita no art. 337 do Código Eleitoral, que veda, expressamente, a participação daquele que está com seus direitos políticos suspensos em comício e ato de propaganda em recinto fechado e aberto.

No entanto, penso que o *decisum* recorrido merece reforma.

Entendo que o disposto no art. 337 do Código Eleitoral é incompatível com os postulados constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento e de consciência, que constituem direitos fundamentais do indivíduo assegurados pela Constituição Federal, inserindo-se entre os valores mais preciosos do regime democrático.

Por pertinente, transcrevo a referida norma:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos:

Pena – detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos.

O aludido dispositivo penal, que descreve como crime a participação daquele que estiver com os direitos políticos suspensos em atividades político-partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda, não guarda sintonia com os arts. 5º, IV, VI e VIII, e 220 da Carta da República, que garantem ao indivíduo a livre expressão do pensamento e a liberdade de consciência, ainda que o exercício de tais garantias sofra limitações em razão de outras, também resguardadas pela Constituição Federal.

Reproduzo os dispositivos constitucionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Ressalte-se que os direitos concernentes à manifestação do pensamento são de eficácia plena e não admitem relativização imposta por lei ordinária, mas somente pela própria Constituição, como ocorre com o direito à intimidade, à honra, à vida privada e à imagem, assegurados no inciso X do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Dentro dessa ótica, não se afasta a possibilidade de se impor limites ao exercício da liberdade de expressão em relação a outros bens jurídicos também resguardados pela Carta da República, além daqueles descritos no inciso X do art. 5º, como ocorre com as manifestações que impliquem violação a normas de natureza eleitoral, como forma de proteger a lisura do processo eleitoral que, nas palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, “[...] outra coisa não é senão a própria depuração do regime representativo e da moralidade que se põe como inafastável condição de

investidura em cargo político-eletivo” (RP nº 1201/DF, relator designado Min. Carlos Ayres Britto, PSESS de 2.10.2006).

Não é outro o entendimento do jurista Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra intitulada *Curso de Direito Constitucional*, editado em coautoria com o também jurista e Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que acentuou:

[...] não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar.¹

No entanto, não se pode restringir o exercício de uma garantia assegurada constitucionalmente, sem que haja a violação de um bem jurídico também tutelado pela Lei Maior, apto a atingir direitos de terceiros ou da coletividade ou qualquer garantia concernente à ordem pública, segundo previsão constitucional.

Nessa linha de entendimento, o tipo descrito no art. 337 do Código Eleitoral, que proíbe a participação em atividades partidárias daquele que estiver com seus direitos políticos suspensos, implica a restrição de um direito garantido pela Constituição, sem que haja, em contraposição, bem ou valor jurídico atingido pela conduta supostamente delituosa.

Até porque o comportamento descrito na aludida norma de natureza penal não consiste na prática de um direito político passível de suspensão, mas sim no exercício de um direito fundamental que se insere na órbita da liberdade individual albergada pela Lei Maior.

Dessa forma, a interpretação quanto ao conceito de direitos políticos – os quais, segundo afirmou a Corte Regional, não estariam relacionados apenas ao exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva – não pode ser alargada a ponto de inserir na norma penal preceito não contido no teor do dispositivo.

Com efeito, o mencionado dispositivo descreve como crime a participação do cidadão que estiver com os direitos políticos suspensos em atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda,

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

comportamentos que dizem respeito à liberdade individual, e não à prática de atos que se inserem no âmbito dos direitos políticos, propriamente ditos.

Frise-se que a aludida norma não prevê como crime a filiação do cidadão nos quadros da agremiação, o que constituiria, em tese, o exercício de um direito político albergado constitucionalmente, que poderia sofrer restrição diante de um bem jurídico maior. Mas, ao contrário, priva o cidadão de manifestar-se quanto às suas crenças e convicções políticas, o que implica, a meu ver, restrição à liberdade de manifestação do pensamento e de consciência.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos especiais para, reformando o acórdão regional, afastar a condenação imposta com base no art. 337 do Código Eleitoral, em razão da não recepção do aludido dispositivo legal pela Constituição Federal de 1988.

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, só para deixar claro, creio que na outra assentada eu havia me manifestado nesse sentido. A mim me parece que há uma desproporcionalidade – mas é essa questão sempre muito delicada – na tipificação como matéria criminal, embora faça sentido a regra existente de que quem não está de posse de seus direitos políticos não deveria participar de atividade político-partidária, sobretudo na condição de protagonista, a questão da sanção criminal é que parece...

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Vossa Excelência me permite somente para colaborar no debate? O que me chama mais a atenção, não é apenas a questão do brasileiro quando estiver no gozo dos direitos políticos, mas o dispositivo trata também do estrangeiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Como?

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: A lei dispõe “participar o estrangeiro ou brasileiro”. Haveria essa desproporcionalidade

para o estrangeiro? O estrangeiro poderia participar de uma atividade partidária brasileira? Então, também é outro tema a ser analisado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: A criminalização é extremamente delicada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Mesmo para o estrangeiro, penso, embora os dois casos concretos tratem de perda de direito político.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 361-73.2012.6.26.0354/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrente: Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade (Advs.: Anderson Pomini e outros).

Decisão: Após o voto do Ministro relator, provendo os recursos, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Laurita Vaz e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão. Registrada a presença do dr. Vicente de Paulo de Moura Viana, advogado do recorrente Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, a questão controvertida neste recurso é a recepção ou não do art. 337 do Código Eleitoral pela Constituição Federal de 1988.

Vossa Excelência deu provimento aos recursos, interpostos pelo Ministério Público Eleitoral e por Antônio Carlos de Oliveira Ribas de

Andrade, sob o fundamento principal de que o disposto no art. 337 do Código Eleitoral contraria as garantias de livre expressão do pensamento e de liberdade de consciência, previstas na Carta da República.

Passo a votar.

Para averiguação da conformidade do tipo penal previsto no art. 337 do Código Eleitoral com a Constituição Federal de 1988, importante, inicialmente, é o estabelecimento de parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis penais. Após, necessária mostra-se a reflexão sobre o momento histórico em que o tipo surgiu no ordenamento e sobre a previsão do direito à livre manifestação do pensamento na Carta Magna e, por fim, a análise da desproporcionalidade da criminalização das condutas previstas nesse dispositivo.

1. Controle de constitucionalidade das leis penais

1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:

XL I – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XL II – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XL III – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XL IV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Também o art. 7º, inciso X, contempla norma clara a propósito:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Em sentido idêntico dispõe o art. 227, § 4º, da Constituição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O art. 225, § 3º, dispõe de forma semelhante:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos².

Em verdade, tais disposições traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do poder público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)³.

² FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seg.

³ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988,

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação⁴. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de protegê-los contra a agressão ensejada por atos de terceiros⁵.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos⁶.

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica⁷.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁸.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)⁹.

p. 155-156.

⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 156.

⁵ Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

⁶ Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e ss.

⁷ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung*. Art 1-19, nº 22.

⁸ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und*

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção¹⁰:

a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;

c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental¹¹.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens¹², os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

Fortbildung des Privatrechts. JuS, 1989, p. 161 (163).

¹⁰ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

¹¹ Cf. *BVerfGE* 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

¹² FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação¹³ para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada¹⁴. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira

¹³ Cfr. ALEX, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, nº 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002.

¹⁴ “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁵.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar atendendo à contraposição de bens jurídicos a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

[...]

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...].

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

¹⁵ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 798 e ss.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e as prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais¹⁶.

Esses argumentos serão analisados no tópico seguinte.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos.

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o *postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, o qual, como ensina

¹⁶ BVerfGE 88, 203, 1993.

Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores não de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”¹⁷.

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*.

Essas são as premissas para a construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*, baseado em *níveis de intensidade*¹⁸.

Podem ser distinguidos três níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – *BVerfGE* 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.

Não obstante, o Tribunal ressalta:

¹⁷ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁸ Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

[...] a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da *Grundgesetz*. (BVerfGE 50, 290)

Assim, conclui o Tribunal que “a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social” – ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação – “que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador” (BVerfGE 50, 290).

Esse controle de evidência foi delineado também na decisão BVerfGE 77,170 (*Lagerung Chemischer Waffen*), na qual o Tribunal deixou assentado o seguinte entendimento:

Para o cumprimento dos deveres de tutela (*Schutzpflichten*) derivados do art. 2, II, 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação (poder discricionário), que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.

Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo.

Assim, o Tribunal fixou o entendimento de que a admissão de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) pressupõe a demonstração, “de maneira concludente, que o poder público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção”.

Desse modo, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se

na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE* 50, 290).

Também na decisão *Mühlenstrukturgesetz* (*BVerfGE* 39, 210), o Tribunal Constitucional alemão fixou esse entendimento, nos seguintes termos:

O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da *ciência econômica* ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [*BVerfGE* 25, 1 (17); 38, 61 (87)]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [*BVerfGE* 25, 1 (12 s.)]. Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro, n. org) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados.

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador se valeu de sua margem de ação de “maneira sustentável”¹⁹.

Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (*BVerfGE* 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis*

¹⁹ *BVerfGE* 88, 203, 1993.

sativa. Ao analisar o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. Os argumentos utilizados estão bem representados no seguinte trecho da decisão:

Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. *BVerfGE* 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. *BVerfGE* 25, 269 (286); 88, 203 (258)].

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a *Grundgesetz* caracteriza como *inviolável*, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [*BVerfGE* 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seq.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. *BVerfGE* 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo poderá revisar somente em extensão limitada [cf. *BVerfGE* 77, 170 (215); 88, 203 (262)].

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. *BVerfGE* 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. *BVerfGE* 48, 396 (402); 83, 1 (19). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no art. 1 I GG [cf. *BVerfGE* 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. *BVerfGE* 54, 100 (108)].

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da *Grundgesetz* [cf. *BVerfGE* 80, 244 (255)].

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de *cannabis* poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *cannabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal:

[...] se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de *cannabis* sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois

o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei²⁰.

Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e das prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.868/1999.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos se relaciona íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal²¹.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade que serviram de pressuposto da atividade legislativa que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador se utilizou de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da

²⁰ BVerfGE 90, 145, 1994.

²¹ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 471 e ss.

proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle foi efetivamente definida na citada decisão *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal assim fixou seu entendimento:

As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no “último degrau” (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um “degrau anterior”.

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição.

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se a esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão *BVerfGE* 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse “inexoravelmente obrigatória”. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os “meios igualmente adequados”, que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida.

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas

transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. Recepção do art. 337 do Código Eleitoral pela Constituição Federal de 1988

2.1. Contexto histórico do surgimento da norma

A declaração de direitos da Constituição de 1946 previa os direitos à livre manifestação do pensamento e à liberdade de consciência em termos, no entanto, mais tímidos do que os atuais:

Art. 141. [...]

§ 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do “poder público”. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

[...]

§ 7º É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. (Grifos nossos.)

Em 31.3.1964, foi deflagrado o golpe militar, que instaurou no país regime autoritário e repressivo, marcado pela perseguição a opositores políticos. Em 9.4.1964, foi editado o “primeiro ato institucional”, que, embora mantivesse a Constituição de 1946, estabelecia no art. 10, entre outros autoritarismos, que os comandantes-em-chefe poderiam *suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos* e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Em 15.7.1965, foi instituído o Código Eleitoral, que prevê o delito ora em comento no art. 337, *verbis*:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro *que não estiver no gozo dos seus direitos políticos*, de atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos:

Pena – detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos. (Grifos nossos.)

Assim, percebe-se que a previsão legal surgiu no ordenamento jurídico em período caracterizado pela intolerância ao pensamento alheio e ao livre debate de ideias, servindo de complemento repressivo à suspensão discricionária dos direitos políticos, disposta no art. 10 do referido ato institucional.

Significativo também é o fato de tal delito aparecer pela primeira vez no Código Eleitoral de 1965. Enquanto alguns crimes estão repetidos nos diversos diplomas eleitorais, como os crimes de corrupção eleitoral²², inscrição eleitoral fraudulenta²³ e violação do sigilo de voto²⁴, é inovação dessa lei a punição pela participação em atividade político-partidária do estrangeiro ou do brasileiro que não estiver em pleno gozo dos direitos políticos.

2.2. Previsão do direito de manifestação de pensamento na Constituição de 1988

A Carta Magna de 1988, por sua vez, promulgada em tempo de renovação democrática, prevê, no art. 5º, incisos IV e VI, os direitos à livre manifestação do pensamento e à liberdade de consciência, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²² Art. 101 do Código Criminal do Império, de 1830; art. 107, § 21, do Código Eleitoral de 1932; art. 183, 24, da Lei nº 48/1935; art. 123, 20, do Código Eleitoral de 1945; art. 175, 20, do Código Eleitoral de 1950 e art. 299 do Código Eleitoral de 1965.

²³ Art. 29, § 1º, da Lei Saraiva, de 1881; art. 107, § 1º, do Código Eleitoral de 1932; art. 183, 4, da Lei nº 48/1935; art. 123, 4, do Código Eleitoral de 1945, art. 175, 4, do Código Eleitoral de 1950 e art. 289 do Código Eleitoral de 1965.

²⁴ Art. 107, § 20, do Código Eleitoral de 1932; art. 183, 23, da Lei nº 48/1935; art. 123, 19, do Código Eleitoral de 1945; art. 175, 19, do Código Eleitoral de 1950 e art. 312, do Código Eleitoral de 1965.

[...]

IV – *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

[...]

VI – *é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;*

[...]. (Grifos nossos.)

Pontes de Miranda, na sempre atual obra *Democracia, liberdade, igualdade (Os Três Caminhos)*, doutrina:

Liberdade de pensar significa mais do que pensar só para si, ocultando o pensamento. *Tal liberdade de 'pensar sem dizer' de nada valeria, na ordem social.* Tiveram-na os escravos; tem-nas [sic] os que vivem sob as formas autocráticas, sob o despotismo.²⁵

[...] *O que é certo é que seria extremamente penoso para o homem contemporâneo do Ocidente renunciar à liberdade de pensamento.* Foi o melhor que conquistou. [...] Para o homem que veio da Renascença, para o homem que passou pela intolerância religiosa e que a venceu, para o homem que proclamou a liberdade de crença e levou tão alto o pensamento filosófico e científico, *impedir a palavra é mutilar o espírito.*²⁶

Sobre a liberdade de expressão, escreve Bruno Miragem, em artigo intitulado “A liberdade de expressão e o direito de crítica pública”²⁷:

A liberdade de expressão, como já se viu *retro*, tem relação imediata com a liberdade de pensamento e vice-versa. *Não há livre pensar, sem livre expressar*, pois sem esta se retira do indivíduo que pensa a possibilidade de conferir o acerto do seu pensamento. Logo, priva-se dele a própria liberdade de pensar, na medida que [sic] impossível verificar-se a correção do pensamento, logo sua validade substancial. (Grifos nossos.)

Jarbas Maranhão, em artigo intitulado “Caracterização político-jurídica da liberdade de pensamento: censura e significação da imprensa”, escreve sobre o tema:

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*. Campinas: Editora Bookseller, 2002, p. 431.

²⁶ *Id. Ibid.*, p. 437.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 22. Porto Alegre. Setembro/2002, p. 17.

[...] E a Declaração Francesa de 1789 (artigo XI) não proclamava a livre comunicação dos pensamentos e opiniões como um dos mais preciosos direitos do homem? [...] Não é ela o atributo da pessoa humana que melhor identifica nossa dignidade? E não é, 'como o da vida ou mais que ele, o supremo direito do homem pensar em voz alta?'²⁸

[...]

A liberdade de pensamento não é, apenas, um dos princípios constitucionais da União. É a norma, o preceito, o princípio básico, sem o qual não haverá regime democrático, podendo-se dizer que dela derivam todas as outras liberdades. *Não há democracia sem liberdade de pensamento, sem o livre debate de ideias.*²⁹ (Grifo nosso.)

Dessa forma, vê-se que o direito à livre manifestação do pensamento é dos mais caros previstos na Constituição Federal e requisito de uma sociedade democrática. Assim como a vida, a possibilidade de ir e vir e a liberdade de reunião, a manifestação de opinião pertence à natureza do ser humano³⁰. Diferentemente de outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade, que depende de concretização e conformação da lei, a expressão do pensamento preexiste a qualquer disciplina jurídica³¹.

2.3. Desproporcionalidade da criminalização da conduta prevista no art. 337 do Código Eleitoral

O art. 337 do Código Eleitoral visa à proteção da lisura do pleito em face de eventuais intervenções, consideradas indevidas pelo legislador, perpetradas por estrangeiros ou brasileiros cujos direitos políticos estejam suspensos. Assim, o tipo criminal eleitoral tem por objetivo a tutela da higidez da competição político-eleitoral.

É certo que a suspensão dos direitos políticos atinge diversos aspectos da vida do indivíduo. Em interessante estudo sobre o tema, o Ministro Teori Zavascki enumera as seguintes limitações³²:

²⁸ MARANHÃO, Jarbas. Caracterização político-jurídica da liberdade de pensamento. *Revista de Sociologia e Política*, nº 6/7. 1996, p. 68.

²⁹ *Id. Ibid.*, p. 72

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 195.

³¹ *Id. Ibid.*, p. 321.

³² ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Políticos – perda, suspensão e controle jurisdicional*. www.tre-sc.jus.br/site/institucional/publicacoes/artigos-doutrinarios-publicados-na-resenha-eleitoral/v2-edicao-especial-mar-1995/direitos-politicos-perda-suspensao-e-controle-jurisdicional/index.html. Acessado em 24.9.2014.

Estar em gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidatura para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (Constituição Federal, art. 87; 89, VII; 101; 103, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (Constituição Federal, arts. 61, § 2º e 29, XI) e propor ação popular (Constituição Federal, art. 5º, LXXIII). Quem não está em gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político (Lei nº 5.682, de 21.7.71, art. 62) e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (Lei nº 8.112, de 11.12.90, art. 5º, II). Não pode, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (Lei nº 5.250, de 9.2.67, art. 7º, § 1º) e nem exercer cargo em entidade sindical (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 530, V).

Algumas dessas restrições se referem a direitos políticos entendidos no seu sentido mais estrito, de participação direta na vida política, que seriam votar e ser votado; outras atingem direitos individuais como, por exemplo, o direito de associação, representado pelo direito de filiação a partido político (art. 5º, inciso XVII, da CF).

No entanto, não pode a suspensão dos direitos políticos atingir o direito do indivíduo de fazer parte do debate de ideias. Nesse sentido, lúcida é a manifestação do Procurador da República Vladimir Aras em arquivamento de inquérito, sob fundamento de não recepção do art. 337 do CE, mantido pela 2ª Câmara do Ministério Público Federal, em revisão prevista no art. 28 do Código Penal (citado como razões de decidir no Processo nº 0000494-04. 2012.6.05.0095):

Quando tem seus direitos políticos suspensos (arts. 14 e 15 da CF), o cidadão não pode votar nem ser votado. Não pode também exercer cargos públicos, nem ser jurado, conselheiro tutelar, mesário ou juiz de paz. Tampouco pode tomar parte em licitações, fundar partido político, filiar-se o integrar executiva partidária, ou fazer doações eleitorais. Porém, não fica privado de suas outras liberdades públicas, entre elas as de ir e vir e as de expressão e de opinião, ainda que políticas.

O art. 337 da Lei nº 4.737/1965 – código editado na ditadura militar – não está em conformidade com o art. 5º, caput, incisos IV, XV e XVI da Constituição Federal nem com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992) ou com o art. 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/1992), normas supralegais – segundo o pensamento do STF – que asseguram as liberdades de pensamento e expressão no hemisfério.

Embora não tenha sido formalmente excluído do ordenamento jurídico, o art. 337 do CE é incompatível com o sistema de garantias e liberdades

públicas erigido em 1988 e reforçado pelo direito convencional que entrou em vigor no país na década de 1990.

Sua eficácia circunscreve-se ao entorno dos arts. 14 e 37 da Constituição, não alcançando os direitos individuais do art. 5º da CF ou os direitos civis (*civil rights*) do direito internacional.

Tal artigo penal, levado ao extremo, limitaria a liberdade de opinião do cidadão suspenso, de modo verbal ou por escrito, sobre temas da vida nacional. O propósito do dispositivo, aprovado logo após o golpe militar de 1964, foi excluir de manifestações coletivas os políticos cassados pela ditadura brasileira e os que vieram a ser cassados nos anos seguintes, especialmente após os atos institucionais. [...]

O brasileiro cujos direitos políticos foram suspensos não é lançado no ostracismo. Não se sujeita à excomunhão cívica. Não é excluído da comunidade em que vive. Não é segregado para todos os fins. Qualquer cidadão mesmo o não eleitor, pode tomar parte de comícios, declarar simpatias eleitorais, participar de carreatas e manifestar-se "politicamente" A interdição decorrente da condenação é limitação de direito fundamental, e não pode ser interpretada de modo ampliativo. (Grifos nossos.)

Com o mesmo entendimento, assevera Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

Para todos, brasileiros e estrangeiros, temos este artigo como não recebido pela Constituição de 1988. Ele não parece compatível com a liberdade de expressão e reunião, direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, IV, IX, XVI. A Lei nº 9.096/1995, art. 16, já não permite que pessoas que não estejam no gozo dos direitos políticos sejam filiadas a partidos políticos. Elas não poderão, assim, ocupar cargos de direção nesses partidos. Por igual, a Lei nº 9.504/1997 não permite que essas pessoas se candidatem, art. 11, § 7º.

Assim, o tipo penal seria inaugural somente na proibição de outras atividades partidárias, comícios e atos de propaganda. Mas essas proibições esbarram nos direitos fundamentais acima indicados.

Novamente, os ecos do regime de exceção instaurado em março de 1964 no Brasil se fazem ouvir, nesse crime.³³ (Grifos nossos.)

Recentemente, no julgamento por esta Corte da Rp nº 849-75/DF, em que fui designado redator para o acórdão, debatemos sobre a possibilidade de veiculação na Internet de análises críticas sobre a economia do país feitas por empresa consultora especializada. Sustentei não ser possível

³³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 96/97.

tutelar o mercado de ideias, devendo o debate ser feito de maneira transparente, livre, e não de forma autárquica.

Lembro também que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130, declarou a não recepção da Lei de Imprensa, cujos arts. 12 a 28 tipificavam diversas condutas relacionadas ao abuso do exercício do direito de liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

A sinalização da Suprema Corte é inequívoca na direção de que a tipificação de condutas relacionadas à mera liberdade de manifestação de pensamento provavelmente incorre em vício de inconstitucionalidade (ou não recepção).

Assim, o art. 337 do Código Eleitoral, que criminaliza a conduta de quem participa de atividade político-partidária ou se manifesta politicamente de forma pública, sendo estrangeiro ou estando com os direitos políticos suspensos, não encontra respaldo na ordem constitucional vigente, tendo em vista que representa restrição ilegítima a direito fundamental nela estabelecido.

O diploma legal, ao criminalizar a participação em atividade político-partidária por meio de manifestações externas de opinião, foi mais severo do que poderia.

A eventual infração das restrições decorrentes da sanção de suspensão dos direitos políticos não possui a autonomia necessária para conferir legitimidade à atuação do legislador penal. Essa eventual infração tampouco revelaria potencialidade lesiva suficiente à tipificação penal de nova conduta, uma vez que o cumprimento de determinada pena não deve gerar a suspensão indiscriminada de direitos fundamentais, em especial daqueles relacionados à livre manifestação de pensamento.

De acordo com o nosso ordenamento, a violação da maioria das restrições mencionadas no tópico anterior, impostas pela suspensão dos direitos políticos, implica consequências não criminais, avaliadas e decididas em esferas administrativas ou judiciais cíveis. O sujeito com direitos políticos suspensos ou perdidos que tenta registrar candidatura tem ela indeferida; aquele que tenta votar no dia da eleição tem a conduta obstada pelo mesário; aquele que pleiteia concurso público tem a sua inscrição indeferida e assim por diante.

Dessa forma, as tentativas de violar as restrições decorrentes da suspensão de direitos políticos poderão ser objeto de avaliação judicial pertinente.

Seguindo a mesma linha, a participação em propaganda eleitoral ou comício poderia sofrer tratamento similar ao de propaganda irregular, nos termos da Lei das Eleições.

Considero importante ressaltar que a Lei nº 9.504/1997, que regula a propaganda eleitoral, revogou inúmeros tipos penais previstos no Código Eleitoral, como, por exemplo, 322³⁴, 328³⁵, 329³⁶ e 333³⁷, e a eles deu tratamento de ilícito civil. A mesma sorte poderia ter tido o art. 337.

Nesse mesmo sentido, doutrina Antonio Carlos da Ponte:

No que diz respeito aos crimes eleitorais, quatro providências devem ser adotadas. A primeira delas consiste na revisão crítica de cada um dos crimes eleitorais, buscando identificar se os bens que os tipos penais buscam proteger, poderiam ou não encontrar salvaguarda mais eficaz, desde que passassem a constar unicamente como infrações administrativas na esfera eleitoral. Exemplo: arts. 306, 319, 320, 321 e 335 do Código Eleitoral.³⁸

³⁴ Art. 322. Fazer propaganda eleitoral por meio de alto-falantes instalados nas sedes partidárias, em qualquer outra dependência do partido, ou em veículos, fora do período autorizado ou, nesse período em horários não permitidos: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena-detenção até um mês ou pagamento de 60 a 90 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)
Parágrafo único. Incurrerão na multa, além do agente, o diretor ou membro do partido responsável pela transmissão e o condutor do veículo. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁵ Art. 328. Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena-detenção até seis meses e pagamento de 40 a 90 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)
Parágrafo único. Se a inscrição for realizada em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena-detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 40 a 90 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁶ Art. 329. Colocar cartazes, para fins de propaganda eleitoral, em muros, fachadas ou qualquer logradouro público: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena-detenção até dois meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)
Parágrafo único. Se o cartaz for colocado em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena-detenção de seis meses a dois anos e pagamento de 30 a 60 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁷ Art. 333. Colocar faixas em logradouros públicos: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena-detenção até dois meses ou pagamento de 30 a 60 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 176.

Nesse contexto, a criminalização de conduta que eventualmente viole a sanção da suspensão ou perda dos direitos políticos se mostra desnecessária e desproporcional.

Desnecessária porque, como referido, eventual violação poderá ser objeto de medidas menos gravosas e restritivas, a serem adotadas em sede administrativa. Desproporcional porque o Direito Penal deve ser adotado subsidiariamente, isto é, deve cuidar da criminalização das condutas mais graves, em razão de ser a última *ratio* do nosso ordenamento.

Por esse motivo, além das razões acima descritas, entendo que o art. 337 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, voto pelo provimento dos recursos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 361-73.2012.6.26.0354/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrente: Antônio Carlos de Oliveira Ribas de Andrade (Advs.: Anderson Pomini e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu os recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva e o vice-procurador-geral eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 427-27.2012.6.16.0000**

CURITIBA – PR

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Agravante: Montaine Participações Ltda.

Advogados: Luiz Fernando Casagrande Pereira e outros

Agravado: Ministério Público Eleitoral

Eleições 2010. Agravo regimental em recurso especial. Doação acima do limite legal para campanha. Prova ilícita. Quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial.

1. É ilícita a prova colhida por meio da quebra do sigilo fiscal sem prévia autorização judicial, com fundamento no convênio firmado entre o TSE e a Secretaria da Receita Federal. Precedentes do TSE.

2. Agravo regimental provido para julgar improcedente o pedido formulado na representação.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover o agravo regimental para dar provimento ao recurso especial e julgar improcedente a representação, nos termos do voto retificado do relator.

Brasília, 19 de maio de 2015.

Ministro GILMAR MENDES, relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, o Ministério Público Eleitoral ajuizou representação contra Montaine Participações Ltda. por suposta violação ao art. 81 da Lei nº 9.504/1997 – doação acima do limite legal realizada por pessoa jurídica.

O juiz de primeiro grau rejeitou liminarmente a representação.

Interposto recurso eleitoral, o TRE/PR deu-lhe parcial provimento para condenar a recorrente ao pagamento de multa em seu mínimo legal (fls. 622-631).

No especial, interposto com fundamento no art. 276, inciso I, alínea *a* e *b*, do Código Eleitoral, a empresa alegou, em síntese, afronta ao art. 269, inciso IV, do CPC e ao art. 23 da Lei nº 9.504/1997, ao argumento de decadência do direito de ação, bem como nulidade da prova, em razão da quebra indevida de sigilo fiscal, além de sustentar que, por integrar uma *holding*, a expressão “faturamento”, prevista no art. 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997, deve ser interpretada de forma ampla.

Em decisão de fls. 732-735, neguei seguimento ao recurso especial.

Seguiu-se a interposição do regimental (fls. 737-757), em que a agravante reitera os argumentos aduzidos no recurso especial, sustentando, em síntese, a decadência, a quebra do sigilo fiscal e a inaplicabilidade do conceito “faturamento bruto”.

Pleiteia a reconsideração da decisão agravada ou sua reforma, mediante a submissão do regimental ao Plenário do TSE, a fim de ser provido o recurso especial.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (relator): Senhor Presidente, mantenho a decisão agravada, por seus fundamentos, *verbis* (fls. 732-733):

Quanto à alegada decadência do direito de representar com fundamento no art. 81 da Lei nº 9.504/1997, ante o ajuizamento em órgão jurisdicional incompetente, verifico que a representação foi formalizada em 9.6.2011, no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (fl. 2), competente à época da propositura, e não foi observado o prazo decadencial de 180 dias, tendo o juiz membro daquele Regional declinado da competência após a modificação do entendimento pelo Tribunal Superior Eleitoral. Com efeito, por ocasião do julgamento da Rp nº 981-40/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, em 9.6.2011, este Tribunal assentou que o foro competente para processar e julgar a representação com base no art. 81 da Lei nº 9.504/1997 é o do domicílio do doador. Contudo, essa modificação de entendimento não tem o condão de acarretar a intempestividade das representações protocoladas no órgão então competente para a sua análise. Conforme venho sustentando no Supremo Tribunal Federal,

[...] as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança

de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior [...].

(RE nº 637.485/RJ, de minha relatoria, julgado em 1º.8.2012.)

De fato, a segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da CF/1988 recomenda, no caso concreto, que o prazo de 180 dias para ajuizamento da representação com fundamento no art. 81 da Lei nº 9.504/1997 deve ser contado da data da diplomação até a data do protocolo da ação no órgão jurisdicional originariamente competente à época dos fatos, sendo irrelevante a data em que a representação foi recebida no juízo do domicílio do doador, em virtude de modificação de jurisprudência.

Nesse sentido, julgados do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2010. Representação. Doação de recursos acima do limite legal. Pessoa física. Art. 23 da Lei nº 9.504/1997. Decadência não configurada. IRPF. Declaração de ausência de rendimentos em 2009. Impossibilidade de doação a campanhas eleitorais. Desprovisionamento.

1. Considerando que a representação por doação de recursos acima do limite legal foi ajuizada dentro do prazo de 180 dias, contados da diplomação, perante o órgão judiciário originariamente competente para o seu processamento e julgamento, não há falar em decadência.

2. Ainda que superada essa questão, o TSE já decidiu que a propositura da ação perante juízo absolutamente incompetente, desde que no prazo legal, também impede a consumação da decadência. Precedente.

3. A agravante declarou à Receita Federal que não auferiu rendimentos no exercício financeiro de 2009, de forma que não poderia ter realizado doações a campanhas eleitorais no pleito de 2010. Assim, a doação de R\$300,00 ultrapassou o limite de 10% do art. 23, § 1º, I, da Lei nº 9.504/1997.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 322-30/PI, rel. Min. Castro Meira, julgado em 6.8.2013.)

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Impetração em juízo incompetente dentro do prazo decadencial de 120 dias. Não ocorrência da consumação da decadência. Agravo não provido.

1. A questão suscitada na peça recursal trata, especificamente, de matéria de ordem pública, consistente na alegada incidência da decadência do *mandamus*.

2. É posição pacífica da jurisprudência desta Suprema Corte que o prazo decadencial para ajuizamento do mandado de segurança, mesmo que tenha ocorrido perante juízo absolutamente incompetente, há de ser aferido pela data em que foi originariamente protocolizado. Decadência não configurada. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.
(MS nº 26792-AgR/PR, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4.9.2012.)

Quanto à suposta ilicitude da prova, constato que a quebra do sigilo fiscal foi autorizada por decisão judicial do órgão competente (fl. 220), o que encontra respaldo no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido:

- Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2010. Representação. Doação de recursos acima do limite legal. Pessoa física. Art. 23 da Lei nº 9.504/1997. Inépcia da petição inicial, ilegitimidade ativa e decadência rejeitadas. Desprovimento.
1. Considerando que a representação por doação de recursos acima do limite legal foi ajuizada dentro do prazo de 180 dias, contados da diplomação, perante o órgão judiciário originariamente competente para o seu processamento e julgamento, não há falar em decadência.
 2. Ainda que superada essa questão, o TSE já decidiu que a propositura da ação perante juízo absolutamente incompetente, desde que no prazo legal, também impede a consumação da decadência. Precedente.
 3. A decisão judicial na qual foi determinada a quebra do sigilo fiscal da agravante foi proferida pelo órgão originariamente competente para o julgamento da ação, motivo pelo qual inexistente violação do art. 113, § 2º, do CPC.
 4. Este Tribunal, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF, assentou a legitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral em caso idêntico ao dos autos, haja vista o disposto no art. 127 da CF/88 e o fato de o TRE/PR ser o órgão competente para o julgamento da representação na data em que ajuizada.
[...]
 6. Agravo regimental não provido.
(AgR-REspe nº 265-32/PR, rel. Min. Castro Meira, julgado em 1º.7.2013.)

No mais, o acórdão regional está em harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que “o limite de 2% deve ser calculado sobre o faturamento bruto das pessoas jurídicas, isoladamente, não abrangendo os grupos empresariais, que, apesar de possuírem interesses comuns, são, em regra, entes despersonalizados e sem patrimônio próprio” (AgR-AI nº 344-29/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15.10.2013).

Com efeito, em um grupo de empresas, cada uma conserva personalidade e patrimônios distintos. É a dicção do art. 266 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações). Assim, a expressão “faturamento bruto” prevista no § 1º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 aplica-se ao faturamento da empresa isoladamente, e não ao do grupo a que pertence, tendo em vista que não há unidade patrimonial.

Analisando as razões do regimental, verifico que não foram infirmados os fundamentos da decisão que negou seguimento ao recurso especial. A agravante apenas reitera os argumentos do recurso especial.

A jurisprudência do TSE é firme em que “não se admite agravo que não ataque especificamente os fundamentos da decisão agravada ou que se limite a reproduzir argumentos anteriormente expendidos” (AgR-AI nº 108-14/BA, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 7.11.2013).

Para modificar, se possível, a decisão agravada, o interessado deve atacar de forma específica seus fundamentos, sendo insuficiente a simples reiteração das razões do recurso anterior. Incide na espécie a Súmula-STJ nº 182. Nesse sentido:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Representação. Debate político. Eleições 2012. Acusações que supostamente configuram calúnia e difamação. Pedido de aplicação de multa não prevista na legislação de regência. Impossibilidade jurídica do pedido. Incurção do juízo primeiro de admissibilidade no mérito. Não preclusão do segundo juízo de admissibilidade. Precedentes. Fundamentação deficiente do agravo de instrumento (Súmula-STJ nº 182). Desprovisionamento.

[...]

2. Para afastar a decisão agravada, é necessário que seus fundamentos sejam especificamente impugnados, não sendo suficiente a mera repetição das razões trazidas no recurso especial (Súmula-STJ nº 182).

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgR-AI nº 714-81/SC, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22.4.2014 – grifo nosso.)

Agravo regimental. Agravo. Recurso especial inadmitido. Decisão agravada. Fundamentos não infirmados. Súmula-STJ nº 182. Não provimento.

1. A agravante não infirmou os fundamentos da decisão agravada, quais sejam, a impossibilidade de conhecimento do recurso especial por demandar o reexame fático-probatório e a ausência de demonstração do suposto dissídio jurisprudencial. Desse modo, incide o disposto na Súmula-STJ nº 182.

2. Agravo regimental não provido.

(AgR-AI nº 1714-80/SP, rel. Min. Castro Meira, julgado em 11.6.2013 – grifo nosso.)

Agravo regimental. Recurso especial. Representação por doação acima dos limites legais. Decadência. Inocorrência. Sanção. Multa. Intenção de doação. Irrelevância.

1. O TSE já pacificou entendimento de que se a representação eleitoral, por não observância de limite legal de doação, foi proposta dentro do prazo de 180 dias da diplomação, a posterior modificação de jurisprudência – no que tange à competência – não enseja o reconhecimento da decadência. Precedentes: AgR-AI nº 137-33, rel. Min. Dias Toffoli, *DJE* de 1º.7.2013; AgR-REspe nº 265-32, rel. Min. Castro Meira, *DJE* de 7.8.2013.

[...]

3. *Nega-se provimento ao agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada.*

Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 21-12/RO, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 29.8.2013 – grifo nosso.)

Por essas razões, *nego provimento* ao agravo regimental.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Senhores Ministros, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 427-27.2012.6.16.0000/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: Montaine Participações Ltda. (Advs.: Luiz Fernando Casagrande Pereira e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral

Decisão: Após o voto do ministro relator, desprovendo o agravo regimental, antecipou o pedido de vista o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes a Ministra Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhores Ministros, o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR) deu parcial provimento ao recurso

eleitoral interposto, julgando procedente a representação por doação de campanha acima do limite legal e aplicando a multa em seu patamar mínimo. Eis a ementa do acórdão regional (fls. 622-623):

Recurso eleitoral. Eleições 2010. Representação. Doação acima do limite legal. Pessoa jurídica. Art. 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997. Decadência e ilicitude de prova. Preliminares afastadas. Mérito. Inaplicabilidade da inelegibilidade aos *sócios-dirigentes* da pessoa jurídica. Necessidade de ação e momento próprios. Extinção do processo. Art. 267, VI, CPC. Faturamento bruto. Conceito restrito. Inadmissibilidade de rendimentos advindos de participação societária em *holding*. Irregularidade da doação. Proibição de participar de licitações e de contratar com o poder público afastadas pela maioria. *Recurso parcialmente provido.*

1. A modificação superveniente de competência para o julgamento das representações por doação acima do limite legal por decisão do c. TSE, não anula os atos anteriormente praticados pela Procuradoria Regional Eleitoral perante o Tribunal Regional Eleitoral, órgão até então competente para o julgamento das demandas dessa natureza.

2. As informações relativas aos rendimentos brutos auferidos pela pessoa jurídica no ano anterior à eleição, obtidas com base na *Portaria-SRF/TSE* nº 74/2006, encontra amparo no art. 94, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, sem qualquer violação aos incisos X e XII do art. 5º, CF/88, eis que tais direitos fundamentais não são absolutos, conforme os princípios da unidade e da concordância prática, que norteiam a interpretação das normas constitucionais, não cabendo a alegação de ilicitude da prova.

3. Esta corte tem vários precedentes no sentido de que a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *p*, da LC nº 64/1990, alterada pela LC 135/10 deve ser arguida em ação e momento próprios, impondo-se a extinção do processo em relação aos *sócios-dirigentes* da pessoa jurídica, com fundamento no art. 267, VI, CPC.

4. O conceito de faturamento, previsto no art. 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997 merece interpretação restritiva, abarcando somente os rendimentos auferidos em decorrência da comercialização de bens e serviços, não incluindo a participação societária, ainda que esteja ela prevista no objeto social da empresa.

5. A atual composição da Corte entende, por maioria, e com voto do presidente, que a proibição de participar de licitações e de contratar com o poder público pelo prazo de cinco anos não deve ser aplicada ao caso, divergindo do entendimento do relator, do dr. Luciano Carrasco e do desembargador Edson Vidal Pinto, segundo o qual é ela consequência da infração à lei, que visa a impedir futuras trocas de favores que levam à possível corrupção na administração pública.

No especial, a recorrente sustentou, em síntese, que:

a) operou-se a decadência, pois a ratificação da representação pelo Ministério Público de primeiro grau, parte legítima para tanto, somente ocorreu após o prazo de 180 dias;

b) a prova dos autos é ilícita, pois as informações referentes à quebra do sigilo fiscal da doadora, que permitiram o ajuizamento da ação, foram obtidas mediante convênio do TSE com a Receita Federal, sem autorização judicial específica, e o Ministério Público não requereu a regularização em tempo oportuno, qual seja, antes do encerramento do prazo decadencial, já que se trata de documento que deve obrigatoriamente acompanhar a exordial;

c) no caso dos autos, “[...] não se trata de uma *holding* pura (incorporação criada para administrar outras empresas), mas de *holding* mista, em que atividades próprias de comércio de bens e serviços são realizados, ao lado da participação em outras empresas, administrando-as ou somente compondo seu quadro societário, percebendo dividendos” (fl. 650); e

d) as atividades da recorrente “[...] também compreendem a participação em outras sociedades, seja como administradora, acionista ou apenas sócia, de modo que os dividendos percebidos em razão desse trabalho não podem ser desconsiderados” (fl. 659), devendo ser incluídos no conceito de faturamento bruto, o qual deve ser entendido como todas as receitas provenientes da atividade-fim da sociedade.

O recurso foi admitido às fls. 680 a 684.

Em contrarrazões (fls. 688 a 714), o Ministério Público Eleitoral aduziu, em resumo, que:

a) a recorrente não se desincumbiu de apresentar juntamente com as razões recursais o inteiro teor dos acórdãos paradigmas com relação à alegada decadência e ilicitude de provas, apresentando-os tão somente com relação ao entendimento sobre o conceito de faturamento bruto;

b) “[...] o acórdão recorrido e o julgado paradigma usam de fundamentos diferenciados para defender a licitude da prova produzida nos presentes autos (no acórdão objurgado houve prévia cautelar judicial e nos paradigmas há menção de requisição direta de dados pelo Ministério Público ou utilização direta do convênio)” (fl. 695);

c) não foi operada a decadência;

d) o convênio de cooperação entre o TSE e a Receita Federal permitiu o intercâmbio de informações entre as duas instituições, e houve autorização judicial prévia para acesso e utilização de tais dados, não havendo falar em ilicitude da prova; e

e) se o parâmetro escolhido pelo legislador é o faturamento bruto, esse entendido como o valor declarado à SRFB, não se deve fazer uma interpretação diferenciada para os casos em que a doadora for participante em outras sociedades.

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo não provimento do agravo (fls. 723 a 729).

Em 8.9.2013, o rel. Ministro *Gilmar Mendes* negou seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos (fls. 732 a 735):

2. Quanto à alegada decadência do direito de representar com fundamento no art. 81 da Lei nº 9.504/1997, ante o ajuizamento em órgão jurisdicional incompetente, verifico que a representação foi formalizada em 9.6.2011, no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (fl. 2), competente à época da propositura, e não foi observado o prazo decadencial de 180 dias, tendo o juiz membro daquele Regional declinado da competência após a modificação do entendimento pelo Tribunal Superior Eleitoral. Com efeito, por ocasião do julgamento da Rp nº 981-40/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, em 9.6.2011, este Tribunal assentou que o foro competente para processar e julgar a representação com base no art. 81 da Lei nº 9.504/1997 é o do domicílio do doador. Contudo, essa modificação de entendimento não tem o condão de acarretar a intempestividade das representações protocoladas no órgão então competente para a sua análise. Conforme venho sustentando no Supremo Tribunal Federal,

[...] as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior [...].
(RE nº 637.485/RJ, de minha relatoria, julgado em 1º.8.2012.)

De fato, a segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da CF/1988 recomenda, no caso concreto, que o prazo de 180 dias para ajuizamento da representação com fundamento no art. 81 da Lei nº 9.504/1997 deve ser contado da data da diplomação até a data do protocolo da ação no órgão jurisdicional originariamente competente à época dos fatos, sendo

irrelevante a data em que a representação foi recebida no juízo do domicílio do doador, em virtude de modificação de jurisprudência.
Nesse sentido, julgados do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2010. Representação. Doação de recursos acima do limite legal. Pessoa física. Art. 23 da Lei nº 9.504/1997. Decadência não configurada. IRPF. Declaração de ausência de rendimentos em 2009. Impossibilidade de doação a campanhas eleitorais. Desprovisionamento.

1. Considerando que a representação por doação de recursos acima do limite legal foi ajuizada dentro do prazo de 180 dias, contados da diplomação, perante o órgão judiciário originariamente competente para o seu processamento e julgamento, não há falar em decadência.

2. Ainda que superada essa questão, o TSE já decidiu que a propositura da ação perante juízo absolutamente incompetente, desde que no prazo legal, também impede a consumação da decadência. Precedente.

3. A agravante declarou à Receita Federal que não auferiu rendimentos no exercício financeiro de 2009, de forma que não poderia ter realizado doações a campanhas eleitorais no pleito de 2010. Assim, a doação de R\$300,00 ultrapassou o limite de 10% do art. 23, § 1º, I, da Lei nº 9.504/1997.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 322-30/PI, rel. Min. Castro Meira, julgado em 6.8.2013.)

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Impetração em juízo incompetente dentro do prazo decadencial de 120 dias. Não ocorrência da consumação da decadência. Agravo não provido.

1. A questão suscitada na peça recursal trata, especificamente, de matéria de ordem pública, consistente na alegada incidência da decadência do *mandamus*.

2. É posição pacífica da jurisprudência desta Suprema Corte que o prazo decadencial para ajuizamento do mandado de segurança, mesmo que tenha ocorrido perante juízo absolutamente incompetente, há de ser aferido pela data em que foi originariamente protocolizado. Decadência não configurada. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(MS nº 26792-AgR/PR, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4.9.2012.)

Quanto à suposta ilicitude da prova, constato que a quebra do sigilo fiscal foi autorizada por decisão judicial do órgão competente (fl. 220), o que encontra respaldo no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2010. Representação. Doação de recursos acima do limite legal. Pessoa física. Art. 23 da Lei nº 9.504/1997. Inépcia da petição inicial, ilegitimidade ativa e decadência rejeitadas. Desprovisionamento.

1. Considerando que a representação por doação de recursos acima do limite legal foi ajuizada dentro do prazo de 180 dias, contados da diplomação, perante o órgão judiciário originariamente competente para o seu processamento e julgamento, não há falar em decadência.

2. Ainda que superada essa questão, o TSE já decidiu que a propositura da ação perante juízo absolutamente incompetente, desde que no prazo legal, também impede a consumação da decadência. Precedente.

3. A decisão judicial na qual foi determinada a quebra do sigilo fiscal da agravante foi proferida pelo órgão originariamente competente para o julgamento da ação, motivo pelo qual inexistente violação do art. 113, § 2º, do CPC.

4. Este Tribunal, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF, assentou a legitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral em caso idêntico ao dos autos, haja vista o disposto no art. 127 da CF/88 e o fato de o TRE/PR ser o órgão competente para o julgamento da representação na data em que ajuizada.

[...]

6. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 265-32/PR, rel. Min. Castro Meira, julgado em 1º.7.2013.)

No mais, o acórdão regional está em harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que “o limite de 2% deve ser calculado sobre o faturamento bruto das pessoas jurídicas, isoladamente, não abrangendo os grupos empresariais, que, apesar de possuírem interesses comuns, são, em regra, entes despersonalizados e sem patrimônio próprio” (AgR-AI nº 344-29/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15.10.2013).

Com efeito, em um grupo de empresas, cada uma conserva personalidade e patrimônios distintos. É a dicção do art. 266 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações). Assim, a expressão *faturamento bruto* prevista no § 1º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 aplica-se ao faturamento da empresa isoladamente, e não ao do grupo a que pertence, tendo em vista que não há unidade patrimonial.

3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 36, § 6º, do RITSE).

Adveio então o agravo regimental (fls. 761 a 781), no qual a agravante alegou que:

a) a necessária ratificação da ação pela parte legítima somente foi feita após o prazo de 180 dias, permanecendo insanável a irregularidade apontada;

b) a prova produzida mediante convênio do TSE com a Receita Federal é ilícita, pois não foi regularizada em momento oportuno, qual seja, “[...] antes do encerramento do prazo decadencial para ajuizamento da ação, considerando que se trata de documento essencial que obrigatoriamente deveria acompanhar a exordial” (fl. 771); e

c) a receita proveniente de participações societárias deve ser considerada, pois se refere a uma das atividades-fim da empresa, e sua única diferença em relação à rubrica ‘faturamento bruto’ é o momento de recolhimento dos impostos.

Na sessão jurisdicional do dia 11.11.2014, o relator desproveu o agravo regimental, consignando que não foram infirmados os fundamentos da decisão agravada, a qual foi integralmente mantida.

Em seguida, antecipei o pedido de vista dos autos para melhor exame. É o relatório.

Inicialmente, com a devida vênia ao eminente relator, entendo que as razões do agravo regimental são suficientes para infirmar os fundamentos da decisão agravada, não sendo o caso de incidência da Súmula nº 182 do STJ.

Quanto à decadência, acompanho o relator, pois tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça alinham-se ao entendimento de que a incompetência do juízo é irrelevante para efeito de caducidade. Nesse sentido:

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Impetração em juízo incompetente dentro do prazo decadencial de 120 dias. Não ocorrência da consumação da decadência. Agravo não provido.

[...]

2. É posição pacífica da jurisprudência desta Suprema Corte que o prazo decadencial para ajuizamento do mandado de segurança, mesmo que tenha ocorrido perante juízo absolutamente incompetente, há de ser aferido pela

data em que foi originariamente protocolizado. Decadência não configurada. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(STF – AgR MS nº 26792, DJE 27.9.2012, de minha relatoria);

Administrativo e processual civil – Agravo regimental – Recurso ordinário em mandado de segurança – Decadência – 120 dias – Impetração em juízo incompetente – Irrelevância para o cômputo do prazo de caducidade – Jurisprudência do STJ e do STF – Recurso provido.

1. *“Não se configura a decadência quando o mandado de segurança é impetrado no prazo de 120 dias, contados da data da intimação do ato impugnado, ainda que protocolizada a inicial perante juízo absolutamente incompetente.”* (MS 11.957/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 14.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 275.)

2. Na espécie, houve protocolo da ação, antes do término do prazo decadência da segurança, perante juízo incompetente, o que não atrai os efeitos da caducidade.

Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRgnoRMSnº27.583/BA, DJEde4.2.2009, rel. Min. Humberto Martins); e Resp – Lei de Imprensa – Decadência. Decadência é a perda do direito, por inação do titular, não o exercendo no prazo legal. *O ingresso tempestivo, em juízo incompetente, não implica a decadência. Aplicação analógica do art. 219, do CPC, verbis: “a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.* E acrescenta o art. 220: “o disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei”. O direito é unidade: as normas intercomunicam-se. Precedentes jurisprudenciais, no mesmo sentido.

(STJ – REsp nº 90.164/RJ, DJE de 16.12.1996, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.)

Quanto ao prazo para a propositura de representação fundada em doações de campanha acima dos limites legais, por pessoa física ou jurídica, o Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar o Recurso Especial nº 36.552/SP, decidiu que seria de 180 dias a partir da diplomação dos eleitos.

O entendimento desta Corte, no sentido de que o juízo competente para processar as representações por excesso de doação seria aquele do domicílio do doador, somente foi firmado no julgamento da Representação nº 981-40.2011.6.00.0000, em 9.6.2011, com publicação no *Diário Oficial* em 28.6.2011, ou seja, após o ajuizamento da representação em questão.

Assim, como esta ação foi proposta dentro dos 180 dias contados da diplomação, pela parte à época legítima, considerando-se o juízo também tido por competente naquele momento, ainda que tenha havido modificação posterior em relação à competência, não há falar em decadência, sendo impossível extinguir as representações ajuizadas tempestivamente.

Além disso, assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”.

Desse modo, aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu eventual ratificação da ação. Nesse sentido:

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Incompetência absoluta. Nulidade dos atos decisórios. Remessa ao juízo competente. Art. 113, § 2º do CPC. Ratificação dos atos decisórios. Nomeação de perito. Prejuízo indemonstrado. Princípio da instrumentalidade das formas. Divergência não comprovada.

1. O reconhecimento originário da incompetência absoluta e a sua desconsideração posterior ensejam a aplicação automática do art. 113, § 2º, do CPC. Precedentes do STJ: RMS nº 14.891/BA, Quarta Turma, *DJ* 3.12.2007; AgRg no MS nº 11.254/DF, Terceira Seção, *DJ* 13.11.2006; RMS nº 14.675/RS, Segunda Turma, *DJ* 10.10.2005 e REsp nº 709330/PR, rel. Min. Eliana Calmon *DJ* 23.5.2005.

[...]

4. Agravo Regimental desprovido.

(STJ – AgRg no REsp nº 1022693/SP, *DJE* de 8.10.2009, rel. Min. Luiz Fux);

Processual civil. Mandado de segurança impetrado contra acórdão de juizado especial cível. Incompetência declarada pelo Tribunal de Justiça. Extinção do processo. Necessidade de envio ao órgão jurisdicional competente. CPC, art. 113, § 2º.

I. Conquanto correto o entendimento do Tribunal de Justiça no sentido de ser incompetente para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra acórdão emanado de *juizado especial cível*, cabe-lhe indicar o órgão jurisdicional competente e fazer o envio respectivo dos autos, e não meramente extinguir a inicial do *writ*.

II. Recurso ordinário parcialmente provido.

(STJ – RMS nº 14.891/BA, *DJ* de 3.12.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Junior); e

Processual civil – FGTS – Ação rescisória – Competência – Aplicação do art. 113, § 2º do CPC.

1. A competência para processar e julgar ação rescisória é do órgão prolator da última decisão de mérito.

2. Se o Tribunal, onde foi ajuizada a rescisória, conclui ser absolutamente incompetente, deve remeter os autos ao Tribunal competente, nos termos do art. 113, § 2º do CPC e não extinguir o feito, sem julgamento do mérito.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(STJ – REsp nº 709330/PR, DJ de 23.5.2005, rel. Min. Eliana Calmon.)

Mesmo que ultrapassadas as considerações acima, a ação foi ratificada pelo promotor eleitoral e, mesmo que assim não fosse, o art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Conforme preceitua Guilherme de Souza Nucci¹, o Ministério Público é regido “[...] pelos princípios da unidade (podem os seus representantes substituir-se uns aos outros na prática de determinado ato), da indivisibilidade (atuam seus representantes em nome da instituição) e da independência funcional (cada um dos seus representantes possui convicção própria, que deve ser respeitada)”.

Acrescente-se que a matéria foi debatida pelo Tribunal Superior Eleitoral na sessão do dia 30.4.2013, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF – de minha relatoria –, no qual se obteve, à unanimidade, a seguinte conclusão:

Agravo regimental. Recurso especial. Doação acima do limite legal. Decadência não verificada. Alteração da competência publicada em momento posterior ao ajuizamento da representação. Aproveitamento. Desprovemento.

1. O entendimento desta Corte de que o juízo competente para processar as representações por excesso de doação seria aquele do domicílio do doador somente foi firmado no julgamento da Representação nº 981-40.2011.6.00.0000, em 9.6.2011, com publicação no *Diário Oficial* em 28.6.2011, ou seja, após o ajuizamento da representação em questão.

2. Ação proposta pela parte legítima no juízo competente à época. Mesmo que tenha havido modificação posterior da competência, não foi verificado o prazo decadencial de 180 dias.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 547.

3. Não há razão para considerar que apenas o promotor de justiça eleitoral seria competente para ajuizar a representação em apreço. O art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4. Assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu a ratificação da ação, se durante o prazo decadencial ou não.

5. Agravo regimental desprovido.

No tocante à prova dos autos, com a devida vênia, deixo de acompanhar o relator, e inicio a divergência para reconhecer a sua ilicitude.

Eis os fundamentos do acórdão regional (fls. 625-627):

Não há que se falar em ilicitude de prova, pois o repasse das informações da Secretaria da Receita Federal ao Tribunal Superior Eleitoral encontra fundamento na *Portaria Conjunta-SRF/TSE nº 74/2006* [...]

A prova também não é ilícita por infração ao sigilo fiscal e bancário dos recorrentes, porque não houve ataque ao direito à privacidade (intimidade e vida privada, conforme redação do art. 5º, X, da CF), tampouco ao sigilo de dados fiscais e bancários (art. 5º, XII, CF) porque após o recebimento das informações repassadas pela Secretaria da Receita Federal ao Tribunal Superior Eleitoral, que as encaminhou ao Ministério Público Eleitoral para a adoção das providências necessárias para a apuração de infração eleitoral, foi proposta uma ação cautelar em que se obteve decisão liminar autorizando o uso delas. Tal ação corresponde à Ação Cautelar nº 214-55.2011.6.16.0000, relatada pelo dr. Fernando Knoerr.

[...] a doutrina e o STF já tem como pacífica a ideia de que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo necessário exercer o juízo de ponderação em cada caso diante da tensão no conflito entre direitos fundamentais, segundo os princípios da unidade e da concordância prática, entre outros. [...]

Ora, no caso em análise, há decisão judicial tanto na autorização para a utilização dos dados obtidos com base na *Portaria Conjunta-SRF/TSE nº 74/2006* pelo representante, como também decisão judicial que determinou o encaminhamento de informações acerca do faturamento bruto do exercício financeiro do ano de 2009 da pessoa jurídica recorrente. Ressalte-se que a reserva de lei quanto às inviolabilidades referidas no inciso XII do art. 5º da Constituição se refere apenas às comunicações telefônicas, não alcançando, dessa forma, a inviolabilidade de dados bancários e fiscais, que podem ser encaminhados pelo dever dos órgãos da Receita Federal em auxiliar a justiça eleitoral na apuração de ilícitos eleitorais, como já se disse, ainda que não seja para investigação ou instrução processual penal.

Com efeito, o entendimento da Corte Regional Eleitoral, no que diz respeito à licitude da prova, não está em consonância com a jurisprudência desta Corte, como se verifica dos seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Doação de recursos de campanha. Prescrição. Decadência. Incidência da Súmula-STF nº 283. Fundamento inatacadado. Quebra de sigilo fiscal. Convênio firmado entre o TSE e a Secretaria da Receita Federal. Preservação do direito à privacidade. Desprovisionamento.

[...]

2. Constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial. Precedente: AgR-REspe nº 824-04/RJ, rel. Min. Arnaldo Versiani, sessão de 4.11.2010.

3. Ao Ministério Público ressalva-se a possibilidade de requisitar à SRF apenas a confirmação de que as doações feitas pela pessoa física ou jurídica à campanha eleitoral obedecem ou não aos limites estabelecidos na lei.

4. Havendo a informação de que o montante doado ultrapassou o limite legalmente permitido, poderá o *Parquet* ajuizar a representação prevista no art. 96 da Lei nº 9.504/1997, por descumprimento aos arts. 23 e 81 da mesma lei, e pedir ao juiz eleitoral que requirite à Receita Federal os dados relativos aos rendimentos do doador.

5. Mesmo com supedâneo na Portaria Conjunta-SRF/TSE nº 74/2006, o direito à privacidade, nele se incluindo os sigilos fiscal e bancário, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, deve ser preservado, mediante a observância do procedimento acima descrito.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 7875798-93/DF, DJE de 20.5.2011, rel. Min. Marcelo Ribeiro – grifei); e

Agravo regimental. Negativa de seguimento. Recurso especial. Representação. Doação para campanha. Inobservância. Limite legal. Quebra de sigilo fiscal. Ministério Público. Autorização judicial. Ausência. Agravo desprovido.

1. Constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial, consubstanciada na obtenção de dados relativos aos rendimentos do contribuinte, requeridos diretamente pelo Ministério Público à Secretaria da Receita Federal, para subsidiar a representação por descumprimento dos arts. 23, § 1º, I, e 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997.

2. Ressalva-se a possibilidade de o *Parquet* requerer à Receita Federal somente a informação quanto à compatibilidade entre o valor doado pelo contribuinte à campanha eleitoral e as restrições impostas na legislação eleitoral, que estabelece o limite de dez por cento dos rendimentos brutos de pessoa física e de dois por cento do faturamento bruto de pessoa jurídica, auferidos no ano anterior à eleição.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 28.218/SP, DJE de 3.8.2010, rel. para o acórdão Min. Marcelo Ribeiro.)

Em que pese a notícia da existência de ação cautelar, com decisão judicial liminar para permitir a utilização de dados fiscais, estes já eram acessíveis ao Ministério Público.

Ressalte-se que o presente caso não se amolda às representações do Estado de São Paulo, em que esta Corte Eleitoral, na sessão do dia 28.11.2013, no julgamento do REspe nº 36-93, concluiu pela litude da prova.

Naquela ocasião, o presidente do TRE/SP inicialmente deferiu o requerimento da procuradoria no sentido de se oficial a Receita para realizar o batimento entre o valor da doação declarado pela empresa e o seu faturamento bruto e, em seguida, constatado o excesso, já estaria deferido o pedido de quebra de sigilo dos dados. A partir daí, o MPE providenciaria as medidas legais.

Ou seja, embora o MPE estivesse respaldado pela jurisprudência do TSE, sequer requereu diretamente à Secretaria da Receita Federal a informação quanto à compatibilidade entre os valores doados pelos contribuintes e as restrições impostas na legislação eleitoral. Optou, porém, por também requerê-la pela via judicial, o que foi deferido pela autoridade então competente.

O caso dos autos, todavia, é distinto, sendo ilícita a prova colhida mediante a quebra do sigilo fiscal, sem a prévia autorização judicial, pois a permissão deferida em processo cautelar foi posterior à obtenção dos dados.

Mesmo com supedâneo na Portaria Conjunta-SRF/TSE nº 74/2006, o sigilo deve ser preservado, com a observância dos procedimentos acima descritos.

A esse respeito, decidiu o Tribunal ao desprover, em 4.11.2010, os agravos regimentais nos recursos especiais nºs 82404 e 7875811-92, rel. Min. *Arnaldo Versiani*, assentando que “constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial, consubstanciada na obtenção de dados relativos aos rendimentos do contribuinte, para subsidiar a representação por descumprimento de limite legal de doação”.

Assim, o referido convênio não pode se sobrepor aos sigilos fiscal e bancário, que são espécies do direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, de modo que a posterior autorização judicial

deferida em processo cautelar não tem o condão de convalidar a prova colhida ilicitamente.

Fica prejudicada a análise das demais teses suscitadas pela ora agravante.

Ante o exposto, com a mais respeitosa vênia ao relator, dou provimento ao agravo regimental para acolher a preliminar de ilicitude da prova e julgar extinta a representação.

É o voto.

INDICAÇÃO DE ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, eu indico adiamento para analisar a matéria.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 427-27.2012.6.16.0000/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: Montaine Participações Ltda. (Advs.: Luiz Fernando Casagrande Pereira e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Dias Toffoli, divergindo do relator, indicou adiamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, João Otávio de Noronha e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e o vice-procurador-geral eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Luiz Fux.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, de fato, apesar de obtida a autorização judicial para a quebra do sigilo fiscal em 23.5.2011 (Ação Cautelar nº 214-55.2011.6.16.0000), antes do ajuizamento da representação (em 9.6.2011), as informações fiscais do agravante foram repassadas ao Ministério Público Eleitoral com base na Portaria nº 74/2006 (convênio firmado entre o TSE e a Receita Federal) em 28.4.2011 (fl. 17), antes, portanto, da decisão judicial.

Portanto, é ilícita a prova que inicialmente embasou a representação. Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso especial. Negativa de seguimento. Representação. Doação para campanha. Eleição 2010. Inobservância. Limite legal. Quebra de sigilo fiscal. Ministério Público. Autorização judicial. Ausência. Desprovimento.

1. O convênio firmado entre o Tribunal Superior Eleitoral e a Receita Federal não pode se sobrepor aos sigilos fiscal e bancário, que são espécies do direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal.

2. Constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial, consubstanciada na obtenção de dados relativos aos rendimentos do contribuinte, para subsidiar a representação por descumprimento do limite legal de doação. Precedentes

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 371-06/SC, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 27.2.2014 – grifo nosso.)

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo regimental, para julgar improcedente o pedido formulado na representação, em face da ilicitude da prova.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 427-27.2012.6.16.0000/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: Montaine Participações Ltda. (Advs.: Luiz Fernando Casagrande Pereira e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para dar provimento ao recurso especial e julgar improcedente a representação, nos termos do voto retificado do relator.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presente a Ministras Maria Thereza de Assis Moura, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Henrique Neves da Silva e Admar Gonzaga, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

CONSULTA Nº 1396-23.2011.6.00.0000**BRASÍLIA – DF**

Relator originário: Ministro Gilson Dipp

Redatora para o acórdão: Ministra Luciana Lóssio

Consulente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Nacional

Advogados: Afonso Assis Ribeiro e outros

Consulta. Partido político. Aplicação recursos fundo partidário. Pagamento de multas eleitorais. Impossibilidade. Regramento do art. 44 da Lei nº 9.096/1995.

1. As organizações partidárias possuem, como garantia constitucional, recursos públicos para o funcionamento e a divulgação dos seus programas. Entretanto, a Lei dos Partidos Políticos estabeleceu critérios para utilização dos recursos do Fundo Partidário, descritos no art. 44.

2. A utilização de recursos do Fundo Partidário para efetuar pagamento de multas eleitorais, decorrente de infração à Lei das Eleições, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no dispositivo legal em comento.

Respondida negativamente.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em responder negativamente à consulta, nos termos do voto do Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 21 de maio de 2015.

Ministra LUCIANA LÓSSIO, redatora para o acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, consulta formulada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), neste ato representado por seu presidente nacional, nos seguintes termos (fl. 2-5):

1. A Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), em seu art. 44 dispõe sobre a aplicação dos recursos do Fundo Partidário, da seguinte maneira:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

- I – na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado neste último caso o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total recebido; (*Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009.*)
- II – na propaganda doutrinária e política;
- III – no alistamento e campanhas eleitorais;
- IV – na criação e manutenção de *instituto* ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido;
- V – na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total. (*Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.*)

2. Por sua vez, a Resolução-TSE nº 23.217, que disciplinou a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2010, reza em seu art. 14 que:

Das origens dos recursos

Art. 14. Os recursos destinados às campanhas eleitorais, respeitados os limites previstos nesta resolução, são os seguintes:

- I – recursos próprios;
- II – doações de pessoas físicas;
- III – doações de pessoas jurídicas;
- IV – doações de outros candidatos, comitês financeiros ou partidos políticos;
- V – *repasso de recursos provenientes do Fundo Partidário*;
- VI – receita decorrente da comercialização de bens ou da realização de eventos.

3. Já o art. 21, da mesma resolução, disciplina que tais recursos podem ser utilizados para pagamento de multas eleitorais, desde que aplicadas até a data das eleições:

Dos gastos eleitorais

Art. 21. São gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados (Lei nº 9.504/1997, art. 26):

- I – confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho;
- II – propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos;
- III – aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral;

- IV – despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas;
- V – correspondências e despesas postais;
- VI – despesas de instalação, organização e funcionamento de comitês e serviços necessários às eleições;
- VII – remuneração ou gratificação de qualquer espécie paga a quem preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais;
- VIII – montagem e operação de carros de som, de propaganda e de assemelhados;
- IX – realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura;
- X – produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita;
- XI – realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;
- XII – custos com a criação e inclusão de páginas na Internet;
- XIII – multas aplicadas, até as eleições, aos partidos ou aos candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral;*
- XIV – doações para outros candidatos ou comitês financeiros;
- XV – produção de *jingles*, vinhetas e *slogans* para propaganda eleitoral.

4. Dessa forma, se a Lei nº 9.096/1995 estabelece que os recursos do Fundo Partidário podem ser utilizados em campanhas eleitorais e como a Resolução-TSE nº 23.217 limitou o pagamento de multas para tão somente àquelas que forem aplicadas até as eleições, é a presente para formular as seguintes indagações:

- a) Pode um partido político utilizar recursos do Fundo Partidário para pagar multas eleitorais aplicadas, nos termos do artigo 36, da Lei nº 9.504/1997, ao próprio partido, a seu candidato ou filiado?
- b) Pode um partido político utilizar recursos do Fundo Partidário para pagar as referidas multas eleitorais se aplicadas, após as eleições, ao próprio partido, a seu candidato ou a filiado?

É este o parecer da Assessoria Especial da Presidência, *verbis* (fls. 8-17):

O art. 23¹ do Código Eleitoral atribui competência privativa ao Tribunal Superior Eleitoral para responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por órgão nacional de partido político. Portanto, em análise preliminar, verifica-se que o consulente possui legitimidade para propor questionamentos a este Tribunal, e suas

¹Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
(...)

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

indagações ostentam o caráter abstrato e a pertinência temática requeridos pela norma para que se conheça da consulta.

A matéria de fundo consiste na apresentação de cenário normativo que estaria a sugerir a possibilidade de utilização dos recursos do fundo partidário para o pagamento de multas eleitorais aplicadas por infração à legislação eleitoral.

É bem verdade que o art. 44 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) dispõe que os recursos oriundos do fundo partidário serão aplicados, entre outras hipóteses, *nas campanhas eleitorais* (inciso III). Essa regra foi inserida na Resolução-TSE nº 23.217 (art. 14, inciso V), que disciplinou a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e a prestação de contas nas eleições de 2010.

A Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), por sua vez, em tópico que trata da arrecadação e da aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, considera *gastos eleitorais*, entre outros, *“as multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral”* (art. 26, inciso XVI).

Quando do traslado dessa mesma regra para o art. 21 da Resolução-TSE nº 23.217, acresceu-se o marco temporal *até as eleições*, e o dispositivo ficou assim redigido:

Art. 21. São gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados (Lei nº 9.504/97, art. 26):

[...]

XIII – multas aplicadas, *até o dia das eleições*, aos partidos ou aos candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral; (grifamos)

[...]

Em síntese, a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) estabelece que *os recursos do Fundo Partidário podem ser utilizados em campanhas eleitorais*. E a Resolução-TSE nº 23.217 (art. 21, inciso XIII), repetindo o disposto no art. 26, XVI, da Lei das Eleições, considera *gastos eleitorais*, sujeitos a registro e a limites fixados, *as multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral*.

Essa conjunção normativa pode induzir o intérprete ao entendimento de que as normas que regem a arrecadação e a aplicação de recursos financeiros dos partidos políticos estariam a autorizar essas agremiações a realizarem o pagamento de multas aplicadas diretamente a elas ou aos seus candidatos, por infração do disposto na legislação eleitoral, utilizando os recursos oriundos do Fundo Partidário.

Ocorre porém que este Tribunal ao regulamentar as atividades financeiras dos partidos políticos editou normas que impõem àquelas agremiações a obrigatoriedade de abertura de até três contas bancárias distintas.

Duas delas são necessárias ao atendimento do disposto no art. 4º da Resolução-TSE nº 21.841/2004² (que disciplina a prestação de contas dos partidos políticos e a tomada de contas especial), que orienta as agremiações partidárias a possuírem contas bancárias distintas para movimentar os recursos do Fundo Partidário e os de outra natureza.

Nas disputas eleitorais, por imposição do art. 22 da Lei nº 9.504/1997 e 9º da Resolução-TSE nº 22.217/2010, é ainda obrigatória, para o partido e para os candidatos, a abertura de conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro de campanha.³

A Lei das Eleições, ao considerar gastos eleitorais as multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na Legislação Eleitoral, nada mais fez que autorizar que os recursos disponíveis na conta aberta especificamente para registrar o movimento financeiro de campanha fossem utilizados para o fim de pagamento das sanções pecuniárias a eles aplicadas naquele período.

A permissão legal abrange o período em que os candidatos e comitês financeiros estão autorizados a promover a arrecadação de recursos financeiros e a realizar as despesas necessárias à campanha eleitoral. Essa conta bancária, nos termos da Lei nº 9.504/1997, é movimentada desde a apresentação do pedido registro das candidaturas (§§ 1º e 2º do art. 22) até a data da apresentação da prestação de contas (art. 29, III e IV).

² Art. 4º O partido político pode receber cotas do Fundo Partidário, doações e contribuições de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro de pessoas físicas e jurídicas, devendo manter contas bancárias distintas para movimentar os recursos financeiros do Fundo Partidário e os de outra natureza (Lei nº 9.096/1995, art. 39, *caput*).

³ Resolução-TSE nº 22.217/2010. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2010.

Art. 9º É obrigatória para o candidato, para o comitê financeiro e para o partido político que optar arrecadar recursos e realizar gastos de campanha eleitoral, a abertura de conta bancária específica, na Caixa Econômica Federal, no Banco do Brasil ou em outra instituição financeira com carteira comercial reconhecida pelo Banco Central do Brasil, para registrar todo o movimento financeiro da campanha, inclusive dos recursos próprios dos candidatos e dos oriundos da comercialização de produtos e realização de eventos, vedado o uso de conta bancária preexistente (Lei nº 9.504/1997, art. 22, *caput*).

§ 1º A conta bancária será vinculada à inscrição no CNPJ e atribuída em conformidade com o disposto na Instrução Normativa Conjunta da Receita Federal do Brasil e do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 2º A obrigação prevista neste artigo deverá ser cumprida pelo candidato ou pelo comitê no prazo de 10 dias, a contar da data de concessão da inscrição no CNPJ, mesmo que não ocorra arrecadação de recursos financeiros.

§ 3º O diretório partidário nacional ou estadual/distrital que optar por arrecadar recursos e aplicá-los nas campanhas eleitorais deve providenciar a abertura da conta de que trata o *caput* deste artigo no prazo de 15 dias da publicação desta resolução, utilizando o CNPJ próprio já existente.

§ 4º Os bancos são obrigados a acatar, no prazo de até 3 dias, o pedido de abertura de conta de qualquer comitê financeiro, partido político ou candidato escolhido em convenção, sendo-lhes vedado condicioná-la a depósito mínimo e a cobrança de taxas e/ou outras despesas de manutenção (Lei nº 9.504/1997, art. 22, § 1º).

§ 5º A conta bancária a que se refere este artigo deverá ser do tipo que restringe depósitos não identificados por nome ou razão social completos e número de inscrição no CPF ou CNPJ.

Porém, uma coisa é o partido estar autorizado a contabilizar o pagamento de multa como gastos eleitorais; outra, é entender que a norma legal esteja autorizando que tal despesa seja paga exatamente com recursos do Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos; até porque as agremiações partidárias podem obter recursos de outras fontes, não só do Tesouro Nacional.

Em verdade, admitir que recursos da União possam ser utilizados para quitar débitos com a própria União ou com a Fazenda Pública em razão da aplicação de multas eleitorais, seja por propaganda antecipada – como se cogita na hipótese destes autos –, seja por outras hipóteses de cominação de sanção pecuniária previstas na Legislação Eleitoral, seria o mesmo que se permitir o uso de recursos públicos para financiar a prática de condutas ilícitas, já que as quotas do Fundo Partidário constituem a principal fonte de renda da maioria dos partidos brasileiros.

Chancelar-se a utilização de recursos do erário para bancar as consequências advindas do desrespeito ao ordenamento jurídico poderia levar ao incremento da estratégia de utilização da propaganda eleitoral irregular como meio de obtenção de vantagens políticas. Resultaria, insista-se, em nefasto sentimento de impunidade que viria a afastar o caráter pedagógico das sanções pecuniárias previstas na legislação eleitoral.

No ponto, pode-se refletir com base na matriz principiológica do disposto no art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que trata das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha, cujo descumprimento, além de acarretar a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, sujeitará os responsáveis ao pagamento de multa no valor de cinco a cem mil Ufirs (§ 4º).

O dispositivo estabelece que a referida multa será aplicada aos agentes públicos responsáveis pelas condutas e *aos partidos, coligações e candidatos* que dela se beneficiarem (art. 73, § 8º), impondo, inclusive, que os *partidos políticos* beneficiados pelos atos que originaram as multas *serão excluídos da distribuição dos recursos do Fundo Partidário oriundos da aplicação da sanção* (§ 9º).

Ali o legislador bem equacionou a questão quando estabeleceu, como efeito da condenação, a exclusão do partido beneficiado pela conduta ilícita da distribuição dos recursos do Fundo Partidário oriundos da aplicação da sanção. Solução idêntica mostra-se viável *de lege ferenda* para as sanções pecuniárias por infração às normas eleitorais em geral.

Na elaboração deste parecer, buscou-se, sem sucesso, precedentes específicos sobre o tema. Todavia, merece nota que na sessão do dia 30 de março de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral julgou a Petição nº 1.831/DF e aprovou, com ressalvas, a prestação de contas do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

O então relator, Ministro Felix Fischer, considerou irregular a utilização dos recursos do Fundo Partidário para o pagamento de juros e multas decorrentes do inadimplemento de obrigações e entendeu cabível a devolução dos valores ao Erário.

Na ocasião, Sua Excelência fez constar do seu voto o seguinte trecho da manifestação da Coordenadoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias (Coepa):

4.5.1.1. Nota-se que *o caráter punitivo do pagamento de multa e juros decorre de inadimplemento de obrigação assumida pelo partido político e o legislador ao definir onde aplicar os recursos do Fundo Partidário não estaria estimulando a impontualidade no pagamento de suas obrigações*, neste sentido a Justiça Eleitoral não deixaria de verificar a devida restituição ao Erário de recursos irregularmente aplicados.

4.5.1.2. Segundo Sacha Calmon¹, temos:

A sanção, punição tem como pressuposto a prática de um ilícito, seja um descumprimento de dever legal, estatutário ou contratual, quando a indenização possui como pressuposto um dano causado ao patrimônio alheio, com ou sem culpa.

4.5.2. Conclui-se, portanto, devido à restituição e verifica-se que desproporcional seria se esta Unidade tivesse emitido parecer conclusivo pela desaprovação das contas por conta de aplicação irregular de 0,03% dos recursos do Fundo Partidário. Ressalta-se que *o pagamento de juros moratórios e a multa equivalem à penalidade do devedor pelo inadimplemento de obrigação (art. 389 c.c. art. 410 do CCB) e não são necessários a manutenção das sedes e serviços dos partidos políticos como alegado na manifestação do partido*. Observa-se que o PMDB iniciou o exercício com o valor de R\$639.859,80, oriundos do Fundo Partidário, em aplicações financeiras. Questionável o procedimento administrativo adotado pelo partido, vez que não honrou com as obrigações no momento adequado, tendo recursos em caixa.

‘Coelho, Sacha Calmon Navarro e outros. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Forense, RJ, 1998

[...].

Na vertente ora apresentada, a matéria ainda não foi enfrentada pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas o Tribunal Regional de Santa Catarina, em decisão de abril de 2010, julgando a Prestação de Contas nº 9.547, do Democratas (DEM), determinou a restituição ao Erário dos valores do Fundo Partidário utilizados no pagamento de multas eleitorais. O acórdão foi assim ementado:

Prestação de contas – Partido político – Exercício financeiro de 2004 – Aplicação irregular de recursos financeiros recebidos do Fundo Partidário – Desaprovação – Imposição de sanção de suspensão de cotas do Fundo Partidário (Lei nº 9.504/1997, art. 25) – Determinação de recomposição do Erário.

1. Os recursos do “Fundo Partidário” têm destinações específicas, previstas nos incisos I a V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 1995.

O partido político que os aplicar no pagamento de multas eleitorais terá a sua *prestação de contas* rejeitada e ficará obrigado a restituir ao Erário o valor correspondente ao despendido (Resolução-TSE nº 21.841/2004, art. 34 c.c. art. 35).

2. “É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie”, entre outras hipóteses, de sociedade de economia mista (Lei nº 9.096/1995, art. 31, III) – assim entendida “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (Decreto-Lei nº 200/1967, art. 5º, III).

3. “Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas – anônimas ou não – sob o controle da União, dos estados-membros, do Distrito Federal ou dos municípios, independentemente da circunstância de terem sido ‘criadas por lei’” (STF, RMS nº 24.249, Min. Eros Grau). Salvo situações excepcionais, o precedente aplica-se igualmente nos processos eleitorais em que se questiona doações de campanha.

Mesmo que se admita que o partido político se responsabilize pelo pagamento de multas aplicadas a seus candidatos e filiados, com recursos outros que não os do Fundo Partidário, ainda assim seria identificada certa extravagância jurídica. É que, em razão do caráter pedagógico das sanções legais, o ordenamento pátrio orienta no sentido de que as consequências da infração devem ser suportadas pelo próprio infrator e de acordo com a sua capacidade econômica (Código Civil, arts. 927 c.c. 186 e 187 e Código Eleitoral, art. 367, I).

O auxílio financeiro concedido aos partidos políticos por meio de recursos provenientes do Tesouro Nacional, em país que, como o nosso, adota a forma republicana de governo, só se justifica se tiver por fundamento o fortalecimento do próprio regime democrático.

É importante que um Estado democrático possua partidos fortes, porém, a força dos partidos deve espelhar seu compromisso público com a realização dos ideais de legitimidade democrática que compartilhamos.

A utilização dos recursos do Fundo Partidário para pagamento de multas aplicadas a infratores da legislação eleitoral ocasionaria a instituição do financiamento público de atos ilícitos de campanha.

Não obstante a Lei das Eleições autorizar a contabilização de multas como gastos eleitorais (art. 26, XVI), observa-se que o legislador não se animou a dar expressa autorização para que os partidos possam fazer frente este tipo de despesa com a utilização de recursos do Fundo Partidário.

Assim, opina esta assessoria no sentido de se dar resposta negativa aos questionamentos.
[...]. (Grifos do original.)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, conhece-se da consulta porque formulada por parte legítima, nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral.

Com supedâneo no parecer da Assessoria Especial da Presidência, respondo *negativamente* à consulta, vale dizer: tendo por base a interpretação do disposto na legislação específica, não é possível a utilização dos recursos do Fundo Partidário para o pagamento de multas eleitorais aplicadas por infração à legislação eleitoral.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

Como estamos elaborando a minuta sobre prestação de contas da próxima eleição e este tema despertou-me a atenção, sem prejuízo da conclusão parecer mais que lógica, de saber qual a finalidade do Fundo Partidário, inclusive para a campanha eleitoral.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1396-23.2011.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp. Consulente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Nacional (Advs.: Afonso Assis Ribeiro e outros).

Decisão: Após o voto do Ministro Gilson Dipp, respondendo negativamente à consulta, antecipou o pedido de vista o Ministro Arnaldo Versiani.

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 Cureau.

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, rememoro o feito.

Cuida-se de consulta formulada pelo Diretório Nacional do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), subscrita por advogado, acerca da possibilidade de utilização de recursos do Fundo Partidário para pagamento de multas eleitorais.

A indagação foi redigida nos seguintes termos:

- a) Pode um partido político utilizar recursos do Fundo Partidário para pagar multas eleitorais aplicadas, nos termos do art. 36, da Lei nº 9.504/1997, ao próprio partido, a seu candidato ou a filiado?
- b) Pode um partido político utilizar recursos do Fundo Partidário para pagar as referidas multas eleitorais se aplicadas, após as eleições, ao próprio partido, a seu candidato ou a filiado? (fl. 5)

Parecer da Assessoria Especial às fls. 8-17, opinando pela resposta negativa.

O Ministro Gilson Dipp, relator à época, respondeu negativamente à consulta, entendendo não ser possível a utilização de recursos do Fundo Partidário para o pagamento de multas eleitorais aplicadas por infração à legislação eleitoral.

O Ministro Arnaldo Versiani, que naquele momento integrava este Tribunal Superior, pediu vista dos autos, para melhor exame da questão. Posteriormente, os autos foram a mim redistribuídos, os quais devolvo nesta data para prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço da consulta, pois estão presentes os requisitos de admissibilidade, e acompanho o voto do ministro relator, para responder negativamente as indagações.

O regramento da consulta eleitoral, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, está previsto no art. 23, XII, do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
[...]

XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;

No tocante à legitimidade, verifica-se que o consulente preenche a condição, por ser órgão nacional de partido. Quanto ao objeto, trata-se de matéria eleitoral com contornos de abstração. Presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade.

No mérito, o consulente busca saber se é possível a utilização de recursos do Fundo Partidário para o pagamento de multas eleitorais aplicadas por infração à legislação eleitoral.

As organizações partidárias possuem, como garantia constitucional, recursos públicos para o funcionamento e a divulgação dos seus programas. Entretanto, a Lei dos Partidos Políticos estabeleceu critérios para utilização dos recursos do Fundo Partidário, descritos no art. 44.

Para melhor compreensão do tema, transcrevo o art. 44 da Lei nº 9.096/1995:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

I – na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado neste último caso o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total recebido;

II – na propaganda doutrinária e política;

III – no alistamento e campanhas eleitorais;

IV – na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido;

V – na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.

Pode-se verificar que a utilização de recursos do Fundo Partidário para efetuar pagamento de multas eleitorais, decorrente de infração à Lei das Eleições, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no dispositivo legal em comento.

Vale ressaltar que o inciso III do art. 44 da Lei dos Partidos Políticos permite que os recursos do Fundo Partidário sejam utilizados em campanhas eleitorais.

Por outro lado, o art. 26 da Lei nº 9.504/1997 considera gastos eleitorais, entre outros, as “multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração ao disposto na legislação eleitoral” (inciso XVI).

Nesse contexto, cumpre esclarecer que o partido está autorizado a contabilizar o pagamento de multa como gasto eleitoral. Não se permite, todavia, que a referida despesa seja paga com recursos do Fundo Partidário, mesmo porque as agremiações possuem outras fontes de recursos, não apenas os oriundos do Tesouro Nacional.

Ademais, entendimento diverso permitiria o uso de recursos públicos para financiar a prática de condutas ilícitas.

Com essas considerações, acompanho o ministro relator e respondo negativamente à consulta.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (vice-presidente no exercício da presidência): Senhores Ministros, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1396-23.2011.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp. Consulente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Nacional. (Advs.: Afonso Assis Ribeiro e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto da Ministra Luciana Lóssio, acompanhando o relator, antecipou o pedido de vista o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Teori Zavascki, João Otávio de Noronha e Admar Gonzaga, e o vice-procurador-geral eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, o objeto dos autos é uma consulta formulada pelo Diretório Nacional do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) nos seguintes termos:

a) Pode um partido político utilizar recursos do Fundo Partidário para pagar multas eleitorais aplicadas, nos termos do art. 36, da Lei nº 9.504/1997, ao próprio partido, a seu candidato ou filiado?

b) Pode um partido político utilizar recursos do Fundo Partidário para pagar as referidas multas eleitorais se aplicadas, após as eleições, ao próprio partido, a seu candidato ou a filiado?

A Assessoria Especial opina que a consulta seja respondida negativamente (fls. 8-17).

Na sessão administrativa de 13.10.2011, após o voto do então relator, Ministro Gilson Dipp, que respondeu negativamente ao questionamento, pediu vista o Ministro Arnaldo Versiani, que à época compunha este Tribunal.

Ao dar prosseguimento ao julgamento em 26.2.2015, a Ministra Luciana Lóssio, que sucedeu o Ministro Arnaldo Versiani, acompanhou o voto proferido pelo relator dos autos, ocasião em que pedi vista para melhor exame da matéria.

Passo a votar.

Entendo que as multas eleitorais não podem ser pagas com recursos do Fundo Partidário sob pena de retirar-lhes o caráter sancionatório. Além disso, essa penalidade não consta do rol das despesas a que se destinam os valores do Fundo Partidário, previstas no art. 44 da Lei nº 9.096/1995⁴.

Destaco que o art. 26, inciso XVI, da Lei nº 9.504/1997⁵ apenas estabelece que as multas por infração à legislação eleitoral são consideradas gastos eleitorais, mas não autoriza que possam ser pagas com os recursos do Fundo Partidário.

⁴ Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

I – na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado neste último caso o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total recebido;

II – na propaganda doutrinária e política;

III – no alistamento e campanhas eleitorais;

IV – na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido.

V – na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.

⁵ Art. 26. São considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta Lei:

[...]

XVI – multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral.

Conforme já esclareceu este Tribunal no PA nº 996-43/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24.11.2011, “as multas decorrentes do descumprimento da legislação eleitoral são destinadas ao Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário)”. Assim, seria inócuo autorizar o pagamento dessas multas com recursos do Fundo Partidário quando os seus valores serão, ao final, destinados ao próprio Fundo. A multa eleitoral é uma penalidade que, para ter o caráter de sanção preservado, deve ser paga com a utilização de recursos próprios.

A propósito, o art. 31, §§ 1º e 2º, da Res.-TSE nº 23.406/2014, que regulamenta as prestações de contas das eleições de 2014, veda que essas multas sejam quitadas com valores oriundos do Fundo Partidário, *in verbis*:

Art. 31. São gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados (Lei nº 9.504/1997, art. 26):

[...]

XIII – multas aplicadas, até as eleições, aos candidatos, partidos políticos e comitês financeiros por infração do disposto na legislação eleitoral;

[...]

§ 1º As multas a que se refere o inciso XIII deste artigo não podem ser quitadas com recursos do Fundo Partidário.

§ 2º As multas aplicadas por propaganda antecipada deverão ser arcadas pelos responsáveis e não serão computadas como despesas de campanha, ainda que aplicadas a quem venha a se tornar candidato. (Grifo nosso.)

Por oportuno, seguindo essa mesma linha, proponho a alteração do § 2º do art. 17 da Res.-TSE nº 23.432/2014⁶, que regulamenta as prestações de contas anuais partidárias, de forma a prever a proibição do pagamento de qualquer espécie de multa eleitoral com recursos oriundos do Fundo Partidário.

Ante o exposto, *acompanho o relator para responder negativamente aos dois questionamentos apresentados pelo PSDB.*

⁶ Art. 17.

[...]

§ 2º Os recursos provenientes do Fundo Partidário somente poderão ser utilizados para pagamento de encargos decorrentes de inadimplência de pagamentos, tais como multa de mora, atualização monetária ou juros, quando o valor da obrigação principal puder e for efetivamente arcado com recursos do fundo partidário, sendo vedada a sua utilização para pagamento de multas relativas a atos infracionais, ilícitos penais, administrativos ou eleitorais, *ressalvadas aquelas pagas durante a campanha eleitoral nos termos do inciso XVI do art. 26 da Lei nº 9.504, de 1997.*

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1396-23.2011.6.00.0000/DF. Relator originário: Ministro Gilson Dipp. Redatora para o acórdão: Ministra Luciana Lóssio. Consultente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Nacional. (Advs.: Afonso Assis Ribeiro e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu negativamente à consulta, nos termos do voto do Ministro Gilson Dipp. Redigirá o acórdão a Ministra Luciana Lóssio.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, e o vice-procurador-geral eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 219-82.2015.6.00.0000**PRESIDENTE TANCREDO NEVES – BA**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Câmara Municipal de Presidente Tancredo Neves

Advogados: Luis Vinícius de Aragão Costa e outro

Autoridade coatora: Lourival Almeida Trindade, Presidente do TRE/BA

Mandado de segurança. Eleição suplementar para os cargos de prefeito e vice-prefeito. Designação pelo Tribunal Regional de eleição na modalidade direta. Lei Orgânica Municipal que prevê eleições suplementares na modalidade indireta se a vacância se der no segundo biênio do mandato. Sentença de cassação proferida no primeiro biênio. Ausência de efeito suspensivo nos recursos eleitorais. Manutenção provisória e precária no cargo após a cassação não afasta a vacância. Considerada a data da sentença, a vacância ocorreu no primeiro biênio. Correta a eleição na forma direta. Ausência do direito líquido e certo. Ordem denegada.

1. A vacância do cargo eletivo decorre da cassação do mandato proferida em julgamento em face do qual a lei não prevê recurso com efeito suspensivo.

2. Eventual manutenção do político no cargo, após sentença de cassação, se dá em caráter provisório e precário, e não elide a vacância.

3. Ausente o direito líquido e certo amparado em Lei Orgânica Municipal que prevê eleições suplementares na modalidade indireta para os casos de dupla vacância ocorrida no segundo biênio do mandato, se a vacância ocorreu no primeiro biênio.

Ordem denegada.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em indeferir o pedido de assistência formulado pelo PSDB – Municipal e denegar a ordem, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 2 de junho de 2015.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Câmara Municipal de Presidente Tancredo Neves, BA, contra ato do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, consistente na Resolução nº 4/2015, publicada aos 15.4.2015, que regulamentou a realização de eleição suplementar na modalidade direta para os cargos de prefeito e vice-prefeito daquele município, a se realizar no dia 14.6.2015, em decorrência da cassação dos diplomas por força de decisão proferida na AIJE nº 661-19, ora em sede de recurso de agravo nos próprios autos em tramitação perante esta e. Corte.

Com a inicial vieram procuração e documentos (fls. 11-190).

Antes de apreciar o pedido de liminar, despachei determinando a notificação do órgão impetrado para informações (fl. 193).

Vieram céleres as informações (fls. 199-200, com documentos), onde consta, em suma, que a justificativa para a realização de eleição suplementar na modalidade direta decorre do entendimento de que “a manutenção do prefeito cassado pelo juízo zonal, em caráter precário,

tem o mesmo efeito da assunção do cargo pelo presidente da Câmara de Vereadores, ou seja, não ilide a vacância do cargo” (fl. 200).

Afastei a necessidade da inclusão de litisconsortes passivos e solicitei parecer final ao Ministério Público Eleitoral (fls. 233-234).

Em seu parecer, a d. Procuradoria-Geral Eleitoral (fls. 243-250) opinou pela concessão da segurança.

O Diretório Municipal do PSDB em petição retrojuntada, postula seu ingresso no feito como assistente da autoridade impetrada.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, Já estando o feito maduro para julgamento final, resta prejudicada a apreciação do pedido de liminar.

Quanto ao pedido de assistência feito pelo PSDB, indefiro-o, tendo em vista ser incabível tal intervenção no mandado de segurança (STF, RTJ nº 123/722, rel. Min. CÉLIO BORJA), entendimento que permanece à luz do art. 24 da Lei nº 12.016/2009, sendo aplicável apenas o litisconsórcio.

Quanto à legitimidade da Câmara Municipal para figurar no polo ativo de mandado de segurança, a jurisprudência entende que esta é restrita, uma vez que não possui o ente personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, podendo demandar em juízo apenas para defender seus direitos institucionais ou suas prerrogativas.

Cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Descentralização do ensino. Escolas estaduais. Municipalização. Inércia do executivo. Impetração de segurança. Legitimidade ativa da Câmara Municipal. Precedentes.

1. *O município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores personalidade judiciária (capacidade processual) para a defesa dos seus interesses e prerrogativas institucionais. Afetados os direitos do município e inerte o Poder Executivo, no caso concreto (municipalização de escolas estaduais), influindo os denominados direitos-função (impondo deveres), não há negar a manifestação de direito subjetivo público, legitimando-se a Câmara Municipal para impetrar mandado de segurança.*

2. Recurso ordinário conhecido e provido.

(RMS nº 12.068/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 17.9.2002, DJ 11.11.2002, p. 169, sem grifos no original.)

Processual civil e tributário. Cobrança de contribuição previdenciária. Mandado de segurança. Legitimidade ativa da Câmara de Vereadores. Inexistência.

1. *A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.*

2. Referido ente não detém legitimidade para integrar o pólo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes de mandato eletivo no município. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp nº 730.976/AL, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12.8.2008, DJE de 2.9.2008, sem grifos no original.)

Processual civil. Tributário. Cobrança de contribuições previdenciárias de vereadores. Mandado de segurança impetrado pela Câmara Municipal. Ausência de personalidade jurídica. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

1. Mandado de segurança preventivo impetrado pela Câmara Municipal de Martins/RN, objetivando a abstenção de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios pagos mensalmente aos vereadores do município.

2. *A despeito de sua capacidade processual para postular direito próprio (atos interna corporis) ou para defesa de suas prerrogativas, a Câmara de Vereadores não possui legitimidade para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos exercentes de mandato eletivo, uma vez que desprovida de personalidade jurídica, cabendo ao município figurar no pólo ativo da referida demanda.*

3. Precedentes desta Corte: RESP nº 438651/MG, rel. Min. José Delgado, DJ de 4.11.2002; e RESP nº 199885/PR, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 7.6.1999.

4. Recurso especial provido.

(REsp nº 696.561/RN, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.10.2005, DJ de 24.10.2005, p. 195, sem grifos no original.)

O presente caso, entendo, configura justamente uma das referidas hipóteses, já que a impetrante pleiteia a garantia do exercício da prerrogativa de realizar eleição na forma indireta, nos termos do disposto na Lei Orgânica Municipal de Presidente Tancredo Neves, que assim dispõe (fls. 145-180):

Art. 72. Vagando os cargos de prefeito e vice-prefeito, far-se-á eleição 90 (noventa) dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos de mandato, a eleição para ambos os cargos será feita 30 (trinta) dias depois de aberta a última vaga, pela Câmara Municipal, na forma da lei. (fls. 176, grifei.)

Trata-se, portanto, de evidente defesa das prerrogativas da impetrante, o que demonstra sua legitimidade ativa.

Prossigo.

Trata-se de *writ* impetrado pela Câmara Municipal de Presidente Tancredo Neves, BA, onde se pleiteia a concessão da ordem que garanta a realização de eleições suplementares para prefeito e vice-prefeito *na modalidade indireta*.

De início, registro que a jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido da aplicação, em âmbito municipal, do procedimento análogo ao disposto no art. 81, § 1º, da Constituição Federal no caso de a vacância de cargos de chefia do Poder Executivo ocorrer no já segundo biênio do mandato em havendo, na Lei Orgânica do Município – como ocorre no presente caso –, dispositivo que disponha sobre a realização deste pleito na forma *indireta*.

Este entendimento tem aparo em julgados do eg. Supremo Tribunal Federal, que reconhecem a competência, tanto do município, quanto do estado-membro, para legislar, respectivamente, sobre a vocação sucessória dos cargos de prefeito e governador, nos casos de dupla vacância: *ADI nº 4298 MC*, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 7.10.2009, *DJ* de 27.11.2009; *ADI nº 3549*, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 17.9.2007, *DJ* de 31.10.2007; *ADI nº 687*, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 2.2.1995, *DJ* de 10.2.2006 e *ADI nº 1057 MC*, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20.4.1994, *DJ* de 6.4.2001.

Perante este eg. Tribunal Superior Eleitoral, tirante posicionamentos anteriores (*MS nº 3649*, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 18.12.2007, *DJ* de 10.3.2008 e *MS nº 3427*, rel. Min. José Delgado, julgado em 9.3.2006, *DJ* de 5.5.2006) a jurisprudência mais recente tem reconhecido a possibilidade da realização de eleição na forma indireta, quando esta vem prevista na Lei Orgânica do Município e ocorre dupla vacância no segundo biênio da legislatura: *MS nº 161451*, rel. Min. Cármen Lúcia,

julgado em 15.12.2011, *DJE* de 23.3.2012; MS nº 70424, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 30.6.2011, *DJE* de 30.08.2011 e MS nº 77186, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9.6.2011, *DJE* de 1.8.2011.

Apresento todos estes precedentes, apenas a título de registro da situação da jurisprudência sobre o tema.

Mas o que trago à apreciação da corte é problemática anterior, qual seja, a análise da premissa da qual partiu a impetrante, de que a vacância do cargo se deu no segundo biênio do mandato.

O alegado direito líquido e certo invocado pela impetrante vem amparado na tese de que a vacância do cargo só se deu no segundo biênio, mais especificamente aos 18.3.2015 (fl. 7), quando ocorreu o afastamento do cargo após a publicação do acórdão do TRE/BA que apreciou os embargos de declaração na referida AIJE.

Argumenta a impetrante (fl. 6) que apesar de a sentença de cassação ter sido proferida no primeiro biênio (27.11.2013), “expressamente disse que mantinha os investigados nos respectivos cargos, e, de fato, continuaram a desempenhar as suas funções normalmente”.

O órgão impetrado, por sua vez, traz interpretação diversa, como se vê em suas informações (fl. 200): “entende-se que a manutenção do prefeito cassado pelo juízo zonal em caráter precário, tem o mesmo efeito da assunção do cargo pelo presidente da Câmara de Vereadores, ou seja, não ilide a vacância do cargo”.

Quanto a este ponto, a eg. Procuradoria-Geral Eleitoral assim se manifestou (fls. 249-250):

Nas informações prestadas pelo exmo. presidente da Corte Regional, ponderou-se que “entende-se que a manutenção do prefeito cassado pelo juízo zonal, em caráter precário, tem o mesmo efeito da assunção do cargo pelo presidente da Câmara de Vereadores, ou seja, não ilide a vacância do cargo” (fl. 200). Tal entendimento, com a devida vênia, não pode ser acolhido, pois cria um critério de “vacância de direito”, desconectado do plano dos fatos.

Os investigados permaneceram no exercício de seus cargos porque a sentença que cassou seus diplomas condicionou sua efetivação ao pronunciamento do Tribunal Regional. Em assim sendo, pode-se dizer que tal decisão era válida, porém não era eficaz. Ela ainda não era apta à produção de seus efeitos. Tal eficácia somente veio a ocorrer em março de 2015, com sua continuação pelo Tribunal Regional. A efetiva cassação dos investigados somente ocorreu em tal momento. Acaso ela não tivesse

sido confirmada, a sentença jamais teria se revestido de eficácia, e não se poderia dizer que os investigados estavam no exercício de seus cargos de forma precária.

Fato é que os investigados exerceram seus mandatos de forma ininterrupta até março de 2015. Não houve vacância antes de tal momento, em que pese existir uma sentença, ainda não eficaz, cassando seus diplomas. A se admitir a tese exposta nas informações do Tribunal Regional, de que a vacância ocorreu com a prolação da sentença, poder-se-ia até mesmo questionar a validade dos atos praticados pelo prefeito e seu vice a partir de sua prolação até a sua confirmação pela Corte Regional. Nada mais absurdo! (fls. 249-205)

Em que pesem as ponderações feitas pelo *Parquet*, entendo que a questão possibilita análise mais aprofundada.

A sentença que cassou os diplomas do prefeito e do vice-prefeito do Município de Presidente Tancredo Neves foi proferida aos 27.11.2013 (portanto no primeiro biênio do mandato), pela magistrada da 31ª Zona Eleitoral de Valença, BA, na AIJE nº 661-19, com o seguinte tópico final (cópia às fls. 52-53):

A votação obtida pelos representados Moacy Pereira dos Santos e Moacir de Jesus Félix atingiu mais da metade dos votos válidos, hipótese a que alude o *caput* do art. 224 retrocitado.

Além disso, salienta-se a execução imediata das decisões fundadas no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997.

Assim, compete a corte determinar a realização de novas eleições majoritárias no Município de Presidente Tancredo Neves, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral, devendo assumir provisoriamente o cargo de prefeito, o respectivo presidente da Câmara Municipal de Vereadores.

Gizadas essas considerações, julgo procedente os pedidos vinculados na presente investigação judicial eleitoral, em virtude de reconhecer que houve caracterização de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, nos termos do art. 41-A, da Lei nº 9.504/1997, do art. 22 da Lei Complementar e em observância ao preceito secundário da norma declinada, determino:

a) a cassação dos diplomas de prefeito e vice-prefeito, outorgados aos investigados Moacy Pereira dos Santos e Moacir de Jesus Félix, respectivamente, declarando os votos nulos, recebidos pelos investigados.

[...]

d) *Determinar que seja solicitado ao Tribunal Regional da Bahia marcação de dia para nova eleição ao cargo majoritário (art. 224 do Código Eleitoral).*

Remeta-se cópia dos autos ao M. Público para adoção de outras providências.

Considerando que as sucessivas alternâncias na chefia do Poder Executivo, ou mesmo as interinidade [sic] geram insegurança e descontinuidade administrativa, devendo ser evitadas.

Considerando também que, os tribunais regionais eleitorais e até mesmo o TSE, tem concedido efeito suspensivo, aos efeitos da decisão, apesar de ser o caso de o presidente da Câmara de Vereadores assumir o cargo de prefeito, mantenho os investigados no cargo, até pronunciamento do órgão julgador de segundo grau.

Valença, 27 de novembro de 2013.

(Cópia às fls. 52-53, com e sem grifos no original.)

Da leitura do referido trecho da sentença, observo que a douta magistrada reconheceu de início a necessidade de execução imediata das decisões fundadas no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, bem como solicitou os procedimentos para a realização de novas eleições no município, nos termos do disposto no art. 224 do Código Eleitoral.

Todavia, levando em consideração os efeitos deletérios da sucessiva alternância na chefia do Poder Executivo, bem como a possibilidade, jurisprudencialmente reconhecida, de se conceder efeito suspensivo aos efeitos da decisão, decidi *manter os investigados no cargo até pronunciamento do órgão julgador de segundo grau.*

A questão que se põe é a seguinte: tal decisão suspendeu a vacância do cargo?

Para respondê-la, observo que, corretamente, a magistrada considerou os precedentes desta eg. Corte no sentido de que as decisões de cassação do diploma por captação ilícita de sufrágio têm execução imediata:

Agravo regimental. Liminar indeferida. Mandado de segurança. Determinação. Tribunal Regional. Execução imediata. Cassação do diploma. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder e conduta vedada. Ausência de teratologia.

1. *É cediço o entendimento desta Corte de que as decisões que cassam diploma com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 têm efeito imediato.*

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-MS nº 43259, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22.8.2013, DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 172, data 9.9.2013, página 47, sem grifos no original.)

Representação. Captação ilícita de sufrágio. Efeito suspensivo. Recurso ordinário.

1. Não evidenciada a relevância dos fundamentos da ação cautelar, não se deve suspender a execução de acórdão regional que julgou procedente representação por captação ilícita de sufrágio.

2. *A execução das decisões fundadas no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 é imediata, conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal.*

Agravo regimental não provido.

(AgR-AC nº 41069, rel. Min. Arnaldo Versiani, julgado em 6.10.2011, DJE – Diário da Justiça eletrônico, Tomo 214, data 11.11.2011, página 47, sem grifos no original.)

Também, não se nega, é fato que há inúmeras decisões desta eg. Corte concedendo efeito suspensivo a recursos, ainda que em casos de cassação por captação ilícita de sufrágio, postergando o afastamento do mandatário. Cito um precedente a título de exemplo:

Agravo regimental. Ação cautelar. Decisão liminar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Excepcionalidade demonstrada.

1. *A atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial - apelo que, nos termos do art. 257 do Código Eleitoral, é desprovido de tal efeito - é medida excepcional, apenas admissível quando demonstrados o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a plausibilidade jurídica das razões recursais.*

2. *O periculum in mora fica evidenciado quando existe o risco concreto de afastamento do mandatário em razão da suposta prática de captação ilícita de sufrágio.*

3. Plausibilidade jurídica consistente na verossimilhança das alegações de ausência de robustez do contexto de provas que embasou a condenação por captação ilícita de sufrágio e de uso de elementos probatórios colhidos em sede de inquérito civil público, em contrariedade ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997.

4. *“É de todo inconveniente a sucessividade de alterações na superior direção do Poder Executivo, pelo seu indiscutível efeito instabilizador na condução da máquina administrativa e no próprio quadro psicológico dos munícipes, tudo a acarretar descrédito para o Direito e a Justiça Eleitoral”* (AgR-AC nº 2.241, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 1º.2.2008).

Agravo regimental a que se nega provimento.

(ArR-AC nº 194443, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, julgado em 24.3.2015, DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 68, data 10.4.2015, página 32/33, sem grifos no original.)

Nada disso se nega! O ponto nodal reside em se saber se tais decisões – concessivas de efeito suspensivo – são ou não aptas a postergar a data da vacância do cargo, especialmente para os fins do que dispõe o § 1º do art. 81 da Constituição Federal, que traça uma linha divisória no final do primeiro biênio, separando as consequências da vacância (eleição direta ou indireta) a depender do momento em que esta ocorreu.

Transcrevo o dispositivo:

Art. 81. Vagando os cargos de presidente e vice-presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

Embora referente à situação de vacância ao cargo de presidente e vice-presidente da República, a problemática se repete no presente caso por ocasião da interpretação da Lei Orgânica do Município de Presidente Tancredo Neves, de conteúdo similar, que novamente transcrevo:

Art. 72. Vagando os cargos de prefeito e vice-prefeito, far-se-á eleição 90 (noventa) dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos de mandato, a eleição para ambos os cargos será feita 30 (trinta) dias depois de aberta a última vaga, pela Câmara Municipal, na forma da lei. (fls. 176, grifei.)

Pois bem. Analisando a jurisprudência desta eg. Corte, encontrei entendimento no sentido de que a vacância retroage à data da sentença.

Tal tese, exposta no MS nº 3634, teve início por entendimento lançado inicialmente de forma monocrática pelo eg. Ministro Ari Pargendler, quando ali indeferiu a liminar aos 4.9.2007 (conforme extraído do Sistema de Acompanhamento de Documentos e Processos – SADP):

Aparentemente, a renúncia aos cargos de prefeito e vice-prefeito do Município de Aliança prejudicou o recurso extraordinário aludido na petição inicial (itens 4 e 5, fl. 03), ativando os efeitos da sentença proferida pela MM. juíza eleitoral da 32ª Zona Eleitoral do Estado de Pernambuco – mantida na instância ordinária (Recurso Eleitoral nº 7.036, desprovido) e na instância especial (REspe nº 27.830, não conhecido) – que havia cassado os mandatos dos candidatos eleitos para os respectivos cargos, Carlos José de Almeida Freitas e Pedro Francisco de Andrade Cavalcanti.

Aquela sentença irradia efeitos desde a data do ajuizamento da representação, porque, na lição de Chiovenda, “deve reportar-se ao estado de fato existente ao tempo da demanda” (Instituições de Direito Processual Civil, Edição Saraiva, São Paulo, 1965, Vol. I, p. 163).

Em suma, a demora no julgamento dos recursos não pode frustrar a eleição direta.

Indefiro, por isso, a medida liminar. Solicitem-se as informações. Intimem-se. (Grifei.)

Interposto agravo regimental daquela decisão, o relator restou vencido, com a reforma pelo Plenário, então concedendo a liminar nos termos do voto do eg. Ministro Caputo Bastos. Veja-se a ementa do julgado:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Câmara municipal. Resolução. Tribunal Regional Eleitoral. Designação. Novas eleições diretas. Prefeito e vice-prefeito. Biênio final. Mandato. Art.81, § 1º, da Constituição Federal. Incidência. Necessidade. Realização. Eleição indireta. Liminar. Deferimento. (AgR-MS nº 3634, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 30.8.2007, *DJ – Diário de Justiça*, data 24.9.2007, página 141.)

Todavia, no julgamento do mérito daquele *mandamus* pelo Plenário, embora o relator tenha ficado novamente vencido quanto à tese principal – da qual ficou vencedor o eg. Ministro Cezar Peluso, autor do voto condutor –, este terminou por concordar com a questão de o momento da vacância retroagir à data da sentença.

Cito a ementa do julgado e, a seguir, trecho do referido voto vencedor:

Mandado de segurança. Dupla vacância dos cargos de prefeito e de vice, por causa eleitoral ocorrida no primeiro biênio. Aplicação obrigatória do art. 81, § 1º, da Constituição da República. Impossibilidade. Renovação das eleições. Incidência do art. 224 do Código Eleitoral. Precedentes do STF. Segurança denegada. O art. 81, § 1º, da Constituição da República, não se aplica aos municípios. A renovação das eleições em razão de dupla vacância dos cargos do Executivo será realizada de forma direta, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral.

(MS nº 3634, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 18.12.2007, *DJ – Diário de Justiça*, Volume –, Tomo –, data 19.3.2008, página 10.)

Transcrevo trecho do voto do e. Ministro Cezar Peluso:

2. Peço vênia para discordar do voto do ministro relator, mas *concordar com o seu ponto de vista acerca dos efeitos retroativos da perda dos mandatos à data da sentença*, ainda que, em juízo sumário, tenha votado favorável ao agravo regimental que concedeu a liminar.

De fato, tomando-se por base a sentença do juízo singular, a dupla vacância ocorreu no primeiro biênio, o que, por si só, implicaria realização de eleição direta, porque os recursos eleitorais não gozam de efeito suspensivo.

(Sem grifos no original.)

Em outro julgado, esta e. Corte – fundando-se inclusive no precedente acima transcrito –, reconheceu lícita a realização das eleições diretas no segundo biênio, ainda que a vacância tenha se dado no primeiro biênio:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Liminar indeferida. Novas eleições. Possibilidade. Segundo biênio. Mandato. Cassação. Primeiro biênio. Teses recursais. Inovação. Inviabilidade.

1. Na linha do entendimento firmado por esta Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 186-34/RJ, é lícita a realização de eleições diretas no segundo biênio do mandato de prefeito, caso a vacância tenha ocorrido ainda no primeiro biênio (art. 81, § 1º, da Constituição Federal).

2. Não cabe inovação de teses em sede de agravo regimental. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-MS nº 79092, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 19.5.2011, DJE – Diário da Justiça Eletrônico, data 20.6.2011, página 41, sem grifos no original.)

Encampo este entendimento! Faço aqui uma diferença entre a declaração de vacância e seus efeitos.

A vacância, a meu ver, é situação jurídica, e não de fato, e é consequência automática da cassação dos diplomas dos investigados praticada na sentença.

O chamamento ao exercício do cargo vago (conforme disposto no art. 80 da CF), ou a realização de nova eleição (nos termos do art. 81 da CF) são *efeitos* da vacância.

E o que fez a magistrada, entendo (ainda que sob a afirmação de que “mantinha os investigados *no cargo*”) foi suspender a execução do julgado, mantendo a situação de fato para evitar a alternância de poder.

Tal situação, a meu ver, equipara-se à da substituição da chefia do Poder Executivo pelo chefe do Poder Legislativo, nos termos previstos no art. 80 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 80. Em caso de impedimento do *presidente* e do *vice-presidente*, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o *presidente* da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

E tal substituição, como já reconheceu esta e. Corte, dá-se em *caráter precário, provisório e transitório*.

Cito o precedente:

Agravos regimentais em recurso especial eleitoral. Eleições 2004. Ação de impugnação de mandato eletivo. Presidente da Câmara Municipal. Ocupação interina da chefia do Executivo Municipal. Pretensão de permanência no cargo. Ingresso posterior no feito. Inadmissibilidade.

Realização de eleições indiretas. *Julgamento extra petita*. Inexistência. Jurisprudência atual. Conexão. Julgamento conjunto. Impossibilidade. Súmula nº 235 do STJ.

[...]

7. *A ocupação interina do cargo de prefeito municipal pelo presidente do Legislativo decorre, exclusivamente, da previsão constitucional de substituição de seus titulares – prefeito e vice-prefeito eleitos – na hipótese de vacância (art. 80 da CR/1988). Tal circunstância não se confunde com o provimento definitivo do cargo em decorrência de cassação do mandato do chefe do Executivo.*

[...]

13. Embargos declaratórios de Adécio Guandalim (presidente da Câmara Municipal) recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento.

14. Agravo regimental de Carolina Araújo de Sousa Veríssimo (segunda colocada no pleito e autora da AIME) não provido.

(AgR-REspe nº 28500, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 5.6.2008, DJ – Diário da Justiça, data 8.8.2008, página 47/48, sem grifos no original.)

Do voto do e. Ministro Felix Fischer, proferido neste julgado, extraio o seguinte trecho:

Ora, o chamamento do presidente da Câmara Municipal para a ocupação *interina* do cargo de prefeito municipal de Reginópolis/SP decorre, exclusivamente, da previsão constitucional de substituição de seus titulares – prefeito e vice-prefeito eleitos – na hipótese de vacância (art. 80 da CR/1988). A toda evidência, tal circunstância não se confunde com o provimento *definitivo* do cargo, que somente encontra fundamento na soberania popular.

Aliás, é decorrência lógica do próprio regime democrático que a ocupação dos cargos de chefia do Poder Executivo, nos casos de vacância, ocorra sempre de forma *transitória*, prevendo o texto constitucional a realização de novas eleições – diretas se a vacância ocorrer no primeiro biênio do mandato (art. 81 da CR/88) e indiretas se no último biênio (art. 81, § 1º, da CR/1988). (Grifos do original.)

Assim, este entendimento é o que melhor se coaduna com os princípios do processo eleitoral, que dispõe de regra expressa no sentido de que os recursos não têm efeito suspensivo (art. 257 do CE).

Desta forma, entendendo que no presente caso a magistrada protraiu no tempo os efeitos da vacância do cargo, mas a vacância já se consumara com a sentença de cassação e a manutenção do prefeito no cargo se deu em caráter provisório.

Por fim, obviamente, caso revertida a decisão de cassação em grau de recurso, a reversão retroagiria à sentença, portanto anularia a cassação e, por conseguinte, a vacância.

Ressalto que considerar a data da sentença como marco da vacância traz efeitos benéficos para o sistema democrático, já que resulta na realização de novas eleições na modalidade *direta*, garantindo assim a máxima efetividade ao texto constitucional e ao primado do Estado democrático de direito.

Tal entendimento, portanto, esvazia a liquidez e certeza do direito, essenciais para a concessão da ordem.

Por todos estes motivos, *denego a ordem*.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, parece-me que a solução dada ao caso pela eminente relatora é a mais obsequiosa do texto constitucional e dos valores de lealdade processual, para evitar procrastinações que levem à vacância propriamente dita ao segundo biênio.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): A eleição direta está marcada.

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): A eleição direta está marcada para o dia 14.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: A mim me parece pouco ortodoxo a Câmara, como casa do povo, lutar por eleições indiretas. Isso soa para mim como desvio de finalidade, mas essa questão não está em causa.

Acompanho a eminente relatora.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, tenho precedentes aqui e no Supremo, pois já havíamos discutido essa temática

sobre a compatibilização. Acredito que este tema poderá dar ensejo até mesmo a recurso extraordinário. Sabemos que o Supremo tem jurisprudência que valoriza aquilo que estabelecido na Lei Orgânica dos Municípios.

Sabemos dos inconvenientes da eleição indireta, quando ela é consagrada. A mim me parece que Sua Excelência a relatora logrou traçar uma linha precisa. A discussão era sobre o prazo para a realização das eleições, fixando que, havendo decisão em primeiro grau já nesse sentido, se isso ocorrer no primeiro biênio, a eleição há de ser direta.

A mim me parece ser isso que consagra, de maneira muito clara e efetiva, o princípio democrático. De modo que retiro todos os inconvenientes que se apontam e as distorções que balizam a eleição indireta.

Acompanho a relatora, mas me permitindo, em outro momento, trazer considerações específicas sobre o tema.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, também eu gostaria de destacar que a nossa jurisprudência parte da premissa de que a execução dessas decisões é imediata, daí considerar a efetiva vacância.

Essa vacância, considerada na jurisprudência, a meu modo de ver é ficta. De qualquer maneira, traz-me conforto, à luz da Constituição, a solução buscada pela relatora, principalmente quando destaca que “[...] considerar a data da sentença como marco de vacância traz efeitos benéficos para o sistema democrático, já que resulta na realização de novas eleições na modalidade direta [...]”. É o que se coaduna com o Estado democrático de direito.

Como destacou o Ministro Tarcisio Vieira, é heterodoxa a postura da Câmara de lutar para realizar eleição indireta, quando hoje a vontade constitucional é exatamente no sentido oposto.

Acompanho a relatora na conclusão, mas também reservo-me no direito de debater essa vacância ficta que a jurisprudência consagrou, com a devida vênia, sem a minha participação nesses julgados.

EXTRATO DA ATA

MS nº 219-82.2015.6.00.0000/BA. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Impetrante: Câmara Municipal de Presidente Tancredo Neves (Advs.: Luis Vinícius de Aragão Costa e outro). Autoridade coatora: Lourival Almeida Trindade, Presidente do TRE/BA.

Usou da palavra, pela impetrante, o dr. Arnaldo Versiani.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de assistência formulado pelo PSDB – Municipal e denegou a ordem, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Henrique Neves da Silva e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

Notas de julgamento do Ministro Gilmar Mendes sem revisão.

CONSULTA Nº 205-35.2014.6.00.0000
BRASÍLIA – DF

Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio
Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes
Consulente: Paulo Roberto Gomes Mansur

Consulta. Telemarketing. Vedação.

1. O art. 25 da Res.-TSE nº 23.404/2014 proíbe a divulgação de propaganda eleitoral por *telemarketing*, em respeito à proteção à intimidade e à inviolabilidade de domicílio e objetivando evitar a perturbação do sossego público. Essa vedação aplica-se a todo tipo de propaganda via *telemarketing* ativo.

2. Não se coíbe o *telemarketing* receptivo, ou seja, aquele em que a iniciativa do contato é do próprio eleitor.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em responder negativamente ao item 1, letras a, b e c, e afirmativamente ao item 2, letra a, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 9 de junho de 2015.

Ministro GILMAR MENDES, redator para o acórdão

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de consulta formulada por Paulo Roberto Gomes Mansur, deputado federal, acerca da possibilidade de utilização do recurso de *telemarketing* em campanhas eleitorais.

As indagações foram redigidas nos seguintes termos:

1. No telemarketing de forma ativa

a) Considera-se regular o contato feito durante a campanha eleitoral por um comitê eleitoral através do *telemarketing* utilizado com intervenção humana, pedindo autorização da pessoa contatada a participar da entrevista, identificando a origem da ligação, informando o motivo do contato e respeitando horários para a sua veiculação (das 9h às 21h de segunda-feira a sábado). Levantar junto ao entrevistado seus anseios, desejos e necessidades para que possa ter subsídios para melhoria na elaboração do programa de governo ou plataforma política do seu candidato?

b) Considera-se regular o contato feito por um comitê eleitoral através do *telemarketing* utilizado com intervenção humana, identificando a origem do contato, informando o motivo da ligação e autorizado pelo entrevistado, respeitando horário de veiculação (das: 9h às 21h de segunda-feira a sábado), para contatar eleitores, militantes e correligionários convidando-os para eventos, reuniões e encontros da campanha?

c) Considera-se regular o contato feito por um comitê eleitoral através do *telemarketing* utilizado, com intervenção humana, dando o livre arbítrio ao eleitor em participar do telefonema, identificando a origem do contato, motivo da ligação e respeitando horários de veiculação (das 9:00h às 21h de segunda-feira a sábado) para convidá-lo a assistir ao programas de TV ou rádio no horário eleitoral gratuito de temas de seu interesse e da sua região?

2. No telemarketing de forma receptiva

a) Considera-se regular o atendimento telefônico por parte do comitê eleitoral de um candidato para atender reclamações, esclarecer dúvidas,

dar informações sobre programas de governo e plataforma política do candidato? (fls. 2-3)

Parecer da Assessoria Especial às fls. 5-10.
É o relatório.

VOTO (VENCIDO EM PARTE)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, conheço da consulta, pois estão presentes os requisitos de admissibilidade.

O regramento da consulta eleitoral, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, está previsto no art. 23, XII, do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

No tocante à legitimidade, verifica-se que o consulente preenche a condição, por ser deputado federal. Quanto ao objeto, trata-se de matéria eleitoral com contornos de abstração. Presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade.

No mérito, o consulente busca saber se é possível o contato telefônico por um comitê eleitoral, durante a campanha, com a finalidade de obter informações para elaboração do programa de governo, arregimentar correligionários para participar de eventos de campanha e convidar o eleitor a assistir programas durante o horário eleitoral gratuito.

Questiona, ainda, se é possível o atendimento telefônico pelo comitê para esclarecer dúvidas e dar informações sobre plataforma política ao eleitor.

Este Tribunal Superior editou a Res.-TSE nº 23.404/2014, que disciplina a propaganda eleitoral e as condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2014.

O art. 25 da resolução em comento, ao tratar de mensagens eletrônicas enviadas por candidato, proibiu, expressamente, no § 2º, a utilização dos recursos de *telemarketing* para realização de propaganda eleitoral. Confira-se:

Art. 25. As mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de 48 horas (Lei nº 9.504/1997, art. 57-G, *caput*).

§ 1º Mensagens eletrônicas enviadas após o término do prazo previsto no *caput* sujeitam os responsáveis ao pagamento de multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais), por mensagem (Lei nº 9.504/1997, art. 57-G, parágrafo único).

§ 2º É vedada a realização de propaganda via telemarketing, em qualquer horário (Constituição Federal, art. 5º, X e XI, e Código Eleitoral, art. 243, VI). (Grifei.)

A vedação em apreço foi estabelecida com o objetivo de preservar os direitos à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, instituídos no art. 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal.

Cumpra esclarecer que o *telemarketing* compreende a utilização de tecnologia de telecomunicações como parte de um programa de *marketing*, cujo objetivo é desenvolver interação com clientes, por intermédio de contatos *não pessoais*.

No âmbito eleitoral, de acordo com a normativa estabelecida pela resolução, a vedação ao uso de *telemarketing* estende-se apenas à realização de propaganda eleitoral, mediante mensagem de voz eletrônica.

Isso porque, tomando por base uma interpretação sistemática, mediante a qual a posição do dispositivo no texto esclarece seu alcance, é possível definir que o parágrafo no qual foi inserida a vedação ao *telemarketing* subordina-se à situação descrita no *caput* do artigo, que trata de mensagens eletrônicas.

Estabelecidas essas proposições, passo a responder os questionamentos feitos pelo consulente.

Nos questionamentos contidos no item 1, o consulente indaga acerca da regularidade da utilização do *telemarketing* de forma ativa, com intervenção humana.

Para tanto, formulou hipóteses nas quais os contatos telefônicos seriam iniciados com a identificação da origem e do motivo da ligação, e com pedido de autorização à pessoa contatada para participar da entrevista.

Na hipótese da alínea *a*, o comitê eleitoral realizaria entrevistas para obter dados sobre os anseios e as necessidades da população para

elaboração de um programa de governo. Na alínea *b*, o contato teria o objetivo de arregimentar militantes para participarem de reuniões e eventos de campanha. Por sua vez, a forma de intervenção descrita na alínea *c* configura-se apenas em convite para acompanhar programas de televisão e rádio, durante o horário eleitoral gratuito, de modo a incentivar o eleitor a ter acesso às matérias eleitorais ali difundidas.

Para essas questões, a resposta deve ser afirmativa. Tenho que as referidas formas de contato telefônico não se enquadram na proibição contida no art. 25, § 2º, da Res.-TSE nº 23.404/2014, por não se tratarem de mensagens enviadas por voz eletrônica e não apresentarem, em si, conteúdo de propaganda eleitoral.

Por outro lado, no item 2, alínea *a*, o consulente questiona a regularidade da utilização do recurso de *telemarketing* de forma receptiva, mediante o qual o comitê eleitoral receberia ligações de eleitores.

Essa indagação também deve ser respondida afirmativamente, pois a iniciativa do contato telefônico é do próprio eleitor, no intuito de dirimir dúvidas e obter informações sobre temas afetos à plataforma política do candidato ou programa de governo do partido, o que não configuraria propaganda eleitoral.

Ante o exposto, conheço da consulta e respondo às indagações de forma positiva.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 205-35.2014.6.00.0000/DF. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Consulente: Paulo Roberto Gomes Mansur.

Decisão: Após o voto da Ministra Luciana Lóssio, respondendo afirmativamente aos itens da consulta, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Rosa Weber, Laurita Vaz e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, trata-se de consulta formulada nos seguintes termos (fls. 2-3):

1. No telemarketing de forma ativa

a) Considera-se regular o contato feito durante a campanha eleitoral por um comitê eleitoral através do *telemarketing* utilizado com intervenção humana, pedindo autorização da pessoa contatada a participar da entrevista, identificando a origem da ligação, informando o motivo do contato e respeitando horários para a sua veiculação (das 9h [sic] às 21h [sic] de segunda-feira a sábado). Levantar junto ao entrevistado seus anseios, desejos e necessidades para que possa ter subsídios para melhoria na elaboração do programa de governo ou plataforma política [sic] do seu candidato?

b) Considera-se regular o contato feito por um comitê eleitoral através do *telemarketing* utilizado com intervenção humana, identificando a origem do contato, informando o motivo da ligação e autorizado pelo entrevistado, respeitando horário de veiculação (das 9h [sic] às 21h [sic] de segunda-feira a sábado), para contatar eleitores, militantes e correligionários convidando-os para eventos, reuniões e encontros da campanha?

c) Considera-se regular o contato feito por um comitê eleitoral através do *telemarketing* utilizado, com intervenção humana, dando o livre arbítrio ao eleitor em participar do telefonema, identificando a origem do contato, motivo da ligação e respeitando horários de veiculação (das 9h [sic] às 21h [sic] de segunda-feira a sábado) para convidá-lo [sic] a assistir ao programas [sic] de TV ou rádio [sic] no horário eleitoral gratuito de temas de seu interesse e da sua região?

2. No telemarketing de forma receptiva

a) Considera-se regular o atendimento telefônico por parte do comitê eleitoral de um candidato para atender reclamações, esclarecer dúvidas, dar informações sobre programas de governo e plataforma política [sic] do candidato?

A Assessoria Especial (Asesp) exarou o Parecer nº 83/2014 assim opinando:

- resposta positiva às alíneas *a* e *b* do item 1 sob o argumento de o contato não apresentar conteúdo de propaganda eleitoral;
- resposta negativa à alínea *c* do item 1, conteúdo propagandístico;
- resposta positiva à alínea *a* do item 2, salientando não se tratar de *telemarketing* em virtude de a iniciativa do contato ser do próprio eleitor.

Na sessão de 20.5.2014, a relatora, Ministra Luciana Lóssio, votou no sentido de responder afirmativamente a todos os questionamentos, sob o argumento de que a vedação contida no art. 25, § 2º, da Res.-TSE nº 23.404/2014 se refere apenas ao *telemarketing* realizado mediante a utilização de voz eletrônica.

Sua Excelência fundamentou seu entendimento na interpretação sistemática da norma, considerando que o disposto no § 2º acima citado se subordinaria à situação descrita no *caput* do art. 25, que trata de mensagens eletrônicas.

Pedi vista dos autos para melhor exame do assunto.

Transcrevo o que prevê a esse respeito a instrução que trata da propaganda eleitoral nas eleições de 2014 (Res.-TSE nº 23.404/2014):

Art. 25. As mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de 48 horas (Lei nº 9.504/1997, art. 57-G, *caput*).

§ 1º Mensagens eletrônicas enviadas após o término do prazo previsto no *caput* sujeitam os responsáveis ao pagamento de multa no valor de R\$100,00 (cem reais), por mensagem (Lei nº 9.504/1997, art. 57-G, parágrafo único).

§ 2º É vedada a realização de propaganda via *telemarketing*, em qualquer horário (Constituição Federal, art. 5º, X e XI, e Código Eleitoral, art. 243, VI).

Como se depreende, a norma veda seja realizada propaganda eleitoral por *telemarketing*, em respeito à proteção à intimidade e à inviolabilidade de domicílio e objetivando evitar a perturbação do sossego público.

Na ocasião do julgamento da referida instrução, o Ministro Marco Aurélio, então presidente, ficou vencido a respeito da inclusão da regra prevista no art. 25, § 2º, acima citada. Sua Excelência assim se manifestou:

Senhores Ministros, peço vênias para, desde já, posicionar-me contra a vedação, do § 2º do art. 25 da proposta, a qual versa propaganda via *telemarketing*.

Por enquanto, não temos norma que impeça essa prática e não vislumbro, de início – porque teria que raciocinar a partir do excepcional –, o fato de as pessoas serem incomodadas com o telefonema – art. 243, inciso VI, do Código Eleitoral.

Portanto fico vencido nessa parte.

Nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio foi acompanhado pelo Ministro Henrique Neves, *verbis*:

Senhor Presidente, peço vênias ao eminente relator, para acompanhar Vossa Excelência, no que tange à proibição de telemarketing.

Penso que é matéria que o Congresso Nacional deva examinar, até porque, em algumas situações, pode causar inclusive prejuízo para quem recebe a propaganda em celular fora da área normal de cobertura, pode até pagar alguma taxa extra [...].

A propósito, registro que tramita no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 5122, em que se questiona a constitucionalidade do § 2º do art. 25 antes citado.

Com a ressalva de que não estamos aqui a analisar a constitucionalidade do preceito, entendo que a vedação se aplicaria a todo tipo de propaganda via *telemarketing* ativo – digo “ativo”, pois o artigo utiliza o verbo “realizar”. Assim, não vejo como aplicar essa proibição aos contatos via telefonia apenas com a utilização de mensagens gravadas.

Ora, se o objetivo é proteger a intimidade e o sossego dos eleitores, não se pode dar tratamento diferente às ligações com utilização de voz eletrônica, de mensagem pré-gravada ou de atendentes. Se assim não fosse, ter-se-ia feito constar no texto da norma, de forma expressa, ressalva nesse sentido.

Fixada essa premissa, é preciso analisar se os motivos dos contatos citados nos questionamentos formulados teriam conteúdo propagandístico.

Segundo José Jairo Gomes, propaganda eleitoral “caracteriza-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de

que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa. Nessa Linha, constitui propaganda eleitoral aquela adrede preparada para influir na vontade do eleitor em que a mensagem é orientada à conquista de votos”¹.

Nessa linha, na hipótese da alínea *a* do item 1², vislumbro que o objetivo final seja a conquista do voto do eleitor. Com a simples identificação do contato, ter-se-ia a imediata divulgação da candidatura de fulano e, por via oblíqua, do respectivo programa de governo ou plataforma política. Considerando a pergunta apresentada, estar-se-ia, por meio de contato telefônico, obtendo a intenção de voto do eleitor, já que se utiliza a expressão “seu candidato”. Fica demonstrado assim o conteúdo propagandístico, ainda que dissimulado.

A linha é muito tênue. No caso de entendimento contrário, quem fiscalizaria abusos ou excessos? O eleitor não pode ter sua intimidade violada e ficar à mercê desse tipo de inconveniente. É preciso um juízo de ponderação.

Da mesma forma, reportando-me ao questionamento da alínea *b*, entendo possuir teor de propaganda eleitoral, tendo em vista que, ao efetuar convites para participar de eventos, reuniões e encontros de campanha, logicamente se estará fazendo alusão à candidatura e, por conseguinte, ainda que implicitamente, divulgando-a. Ressalto que a participação do eleitor nas atividades de campanha deve ser sempre de forma espontânea e livre.

Ressalvo aqui o caso de o contato destinar-se a militantes e correligionários, se filiados ao partido político responsável pelo contato, haja vista que a relação será regida pelas normas da respectiva agremiação, sendo matéria *interna corporis*.

Quanto à pergunta referida na alínea *c* – nesse ponto, acompanhando a manifestação da Asesp –, entendo possuir claramente conteúdo de propaganda eleitoral, atraindo a vedação contida na norma.

Por fim, em relação ao item 2, alínea *a*, considerando a utilização do verbo *realizar* no art. 25, § 2º, da referida resolução, o que pressupõe

¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 370.

² “Levantar junto ao entrevistado seus anseios, desejos e necessidades para que possa ter subsídios para melhoria na elaboração do programa de governo ou plataforma política do seu candidato.”

uma ação, entendo que não está proibido o *telemarketing* receptivo, ou seja, aquele em que a iniciativa do contato é do próprio eleitor. Reforço esse entendimento com a necessidade de se proteger a liberdade da manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV, CF/1988) e de participar da vida política.

Ante o exposto, voto no sentido de responder negativamente às perguntas formuladas no item 1, alíneas *a*, *b* e *c*, com base na proibição referida no art. 25, § 2º, da Res.-TSE nº 23.404/2014 e considerando tratar-se de conteúdo de propaganda eleitoral, e responder positivamente ao questionamento do item 2, alínea *a*.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Vossa Excelência responde positivamente apenas à alínea *a* do item 2.

Na análise que fiz, eu responderia afirmativamente à alínea *a* do item 2; negativamente, como Vossa Excelência faz, às alíneas *b* e *c* do item 1. Só na alínea *a* do item 1 que eu faria um meio termo, mas em relação a não se ter pedido expresso de voto. Mas, como é uma questão muito difícil de analisar, penso que talvez fosse melhor mesmo a negativa, como Vossa Excelência traz agora.

Então a Ministra Luciana Lóssio está respondendo afirmativamente a todas as alíneas – *a*, *b* e *c* – do item 1 e a alínea *a* do item 2. O Ministro Gilmar Mendes responde negativamente às alíneas *a*, *b* e *c* do item 1, e positivamente à alínea *a* do item 2.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Eu peço licença aos colegas para adiantar a minha posição.

Eu peço vênias à Ministra Luciana Lóssio para acompanhar o posicionamento trazido pelo Ministro Gilmar Mendes, até porque, quando eu fui o relator das instruções, foi proposição de minha iniciativa regular os *telemarketings* no período eleitoral. Entendo que a regulamentação feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, em relação ao *telemarketing*, foi

muito positiva e penso que responder afirmativamente a essas questões constantes nas alíneas *a*, *b* e *c* do item 1 poderia abrir uma janela muito ampla – um “janelão” – para que o *telemarketing* voltasse a imperar nas campanhas eleitorais.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, apenas para lembrar o meu voto. Naquela assentada, eu respondi afirmativamente a todos os itens, fazendo apenas a ressalva acerca da vedação ao *telemarketing* realizado por meio de gravação, por entender que quando, de fato, há uma gravação, esse tipo de *telemarketing* deve ser rechaçado por parte da Justiça Eleitoral.

Ocorre que muitas vezes os partidos políticos programam e inserem um número infinito de telefones, e aquela mensagem simplesmente fica sendo repetida infinitamente. Ao passo que o contato feito por uma pessoa ao telefone, eu não vejo maiores dificuldades, até mesmo porque no meio da rua podemos ser, da mesma forma, abordados para tratar dessa questão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): A questão que me preocupa no caso é a maneira como está colocada a pergunta, e ao responder à consulta, estamos incorporando a pergunta. O que está a se dizer não é o contato do partido com seu filiado ou fazer o proselitismo ordinário, no bom sentido, do partido em relação às suas proposições. Veja que a pergunta diz *telemarketing*, há na pergunta a pressuposição que se trata de *telemarketing*, e *telemarketing* não é possível.

Então eu concordo com a posição do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes em relação ao item 1, que trata de três questionamentos sobre *telemarketing* de forma ativa. Concordo – e o Ministro Gilmar Mendes também concorda – com Vossa Excelência, Ministra Luciana Lóssio, que, no *telemarketing* de forma receptiva, poderíamos responder positivamente, porque todas as perguntas, tanto a 1 quanto a 2, partem do pressuposto de *telemarketing*.

O fato de se dizer que não será uma voz mecânica, mas de uma pessoa, a única coisa de positivo seria a geração de emprego para alguém, fora

isso, não muda muita coisa de *telemarketing* mecânico ou não, pois é *telemarketing*, e a pergunta é sobre *telemarketing*.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Eu apenas relembrei um pouco da minha discussão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Eu compreendo a posição de Vossa Excelência, eu também refleti ao estudar o caso para o julgamento de hoje e não sabia ainda do voto do Ministro Gilmar Mendes. Eu até pensei no item 1, mas a verdade é que a premissa é *telemarketing*.

O *telemarketing* ativo não é possível, eu penso que é melhor ficarmos assim para não termos que entrar naquelas discussões infundáveis de caso concreto para a Justiça ficar distinguindo. Então *telemarketing* ativo não é possível.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Perfeito. Mantenho o posicionamento do meu voto já externado, mas respeito a posição de Vossa Excelência.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, só para ver se eu compreendi bem, a divergência é no sentido de que se responda negativamente à alínea c do item 1?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): As alíneas a, b e c do item 1.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: As três negativamente?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Positivamente apenas quanto ao *telemarketing* receptivo cuja pergunta é a seguinte:

Considera-se regular o atendimento telefônico por parte do Comitê Eleitoral de um Candidato para atender reclamações, esclarecer dúvidas, dar informações sobre programas de governo e plataforma política do candidato?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, eu peço vênica à Ministra Luciana Lóssio para acompanhar a divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Senhor Presidente, peço vênica para acompanhar a divergência.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, peço vênica para acompanhar a divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, como apontou o Ministro Gilmar Mendes, eu fui voto vencido na edição da resolução. Entretanto, estabelecido desta forma, acompanho o voto do Ministro Gilmar Mendes por entender que o que se proíbe é o *telemarketing*, é a contratação de pessoas para que falem massivamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Substitui a máquina pela pessoa.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: O que não impede o candidato de telefonar ao eleitor pessoalmente – também não vamos chegar ao extremo. Acompanho o Ministro Gilmar Mendes, pedindo vênica à Ministra Luciana Lóssio.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 205-35.2014.6.00.0000/DF. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Consulente: Paulo Roberto Gomes Mansur.

Decisão: O Tribunal, por maioria, respondeu negativamente ao item 1, letras *a*, *b* e *c*, e afirmativamente ao item 2, letra *a*, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, que redigirá o acórdão. Vencida parcialmente a Ministra Luciana Lóssio.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Rosa Weber, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

Notas de julgamento da Ministra Luciana Lóssio sem revisão.

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 1153-48.2012.6.20.0013**

PASSAGEM – RN

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva
Recorrentes: José Pereira Sobrinho e outra
Advogados: Nilo Ferreira Pinto Júnior e outros
Recorridos: João Barreto de Lima e outra
Advogados: Daniel Monteiro da Silva e outros

AÇÃO CAUTELAR Nº 852-30.2014.6.00.0000

PASSAGEM – RN

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva
Autores: José Pereira Sobrinho e outra
Advogados: Erick Wilson Pereira e outros
Réus: Coligação Vitória do Povo e outro
Advogado: Wolney Freitas de Azevedo França
Réu: Ministério Público Eleitoral

Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso do poder econômico e político. Alistamento e transferência de títulos. Aliciamento de eleitores. Transporte, uso de máquina pública e doação de benesses. Configuração. Alegação. Inadequação da via eleita. Improcedência.

1. O tribunal regional eleitoral reconheceu a prática de abuso do poder econômico e político em um esquema razão de

aliciamento de eleitores para alistarem-se ou transferirem seus domicílios eleitorais, com a doação de terrenos e o oferecimento de transporte para a sede da zona eleitoral, além do fornecimento de documentos e orientações por ocasião dos requerimentos na Justiça Eleitoral.

2. Apesar dos eventuais vícios existentes no momento da transferência de eleitores não serem aptos para, no processo que visa à desconstituição do registro, do diploma ou do mandato, ensejar o cancelamento das inscrições eleitorais, a análise das circunstâncias e eventuais ilicitudes que envolvam a transferência de elevado número de eleitores pode ser analisada sob o ângulo da aferição do abuso do poder econômico e/ou político, a fim de se preservar a legitimidade e normalidade do pleito eleitoral.

3. Ainda que não se discuta a validade das transferências na ação de investigação judicial eleitoral – as quais podem, em tese, ser formalmente perfeitas –, o incentivo econômico e a indevida utilização de agentes e bens públicos para que elas ocorressem caracteriza abuso do poder político e econômico.

4. No recurso especial, não é possível o reexame dos fatos e das provas, em razão de sua natureza extraordinária. Assentada pela Corte Regional “a realização de alistamentos e transferências eleitorais instruídos com termos de doações de terrenos distribuídos maciçamente pelo poder público municipal, com o intuito de favorecer candidatura, forjando o vínculo dos eleitores com o município”, não há como rever as premissas fáticas delineadas no acórdão recorrido (súmulas nºs 7/STJ e 279/STF).

Recurso especial a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso especial eleitoral e julgar prejudicados a ação cautelar e o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 23 de junho de 2015.

Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, João Pereira Sobrinho e Josefa Cristiane Dionízio Chacon interpuseram recurso especial (fls. 3.206-3.222) contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (fls. 3.180-3.201) que, por maioria, rejeitou prejudicial de falta de interesse de agir e negou provimento a recurso, mantendo a sentença do Juízo da 13ª Zona Eleitoral daquele estado que julgou procedente a ação de investigação judicial eleitoral ajuizada pela Coligação Vitória do Povo e por João Barreto de Lima, por abuso do poder econômico e político, para cassar os diplomas dos recorrentes de prefeito e vice-prefeito do Município de Passagem/RN, eleitos no pleito de 2012, e declará-los inelegíveis pelo período de oito anos.

Inicialmente, o TRE/RN, por maioria, acolheu preliminar de falta de interesse de agir e julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito. Eis a ementa do respectivo acórdão (fls. 3.094-3.095):

Recurso Eleitoral – AIJE – Transferências irregulares de domicílio eleitoral – Embuste que não se amolda ao conceito de fraude exigida ao manejo de ações eleitorais - Necessidade de demonstração do nexo do abuso de poder em prol da cooptação ilegal do voto do eleitor – Inadequação da via eleita – Ausência de interesse de agir – Extinção do feito sem resolução do mérito – Conhecimento e provimento do recurso.

1. A transferência irregular de domicílios eleitorais não se amolda ao conceito de fraude exigida ao manejo das ações eleitorais, porque o embuste passível de constituir objeto de apuração por referidos meios é aquele diretamente relacionado à votação.

2. A fraude a ser alegada na ação de investigação judicial eleitoral, na ação de impugnação de mandato eletivo ou no recurso contra expedição de diploma é aquela relativa à votação, tendente a comprometer a lisura e a legitimidade do processo eleitoral, nela não se inserindo eventual fraude ocorrida na inscrição de eleitores ou na transferência de domicílio eleitoral, que deve ser apreciada em processo específico, com fulcro no art. 71 e seguintes do Código Eleitoral.

3. A notícia de transferências eleitorais irregulares, por si só, não tem o condão de caracterizar abuso de poder político ou econômico, porque a configuração do abuso em qualquer de suas formas não prescinde da demonstração do nexo da utilização do poder político, econômico ou dos meios de comunicação social em prol da cooptação ilegal do voto do eleitor, sendo indispensável a especificação das benesses postas à disposição dos eleitores aliciados.

4. Mostrando-se inadequada a via eleita pelos autores para apurar as irregularidades noticiadas à inicial, carecem de interesse de agir, sendo a extinção do feito sem resolução do mérito medida impositiva.
5. Conhecimento e provimento do recurso.

Opostos embargos de declaração pelos autores da AIJE (fls. 3.145-3.157), o Tribunal de origem acolheu a preliminar de cerceamento de defesa, por entender que, em face de pedido de vista quando do início da apreciação do recurso eleitoral, não poderia ele ser convertido em vista em mesa naquela mesma assentada, razão pela qual “o julgamento só poderia ser reaberto na próxima sessão plenária” (fl. 3.165).

Desse modo, deu-se provimento aos declaratórios, à unanimidade, a fim de anular o acórdão embargado a partir do voto proferido pelo juiz Carlo Virgílio, que pediu vista dos autos, em acórdão assim ementado (fl. 3.161):

Embargos de declaração – Recurso eleitoral – Preliminar de cerceamento de defesa – Acolhimento – Anulação do julgamento a partir do voto-vista. Com o objetivo de resguardar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, acolhe-se a preliminar de cerceamento de defesa para anular o voto que não obedeceu às formalidades processuais.

Em novo julgamento, o *Tribunal a quo*, adotando posicionamento diverso da primeira apreciação do recurso eleitoral, negou provimento ao recurso eleitoral e manteve a decisão de primeiro grau de procedência da AIJE. O acórdão tem a seguinte ementa (fl. 3.180):

Recurso eleitoral – Ação de investigação judicial eleitoral – Fraude em alistamento eleitoral – Possibilidade de apuração em AIJE – Doações de terrenos pelo poder público em favor de candidatura – Vínculo para fins de domicílio eleitoral forjado – Abuso de poder político e econômico – Caracterização – Desprovimento.

Fraudes em transferências eleitorais perpetradas a favor de futuros candidatos, em tese, podem caracterizar abuso de poder econômico ou de poder de autoridade, porquanto têm o condão de desequilibrar indevidamente o pleito eleitoral, deslegitimando o resultado das urnas, sendo possível sua apuração por meio de ação de investigação judicial eleitoral.

A realização de alistamentos e transferências eleitorais instruídos com termos de doações de terrenos distribuídos maciçamente pelo poder público municipal, com o intuito de favorecer candidatura, forjando o vínculo dos eleitores com o município, configura abuso de poder econômico e político aptos a determinar a perda de mandato do investigado e a

atrair a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, d, da Lei Complementar nº 64/1990.

Os recorrentes alegam, em suma, que:

a) o acórdão recorrido violou os art. 267, IV, e 301, III, do Código de Processo Civil, pois não estariam satisfeitos os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, haja vista a impossibilidade de se discutir, em sede de ação de investigação judicial eleitoral, matéria relativa a alistamento eleitoral;

b) os próprios termos do acórdão recorrido revelam a carência da AIJE, porquanto se busca discutir a ilegalidade de transferência de domicílio eleitoral que supostamente beneficiou a candidatura dos recorrentes, o que evidencia a inadequação da via eleita, tese que foi rejeitada pela Corte de origem em maioria apertada, tendo três juízes acolhido tal prejudicial de mérito;

c) o campo de ação da AIJE é limitado à apuração das irregularidades previstas nos arts. 19 e 22 da LC nº 64/1990, e “a transferência irregular de eleitores não se amolda ao conceito de fraude apto a ensejar o manejo de ações eleitorais, posto que o objeto destas ações se restringe àqueles diretamente relacionados à votação” (fl. 3.211);

d) eventual fraude nas transferências eleitorais deveria ter sido apurada por meio de processo administrativo específico, nos termos do art. 71 e seguintes do Código Eleitoral;

e) somente com o decreto judicial assentando as supostas ilicitudes é que se viabilizaria a AIJE com o intuito de correlacionar fato judicialmente reconhecido, com suposta utilização em prol da candidatura;

f) “a eventual fraude nas transferências eleitorais deveria ter sido questionada no tempo oportuno, não sendo possível ser examinada durante o pleito eleitoral. Os eleitores do Município de Passagem/RN foram autorizados pela Justiça Eleitoral, sendo todas as transferências deferidas, pressupondo-se estarem em conformidade com a legislação eleitoral” (fl. 3.212);

g) há dissídio jurisprudencial em relação a julgados do TSE e dos TREs do Pará, de Minas Gerais e do Piauí.

Requerem o conhecimento e o provimento do recurso especial a fim de que o acórdão recorrido seja reformado, “em vista da inadequação da

via eleita, por não ser a AIJE o meio cabível para discussão de fraude em transferência e alistamento eleitoral” (fl. 3.222).

João Barreto de Lima e a Coligação Vitória do Povo apresentaram contrarrazões (fls. 3.266-3.288), nas quais sustentam que:

a) o recurso especial não deve ser conhecido, diante dos elementos impeditivos e da falta de requisito para sua admissibilidade, uma vez que:

i. se faz necessário, na espécie, o reexame do contexto probatório, vedado em sede de recurso especial, para analisar se a controvérsia se trata, unicamente, de transferências e alistamento de eleitores de forma fraudulenta, como sustenta o recorrente, e não de abuso de poder e condutas vedadas, conforme reconheceu a Corte de origem;

ii. o acórdão regional está fundamentado em precedentes do TSE que admitem a análise de fatos anteriores ao pleito e reconhecem que o abuso do poder político pode ocorrer de forma entrelaçada ao abuso do poder econômico, razão pela qual deve ser aplicada ao caso a Súmula nº 83 do STJ;

iii. não há prequestionamento quanto aos arts. 267, IV, e 301 do CPC, e não foram opostos embargos declaratórios, o que torna inviável o apelo, de acordo com as súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ;

b) no mérito, a causa de pedir da AIJE não se limita apenas às fraudes ocorridas no alistamento de eleitores, mas também à caracterização do abuso do poder político e econômico a partir de tais fraudes, mediante o uso de veículos e servidores públicos em horário de expediente e por meio, ainda, da doação ilícita de terrenos;

c) “não cabe falar em sentença extra petita, especialmente, por ser objeto da lide o abuso de poder político e econômico, ainda que entrelaçado com a fraude nas transferências e alistamento eleitorais” (fl. 3.277);

d) os precedentes apontados não são suficientes para demonstrar a divergência, diante da ausência de similitude fática em relação ao acórdão recorrido e por não representarem a orientação jurisprudencial mais recente.

Pleiteiam o não conhecimento do recurso especial, ou, caso assim não entenda, o seu não provimento e a condenação dos recorrentes por litigância de má-fé, com base no art. 17, I, II e VII, do CPC.

A douta Procuradoria-Geral Eleitoral opinou, às fls. 3.297-3.300, pelo não provimento do apelo, porque: a) a análise dos fundamentos do recurso especial implicariam o revolvimento do acervo probatório; b) não estariam demonstrados o dissídio jurisprudencial e o prequestionamento da matéria.

Pela decisão de fls. 3.303-3.312, neguei seguimento ao recurso especial.

Houve, então, a interposição de agravo regimental (fls. 3.314-3.336).

Em face dos argumentos expostos pelos agravantes, reconsiderei a decisão de negativa de seguimento do recurso especial, a fim de submetê-lo diretamente ao exame do Tribunal, facultando a sustentação aos advogados das partes.

Por fim, anoto que os recorrentes propuseram a Ação Cautelar nº 852-30, distribuída à minha relatoria, na qual a Presidência, nas férias forenses, concedeu a liminar para suspender os efeitos do acórdão atacado pelo Recurso Especial Eleitoral nº 1153-48/RN até o seu julgamento por esta Corte.

A AC nº 852-30 foi apensada aos autos do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, o recurso especial é tempestivo. O acórdão regional foi publicado no *DJE* em 15.7.2014, conforme a certidão de fl. 3.202, e o apelo foi interposto em 18.7.2014 (fl. 3.206), por advogado habilitado nos autos (procuração à fl. 3.090).

Inicialmente, registro que, no julgamento dos embargos de declaração, o TRE/RN anulou o acórdão que julgou o recurso eleitoral (fls. 3.094-3.136) tão somente a partir do voto proferido pelo juiz Carlo Virgílio, que pedira vista dos autos, após o voto do relator e em sessão na qual o juiz Verlano Medeiros proferiu seu voto-vista no feito.

Isso ocorreu porque a Corte Regional Eleitoral considerou que houve cerceamento de defesa, uma vez que o referido magistrado pediu vista dos autos e, logo após, os advogados dos recorrentes se retiraram do Plenário.

Ocorre que o pedido de vista foi convertido em vista em mesa, tendo o juiz Carlo Virgílio proferido o seu voto na mesma sessão, sem a presença dos advogados, o que ensejou o reconhecimento da nulidade.

No ponto, ressalto que não houve a anulação dos votos anteriormente manifestados considerada a preliminar de falta de interesse de agir, em especial daqueles proferidos pelo relator, juiz Artur Cortez Bonifácio (fls. 3.098-3.113) e pela divergência inaugurada pelo voto do juiz Verlano de Queiroz Medeiros (fls. 3.114-3.126).

Embora o relator tenha ficado vencido no primeiro julgamento (fls. 3.094-3.095), seu voto prevaleceu no prosseguimento do julgamento, e foi acolhido, por maioria, quanto à rejeição da preliminar e, à unanimidade, no mérito, mantendo-se a decisão de primeiro grau (fls. 3.180-3.201).

Passo ao exame do recurso especial.

Os recorrentes sustentam que o acórdão recorrido violou os art. 267, IV, e 301, III, do Código de Processo Civil e divergiu de precedentes desta Corte Superior e de tribunais regionais eleitorais, porque não estariam satisfeitos os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, haja vista a impossibilidade de se discutir, em sede de ação de investigação judicial eleitoral, matéria relativa a alistamento eleitoral, evidenciando a inadequação da via eleita.

Acrescentam que, antes de se enquadrar a conduta como abuso do poder político ou econômico, é necessário discutir as irregularidades alusivas à transferência de eleitores em processo administrativo específico, nos termos do art. 71 e seguintes do Código Eleitoral, razão pela qual somente mediante tal apuração prévia se viabilizaria a AIJE “com o intuito de correlacionar o fato judicial reconhecido, com uma suposta utilização em prol da candidatura dos recorrentes” (fl. 3.212).

De início, observo que os recorridos, autores da AIJE, alegaram a falta de prequestionamento acerca da incidência dos arts. 267, IV, e 301 do Código de Processo Civil ao caso concreto (fl. 3.274). Examinando o voto condutor da decisão regional (fls. 3.098-3.113), realmente não há propriamente exame do caso, procedido pelo relator, sob o enfoque de tais dispositivos, não tendo sido opostos embargos de declaração na Corte de origem. Ademais, o próprio voto vencido do juiz Verlano de Queiroz Medeiros reconhecia a falta de interesse de agir, nos termos do art. 267, VI, do CPC (fl. 3.126).

E, ainda que assim não fosse, a argumentação alusiva à inadequação da via eleita não diz respeito propriamente a pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC) ou mesmo inépcia da petição inicial (art. 301, III, do CPC).

Tanto o é que o relator na Corte de origem asseverou que a discussão da adequação do fato para fins de apuração em sede de ação de investigação judicial eleitoral se inseria no âmbito do próprio mérito recursal (fl. 3.098).

De qualquer sorte, registro que o recurso também foi fundado em dissenso jurisprudencial (fls. 3.214-3.222).

Quanto à matéria de fundo, o Tribunal *a quo* rejeitou, por maioria, a preliminar de falta de interesse de agir, por entender que “fraudes em transferências eleitorais perpetradas a favor de futuros candidatos, em tese, podem caracterizar abuso de poder econômico ou de poder de autoridade, porquanto têm o condão de desequilibrar indevidamente o pleito eleitoral, deslegitimando o resultado das urnas, sendo possível sua apuração por meio de ação de investigação judicial eleitoral” (fl. 3.180).

Os recorrentes insistem que não cabe, no âmbito de AIJE, AIME ou RCED, discutir a validade de transferências de domicílios eleitores, mesmos nos casos em que isso possa configurar abuso de poder (fls. 3.214-3.215).

A questão cinge-se a saber se o fato em questão diz respeito apenas à transferência irregular de eleitores ou se envolve outras circunstâncias que permitam concluir pelo ilícito do art. 22 da LC nº 64/1990.

No ponto, destaco o seguinte trecho do voto do relator, juiz Artur Cortez Bonifácio, *in verbis* (fls. 3.100-3.102):

No entender dos recorrentes, carece aos recorridos interesse de agir, em virtude de suposta inadequação da via eleita, ou seja, equívoco insanável em relação à escolha do meio processual, não havendo, portanto, como se obter a prestação jurisdicional pretendida por meio da ação de investigação judicial eleitoral, pois esta não seria apta a apurar irregularidades eventualmente ocorridas no processo de inscrição e transferência de eleitores, existindo, para tanto, uma representação própria, com fulcro no art. 71 e seguintes do Código Eleitoral.

Em síntese, segundo a tese recorrida, a arguição de tal matéria teria flagrante desígnio protelatório, seja por ter sido aduzida tardiamente e, portanto, preclusa, seja porque desprovida do mínimo respaldo legal. Primeiramente, parece-me pertinente refutar a existência de preclusão dessa matéria, em virtude de ter sido suscitada em momento posterior ao prazo para contestação. Isso porque se trata de questão de ordem pública, a qual pode ser apresentada a qualquer momento ou mesmo conhecida de ofício, não se sujeitando, por conseguinte, à preclusão.

Já em relação à procedência da alegação de que a suposta ilicitude aduzida no presente processo, a lembrar, esquema fraudulento de transferência de eleitores, com indevida utilização de agentes e bens públicos a favor de candidato (causa de pedir), de plano se vê, por ter tal conduta o condão de repercutir na lisura do pleito, torna-se perfeitamente viável o seu processamento por meio da via eleita, ou seja, mediante a ação de investigação judicial eleitoral.

Nessa linha de claro e elucidativo raciocínio, transcrevo trecho do parecer do Ministério Público oficiante nesta Corte:

Ora, não há dúvidas que a aventada transferência irregular de mais de 600 (seiscentos) eleitores, as quais teriam sido patrocinadas pelo candidato recorrente e pelo seu grupo político, mediante o fornecimento de benesses, inclusive através da doação de terrenos públicos àqueles que se despussem a transferir seus domicílios eleitorais, tem o condão de irradiar consequências no próprio pleito, porquanto tais eleitores passavam a vincular-se psicologicamente em favor do candidato que lhes ofereceu/forneceu as benesses.

Isso porque, evidente que uma vez considerados verdadeiros os fatos narrados na inicial, estreme de dúvidas, restariam configuradas as práticas de abuso de poder político e econômico, que, diferentemente de algumas condutas vedadas ou da captação ilícita de sufrágio, são ilicitudes que podem ser praticadas antes mesmo do início do período eleitoral, sendo, por isso, cognoscíveis por meio da ação de investigação judicial eleitoral. Senão, vejamos:

[...] Abuso de poder político e de autoridade (arts. 74 da Lei nº 9.504/1997 e 37, § 1º, da Constituição Federal). Ação de investigação judicial eleitoral, por abuso de poder político, não sofre a limitação temporal da conduta vedada. Para a configuração do abuso é irrelevante o fato de a propaganda ter ou não sido veiculada nos três meses antecedentes ao pleito. Recurso especial a que se nega provimento. (TSE, AC no Resp nº 25101, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, julgado em 9.8.2005.)

[...] 3. Cassação de prefeito e vice. Contratação irregular de servidores. Abuso dos poderes políticos e econômico. Prática reconhecida pelo TRE. Não limitação ao período vedado do art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Precedentes. [...]. A condenação pela prática de abuso não está condicionada à limitação temporal das condutas vedadas descritas no art. 73, da Lei nº 9.504/1997. (TSE, AC no AMS nº 3706, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 6.3.2008.)

Sem a intenção de estender-se em matéria pacificada, considero pertinente citar julgado deste egrégio Tribunal que perfilha dessa mesma linha de entendimento. *Verbis* (destaques acrescentados):

Recurso – Ação de investigação judicial eleitoral cumulada com representação eleitoral – Preliminar de não cabimento da ação de investigação judicial eleitoral – Rejeição – Programa exibido pelo recorrente em televisão clandestina – Propaganda eleitoral extemporânea caracterizada – Improvimento. A jurisprudência eleitoral se firmou no sentido de que a AIJE pode compreender a investigação de fatos anteriores ao registro de candidatura, ou mesmo às convenções para a escolha de candidatos, a fim de caracterizar abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação. Preliminar rejeitada. No caso dos autos, restou caracterizada a prática de propaganda eleitoral extemporânea por meio de programa exibido pelo recorrente em canal de televisão clandestino, atração cujo nome veio a tornar-se slogan de campanha do candidato. Recurso a que se nega provimento (TRE/RN, Recurso Eleitoral nº 204394, rel. Marco Bruno Miranda Clementino, julgado em 9.9.2010, publicado em 13.9.2010).

Por tudo isso, não resta dúvida alguma, a ação de investigação judicial eleitoral é meio processual adequado para se apurar fatos hipoteticamente capazes de ensejar o abuso de poder político ou econômico, ainda que tais condutas tenham sido cometidas antes do período de registro de candidaturas.

Ante tais argumentos, refuto igualmente esse fundamento do recurso, atinente à suposta inadequação da via eleita.

O TRE/RN, portanto, afastou a alegada ausência de interesse de agir, por entender que o abuso de poder ficou caracterizado não em razão das transferências de domicílio eleitoral em si, mas por elas terem sido realizadas com a indevida utilização de agentes e bens públicos e mediante troca de benesses.

Do teor do voto condutor do acórdão regional¹, extrai-se, em suma:

¹ Transcrevo, para efeito de documentação, os trechos relevantes do acórdão regional (fls. 3.102-3.111):

Superadas as questões de natureza processual, cabe a análise dos fatos que ensejaram o ajuizamento da AIJE.

O prefeito e o vice-prefeito do Município de Passagem/RN, eleitos no pleito de 2012, buscam a reforma da sentença que os condenou à perda de mandatos e à inelegibilidade por oito anos, por abuso do poder econômico e do poder de autoridade, condutas que teriam sido caracterizadas por meio da orquestração de um audacioso e fraudulento esquema de transferência de eleitores, mediante a doação de terrenos pertencentes à prefeitura daquele município e a utilização da máquina pública local (fls. 2.805-2.820).

Dentre a documentação colacionada aos autos, constam várias fotografias e DVDs, onde apontados os correligionários que teriam participado do *esquema*, além de termos de doação de terrenos da prefeitura, e impugnações a alistamentos e transferências solicitados a esta Justiça Eleitoral por ambas as coligações disputantes (fls. 21-707/751-786).

Segundo a sentença vergastada, o arcabouço probatório colecionado aos autos é suficiente à plena comprovação da prática espúria adotada pelos demandados (ora recorrentes) quanto à arregimentação

ilícita de eleitores para o Município de Passagem/RN, violando a legislação eleitoral, na medida em que a entrega de benesses e utilização da máquina pública, ainda que praticados antes do período eleitoral, constitui abuso do poder econômico e do poder de autoridade (fls. 2.805-2.820).

Questão fática importante, cuja preocupação foi manifestada por ambas as partes, diz respeito à aberrante diferença entre o número de habitantes e eleitores de Passagem/RN. *O IBGE registrou 2.895 pessoas residentes no município em 2010, enquanto, dados da Justiça Eleitoral dão conta que 4.580 eleitores estavam aptos a votar nas eleições de 2012* (<http://cidades.ibge.gob.br/xtras/temas.php?lang=&Codmun=240920&idtema=16&search=rio-grande-do-norte|passagem> (síntese-das-informacoes).

Primeiramente, como já demonstrado quando da apreciação da alegação de falta de interesse de agir por suposta inadequação da via eleita, cabe registrar que, conforme a doutrina e a jurisprudência eleitoral pátrias, o conceito de abuso de poder a que o legislador faz referência é elástico, podendo, diante do caso concreto, contemplar condutas que, em circunstâncias convencionais, configurariam outros ilícitos, como uma conduta vedada ou mesmo captação ilícita de sufrágio.

[...]

Assim, resta certo que fraudes em transferências eleitorais perpetradas a favor de futuros candidatos, em tese, podem caracterizar abuso de poder econômico ou de poder de autoridade, pois que têm o condão de desequilibrar indevidamente o pleito eleitoral, deslegitimando o resultado das urnas.

[...]

No caso em exame, o suposto ilícito proceder dos recorrentes seria o aliciamento de eleitores para fazerem alistamento ou transferência de domicílio eleitoral, mediante entrega de benesses e utilização do aparato estatal. Condutas que, uma vez comprovadas, maculam a livre e consciente vontade do eleitor, especialmente o menos instruído, que, acriticamente, e imbuído do natural sentimento de gratidão e lealdade que move os homens de bem, sente-se compelido moralmente a retribuir a benesse com o voto a favor de seu *benfeitor* ou pessoa por ele indicada.

Diante dessa fundamentação, entendo plenamente possível que a conduta atribuída aos recorrentes possa configurar abuso de poder econômico e político.

Destarte, visando obter elementos de convicção hábeis a formar um juízo de certeza acerca dos fatos aduzidos no presente recurso, passo a fazer um exame pontual das provas produzidas, para, ao final, à luz do conjunto fático-probatório, afirmar, com a segurança que requer a questão, o cometimento ou não das ilicitudes atribuídas aos recorrentes.

As filmagens colacionadas pelos recorridos (folhas 707, volume 4): por meio dessa prova, é possível verificar que houve incomum e intensa movimentação de pessoas em imóvel localizado na Rua Ana Pontes, próximo ao Cartório Eleitoral da 13ª Zona – Santo Antônio/RN. Tais pessoas, algumas transportadas por ônibus escolar, ambulância e veículos particulares, aparecem adentrando no referido prédio, saindo em seguida de posse de papéis, semelhantes a cópias de documentos, e, posteriormente, dirigindo-se ao cartório eleitoral.

Os recorridos, em síntese, afirmam que o referido imóvel funcionava como um *escritório político* dos recorrentes e seus correligionários, um centro de operações do aduzido esquema fraudulento. Afirmam, ainda, que as pessoas filmadas eram eleitores que, beneficiados indevidamente pelo poder público municipal, dirigiam-se ao imóvel, onde recebiam dos colaboradores do grupo político situacional documentação e orientações para transferirem/alistarem o domicílio eleitoral para o Município de Passagem/RN.

A seu turno, os recorrentes refutam tal acusação, afirmando que o intenso movimento de pessoas se dava em virtude de funcionar no aludido prédio uma lanchonete. Que o ônibus escolar que aparece no vídeo fazendo o transporte de pessoas não tem qualquer vínculo contratual com a prefeitura. Que os demais veículos automotores filmados não pertencem a qualquer acusado e que os vídeos não contêm as datas das filmagens.

Quanto às datas das filmagens, é preciso ressaltar que, apesar da inexistência de registro pela própria filmadora, o contexto do conteúdo probatório dos autos, especialmente as provas testemunhais, permite identificar com segurança que se trata de registros audiovisuais de fatos ocorridos em período compatível ao encerramento do prazo para requerer inscrição e transferência eleitoral, ou seja, final de abril e início do mês de maio do ano de 2012.

Corroborando essa afirmação, cite-se o depoimento da testemunha Lenilton Dias de Oliveira, que disse ter visto forte aglomeração de pessoas no imóvel referido na inicial, no período dos alistamentos e

transferências eleitorais do ano de 2012. A testemunha José Luciano Lourenço, por sua vez, afirmou ter visto relevante movimentação de pessoas saindo do prédio em questão, portando documentação e se deslocando, em seguida, para o cartório eleitoral. Nesse sentido, ainda, elucidativo é o depoimento da testemunha Airton Bezerra da Silva, que disse: "Eu vi o pessoal chegando. Chegava sem nenhum papel e saía com papel direto para o cartório eleitoral.

Fato admitido pelos recorrentes é que o prédio que aparece nas imagens recebendo expressivo número de pessoas, de fato, pertence ao então prefeito de Passagem/RN, aqui apontado como patrocinador do *esquema*, o senhor Ronaldo Meireles Barreto (fls. 2.748). Segundo a defesa, contudo, à época, tal prédio estaria alugado ao Sr. Sebastião Firmino (*Negão*), o qual mantinha no local uma lanchonete.

Também é admitida a presença de José Pereira Sobrinho (*Dedé de Babá*), ora recorrente e então pré-candidato ao cargo de prefeito. Entretanto, aduzem os recorrentes que tal visita ocorreu em virtude dos atrativos gastronômicos oferecidos pela suposta lanchonete (fls. 2.749).

Em relação esse alegado funcionamento de uma lanchonete no imóvel em questão, cabe ressaltar que a observação das imagens e as provas testemunhais demonstram cabalmente a improcedência de tal alegação, pois que é quase impossível perceber alguém lanchando no local ou a presença de equipamentos próprios para o funcionamento desse tipo de comércio ou mesmo de uma *casa de cópias*, como também alegado pelos recorrentes.

Em consonância com a prova audiovisual, ganha relevo o testemunho de Dickson Mesgrael Bezerra Júnior, que afirmou ter acompanhado, durante vários dias do período final de alistamento eleitoral, a rotina do aludido imóvel, constatando a intensa movimentação de pessoas e a inexistência do funcionamento de qualquer estabelecimento comercial naquele local. Além disso, sustentou a testemunha ter presenciado periódica presença de apoiadores políticos dos recorrentes, inclusive o próprio José Pereira (pré-candidato situacional) teria ido até o local algumas vezes levando eleitores.

A afirmação de que a comprovada movimentação de pessoas, no prédio de propriedade do então prefeito, dava-se em decorrência do funcionamento de uma lanchonete no local, fragiliza-se ainda mais quando os depoimentos testemunhais e os vídeos dão conta de que o apontado proprietário do suposto comércio gastronômico, Sebastião Firmino, não foi visto em nenhuma oportunidade durante o aludido período.

Apesar de declarar que explorou a mencionada atividade comercial no local, entre os meses de fevereiro a junho de 2012, a credibilidade das declarações desse cidadão é, no mínimo, diminuta, Primeiro porque, arrolado como testemunha pelos recorrentes, o Sr. Sebastião Firmino, por notória parcialidade e interesse na causa, foi ouvido apenas na condição de declarante (fls. 2.584-2.590).

Além disso, restou apurado não haver contrato de locação entre Sebastião Firmino e o então prefeito de Passagem/RN, Sr. Ronaldo Barreto (dono do imóvel). Igualmente, comprovado ficou que entre eles, na verdade, havia uma sólida relação, ao menos comercial, há pelo menos 17 anos. A filha de Sebastião, inclusive, ocupou cargo comissionado na Prefeitura de Passagem/RN, administração do Sr. Ronaldo Barreto (fls. 2.588).

Ademais, as imagens juntadas aos autos registram que, sem a presença de Sebastião Firmino, os senhores Edmilson Gerônimo e Livia Torres, correligionários de José Pereira Sobrinho (recorrente), fizeram a retirada de vários equipamentos e documentos do mencionado prédio, dando conta do encerramento das atividades *comerciais* no local, que, conforme afirmado pelo suposto empreendedor, ocorreu logo após o final do alistamento eleitoral, em junho de 2012.

Quanto à utilização de veículos públicos para transportar os eleitores, as imagens demonstram, além de veículos particulares, uma ambulância e um ônibus escolar com vínculo com a Prefeitura de Passagem/RN fazendo o traslado de pessoas que em nada se parecem com estudantes ou enfermos. Ademais, após descerem dos veículos, os transportados mantêm a mesma atitude suspeita dos demais filmados, a saber, vão ao imóvel, saem de lá com ostensiva documentação e dirigem-se ao cartório eleitoral.

Veja-se, por exemplo, o veículo Fiorino, de placa MYI 0737, pertencente ao Município de Passagem/RN, aparece nas imagens fazendo o aludido transporte irregular de eleitores (fls. 2.656).

Corroborar com essa análise o depoimento de José Luciano Lourenço:

"Viu quando um ônibus de Passagem/RN com vários eleitores dentro dirigiu-se até o Município de Santo Antônio/RN [...] Viu quando os passageiros deste ônibus desceram do veículo e dirigiram-se até um imóvel,

localizado próximo ao cartório eleitoral [...]. Que tais pessoas entraram sem nada nas mãos e saíram, logo em seguida, com papéis que aparentavam ser cópias de documento[...]. Que de posse de tais cópias os eleitores se dirigiam ao cartório eleitoral.”

Já em relação à doação de terrenos públicos a eleitores, em troca de transferência de domicílio eleitoral para Passagem/RN e posterior exercício do voto em favor dos candidatos do então prefeito da cidade (ora recorrentes), cabe a ordem de considerações a seguir expostas.

Cópias de documentos pessoais, faturas de concessionárias de serviços públicos e de termos de doações corroboram a utilização de expressivo número de requerimentos de alistamento/transferência eleitorais para Passagem/RN instruídos com o mesmo tipo de prova, qual seja, termos de doação de terrenos (751-786, vol. 4), localizados no Sítio Cipoal, e expedidos pelo então Prefeito Ronaldo Meireles Barreto, principal apoiador dos recorrentes (fls. 74 a 185 e 2.622 e 2.597).

Nesse sentido, o juiz *a quo*, mais próximo da dinâmica dos fatos e, portanto, bem capacitado para valorar as provas, formou as seguintes convicções, expressas, respectivamente, em sede da decisão da cautelar de busca e apreensão e, posteriormente, na da sentença ora recorrida:

“No caso em destaque, observo que o cortejo entre os termos de doação de imóvel formulados pela Prefeitura de Passagem/RN, e os RAEs, também colacionados, doente se depreendem recentes pedidos de transferência das pessoas beneficiadas com as citadas doações, deixa transparecer, de forma bastante nítida, a nódoo torpe do abuso de poder político em execução pela atual administração daquele município, sendo, por isso, bastante plausível a tese de que tais eleitores estão sofrendo algum tipo de arregimentação.” (fls. 789)

“Neste momento, por estar a conduta inserida no esquema fraudulento ora analisado, mostra-se oportuno o aprofundamento sobre a prática espúria, adotada pelos demandados e seus correligionários, no sentido de apresentar a este juízo, na esteira do esquema fraudulento ora elucidado, como comprovante de vínculo com o Município de Passagem/RN, termo de doação de imóvel beneficiando pessoas que não têm qualquer vínculo pretérito com aquele ente público, ou mesmo com pessoas que ali habitem.”

Em reforço probatório de fato, cabe apontar os mandados de verificação expedidos pelo Juízo Eleitoral da 13ª Zona, colacionados às fls. 2.605-2.620, que indicam que os eleitores que pediram transferência para Passagem/RN, indicando como vínculo patrimonial terreno no Sítio Cipoal, não foram encontrados naquela localidade, a qual foi informada como endereço para fins eleitorais.

Apesar de a defesa aduzir imparcialidade na política de doação de terrenos, apurou-se que a lei que autoriza as referidas doações (fls. 2.635-2.636) não estabelece requisitos para a assunção da condição de beneficiário do programa governamental, o que pavimenta larga estrada para o arbítrio administrativo e, consequentemente, para utilização abusiva do poder, favorecendo, direta ou indiretamente, os desideratos políticos eleitorais do gestor público.

Fechando o cerco probatório em desfavor dos recorrentes, vale lembrar que estes obtiveram a vitória nas urnas por uma diferença de apenas 79 votos. Sendo imprescindível considerar que tal resultado, conforme números abaixo e documento de fl. 2.602, somente se viabilizou a partir da migração de novos eleitores para o município (mais de 600 somente nos 30 dias finais do prazo), fato que obrigou o cartório eleitoral a abrir duas seções eleitorais (138 e 143), justamente na localidade dos terrenos doados – sítio Cipoal –, urnas que deram uma esmagadora maioria aos recorrentes, (fl. 2.597-2.598; 2.602).

Assim, vejamos o resultado das eleições majoritárias do Município de Passagem/RN em 2012, em três distintos cenários, a saber:

Candidatos a prefeito	Antônio de Oliveira Fagundes – Oposição	Jose Pereira Sobrinho (Dedê de Babá) – Situação
Desconsiderando as urnas 138 e 143 (Sipoal)	51,14% dos votos válidos	48,86% dos votos válidos
Considerando somente as urnas 138-143 (Cipoal)	36,40% dos votos válidos	63,60% dos votos válidos
Todas as urnas (oficial)	49,01% dos votos válidos	50,99% dos votos válidos

a) pelas filmagens contidas nos autos, verificou-se incomum movimentação de pessoas adentrando imóvel próximo ao cartório eleitoral, as quais eram transportadas por ônibus escolar, ambulância e veículos particulares e saíam do local portando papéis e cópias de documentos, dirigindo-se ao cartório eleitoral;

b) o contexto probatório, em especial a prova testemunhal produzida, permitiu identificar com segurança que se trata de registros audiovisuais de fatos ocorridos em período compatível com o encerramento do prazo para requerimento e inscrição eleitoral (final de abril e início do mês de maio de 2012), confirmando a intensa movimentação no prédio em questão;

c) o prédio pertence ao então prefeito de Passagem/RN, apontado como patrocinador do esquema, domínio que teria sido admitido pelos recorrentes, que alegaram, contudo, que estaria o imóvel, na época, alugado a terceiro, supostamente proprietário de uma lanchonete no local. Esta pessoa lá não foi vista nenhuma vez e foi ouvida como declarante no processo, diante de sua notória parcialidade e interesse na causa;

d) Ficou apurado que não havia contrato de locação entre o terceiro e o então prefeito, mas sim comprovada uma sólida relação comercial;

Diante dessas constatações assombrosas, ainda que fosse possível afastar essa potencialidade lesiva da conduta imputada aos recorrentes, numericamente demonstrada nos autos, a gravidade das circunstâncias em que ocorreu a prática abusiva e espúria, nos termos do inciso XVI do art. 22 da Lei nº 64/1990, é suficiente para caracterizar o abuso de poder político e econômico, merecendo, portanto, os responsáveis pelo esquema fraudulento do sufrágio popular todo o rigor das penas legais.

Nessa linha de raciocínio, transcrevo trecho da sentença vergastada:

"Além de atender à supracitada construção jurisprudencial, a qual foi superada pelo inciso XVI do art. 22 da Lei das Inelegibilidades, percebe-se a gravidade das circunstâncias caracterizadoras do abuso em destaque, o que evidencia a plena elucidação da prática abusiva, na forma como destacada pelo citado dispositivo, uma vez que houve grande movimentação da máquina administrativa municipal para atender aos anseios eleitores da chapa da situação, composta pelos ora demandados."

Com efeito, todos esses elementos probatórios, tomados em seu conjunto, não deixam dúvidas da efetiva ocorrência de abuso de poder econômico e político pelos recorrentes, determinante, inclusive, para o resultado das eleições. Condutas abusivas levadas a efeito por meio de um esquema espúrio de aliciamento de eleitores para alistarem-se ou transferirem os domicílios eleitorais e posteriormente exercerem o voto a favor dos candidatos apoiados pelo então mandatário municipal, em troca da doação de terrenos públicos e o oferecimento de transporte para a sede da zona eleitoral, além do fornecimento de documentos e orientações por ocasião do requerimento de alistamento ou transferência.

Tais condutas, estreme de dúvidas, configuram abuso de poder econômico e político aptos a determinar a perda de mandato e inelegibilidade conforme recentíssimo julgado desta Corte.

e) o candidato a prefeito José Pereira Sobrinho também teria estado no local, supostamente em visita à lanchonete;

f) em relação ao funcionamento da lanchonete, assentou-se, pela prova dos autos, que “é quase impossível perceber alguém lanchando no local ou a presença de equipamentos próprios para o funcionamento desse tipo de comércio ou mesmo uma *casa de cópias*” (fl. 3.107);

g) a testemunha Dickson Mesgrael Bezerra Júnior, na mesma linha do que foi dito por outros depoentes, afirmou que constatou, em vários dias antecedentes ao período final do alistamento, a intensa movimentação de pessoas e a inexistência de estabelecimento comercial, com presença de apoiadores políticos dos recorrentes e do próprio candidato José Pereira, este algumas vezes levando eleitores;

h) as imagens registram a retirada de equipamentos e documentos do prédio logo após o período de encerramento do prazo para alistamento, em junho de 2012;

i) as imagens, além da prova testemunhal, indicam o uso, além de veículos particulares, de uma ambulância e de um ônibus escolar com vínculo com a prefeitura, e também de um veículo Fiorino, pertencente à municipalidade, transportando pessoas que não aparentavam ser estudantes e enfermos e que saíam do imóvel com ostensiva documentação e se dirigiam ao cartório eleitoral;

j) em relação à doação de terrenos públicos a eleitores, várias cópias de documentos pessoais, faturas de concessionárias de serviços públicos e termos de doação instruíram expressivo número de requerimentos de alistamento e transferência para Passagem/RN;

k) os termos de doação referem-se a terrenos do sítio Cipoal e foram expedidos pelo então prefeito Ronaldo Meireles Barreto, principal apoiador dos recorrentes;

l) o juízo eleitoral teria notado a relação dos termos de doação de imóvel pela prefeitura com recentes pedidos de transferência de pessoas beneficiadas;

m) o magistrado também teria indicado que, conforme mandados de verificação expedidos na 13ª ZE, “os eleitores que pediram transferência para Passagem/RN, indicando como vínculo patrimonial terreno no sítio Cipoal, não foram encontrados na localidade” (fl. 3.110);

n) embora a defesa tenha alegado imparcialidade na concessão dos terrenos, a lei que autorizava as doações não estabelecia requisitos para a assunção da condição de beneficiário do programa governamental, permitindo o arbítrio administrativo no caso concreto;

o) houve manifesta gravidade das circunstâncias do caso concreto, pois a eleição majoritária foi decidida por 79 votos e se viabilizou a migração de mais de 600 eleitores somente nos 30 dias finais do prazo de alistamento, o que obrigou o cartório a abrir duas seções eleitorais justamente na localidade do sítio Cipoal, e essas urnas deram maioria esmagadora aos recorrentes;

p) por fim, consignou-se, ao início do voto e externando preocupação manifestada por ambas as partes, que o IBGE registrou existirem 2.895 pessoas residentes no município em 2010 e os dados da Justiça Eleitoral indicaram 4.580 pessoas aptas a votar no pleito de 2012.

Por essas razões, a Corte de origem reconheceu a prática das condutas abusivas “levadas a efeito por meio de um esquema espúrio de aliciamento de eleitores para alistarem-se ou transferirem seus domicílios eleitorais e posteriormente exercerem o voto a favor dos candidatos apoiados pelo então mandatário municipal, em troca da doação de terrenos e oferecimento de transporte para a sede da zona eleitoral, além do fornecimento de documentos e orientações por ocasião do requerimento de alistamento ou transferência” (fl. 3.111).

Diante da moldura fática do acórdão recorrido, que não pode ser revista em sede de recurso especial, a teor das súmulas nºs 7/STJ e 279/STF, não há como rever a constatação de que houve a transferência de mais de 600 eleitores, por meio da doação de terrenos e transporte fornecido pela administração municipal, em alguns casos com uso de veículos da municipalidade, para fins de *um audacioso e fraudulento esquema* (fl. 3.102).

A análise do recurso especial está restrita, portanto, a saber se tais fatos – ocorridos no momento do alistamento eleitoral, em período próximo ao da realização das eleições – podem ser examinados em ação de investigação judicial eleitoral.

Inicialmente, cumpre verificar que a adoção da tese defendida pelo recorrente, no sentido de que as questões relativas ao alistamento e à

transferência de eleitores não poderiam ser examinadas no âmbito de AIJE, AIME ou RCED, implicaria reconhecer a inexistência de rito procedimental eleitoral que pudesse analisar e decidir a questão, sob o ângulo da interferência na legitimidade do pleito eleitoral, o que equivaleria à negativa da prestação jurisdicional, uma vez que, como se sabe há muito tempo, a todo direito corresponde uma ação. Os recorrentes centram seu inconformismo em decisão desta Corte em que se decidiu que “não é possível a discussão, no processo eleitoral, de vícios ocorridos durante o alistamento eleitoral” (REspe nº 194-13, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* de 22.2.2002).

A hipótese dos autos, contudo, não se assemelha inteiramente àquela discutida no precedente, no qual foram apontados três pontos que configurariam a fraude no alistamento. O primeiro de forma genérica, em razão de apontada colaboração do cartório eleitoral. O segundo, como constou do acórdão então recorrido, transcrito no voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, “diz respeito ao vício no alistamento eleitoral, que teria contado, neste ponto com o alistamento de eleitores, de cidadãos ou pessoas de menor idade, menor de 16 anos, que teria sido alterada para que pudessem se habilitar também no processo eleitoral”. O terceiro ponto, por sua vez, não tratava exatamente de fraude no alistamento, mas da distribuição de cestas básicas cuja entrega foi obstada, inexistindo provas de qualquer repercussão no processo eleitoral que pudesse ter contribuído com a eleição dos representados naquela ação.

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar as alegações postas no Recurso Especial nº 194-13, limitou-se a reiterar a jurisprudência firmada “acerca da impossibilidade da discussão, no processo eleitoral, dos vícios ocorridos durante o alistamento (v.g. Ac nº 7.975, Ministro Relator Bolívar de Brito, 28.3.85; Ac nº 7.714, Ministro Relator Bolívar de Brito, 22.11.83; Ac nº 6.583, Ministro Cordeiro Guerra – relator designado –, 19.1.79; Ac nº 5.534, Ministro Relator Barros Barreto, 22.8.74)”.

Anoto, por oportuno, que os precedentes então indicados são anteriores à vigência da Lei Complementar nº 64/1990 e da própria Constituição da República de 1988.

De qualquer sorte, considerada a relevância da matéria, considero essencial diferenciar as situações. Em uma, a ação eleitoral é utilizada, no

curso das eleições, como tentativa de desfazimento das transferências ou inscrições dos eleitores realizadas; na outra, o que se pretende é – independentemente da validade das transferências – apurar a prática de abuso do poder econômico ou político.

Nessa linha, é certo que eventuais vícios intrínsecos do processo de registro ou transferência de eleitores deve ser arguida na forma prevista na Res.-TSE nº 21.538, de 2003, que regula, entre outros, os procedimentos de inscrição e transferência de eleitores, e contempla, no § 5º do art. 18, que:

§ 5º Do despacho que indeferir o requerimento de transferência, caberá recurso interposto pelo eleitor no prazo de cinco dias e, do que o deferir, poderá recorrer qualquer delegado de partido político no prazo de dez dias, contados da colocação da respectiva listagem à disposição dos partidos, o que deverá ocorrer nos dias 1º e 15 de cada mês, ou no primeiro dia útil seguinte, ainda que tenham sido exibidas ao requerente antes dessas datas e mesmo que os partidos não as consultem (Lei nº 6.996/1982, art. 8º).

Assim, para que a transferência dos eleitores fosse passível de impugnação, caberia – sob pena de preclusão – aos interessados adotar as providências necessárias nos prazos legais.

Do mesmo modo, uma vez efetivado o registro ou a transferência, o eventual cancelamento da inscrição eleitoral depende, na sua essência, da verificação de uma das hipóteses previstas no art. 71 do Código Eleitoral², seja por ofício, seja mediante requerimento apresentado por delegado de partido ou por qualquer eleitor (§ 1º).

Por essa razão é que, consoante reiteradamente decidido por este Tribunal, não cabe examinar no processo de registro de candidatura ou nas ações eleitorais específicas (AIJE, AIME, RCED e representações da Lei nº 9.504/1997) eventuais vícios relativos à transferência de eleitores, para, por meio dessas ações, chegar-se ao cancelamento da transferência ou inscrição.

Tal assertiva, contudo, não impede que os fatos que ensejaram a realização das transferências eleitorais possam ser examinados na esfera

² Art. 71. São causas de cancelamento:

I – a infração dos arts. 5º e 42;

II – a suspensão ou perda dos direitos políticos;

III – a pluralidade de inscrição;

IV – o falecimento do eleitor;

V – deixar de votar em 3 (três) eleições consecutivas.

penal, para apuração dos tipos penais previstos no art. 289, 290, 291, 292 e 293 do Código Eleitoral³ ou possam ser aferidos para o efeito da apuração da prática de abuso do poder econômico ou político.

Nesse ponto, aliás, o objeto da apuração judicial não está atrelado aos aspectos e requisitos formais para efetivação da transferência eleitoral, mas, sim, aos motivos e fatores externos que, eventualmente, podem afrontar a liberdade do eleitor, a lisura do pleito e a legitimidade das eleições.

É clássica, neste aspecto, a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que “a fraude à lei consiste, portanto, em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração à lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O juiz aplica a sanção, por ser seu dever de respeitar a incidência da Lei 9 (=de não errar)” (*Tratado de Direito Privado*, Ed. Bookseller, 1ª ed., 1999, vol. I, p. 98).

Do mesmo modo, o respeitado doutrinador lembra que na fraude à lei “usa-se irregularmente a autonomia privada”, enquanto no abuso de direito “exerce-se, irregularmente, o direito” (ob. cit. p. 96).

Nessa linha, José Jairo Gomes argumenta que “haverá abuso sempre que, em um contexto amplo, o poder – não importa a sua natureza – for manejado com vistas à concretização de ações irrazoáveis, anormais, inusitadas ou mesmo injustificáveis diante das circunstâncias que se apresentarem e, sobretudo, ante os princípios agasalhados no ordenamento jurídico. Por conta do abuso, ultrapassa-se o padrão normal de comportamento, realizando-se condutas que não guardam relação lógica com o que normalmente ocorreria ou se esperaria que

³ Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente eleitor:

Pena – Reclusão até cinco anos e pagamento de cinco a 15 dias-multa.

Art. 290. Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código.

Pena – Reclusão até 2 anos e pagamento de 15 a 30 dias-multa.

Art. 291. Efetuar o juiz, fraudulentamente, a inscrição de alistando.

Pena – Reclusão até 5 anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Art. 292. Negar ou retardar a autoridade judiciária, sem fundamento legal, a inscrição requerida:

Pena – Pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Art. 293. Perturbar ou impedir de qualquer forma o alistamento:

Pena – Detenção de 15 dias a seis meses ou pagamento de 30 a 60 dias-multa.

ocorresse. A análise da razoabilidade da conduta e a ponderação de seus motivos e finalidades oferecem importantes vetores para a apreciação e o julgamento do evento" (*Direito Eleitoral*, 2008, Ed. Del Rey, p. 233).

Assim, ainda que se assevere a eventual regularidade das transferências realizadas, a prática do ato revestido de aparente legalidade formal – e que não é passível de reforma, senão pelas vias próprias – não impede que o Poder Judiciário, em atenção ao comando do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, apure e examine a eventual lesão de direitos que atos aparentemente lícitos podem causar à legitimidade e normalidade das eleições, princípios de igual estatura constitucional (CF, art. 14, § 9º).

No presente caso, o abuso verificado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte ficou caracterizado, ao menos, em duas vertentes.

A primeira, em razão da maciça transferência de eleitores – segundo o acórdão regional, mais de 600 – em um município cuja população registrada pelo IBGE era de 2.895 *habitantes* em 2010, ao passo que, nas Eleições de 2012, havia 4.580 *eleitores* aptos a votar.

Ainda que se argumente sobre o eventual e extraordinário crescimento do eleitorado municipal, ou mesmo que se tenha em conta que os conceitos de domicílio eleitoral e de domicílio civil não se confundem, a segunda vertente do abuso consignada no acórdão regional é irrefutável no que diz respeito ao patrocínio econômico que envolveu as transferências dos eleitores, mediante o fornecimento indiscriminado de documentos e, inclusive, a doação de terrenos.

De igual modo, é significativa para a caracterização do abuso de poder a constatação pela Corte Regional de que o transporte dos eleitores que transferiram seus títulos eleitorais era realizado em veículos custeados pelos cofres públicos (ambulância e ônibus escolar).

Sobre o ponto, destaco recente caso apreciado por esta Corte Superior oriundo de Fronteira dos Vales/MG (REspe nº 682-54, de 16.12.2014, rel. Min. Gilmar Mendes), em que se consignou que "*configura grave abuso do poder político* a utilização de eventual programa social (transporte de pessoas para a retirada de carteira de identidade em município próximo) para, em passo seguinte, alcançar o objetivo final: a transferência fraudulenta de eleitores, devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral em processo específico, fato que, além de constar bem delimitado na inicial

da representação eleitoral acarretou, como transcrito, o cancelamento de diversos títulos eleitorais interferindo no processo eleitoral de 2012” (grifo nosso).

O presente caso, é necessário que se aponte, diferencia-se do precedente acima indicado em razão da existência de procedimento prévio em que se aferiu, no caso acima, a irregularidade das transferências realizadas, ao passo que, no presente feito, não há notícia de igual providência, que, por certo, poderá ser tomada mediante, se for o caso, a revisão do eleitorado do Município de Passagem.

De qualquer modo, como afirmado acima, a eventual irregularidade ou mesmo a regularidade das transferências eleitorais, sob o ângulo do direito do eleitor de votar no domicílio com o qual possua vínculos, não afasta a análise do abuso do poder econômico e político que se caracteriza pela realização de atos de incentivo e patrocínio para que tais transferências fossem realizadas, os quais, ao menos no que tange ao transporte de alguns eleitores, foram custeados com recursos públicos.

No caso, o abuso de poder reconhecido pelas instâncias ordinárias não diz respeito ao procedimento das transferências eleitorais, mas, sim, aos atos que as antecederam e que revelam grave envolvimento da prefeitura nos fatos e dos próprios candidatos majoritários, nos termos do que dispõe o art. 22, XVI, da LC nº 64/1990, os quais tiveram reflexos na normalidade do processo eleitoral daquela localidade e na isonomia da disputa.

Assim, em suma, considero que, apesar dos eventuais vícios existentes no momento da transferência de eleitores não serem aptos para, no processo que visa à desconstituição do registro, do diploma ou do mandato, ensejar o cancelamento das inscrições eleitorais, a análise das circunstâncias e eventuais ilicitudes que envolvam a transferência de elevado número de eleitores pode ser analisada sob o ângulo da aferição do abuso do poder econômico e/ou político, a fim de se preservar a legitimidade e normalidade do pleito eleitoral.

Ainda que não se discuta a validade das transferências na ação de investigação judicial eleitoral, as quais podem, em tese, ser formalmente perfeitas, o incentivo econômico e a indevida utilização de agentes e bens públicos para que elas ocorressem caracteriza abuso do poder político e econômico.

Por essas razões, nego provimento ao recurso especial interposto por José Pereira Sobrinho e Josefa Cristiane Dionízio Chacon.

De outra parte, julgo prejudicada a Ação Cautelar nº 852-30, proposta por José Pereira Sobrinho e Josefa Cristiane Dionízio Chacon, tornando-se insubsistente a liminar concedida nestes autos.

Em consequência, julgo prejudicado o agravo regimental interposto pela Coligação Vitória do Povo e João Barreto de Lima nos autos da AC nº 852-30 contra a decisão concessiva de liminar.

VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, louvo o voto do Ministro Henrique Neves da Silva e destaco uma curiosidade apontada: no ano de 2010, havia 2.895 habitantes no município, e em 2012, apenas dois anos depois, houve um curioso aumento, alcançando-se o número 4.580 eleitores. Ou seja, um acréscimo realmente digno de registro!

A doação de terrenos, sem sombra de dúvida, levou esses cidadãos a mudarem o domicílio, demonstrando, de forma clara, o grave abuso de poder praticado no caso. Acompanho Sua Excelência, louvando o belo voto.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 1153-48.2012.6.20.0013/RN. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Recorrentes: José Pereira Sobrinho e outra (Advs.: Nilo Ferreira Pinto Júnior e outros). Recorridos: João Barreto de Lima e outra (Advs.: Daniel Monteiro da Silva e outros).

AC nº 852-30.2014.6.00.0000/RN. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Autores: José Pereira Sobrinho e outra (Advs.: Erick Wilson Pereira e outros). Réus: Coligação Vitória do Povo e outro (Adv.: Wolney Freitas de Azevedo França). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Usaram da palavra, pelos recorrentes, o Dr. Erick Wilson Pereira e, pelos recorridos, o Dr. Daniel Monteiro da Silva.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso e julgou prejudicados a ação cautelar e o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 153-63.2012.6.16.0000**

CURITIBA – PR

Relatora: Ministra Luciana Lóssio
Agravante: Super Imagem Digital Ltda. – ME
Advogados: Roosevelt Arraes e outro
Agravado: Ministério Público Eleitoral

Agravo regimental. Recurso especial. Representação. Doação. Pessoa jurídica. Limite legal. Extrapolação. Sigilo fiscal. Quebra. Ilegalidade. Provimento.

1. Conforme assentou recentemente esta Corte, “é ilícita a prova colhida por meio da quebra do sigilo fiscal sem prévia autorização judicial, com fundamento no convênio firmado entre o TSE e a Secretaria da Receita Federal” (AgR-REspe nº 427-37/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.5.2015).

2. Agravo regimental e recurso especial providos para acolher a preliminar de ilicitude da prova e julgar extinta a representação.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover o agravo regimental e o próprio recurso especial para julgar extinta a representação, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 18 de agosto de 2015.

Ministra LUCIANA LÓSSIO, relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental (fls. 498-513) interposto pela Super Imagem

Digital Ltda. – ME em face de decisão em que dei provimento parcial a recurso especial para afastar a pena de proibição de contratar com o poder público, mantendo, contudo, a condenação em multa no valor mínimo, fixada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), em representação por doação irregular de recursos.

A agravante reitera as alegações do recurso anterior, sustentando que:

- a) houve decadência, porquanto a ação foi proposta perante o TRE/PR em 9.6.2011, data em que o TSE fixou o entendimento de que é incompetente o juízo de segundo grau para processar as ações por doação excessiva;
- b) os prazos de decadência não se suspendem nem se interrompem;
- c) o órgão do Ministério Público Eleitoral de segundo grau é parte ilegítima para o ajuizamento da presente representação;
- d) não houve ratificação da inicial pelo promotor de justiça, estando a questão devidamente prequestionada no acórdão regional;
- e) houve ilegalidade no fornecimento das informações pela Receita Federal ao MPE, pois lastreado em pedido administrativo genérico, sem o respaldo de decisão judicial autorizando a quebra do sigilo fiscal;
- f) a decisão proferida na Ação Cautelar nº 214-55 não afasta a ilegalidade na utilização dos dados, porquanto já tinha o MPE acesso aos dados sigilosos antes do deferimento da cautelar;
- g) devem ser aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para que seja afastada a multa imposta, pois sua manutenção dificultaria a continuidade de suas atividades.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, eis o teor da decisão agravada:

Inicialmente, sem razão a recorrente quando alega decadência em razão da remessa dos autos ao juízo competente ter ocorrido após esgotado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para ajuizamento da representação.

Este Tribunal, em causa semelhante, já assentou que, "tendo a ação sido proposta pela parte legítima dentro do prazo de 180 dias, no juízo competente

à época, mesmo que tenha havido modificação posterior da competência, não há falar em decadência” (AgR-AI nº 1429/RO, rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 9.9.2013).

Logo, uma vez que a representação fora ajuizada perante o juízo competente à época e dentro do prazo legal, tendo, posteriormente, sido modificado o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, não subsiste a apontada decadência.

Também não há falar em ilegitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral (PRE) que ajuizou a representação. Nos termos da jurisprudência do TSE, não há motivo para se conferir legitimidade apenas ao promotor de justiça eleitoral para propor a representação por doação acima do limite legal, tendo em vista ser o Ministério Público regido pelos princípios da indivisibilidade e da unidade, previstos no art. 127 da Constituição Federal.

[...] 3. Não há razão para considerar que apenas o promotor de justiça eleitoral seria competente para ajuizar a representação em apreço. O art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4. Assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu a ratificação da ação, se durante o prazo decadencial ou não. [...] (AgREspe nº 68268, rel. Min. Dias Toffoli, DJE 21.6.2013.)

Ademais, o PRE era o membro ministerial legítimo para a propositura da ação no foro então considerado competente. Logo, não cabe cogitar de ilegitimidade para ajuizamento da representação. Confira-se:

[...] 4. Este Tribunal, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF, assentou a legitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral em caso idêntico ao dos autos, haja vista o disposto no art. 127 da CF/88 e o fato de o TRE/PR ser o órgão competente para o julgamento da representação na data em que ajuizada. [...] (AgR-REspe nº 26532/PR, rel. Min. Castro Meira, DJE de 7.8.2013.)

Por outro lado, a questão referente a ausência de ratificação da inicial pelo promotor de justiça eleitoral não foi objeto de debate pela instância regional, o que impede sua análise neste momento, devido à ausência de prequestionamento (Súmula-STF nº 282).

Melhor sorte não socorre a recorrente, quando aponta que a representação se baseou em prova ilícita, obtida mediante convênio firmado entre o TSE e a Receita Federal.

Embora haja a premissa de inviolabilidade do sigilo fiscal, previsto no art. 5º, X, da CF, não se pode admiti-la como um caráter absoluto, pois é concebível

o acesso aos dados fiscais quando autorizado previamente pela via judicial. Na espécie, consta do acórdão regional que decisão liminar proferida pelo eminente juiz Knoerr permitiu ao ora autor (MPE) “utilizar os dados obtidos pela Portaria Conjunta-SRF-TSE nº 74/2006, limitando-se o uso dos dados [...] apenas às informações daqueles doadores que excederam os limites legais fixados pelos arts. 23, §1º e 81, § 1º ambos da Lei nº 9.504/1997” (Ação Cautelar nº 214-55.2011.6.16.0000) (fl. 364).

Desse modo, tendo havido autorização judicial para a quebra de sigilo fiscal, resta afastada a apontada ilicitude da prova.

Noutro giro, quanto à aplicação cumulativa das sanções legais, assentou a Corte de origem que a infringência ao disposto no art. 81 da Lei das Eleições sujeita o infrator, cumulativamente, às penas de multa e de proibição de contratar com o poder público (fl. 369).

A orientação perfilhada no decisor, de fato, não se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual “as sanções previstas nos § 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 não são cumulativas, podendo-se, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicar tão somente a multa, caso se entenda ser essa suficiente para sancionar a infração ao limite legal de doação por pessoa jurídica”(AgR-REspe nº 9-28/ES, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 7.11.2012).

Nessa esteira, tenho que o diminuto valor do excesso –R\$11.629,88 – não revela gravidade suficiente para justificar a imposição de sanção mais severa, sendo a multa de R\$58.149,40 adequada para coibir a conduta e desestimular sua reiteração. Acresça-se que a sanção de proibição de participar de licitações públicas e de contratar com o poder público por cinco anos é muito gravosa, podendo acarretar, como posto pela recorrente, até mesmo a sua falência.

Por fim, não prospera a pretensão recursal de que seja reduzida a multa imposta, sob o argumento de que no valor em excesso foram computados os lucros da empresa e o valor dos tributos. Nesse ponto, assentou a Corte de origem que o cálculo “deve levar em conta apenas o faturamento declarado à Receita Federal, que não foi impugnado pelos recorrentes” (fl. 268).

A modificação desse entendimento demandaria, efetivamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial (súmulas nºs 7/STJ e 279/STF).

Ademais, consoante a jurisprudência deste Tribunal, “não é desproporcional a multa aplicada no seu valor mínimo legal” (Agr-AI nº 11019, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 12.2.2010).

Com efeito, o próprio art. 81, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 já balizou a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dispor que a pessoa jurídica que realizar doação em dinheiro, ou estimável em dinheiro, para campanhas eleitorais em valor superior a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição estará sujeita ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Assim, considerando os critérios objetivos estabelecidos pela legislação, não é possível aplicar a multa aquém do mínimo legal, devendo ser mantida a multa no importe de cinco vezes o valor doado em excesso.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso especial, tendo por base o art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, apenas para afastar a pena de proibição de contratar com o poder público. (fls. 491-496). (Grifamos.)

Em suas razões, a agravante não apresenta qualquer argumento que se sobreponha à conclusão da decisão impugnada, razão pela qual a reafirmo em todos os seus termos, principalmente porque consta do acórdão recorrido que a quebra do sigilo fiscal decorreu de prévia autorização judicial, não se havendo falar, portanto, em ilicitude da prova.

Aliás, esse tema voltou a ser recentemente enfrentado por este Tribunal, no julgamento do REspe nº 36-93/SP, sessão de 28.11.2013, que, por maioria, manteve a licitude da quebra do sigilo fiscal determinada por autoridade judiciária e afastou as teses de decadência, de ilegitimidade ativa do MPE de segundo grau, ressaltando que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não autorizam o Poder Judiciário a aplicar multa abaixo do mínimo legal.

Confira-se a ementa, no que pertinente ao presente caso:

Recurso especial eleitoral. Doação de recursos financeiros para campanha acima do limite legal. Representação. Art. 81 da Lei nº 9.504/97. Litude da prova. Decisão fundamentada. Indício plausível. Ajuizamento. Juízo competente à época. Prazo de 180 dias. Observância. Decadência não reconhecida. Legitimidade ativa do Ministério Público. Princípio da unicidade. Promotor eleitoral. Ratificação dos atos do procurador regional eleitoral. Possibilidade. Precedentes. Constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997. Princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade observados. Multa eleitoral. Fixação abaixo do limite legal. Inviabilidade. Ofensa ao art. 150, IV, da CF. Efeito confiscatório não caracterizado. Ausência de natureza tributária. Grupo econômico. Limite de 2% do faturamento bruto do ano anterior. Cálculo. Empresas individualmente consideradas. Recurso especial não provido.

1. *É lícita a quebra do sigilo fiscal pela autoridade judiciária competente à época, sendo suficiente, como indício, o resultado do batimento realizado entre o valor da doação e os dados fornecidos pelo contribuinte à Receita Federal, o qual, inclusive, pode ser solicitado diretamente pelo Parquet, nos termos do que assentou o Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Recurso Especial nº 28.746/GO, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 28.9.2010.*

2. O ajuizamento da representação perante o juízo considerado competente à época, desde que observado o prazo de 180 dias da diplomação, não acarreta a decadência do direito de agir, quando os autos são posteriormente remetidos ao juízo do domicílio eleitoral do doador. *Precedentes.*
3. Em razão do princípio da unicidade do MP, pode o promotor eleitoral ratificar os atos anteriormente praticados pelo procurador regional eleitoral, não havendo falar em ilegitimidade ativa ad causam.
4. O limite de 2% sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica para doação de campanha não desrespeita o princípio da isonomia, pois há variação do valor apurado, e nunca do percentual legal.
5. Os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade não autorizam o Poder Judiciário a aplicar multa abaixo do mínimo legal, como também não se pode considerá-la confiscatória, inclusive por não ter natureza tributária. [...]
7. Recurso especial não provido.

Conforme já assentado na decisão impugnada, no caso específico dos autos, a questão referente a ausência de ratificação da inicial pelo promotor de justiça eleitoral não foi objeto de debate pela instância regional, o que impediu sua análise em sede de recurso especial, por ausência de prequestionamento (Súmula-STF nº 282)¹.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, quero só indagar à eminente relatora, porque me parece que na decisão, no acórdão regional, apontou-se a existência de decisão judicial, mas essa decisão judicial não decretou exatamente a quebra de sigilo. Ela validou a utilização dos dados que foram obtidos através da portaria conjunta do Tribunal Superior Eleitoral com a Secretaria da Receita Federal.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Não, não é exatamente este o caso. Esses casos do Paraná são similares aos de São Paulo. Numa ação cautelar, houve a quebra de sigilo de vários, inclusive a Ministra Laurita Vaz tem um precedente recente no Agravo no REspe nº 6962 e também cito na minha decisão, transcrevendo trecho do acórdão

¹ Súmula-STF nº 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

recorrido: “[...] Na espécie, consta do acórdão regional que decisão liminar proferida pelo eminente juiz Knoerr permitiu ao autor (MPE) ‘utilizar os dados obtidos pela Portaria Conjunta [...]’”, então...

PEDIDO DE VISTA EM MESA

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permitir, só para ganhar tempo, vou pedir vista em mesa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, no acórdão regional foi feita referência a outro julgado que trata da hipótese transcrita no voto vencedor:

É verdade que decisão liminar proferida pelo eminente *juiz Knoerr* permitiu ao ora autor (MPE) “utilizar os dados obtidos pela Portaria Conjunta-SRF/TSE nº 74/2006, limitando-se o uso dos dados ... apenas às informações daqueles doadores que excederam os limites [...]”.

Mais adiante afirma:

É que a própria postulação cautelar do MPE já mostrava [...] tratar-se de conjunto de dados dos que doaram em excesso, e não, como bem obvio, de todos os brasileiros, ou de todos os paranaenses [...].

Com clareza peculiar, S. Excelência resumiu um *pedido alternativo* do MPE: “para utilização dos dados obtidos pelo Convênio ... contidos no CD-ROM acostado aos autos”, e, depois, um *pedido sucessivo*, para “acesso à listagem contendo os nomes dos doadores em excesso”.

Então fica claro que o autor (MPE) *já dispunha dos dados que queria acionar*, indevidamente transposto com o apoio no citado ato administrativo (convênio), em detrimento do direito fundamental de personalidade do ora réu.

E mais adiante, após essas transcrições, o fundamento do voto vencedor foi:

O mesmo tem ocorrido quanto à licitude da prova. Eis que esta Corte Eleitoral decide que é lícita a prova obtida com fundamento na Portaria Conjunta nº 74/2006, firmada entre o c. TSE e a Secretaria da Receita Federal.

Esse entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, com a devida vênia, está diametralmente oposto ao entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, que não reconhece licitude aos dados obtidos com base nessa portaria conjunta. Se esses dados foram obtidos e se, em seguida, houve uma cautelar para validar a utilização desses dados, com a devida vênia, a situação não se equipara a uma decisão prévia de quebra de sigilo. O que houve foi uma tentativa de legitimar aquilo que já tinha sido anteriormente obtido de forma ilícita.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Senhores Ministros, diante da divergência, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 153-63.2012.6.16.0000/PR. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Agravante: Super Imagem Digital Ltda. – ME (Advs.: Roosevelt Arraes e outro). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Após o voto da Ministra Luciana Lóssio, desprovendo o agravo regimental, e o voto do Ministro Henrique Neves da Silva, dando-lhe provimento, antecipou o pedido de vista o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Laurita Vaz e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral Eugênio José Guilherme de Aragão. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Marco Aurélio.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Senhores Ministros, o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR) manteve a sentença que julgou procedente a representação por doação de campanha acima do limite legal. Eis a ementa do acórdão regional (fl. 356):

Doação excessiva. Decadência. Prova lícita. Exclusão das pessoas físicas.
1. O rito da Lei Complementar nº 64/1990 não comporta a interposição de agravo.

2. "Inexiste decadência quando a propositura da demanda foi feita dentro do prazo de 180 dias da diplomação, ainda que perante o juízo incompetente" (*Caso Tânia Mara*: RE nº 957-65 – *Fernando*); "A propositura da demanda, ainda que perante o juízo incompetente, dentro do prazo decadencial obsta a ocorrência da decadência" (*Caso Lúcia*: RE nº 993-10 – *Andréa*) (entendimento da maioria).
3. A inelegibilidade do art. 1º, I, p da LC nº 64/1990 só pode ser arguida em ação e momentos próprios (Precedente: *Caso Manssur*, RE nº 996-62 – *Andréa*) (unânime).
4. Aplicam-se as sanções do artigo 81, § 3º da Lei nº 9.504/1997 às pessoas jurídicas que efetuem doação de campanha em valor superior ao limite legal (entendimento da maioria).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados às fls. 385 a 388.

No especial, a recorrente suscitou violação aos arts. 207 e 210 do Código Civil; 219 e 295, II, do Código de Processo Civil; e 5º, X, XII e LVI, da Constituição Federal.

Sustentou, em síntese, que:

- a) foi operada a decadência, pois a representação foi proposta por parte ilegítima em juízo absolutamente incompetente, sem haver ratificação posterior pelo promotor eleitoral legitimado;
- b) a prova dos autos é ilícita, pois houve quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial prévia, não sendo admitida a quebra para fins de representação de doação de campanha, pois não se trata de investigação criminal ou de instrução processual penal;
- c) não é admitida a convalidação da quebra em procedimento administrativo posterior, pois o sigilo fiscal já foi violado;
- d) foram violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista ser uma pequena empresa, que pouco ultrapassou o percentual permitido para doações, pois desconhecia o limite legal;
- e) no valor ultrapassado (R\$11.629,88) estão computados os lucros da empresa, no patamar de 27% e o valor dos tributos de 12%, os quais deveriam ter sido abatidos, motivo pelo qual devem ser afastadas as sanções impostas, ou ao menos a proibição de contratar com o poder público e redução do valor da multa, sob pena de se extinguir as atividades da empresa.

O recurso teve o seu seguimento negado (fls. 427 a 429) por não ter preenchido os pressupostos de admissibilidade.

No agravo de instrumento, a agravante reiterou os argumentos expendidos anteriormente.

Contrarrazões às fls. 460 a 478.

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo desprovimento do agravo (fls. 483 a 487).

Em 28.11.2013, a relatora Ministra Luciana Lóssio deu provimento ao agravo e parcial provimento ao recurso especial, nos seguintes termos (fls. 491 a 496):

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, dou provimento ao agravo, com base no art. 36, § 7º, do RITSE e, estando o feito suficientemente instruído, passo, desde já, ao exame do recurso especial. Inicialmente, sem razão a recorrente quando alega decadência em razão da remessa dos autos ao juízo competente ter ocorrido após esgotado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para ajuizamento da representação.

Este Tribunal, em causa semelhante, já assentou que, “tendo a ação sido proposta pela parte legítima dentro do prazo de 180 dias, no juízo competente à época, mesmo que tenha havido modificação posterior da competência, não há falar em decadência” (AgR-AI nº 1429/RO, rel. Min. Dias Toffoli, *DJE* de 9.9.2013).

Logo, uma vez que a representação fora ajuizada perante o juízo competente à época e dentro do prazo legal, tendo, posteriormente, sido modificado o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, não subsiste a apontada decadência.

Também não há falar em ilegitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral (PRE) que ajuizou a representação. Nos termos da jurisprudência do TSE, não há motivo para se conferir legitimidade apenas ao promotor de justiça eleitoral para propor a representação por doação acima do limite legal, tendo em vista ser o Ministério Público regido pelos princípios da indivisibilidade e da unidade, previstos no art. 127 da Constituição Federal.

Agravo regimental. Recurso especial. Doação acima do limite legal. Decadência não verificada. Alteração da competência publicada em momento posterior ao ajuizamento da representação. Aproveitamento. Desprovimento.

1. O entendimento desta Corte de que o juízo competente para processar as representações por excesso de doação seria aquele do domicílio do doador somente foi firmado no julgamento da Representação nº 981-40.2011.6.00.0000, em 9.6.2011, com publicação no *DJE* em 28.6.2011, ou seja, após o ajuizamento da representação em questão.

2. Ação proposta pela parte legítima no juízo competente à época. Mesmo que tenha havido modificação posterior da competência, não foi verificado o prazo decadencial de 180 dias.

3. Não há razão para considerar que apenas o promotor de justiça eleitoral seria competente para ajuizar a representação em apreço. O art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
 4. Assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu a ratificação da ação, se durante o prazo decadencial ou não. [...]
- (AgREspe nº 68268, rel. Min. Dias Toffoli, DJE 21.06.2013.)

Ademais, o PRE era o membro ministerial legítimo para a propositura da ação no foro então considerado competente. Logo, não cabe cogitar de ilegitimidade para ajuizamento da representação.

Confira-se:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2010. Representação. Doação de recursos acima do limite legal. Pessoa física. Art. 23 da Lei nº 9.504/1997. Inépcia da petição inicial, ilegitimidade ativa e decadência rejeitadas. Desprovimento.

1. Considerando que a representação por doação de recursos acima do limite legal foi ajuizada dentro do prazo de 180 dias, contados da diplomação, perante o órgão judiciário originariamente competente para o seu processamento e julgamento, não há falar em decadência.

2. Ainda que superada essa questão, o TSE já decidiu que a propositura da ação perante juízo absolutamente incompetente, desde que no prazo legal, também impede a consumação da decadência. Precedente.

3. A decisão judicial na qual foi determinada a quebra do sigilo fiscal da agravante foi proferida pelo órgão originariamente competente para o julgamento da ação, motivo pelo qual inexistente violação do art. 113, § 2º, do CPC.

4. Este Tribunal, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF, assentou a legitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral em caso idêntico ao dos autos, haja vista o disposto no art. 127 da CF/88 e o fato de o TRE/PR ser o órgão competente para o julgamento da representação na data em que ajuizada. [...]

(AgR-REspe nº 26532/PR, rel. Min. Castro Meira, DJE de 7.8.2013.)

Por outro lado, a questão referente a ausência de ratificação da inicial pelo promotor de justiça eleitoral não foi objeto de debate pela instância regional, o que impede sua análise neste momento, devido à ausência de prequestionamento (Súmula-STF nº 282).

Melhor sorte não socorre a recorrente, quando aponta que a representação se baseou em prova ilícita, obtida mediante convênio firmado entre o TSE e a Receita Federal.

Embora haja a premissa de inviolabilidade do sigilo fiscal, previsto no art. 5º, X, da CF, não se pode admiti-la como um caráter absoluto, pois é concebível o acesso aos dados fiscais quando autorizado previamente pela via judicial. Na espécie, consta do acórdão regional que decisão liminar proferida pelo eminente juiz Knoerr permitiu ao ora autor (MPE) “utilizar os dados obtidos pela Portaria Conjunta-SRF-TSE nº 74/2006, limitando-se o uso dos dados [...] apenas às informações daqueles doadores que excederam os limites legais fixados pelos arts. 23, § 1º e 81, § 1º ambos da Lei nº 9.504/1997” (Ação Cautelar nº 214-55.2011.6.16.0000) (fl. 364).

Desse modo, tendo havido autorização judicial para a quebra de sigilo fiscal, resta afastada a apontada ilicitude da prova.

Noutro giro, quanto à aplicação cumulativa das sanções legais, assentou a Corte de origem que a infringência ao disposto no art. 81 da Lei das Eleições sujeita o infrator, cumulativamente, às penas de multa e de proibição de contratar com o poder público (fl. 369).

A orientação perfilhada no *decisum*, de fato, não se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual “as sanções previstas nos §§ 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 não são cumulativas, podendo-se, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicar tão somente a multa, caso se entenda ser essa suficiente para sancionar a infração ao limite legal de doação por pessoa jurídica” (AgR-REspe nº 9-28/ES, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 7.11.2012).

Nessa esteira, tenho que o diminuto valor do excesso – R\$11.629,88 – não revela gravidade suficiente para justificar a imposição de sanção mais severa, sendo a multa de R\$58.149,40 adequada para coibir a conduta e desestimular sua reiteração. Acresça-se que a sanção de proibição de participar de licitações públicas e de contratar com o poder público por cinco anos é muito gravosa, podendo acarretar, como posto pela recorrente, até mesmo a sua falência.

Por fim, não prospera a pretensão recursal de que seja reduzida a multa imposta, sob o argumento de que no valor em excesso foram computados os lucros da empresa e o valor dos tributos. Nesse ponto, assentou a Corte de origem que o cálculo “deve levar em conta apenas o faturamento declarado à Receita Federal, que não foi impugnado pelos recorrentes” (fl. 268).

A modificação desse entendimento demandaria, efetivamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial (súmulas nºs 7/STJ e 279/STF).

Ademais, consoante a jurisprudência deste Tribunal, “não é desproporcional a multa aplicada no seu valor mínimo legal” (Agr-AI nº 11019, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 12.2.2010).

Com efeito, o próprio art. 81, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 já balizou a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dispor

que a pessoa jurídica que realizar doação em dinheiro, ou estimável em dinheiro, para campanhas eleitorais em valor superior a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição estará sujeita ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Assim, considerando os critérios objetivos estabelecidos pela legislação, não é possível aplicar a multa a quem do mínimo legal, devendo ser mantida a multa no importe de cinco vezes o valor doado em excesso.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso especial, tendo por base o art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, apenas para afastar a pena de proibição de contratar com o poder público.

À Secretaria Judiciária para reatuar o feito como recurso especial.

Publique-se.

Adveio agravo regimental (fls. 498 a 513), em que a agravante aduziu que:

a) a proposição da ação em juízo absolutamente incompetente não tem o condão de afastar a fluência do prazo decadencial, tendo a ação sido proposta em 9 de junho de 2011, data em que já vigorava a orientação do TSE acerca da incompetência do juízo de segundo grau;

b) a ratificação da ação pela parte legítima é necessária, no entanto, jamais ocorreu no caso dos autos, tendo sido prequestionada a matéria no acórdão regional;

c) a prova é ilícita, pois o autor da MPE já dispunha de todos os dados dos doadores quando foi buscar a autorização judicial, e a “própria postulação cautelar do MPE já mostrava (relatório do eminente juiz Knoerr na citada AC nº 214-55.2011.6.16.0000) tratar-se de conjunto de dados dos que doaram em excesso, e não, como bem óbvio, de todos os paranaenses, ou ainda de todos os doadores para as campanhas eleitorais de 2010 no Estado do Paraná” (510);

d) “[...] as informações fiscais da recorrente foram colhidas pelo intermédio do convênio administrativo firmado com a Receita Federal e não pela precedência de autorização judicial” (fl. 511); e

e) “o valor de ultrapassagem da doação foi sabidamente considerado pela decisão vergastada como “diminuto” de modo que se requer a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para, inclusive, afastar a pena pecuniária, tendo em vista que a sua manutenção também significa um duro golpe à manutenção do funcionamento da recorrente” (fl. 512).

Na sessão jurisdicional do dia 27.3.2014, a relatora manteve a decisão agravada, desprovendo o agravo regimental. Entendeu que o caso dos autos assemelha-se aos casos de São Paulo, em relação ao procedimento de quebra do sigilo fiscal.

Em seguida, divergiu o Min. *Henrique Neves da Silva*. Deu provimento ao recurso, asseverando que houve uma tentativa de validar a quebra de sigilo, a qual já teria sido verificada anteriormente, sem autorização judicial, a partir da Portaria Conjunta nº 74/2006 firmada entre o c. TSE e a Secretaria da Receita Federal.

Em razão da divergência, pedi vista dos autos para melhor exame quanto à prova dos autos.

É o relatório.

Inicialmente, acompanho a relatora quanto à decadência, pois tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça alinham-se ao entendimento de que a incompetência do juízo é irrelevante para efeito de caducidade. Nesse sentido:

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Impetração em juízo incompetente dentro do prazo decadencial de 120 dias. Não ocorrência da consumação da decadência. Agravo não provido.

[...]

2. É posição pacífica da jurisprudência desta Suprema Corte que *o prazo decadencial para ajuizamento do mandado de segurança, mesmo que tenha ocorrido perante juízo absolutamente incompetente, há de ser aferido pela data em que foi originariamente protocolizado*. Decadência não configurada. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(STF – AgR-MS nº 26792, DJE de 27.9.2012, de minha relatoria.);

Administrativo e processual civil – Agravo regimental – Recurso ordinário em mandado de segurança – Decadência – 120 dias – Impetração em juízo incompetente – Irrelevância para o cômputo do prazo de caducidade – Jurisprudência do STJ e do STF – Recurso provido.

1. *“Não se configura a decadência quando o mandado de segurança é impetrado no prazo de 120 dias, contados da data da intimação do ato impugnado, ainda que protocolizada a inicial perante juízo absolutamente incompetente.”* (MS nº 11.957/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 14.11.2007, DJE de 10.12.2007, p. 275.)

2. Na espécie, houve protocolo da ação, antes do término do prazo decadência da segurança, perante juízo incompetente, o que não atrai os efeitos da caducidade.

Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRg no RMS nº 27.583/BA, DJE de 4.2.2009, rel. Min. Humberto Martins); e

RESP – Lei de Imprensa – Decadência. Decadência é a perda do direito, por inação do titular, não o exercendo no prazo legal. *O ingresso tempestivo, em juízo incompetente, não implica a decadência. Aplicação analógica do art. 219, do CPC, verbis: “a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.* E acrescenta o art. 220: “o disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei”. O Direito é unidade: as normas intercomunicam-se. Precedentes jurisprudenciais, no mesmo sentido.

(STJ – REsp nº 90.164/RJ, DJE de 16.12.1996, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.)

Quanto ao prazo para a propositura de representação fundada em doações de campanha acima dos limites legais, por pessoa física ou jurídica, o Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar o Recurso Especial nº 36.552/SP, decidiu que seria de 180 dias a partir da diplomação dos eleitos.

O entendimento desta Corte, no sentido de que o juízo competente para processar as representações por excesso de doação seria aquele do domicílio do doador, somente foi firmado no julgamento da Representação nº 981-40.2011.6.00.0000, em 9.6.2011, com publicação no *Diário Oficial* em 28.6.2011, ou seja, após o ajuizamento da representação em questão.

Assim, como esta ação foi proposta dentro dos 180 dias contados da diplomação, pela parte à época legítima, considerando-se o juízo também tido por competente naquele momento, ainda que tenha havido modificação posterior em relação à competência, não opera a decadência, sendo impossível extinguir as representações ajuizadas tempestivamente.

Além disso, assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”.

Desse modo, aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu eventual ratificação da ação. Nesse sentido:

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Incompetência absoluta. Nulidade dos atos decisórios. Remessa ao juízo competente.

Art. 113, § 2º do CPC. Ratificação dos atos decisórios. Nomeação de perito. Prejuízo indemonstrado. Princípio da instrumentalidade das formas. Divergência não comprovada.

1. O reconhecimento originário da incompetência absoluta e a sua desconsideração posterior ensejam a aplicação automática do art. 113, § 2º, do CPC. Precedentes do STJ: RMS nº 14.891/BA, Quarta Turma, *DJE* de 3.12.2007; AgRg no MS nº 11.254/DF, Terceira Seção, *DJE* de 13.11.2006; RMS nº 14.675/RS, Segunda Turma, *DJE* de 10.10.2005 e REsp nº 709330/PR, rel. Min. Eliana Calmon *DJE* de 23.5.2005.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no REsp nº 1022693/SP, *DJE* de 8.10.2009, rel. Min. Luiz Fux.)

Processual civil. Mandado de segurança impetrado contra acórdão de juizado especial cível. Incompetência declarada pelo Tribunal de Justiça. Extinção do processo. Necessidade de envio ao órgão jurisdicional competente. CPC, art. 113, § 2º.

I. Conquanto correto o entendimento do Tribunal de Justiça no sentido de ser incompetente para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra acórdão emanado de juizado especial cível, cabe-lhe indicar o órgão jurisdicional competente e fazer o envio respectivo dos autos, e não meramente extinguir a inicial do *writ*.

II. Recurso ordinário parcialmente provido.

(STJ – RMS nº 14.891/BA, *DJE* de 3.12.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Junior); e

Processual civil – FGTS – Ação rescisória – Competência – Aplicação do art. 113, § 2º do CPC.

1. A competência para processar e julgar ação rescisória é do órgão prolator da última decisão de mérito.

2. Se o tribunal, onde foi ajuizada a rescisória, conclui ser absolutamente incompetente, deve remeter os autos ao tribunal competente, nos termos do art. 113, § 2º do CPC e não extinguir o feito, sem julgamento do mérito.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(STJ – REsp nº 709330/PR, *DJE* de 23.5.2005, rel. Min. Eliana Calmon.)

Mesmo que ultrapassadas as considerações acima, o art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Conforme preceitua Guilherme de Souza Nucci², o Ministério Público é regido “[...] pelos princípios da unidade (podem os seus representantes

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 547.

substituir-se uns aos outros na prática de determinado ato), da indivisibilidade (atuam seus representantes em nome da instituição) e da independência funcional (cada um dos seus representantes possui convicção própria, que deve ser respeitada)”.

Acrescente-se que a matéria foi debatida pelo Tribunal Superior Eleitoral na sessão do dia 30.4.2013, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF – de minha relatoria –, no qual se obteve, à unanimidade, a seguinte conclusão:

Agravo regimental. Recurso especial. Doação acima do limite legal. Decadência não verificada. Alteração da competência publicada em momento posterior ao ajuizamento da representação. Aproveitamento. Desprovisionamento.

1. O entendimento desta Corte de que o juízo competente para processar as representações por excesso de doação seria aquele do domicílio do doador somente foi firmado no julgamento da Representação nº 981-40.2011.6.00.0000, em 9.6.2011, com publicação no *Diário Oficial* em 28.6.2011, ou seja, após o ajuizamento da representação em questão.

2. Ação proposta pela parte legítima no juízo competente à época. Mesmo que tenha havido modificação posterior da competência, não foi verificado o prazo decadencial de 180 dias.

3. Não há razão para considerar que apenas o promotor de justiça eleitoral seria competente para ajuizar a representação em apreço. O art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4. Assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu a ratificação da ação, se durante o prazo decadencial ou não.

5. Agravo regimental desprovido.

No tocante à prova dos autos, com a devida vênia, vou acompanhar a divergência iniciada pelo e. Ministro *Henrique Neves* para reconhecer a sua ilicitude.

Eis os fundamentos do acórdão regional (fls. 364-365):

[...]

[...] decisão liminar proferida pelo eminente *juiz Knoerr* permitiu ao ora autor (MPE) ‘utilizar os dados obtidos pela Portaria

Conjunta-SRF-TSE nº 74/2006, limitando-se o uso dos dados... apenas às informações daqueles doadores que excederam os limites legais fixados pelos arts. 23, § 1º, inciso I e 81, § 1º, ambos da Lei nº 9.504/1997' (Ação Cautelar nº 214-55.2011.6.16.0000).

[...]

É que a própria postulação cautelar do MPE já mostrava (relatório do eminente *juiz Knoerr* na citada AC nº 214-55.2011.6.16.0000) tratar-se de conjunto de dados dos que doaram em excesso, e não, como bem óbvio, de todos os brasileiros, ou de todos os paranaenses, ou ainda de todos os doadores para as campanhas eleitorais de 2010 no Estado do Paraná.

Com clareza peculiar, S. Excelência resumiu um *pedido alternativo* do MPE: 'para utilização dos dados obtidos pelo Convênio... contidos no CD-ROM acostado aos autos', e, depois, um *pedido sucessivo* para: 'acesso à listagem contendo os nomes dos doadores em excesso'.

Então fica claro que o autor (MPE) *já dispunha dos dados de quem queria acionar*, indevidamente transpostos com apoio no citado ato administrativo (o convênio), em detrimento do direito fundamental de personalidade do ora réu. Tanto é assim que está na petição inicial: 'trechos autenticados das informações... fazem referência especialmente ao(à) representado(a)'.

[...]

[...] quanto à licitude da prova, eis que esta Corte Eleitoral decide que 'É lícita a prova obtida com fundamento na Portaria Conjunta nº 74/2006, firmada entre o c. TSE e a Secretaria da Receita Federal'.

Com efeito, o entendimento da Corte Regional Eleitoral, no que diz respeito à licitude da prova, não está em consonância com a jurisprudência desta Corte, como se verifica dos seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Doação de recursos de campanha. Prescrição. Decadência. Incidência da Súmula-STF nº 283. Fundamento inatado. Quebra de sigilo fiscal. Convênio firmado entre o TSE e a Secretaria da Receita Federal. Preservação do direito à privacidade. Desprovisionamento.

[...]

2. Constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial. Precedente: AgR-REspe nº 824-04/RJ, rel. Min. Arnaldo Versiani, Sessão de 4.11.2010.

3. Ao Ministério Público ressalva-se a possibilidade de requisitar à SRF apenas a confirmação de que as doações feitas pela pessoa física ou jurídica à campanha eleitoral obedecem ou não aos limites estabelecidos na lei.

4. Havendo a informação de que o montante doado ultrapassou o limite legalmente permitido, poderá o *Parquet* ajuizar a representação prevista

no art. 96 da Lei nº 9.504/1997, por descumprimento aos arts. 23 e 81 da mesma lei, e pedir ao juiz eleitoral que requirite à Receita Federal os dados relativos aos rendimentos do doador.

5. *Mesmo com supedâneo na Portaria Conjunta-SRF-TSE nº 74/2006, o direito à privacidade, nele se incluindo os sigilos fiscal e bancário, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, deve ser preservado, mediante a observância do procedimento acima descrito.*

6. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 7875798-93/DF, DJE de 20.5.2011, rel. Min. Marcelo Ribeiro – *grifei*); e

Agravo regimental. Negativa de seguimento. Recurso especial. Representação. Doação para campanha. Inobservância. Limite legal. Quebra de sigilo fiscal. Ministério Público. Autorização judicial. Ausência. Agravo desprovido.

1. Constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial, consubstanciada na obtenção de dados relativos aos rendimentos do contribuinte, requeridos diretamente pelo Ministério Público à Secretaria da Receita Federal, para subsidiar a representação por descumprimento dos arts. 23, § 1º, I, e 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997.

2. Ressalva-se a possibilidade de o *Parquet* requerer à Receita Federal somente a informação quanto à compatibilidade entre o valor doado pelo contribuinte à campanha eleitoral e as restrições impostas na legislação eleitoral, que estabelece o limite de dez por cento dos rendimentos brutos de pessoa física e de dois por cento do faturamento bruto de pessoa jurídica, auferidos no ano anterior à eleição.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 28.218/SP, DJE de 3.8.2010, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

Em que pese a notícia da existência de ação cautelar, com decisão judicial liminar para permitir a utilização de dados fiscais, estes já eram acessíveis ao Ministério Público.

Ressalte-se que o presente caso não se amolda às representações do Estado de São Paulo, em que esta Corte Eleitoral, na sessão do dia 28.11.2013, no julgamento do REspe nº 36-93, concluiu pela litude da prova.

Naquela ocasião, o presidente do TRE-SP inicialmente deferiu o requerimento da Procuradoria no sentido de se oficiar a Receita para realizar o batimento entre o valor da doação declarado pela empresa e o seu faturamento bruto e, em seguida, constatado o excesso, já estaria deferido o pedido de quebra de sigilo dos dados. A partir daí, o MPE providenciaria as medidas legais.

Ou seja, embora o MPE estivesse respaldado pela jurisprudência do TSE, sequer requereu diretamente à Secretaria da Receita Federal a

informação quanto à compatibilidade entre os valores doados pelos contribuintes e as restrições impostas na legislação eleitoral. Optou, porém, por também requerê-la pela via judicial, o que foi deferido pela autoridade então competente.

O caso dos autos, todavia, é distinto, sendo ilícita a prova colhida mediante a quebra do sigilo fiscal, sem a prévia autorização judicial, pois a permissão deferida em processo cautelar foi posterior à obtenção dos dados.

Mesmo com supedâneo na Portaria Conjunta-SRF/TSE nº 74/2006, o sigilo deve ser preservado, com a observância dos procedimentos acima descritos.

A esse respeito, decidiu o Tribunal ao desprover, em 4.11.2010, os agravos regimentais nos recursos especiais nºs 82404 e 7875811-92, rel. Min. *Arnaldo Versiani*, assentando que “constitui prova ilícita aquela colhida mediante a quebra do sigilo fiscal do doador, sem autorização judicial, consubstanciada na obtenção de dados relativos aos rendimentos do contribuinte, para subsidiar a representação por descumprimento de limite legal de doação”.

Assim, o referido convênio não pode se sobrepor aos sigilos fiscal e bancário, que são espécies do direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, de modo que a posterior autorização judicial deferida em processo cautelar não tem o condão de convalidar a prova colhida ilicitamente.

Fica prejudicada a análise das demais teses suscitadas pelos ora agravantes.

Ante o exposto, com a mais respeitosa vênua à relatora, acompanho a divergência iniciada pelo e. Min. *Henrique Neves*, e dou provimento ao agravo regimental para acolher a preliminar de ilicitude da prova e julgar extinta a representação.

É o voto.

INDICAÇÃO DE ADIAMENTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, apenas para adiantar nossos trabalhos; este caso é similar ao que Vossa Excelência trouxe, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, também de Curitiba. Parece-me que a hipótese é idêntica. Eu gostaria de pedir vista regimental para rever meu voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Após o voto do Ministro Dias Toffoli, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Henrique Neves, a ministra relatora indicou adiamento do feito.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 153-63.2012.6.16.0000/PR. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Agravante: Super Imagem Digital Ltda. – ME (Advs.: Roosevelt Arraes e outro). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Dias Toffoli, acompanhando a divergência e provendo o agravo regimental, foi indicado adiamento pela ministra relatora.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e o vice-procurador-geral eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental (fls. 498-513) interposto pela Super Imagem Digital Ltda. – ME em face de decisão por meio da qual dei provimento parcial a recurso especial para afastar a pena de proibição de contratar com o poder público, mantendo, contudo, a condenação em multa no valor mínimo, fixada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), em representação por doação irregular de recursos.

A agravante reitera as alegações do recurso anterior, sustentando que:

- a) houve decadência, porquanto a ação foi proposta perante o TRE/PR em 9.6.2011, data em que o TSE firmou o entendimento de que é incompetente o juízo de segundo grau para processar as ações por doação excessiva;
- b) os prazos de decadência não se suspendem nem se interrompem;
- c) o órgão do Ministério Público Eleitoral de segundo grau é parte ilegítima para o ajuizamento da presente representação;
- d) não houve ratificação da inicial pelo promotor de justiça, estando a questão devidamente prequestionada no acórdão regional;

e) houve ilegalidade no fornecimento das informações pela Receita Federal ao MPE, pois lastreado em pedido administrativo genérico, sem o respaldo de decisão judicial autorizando a quebra do sigilo fiscal;

f) a decisão proferida na Ação Cautelar nº 214-55 não afasta a ilegalidade na utilização dos dados, porquanto já tinha o MPE acesso aos dados sigilosos antes do deferimento da cautelar;

g) devem ser aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para que seja afastada a multa imposta, pois sua manutenção dificultaria a continuidade de suas atividades.

Na sessão de 27.3.2014, votei no sentido de desprover o agravo regimental, tendo o Min. Henrique Neves iniciado a divergência, provendo o regimental e o recurso especial para reconhecer a ilicitude da prova.

Na referida oportunidade, o Min. Dias Toffoli antecipou o pedido de vista, e, prossequindo o julgamento na sessão do dia 17.12.2014, também acompanhou a divergência para acolher a preliminar de ilicitude da prova e julgar extinta a representação, ocasião em que pedi adiamento para melhor análise dos autos.

É o relatório.

Eis o teor da decisão agravada:

Inicialmente, sem razão a recorrente quando alega decadência em razão da remessa dos autos ao juízo competente ter ocorrido após esgotado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para ajuizamento da representação.

Este Tribunal, em causa semelhante, já assentou que, "tendo a ação sido proposta pela parte legítima dentro do prazo de 180 dias, no juízo competente à época, mesmo que tenha havido modificação posterior da competência, não há falar em decadência" (AgR-AI nº 1429/RO, rel. Min. Dias Toffoli, *DJE* de 9.9.2013).

Logo, uma vez que a representação fora ajuizada perante o juízo competente à época e dentro do prazo legal, tendo, posteriormente, sido modificado o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, não subsiste a apontada decadência.

Também não há falar em ilegitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral (PRE) que ajuizou a representação. Nos termos da jurisprudência do TSE, não há motivo para se conferir legitimidade apenas ao promotor de justiça eleitoral para propor a representação por doação acima do limite legal, tendo em vista ser o Ministério Público regido pelos princípios da indivisibilidade e da unidade, previstos no art. 127 da Constituição Federal.

[...] 3. Não há razão para considerar que apenas o Promotor de Justiça Eleitoral seria competente para ajuizar a representação em apreço. O art. 127 da Constituição Federal prevê a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público e lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4. Assevera o § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil que, “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Aproveita-se a peça inicial da representação, sendo irrelevante a discussão acerca da ocorrência ou do momento em que se deu a ratificação da ação, se durante o prazo decadencial ou não. [...] (AgREspe nº 68268, rel. Min. Dias Toffoli, *DJE* 21.6.2013.)

Ademais, o PRE era o membro ministerial legítimo para a propositura da ação no foro então considerado competente. Logo, não cabe cogitar de ilegitimidade para ajuizamento da representação. Confira-se:

[...] 4. Este Tribunal, no julgamento do AgR-REspe nº 682-68/DF, assentou a legitimidade ativa da Procuradoria Regional Eleitoral em caso idêntico ao dos autos, haja vista o disposto no art. 127 da CF/88 e o fato de o TRE/PR ser o órgão competente para o julgamento da representação na data em que ajuizada. [...] (AgR-REspe nº 26532/PR, rel. Min. Castro Meira, *DJE* de 7.8.2013.)

Por outro lado, a questão referente a ausência de ratificação da inicial pelo promotor de justiça eleitoral não foi objeto de debate pela instância regional, o que impede sua análise neste momento, devido à ausência de prequestionamento (Súmula-STF nº 282).

Melhor sorte não socorre a recorrente, quando aponta que a representação se baseou em prova ilícita, obtida mediante convênio firmado entre o TSE e a Receita Federal.

Embora haja a premissa de inviolabilidade do sigilo fiscal, previsto no art. 5º, X, da CF, não se pode admiti-la como um caráter absoluto, pois é concebível o acesso aos dados fiscais quando autorizado previamente pela via judicial.

Na espécie, consta do acórdão regional que decisão liminar proferida pelo eminente juiz Knoerr permitiu ao ora autor (MPE) “utilizar os dados obtidos pela Portaria Conjunta-SRF-TSE nº 74/2006, limitando-se o uso dos dados [...] apenas às informações daqueles doadores que excederam os limites legais fixados pelos arts. 23, §1º e 81, § 1º ambos da Lei nº 9.504/1997” (Ação Cautelar nº 214-55. 2011.6.16.0000) (fl. 364).

Desse modo, tendo havido autorização judicial para a quebra de sigilo fiscal, resta afastada a apontada ilicitude da prova.

Noutro giro, quanto à aplicação cumulativa das sanções legais, assentou a Corte de origem que a infringência ao disposto no art. 81 da Lei das Eleições

sujeita o infrator, cumulativamente, às penas de multa e de proibição de contratar com o poder público (fl. 369).

A orientação perfilhada no *decisum*, de fato, não se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual “as sanções previstas nos § 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/1997 não são cumulativas, podendo-se, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicar tão somente a multa, caso se entenda ser essa suficiente para sancionar a infração ao limite legal de doação por pessoa jurídica” (AgR-REspe nº 9-28/ES, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 7.11.2012).

Nessa esteira, tenho que o diminuto valor do excesso – R\$11.629,88 – não revela gravidade suficiente para justificar a imposição de sanção mais severa, sendo a multa de R\$58.149,40 adequada para coibir a conduta e desestimular sua reiteração. Acresça-se que a sanção de proibição de participar de licitações públicas e de contratar com o poder público por cinco anos é muito gravosa, podendo acarretar, como posto pela recorrente, até mesmo a sua falência.

Por fim, não prospera a pretensão recursal de que seja reduzida a multa imposta, sob o argumento de que no valor em excesso foram computados os lucros da empresa e o valor dos tributos. Nesse ponto, assentou a Corte de origem que o cálculo “deve levar em conta apenas o faturamento declarado à Receita Federal, que não foi impugnado pelos recorrentes” (fl. 268).

A modificação desse entendimento demandaria, efetivamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial (súmulas nºs 7/STJ e 279/STF).

Ademais, consoante a jurisprudência deste Tribunal, “não é desproporcional a multa aplicada no seu valor mínimo legal” (Agr-AI nº 11019, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 12.2.2010).

Com efeito, o próprio art. 81, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 já balizou a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dispor que a pessoa jurídica que realizar doação em dinheiro, ou estimável em dinheiro, para campanhas eleitorais em valor superior a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição estará sujeita ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Assim, considerando os critérios objetivos estabelecidos pela legislação, não é possível aplicar a multa a quem do mínimo legal, devendo ser mantida a multa no importe de cinco vezes o valor doado em excesso.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso especial, tendo por base o art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, apenas para afastar a pena de proibição de contratar com o poder público. (fls. 491-496 - grifei.)

Melhor revendo os autos, entendo que o agravo regimental e o recurso especial merecem ser providos, nos termos do que já sinalizou os eminentes Ministros Dias Toffoli e Henrique Neves.

É que no caso vertente, ainda que tenha havido decisão judicial genérica proferida em sede de ação cautelar permitindo a utilização dos dados fiscais da agravante pelo Ministério Público Eleitoral, este já tinha, previamente, acesso àqueles dados.

Isso porque a liminar, deferida em processo cautelar, para acesso aos dados fiscais da agravante e de outros doadores, foi posterior à obtenção dos referidos dados pelo *Parquet*, mediante convênio firmado entre a Receita Federal e o TSE, o que feriu o sigilo fiscal da empresa doadora.

Na sessão do dia 19.5.2015, esta Corte Superior manifestou-se sobre situação idêntica, no AgR-REspe nº 427-37/PR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, também proveniente de Curitiba e relativo ao pleito de 2010. Nesse julgado, o relator, após o voto do Min. Dias Toffoli assentando a ilicitude da prova – nos mesmos termos sinalizados nestes autos –, se retratou para também reconhecer ser “ilícita a prova colhida por meio da quebra do sigilo fiscal sem prévia autorização judicial, com fundamento no convênio firmado entre o TSE e a Secretaria da Receita Federal”.

Desse modo, considerando a recente manifestação deste Tribunal a respeito do tema, voto no sentido de dar provimento ao agravo regimental e ao recurso especial, para acolher a preliminar de ilicitude da prova e julgar extinta a representação.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 153-63.2012.6.16.0000/PR. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Agravante: Super Imagem Digital Ltda. – ME (Adv.: Roosevelt Arraes e outro). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental e o próprio recurso especial para julgar extinta a representação, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin e Henrique Neves da Silva, e o vice-procurador-geral eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

ÍNDICE NUMÉRICO



ACÓRDÃOS

Tipo de Processo	Número	UF	Data	Página
REspe	361-73	SP	14.10.2014	9
AgR-REspe	427-27	PR	19.5.2015	43
Cta	1396-23	DF	21.5.2015	63
MS	219-82	BA	2.6.2015	77
Cta	205-35	DF	9.6.2015	92
REspe	1153-48	RN	23.6.2015	105
AgR-REspe	153-63	PR	18.8.2015	128



Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10,5 e entrelinhas de 14 pontos.

