



ESTUDOS
ELEITORAIS

Volume 8 · Número 3
Setembro/Dezembro 2013

REVISITAÇÕES TEÓRICAS AO RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA¹

THEORETICAL ANALYSIS OF THE APPEAL AGAINST DIPLOMA EXPEDITION

WALBER DE MOURA AGRA²

Resumo

O presente artigo discute a natureza do recurso contra expedição de diploma (RCED), forma jurídica destinada a desconstituir o resultado das eleições em razão de erros de fato e direito, fraudes, abusos de poder econômico e político, captações ilícitas de sufrágio e erro de quociente eleitoral. Destaca que o RCED não ostenta natureza jurídica recursal,

¹ Artigo recebido em 6 de setembro de 2013 e aceito para publicação em 9 de setembro de 2013.

² Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (Ibec). Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB.

mas se configura como verdadeira ação desconstitutiva, uma vez que sua finalidade é reformar o diploma eleitoral expedido. Sugere que a terminologia seja alterada e que o instituto seja concebido como ação. Sustenta que a pluralidade de ritos processuais (recurso contra expedição de diploma, ação de investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eleitoral) obscurece os caminhos eleitoralistas e força contradições. Conclui que a solução seria instituir para todas essas ações o procedimento estipulado no art. 3º da Lei nº 64/1990, que permite maior dilação probatória.

Palavras-chave: Eleição. Diplomação. Abuso de poder econômico e político. Captação ilícita de sufrágio. Recurso contra expedição de diploma.

Abstract

This article discusses the nature of the appeal against diploma expedition (RCED), legal instrument intended to deconstruct the elections results due to legal and facts' errors, frauds, abuses of economic and political power, illicit obtaining of suffrages and error of electoral quotient. Points out that RCED does not have legal status of appeal, but figures itself like a true desconstitutive action, since its purpose is to reform the electoral diploma issued. Suggests that the terminology have to be changed and the institute be conceived as an action. Argues that the plurality of procedural rites (appeal against diploma expedition, action of electoral judicial research and action of electoral mandate impeachment) obscures the electoral ways and forces contradictions. Concludes that the solution would be to introduce for all these actions the procedure presented in article 3º of Law nº 64/1990, which allows greater probative dilation.

Keywords: Election. Graduation. Abuse of economic and political power. Illicit obtaining of suffrage. Appeal against diploma expedition.

1. Natureza da diplomação

A diplomação se constitui como a última fase do processo eleitoral, representando, pois, a certificação ou declaração oficial da Justiça

Eleitoral, por meio da qual se confere aos candidatos eleitos o respectivo documento formal, em cerimônia solene, que atesta o resultado das eleições e a consequente proclamação dos eleitos. O recurso contra expedição de diploma (RCED) se apresenta como a forma jurídica destinada a desconstituir o resultado das eleições, em razão de erros de fato e de direito, fraudes, abusos, captações e erro de quociente eleitoral.

A finalidade do RCED é a desconstituição do pronunciamento judicial que deferiu a homologação do resultado das eleições, por ele afrontar determinados requisitos constantes em lei ou partir de erro fático. Tenciona tornar sem eficácia as prerrogativas pertinentes à diplomação, cerceando seus efeitos de forma *ex nunc*. A possibilidade da ocorrência de efeitos retro-operantes é impensável.

A diplomação foge do enquadramento de ser classificada como um simples ato administrativo, pois provoca consequências jurídicas que outros atos não judiciais não teriam condições de produzir, como a coisa julgada formal. Inexistem diferenças ontológicas entre os atos judiciais e os administrativos. Quem realiza essa diferenciação de forma discricionária é o legislador, de acordo com a carga axiológica imperante em dado momento na sociedade. A diferenciação maior está em sua formação e em seus efeitos, já que os atos jurídicos necessitam de procedimentos rígidos para sua feitura, fazem coisa julgada e têm maior potencialidade de eficácia. A discricionariedade na sua formação, teoricamente, seria bem menor.

Cristalinamente, afirma Alvim (2005, p. 204) que a jurisdição voluntária se configura como o instrumento utilizado pelo Estado para resguardar, por ato do juiz, bens reputados pelo legislador como de alta relevância social. Não é um processo cautelar ou preventivo, mas simplesmente um procedimento destinado a integrar atos jurídicos para que tenham validade. Continua o professor a explanar que a jurisdição

voluntária é uma anomalia das funções judiciais porque não se enquadra como uma função típica, caracterizando-se como secundária, realizada em virtude do interesse público determinante.³

Destarte, em virtude do exposto, não existe razoabilidade para defender que a diplomação ostenta uma taxionomia administrativa, apresentando todos os atributos de ato judicial.

2. Taxionomia do recurso contra expedição de diploma

Embora o RCED seja denominado e tenha recebido, pelo Código Eleitoral, o tratamento de recurso, parte da doutrina não o vislumbra como instrumento de natureza recursal. Nesse sentido, explana Costa (2006, p. 416) que a natureza do referido recurso é, no fundo, uma verdadeira ação de cunho impugnativo.

Em vários momentos anteriores, inclusive com sustentação em alfarrábios, sustentou-se que o RCED tinha a taxionomia de um recurso, anômalo, é verdade, mas um recurso. Todavia, chega o momento de uma reanálise e conseqüente evolução do pensamento. Faz-se tal transição sem medo de questionamentos. A permanência heracliana não pode suplantar a dialética hegeliana diante da alternância dos acontecimentos. Evoluiu-se para a adoção do posicionamento de se conceber o RCED como uma ação de caráter desconstitutivo.

Enquanto o recurso volta-se contra decisão judicial, prolongando o estado de continuidade de um processo já existente, o RCED ataca

³ Segundo a jurisprudência do TSE, o prazo para propositura do RCED tem natureza decadencial. (AgR-AI nº 11.439/BA, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 1º.2.2010; Respe nº 35.741, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJE* de 22.10.2009). (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11450, Acórdão de 3.2.2011, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 17.3.2011, Página 39) "Segundo jurisprudência do e. TSE, o prazo para a interposição do RCED é de três dias contados da diplomação (RCED nº 698/TO, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 12.8.2009; Respe nº 19.898/MS, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *DJ*, de 13.12.2002) (TSE, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11.439, de 12.11.2009, rel. Min. Felix Fishcer).

diretamente a diplomação, de natureza judicial, voluntária, mas sem que possamos falar na existência de lide anterior no sentido defendido por Carnelutti.

Portanto, o novo posicionamento esposado se baseia nos seguintes postulados: a) existe a presença de coisa julgada em seu sentido formal, não sendo possível falar em coisa julgada material, como ocorre nos recursos; b) há uma lide nítida que inexistia na diplomação, formada entre o diplomado e aquele que teve seu direito preterido em razão de um dos motivos ensejadores do RCED; c) existem contraditório e ampla defesa; d) a relação processual não é a mesma da existente na feitura do diploma, haja vista que os autores são diversos, preponderantemente, pela entrada das partes que se sentiram maculadas pela expedição do diploma. O autor do RCED não participava da relação processual quando houve a diplomação.

Moreira (2004, p. 233) entende o conceito de recurso construído a partir de cinco características cruciais:

- a) Voluntariedade.
- b) Expressa previsão em lei federal.
- c) Desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida.
- d) Manejável pelas partes, terceiros prejudicados e Ministério Público.
- e) Com o objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.

Dessas cinco principais características, a principal motivação para a retificação do posicionamento anterior foi que o RCED não atua no mesmo processo no qual foi expedido o diploma. Novos elementos são acrescentados, como a causa de pedir e o pedido que antes não existiam, bem como a parte que sofreu o gravame oriundo da decisão operada na jurisdição voluntária.

Nesse desiderato, deve-se entender que o RCED não ostenta natureza jurídica recursal, mas se configura como uma verdadeira ação desconstitutiva, uma vez que sua finalidade é reformar o diploma eleitoral expedido.⁴ Ademais, ressalte-se que o próprio art. 270 do Código Eleitoral prevê uma fase instrutória para o RCED, o que, em termos recursais, se configura pragmaticamente impossível.

É por tais razões, preponderantemente, a instalação de uma nova relação jurídica, com elementos dantes inexistentes, e a possibilidade de instrução probatória, que se formula a sugestão para que a terminologia seja alterada e que o mencionado instituto seja concebido como uma ação.

3. Causas de cabimento do recurso contra expedição de diploma

Configurado como ação específica, o RCED foi disciplinado em *numerus clausus*, ou seja, apenas as hipóteses previstas no Código Eleitoral possibilitam a discussão sobre sua validade.⁵ Eis as previsões de possibilidade de recurso contra expedição de diploma (art. 262 do CE):

- a) Inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato.
- b) Errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional.
- c) Erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda.

⁴ Nesse sentido: GOMES, 2010, p. 570; Decomain, 2004, p. 336; Ramayana, 2006, p. 617.

⁵ Não é cabível a propositura de RCED com fundamento no art. 30-A da Lei das Eleições por ausência de previsão legal, uma vez que as hipóteses de cabimento previstas no art. 262 do Código Eleitoral são *numerus clausus*. (Recurso Contra Expedição de Diploma nº 731, Acórdão de 28.10.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 10.12.2009, Página 10).

d) Concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, quando houver votação viciada por falsidade, fraude, coação ou captação ilícita de sufrágio.

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura. Não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto.⁶

A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. Consoante os ensinamentos de Gomes (2010, p. 141), a inelegibilidade é um impedimento ao exercício da cidadania passiva que torna o cidadão impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político eletivo.

Ela pode ser antecedente ou superveniente à expedição do diploma, podendo decorrer de qualquer fato jurídico que se configure em alguma das *fattispecie* descritas na *Lex Mater* ou na Lei nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135.⁷

Com relação a sua supremacia, elas podem ser constitucionais ou infraconstitucionais. Se forem desta natureza, estão inseridas na Lei Complementar nº 64/1990, modificada pela Lei Complementar nº 135/2010, somente podendo ser alegadas no registro ou se forem supervenientes ao registro de candidatura. Outrossim, as inelegibilidades infraconstitucionais antecedentes ao deferimento do registro somente podem ser impugnadas mediante o uso da ação de impugnação de

⁶ AGRA & VELLOSO, 2011, p. 76.

⁷ A inelegibilidade apta a embasar o RCED, art. 262, I, do Código Eleitoral, é, tão somente, aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura. Precedentes. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11607, Acórdão de 20.5.2010, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 18.6.2010, Página 29.

registro de candidatos (AIRC), não podendo ser arguidas em RCED⁸. Já as inelegibilidades constitucionais, por não estarem sujeitas à preclusão, podem ser alegadas antes ou depois da expedição do diploma.⁹

A preclusão no Direito Eleitoral impede que determinadas matérias não arguidas em seu momento específico possam ser ventiladas em outra oportunidade. A necessidade de apresentar o resultado cristalino das eleições não comporta tergiversações temporais. Não sendo arguidas as causas de inelegibilidades e os pressupostos de registrabilidade no momento oportuno, elas apenas podem ser ventiladas no recurso contra diplomação se forem supervenientes ou se contiverem supralegalidade, apanágio inerente aos dispositivos constitucionais.

A *Lex Mater* estipulou alguns pressupostos fundamentais para que o cidadão possa participar do certame eleitoral, almejando determinado cargo eletivo, no que denominou-os de condições de elegibilidade. São denominados de condições porque são circunstâncias exigíveis para o nascimento do direito subjetivo de disputar eleições. A ausência de apenas um deles provoca a sua não existência normativa. São requisitos positivos cumulativos, exigindo-se a verificação de todos, sem nenhuma exclusão.

O legislador constituinte as escolheu porque, sem elas, a cidadania passiva não será constituída. Obviamente, foram escolhas discricionárias, mas consideradas essenciais naquele contexto histórico. Foram regulamentadas no art. 14, § 3º da Constituição Federal e são as seguintes: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; idade mínima.

⁸ Recurso Contra Expedição de Diploma nº 702, Acórdão de 18.6.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Tomo 166, Data 1.9.2009, Página 38.

⁹ Recurso contra expedição de diploma. Inelegibilidade. Condenação criminal. Inelegibilidade preexistente ao pedido de registro e já examinada em sede de impugnação ao registro de candidatura não pode ser arguida em recurso contra expedição de diploma, salvo se se tratar de inelegibilidade constitucional. Agravo regimental não provido. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3857, Acórdão de 17.2.2011, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 11.4.2011. Páginas 32-33.

Por sua vez, os requisitos de registrabilidade estão previstos no art. 11, § 1º da Lei Eleitoral, 9.504/1997, ostentando natureza infraconstitucional, com a finalidade de atestar que, contra o cidadão, não pesam determinados impedimentos que o estorvem de ser candidato. Não pode ser confundido com as condições de elegibilidade, nem com as causas de inelegibilidade em razão de sua menor relevância, haja vista que são documentos que atestam determinadas situações jurídicas dos candidatos consideradas imprescindíveis. São provas materiais que podem exalar se o candidato está apto ou não para ser registrado, obviamente, após apresentar as condições de elegibilidade e não incidir em nenhuma das hipóteses de causas de inelegibilidade. Elas nascem em um terceiro momento, posteriormente, sendo a última obrigação para a disputa das eleições. A ausência de qualquer um desses requisitos acarretará o seu indeferimento. A exceção é que o juiz abra diligências no prazo de 72 horas para sanear qualquer omissão verificada.

Em regra, as condições de elegibilidade, as causas de inelegibilidade e os requisitos de registrabilidade são impugnados pela AIRC, dentro de cinco dias da publicação do edital das candidaturas.¹⁰

Por intermédio de uma atecnia descomunal, o art. 262 do Código Eleitoral menciona como causa de RCED, no seu inciso I, a incompatibilidade de candidato, que se configura em uma inelegibilidade por não ter o cidadão deixado cargo ou função pública no prazo estabelecido em lei. A LC nº 64/1990 refere-se à falta de desincompatibilização como causa de inelegibilidade, nos prazos que variam de três, quatro e seis meses. Sendo assim, a desincompatibilização manifesta-se pela licença, exoneração ou renúncia, a depender de cargo público ou função ocupada.

A terminologia incompatibilidade de candidato é errônea porque esta se tipifica como uma causa de inelegibilidade inata, sendo uma espécie do gênero e não uma categoria jurídica autônoma. Se não

¹⁰ "Recurso contra expedição de diploma. Art. 262, I e IV, do Código Eleitoral. Candidato. Condição de elegibilidade. Ausência. Fraude. Transferência. Domicílio eleitoral. Deferimento. Impugnação. Inexistência. Art. 57 do Código Eleitoral. Matéria superveniente ou de natureza constitucional. Não caracterização. Preclusão" RCED-653/SP, rel. Min. Fernando Neves da Silva.

houver afastamento de uma determinada situação jurídica, pela desincompatibilização, a incompatibilidade se configura como uma espécie de inelegibilidade, com todas as consequências a ela inerentes. Não existe substrato doutrinário ou fático para transformá-la em uma categoria autônoma.

Por ser considerada a incompatibilidade um tipo de inelegibilidade infraconstitucional, o não cumprimento do prazo de desincompatibilização, preexistente à época do registro, não é passível de arguição mediante RCED, exceto as tratadas no § 7º do art. 14 da Constituição Federal – que impõe uma forma de desincompatibilização. Dessa forma, o uso do conceito de incompatibilidade foi mal empregado porque, à exceção da incompatibilidade descrita no mencionado § 7º do art. 14, nenhuma outra pode ser arguida em sede de RCED em razão de sua preclusão quando do registro de candidatura. Ademais, mesmo que haja a tipificação de uma incompatibilidade, elas se configuram como inelegibilidade, sendo esta o gênero do qual aquela é a espécie.

A errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional se configura como outra hipótese de cabimento de RCED, podendo fazer com que um candidato que não tenha recebido número de votos suficientes venha a ser diplomado sem dispor de reais condições para tanto.¹¹ Não se impugnando no prazo devido, três dias após a diplomação, opera-se sua preclusão.

A indicação dos candidatos vencedores das eleições proporcionais é determinada pelo quociente eleitoral e partidário. Esse sistema proporcional no Brasil chama-se lista aberta e encontra-se previsto nos arts. 106 e 107 do Código Eleitoral. O primeiro é encontrado quando se divide o número de votos válidos (excluindo os brancos e nulos) pelo número de vagas a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, aumentando a um se a fração for superior a meio. O segundo é encontrado quando se divide o número de votos dados a determinado partido ou coligação pelo quociente eleitoral. Os candidatos mais votados que conseguirem figurar dentro do número de vagas da coligação ou do partido estarão eleitos. Atente-se que essa

¹¹ COSTA, 1996, p. 138-139.

causa de recurso eleitoral não pode ser utilizada em eleições majoritárias, para cargos do Poder Executivo ou para o Senado Federal, haja vista ser pertinente apenas às eleições proporcionais.

Todavia, é de aplicabilidade muito mitigada. O erro na interpretação de uma lei deveras consolidada não se mostra factível, principalmente quando já houve uma sedimentação quanto a sua aplicabilidade. Outrossim, os mecanismos eletrônicos utilizados na eleição, como a apuração interligada digitalmente das várias seções eleitorais, impedem esse tipo de ato errôneo.

Outra hipótese de cabimento é o erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda. Do mesmo modo que a hipótese anterior, esta se configura de difícil realização, haja vista que a instituição da votação eletrônica tornou muito remota essa possibilidade.¹² No entanto, caso não haja a devida impugnação no prazo correto, opera-se a preclusão.

Com a adoção do processo de votação eletrônica, os erros de fato na apuração tornam-se quase impossíveis. A possibilidade de ocorrência de erros dolosos ou culposos nas contagens dos boletins das urnas e na transferência do resultado para os tribunais regionais ou para o Tribunal Superior Eleitoral, em razão das facilidades de fiscalização, não se mostram palpáveis.¹³ Todo o procedimento é realizado de forma eletrônica, com leitura dos boletins de urna, transmissão das informações, totalização dos votos, cálculo dos quocientes eleitorais e partidários, etc. Quanto ao erro de direito, caso ocorra, por se revestir de essência tautológica, sua atestação se configura de fácil operação intelectual. As causas ora

¹² "O recurso contra expedição de diploma fundado no inciso II do art. 262 do CE é cabível quando houver erro no resultado final da aplicação dos cálculos matemáticos e das fórmulas prescritas em lei e, principalmente, na interpretação dos dispositivos legais que a disciplinam." TSE, RCED nº 765, de 8.4.2010, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro.

¹³ "O recurso contra expedição de diploma com fundamento no art. 262, III, do Código Eleitoral, só é cabível quando se tratar de erro na própria apuração dos votos." TSE, Recurso Contra Expedição de Diploma nº 710, de 6.10.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski.

citadas tanto podem ser utilizadas para eleições proporcionais quanto para as majoritárias.

Essa causa ensejadora de RCED difere da anterior porque esta é pertinente a erro de direito ou de fato na apuração, enquanto a outra se restringe à errônea interpretação. Na primeira hipótese, o erro se refere à interpretação e à aplicação da norma, enquanto a segunda significa a utilização de um determinado dado errôneo fática ou materialmente.

A última causa propiciante do RCED é sua concessão em contradição com a prova dos autos em razão da ocorrência de votação viciada por falsidade, fraude, coação, abuso de poder econômico, político ou captação ilícita de sufrágio. A hipótese se refere, portanto, à ocorrência de decisões em manifesta contradição com a prova dos autos, seja de forma dolosa ou culposa, distorcendo o conteúdo probatório coligido aos autos.¹⁴ Decorre da possibilidade da análise desbaratada da prova dos autos, não se extraindo do arcabouço fático as ilações necessárias.

Não é cabível a propositura de RCED com fundamento no art. 30-A da Lei das Eleições por ausência de previsão legal, uma vez que as hipóteses de cabimento previstas no art. 262 do Código Eleitoral são *numerus clausus*.¹⁵

Quanto ao inciso I do art. 262, defende-se que ele seja reelaborado para expungir a terminologia incompatibilidade, que é uma atecnia autoevidente. De melhor alvitre que fosse redigido para ser pertinente apenas nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e da falta de condição de elegibilidade.

¹⁴ Lei nº 9.504/1997: "Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I — obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; II — desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral; III — causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes".

¹⁵ Recurso Contra Expedição de Diploma nº 731, Acórdão de 28.10.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 10.12.2009. Página 10.

Como os incisos II e III são de rara subsunção, eles podem ser mais bem agrupados, inclusive de forma sistemática e didática, contendo o seguinte enunciado: erro de direito ou de fato na apuração final¹⁶. Dessa forma, deixar-se-ia uma alameda aberta para os casos em que houvesse erro de contagem, representação proporcional, classificação ou quociente partidário e eleitoral que não são passíveis de impugnação por intermédio de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) ou ação de impugnação de mandato eletivo (AIME).

Defende-se a manutenção do RCED, agora conceituado como ação, porque ele representa o meio adequado para a impugnação de inelegibilidades constitucionais ou supervenientes após o registro de candidatura, bem como para apurar se houve captação ilícita depois da eleição e para suprimir erros de direito ou de fato na apuração final. Ou seja, seu âmbito de incidência não pode ser suprimido pela AIJE ou pela AIME.

4. Questões procedimentais com relação ao recurso contra expedição de diploma

O prazo para a impetração de RCED é de três dias contados da sessão de diplomação, sem possibilidade de interrupção ou suspensão. Se o candidato recebeu o diploma em outro dia, esse prazo não tem nenhuma pertinência para o início da contagem de prazo. Interposto embargo declaratório da diplomação, o prazo recursal de três dias é contado por inteiro da data de julgamento do mencionado recurso, em razão de que ele sobresta os demais prazos, tendo, em razão de construção jurisprudencial e doutrinária, concreto efeito suspensivo.

Podem propor o referido recurso, segundo a jurisprudência pacificada no Tribunal Superior Eleitoral, candidato, partido político ou coligação e Ministério Público, em defesa dos interesses difusos eleitorais.¹⁷

¹⁶ GOMES, 2013, p. 167.

¹⁷ Recurso Contra Expedição de Diploma nº 674, rel. Min. José Delgado, 24.4.2009.

Neste caso, cumpre ressaltar que, atualmente, a jurisprudência do TSE e a doutrina são uníssonas no que urge à possibilidade da formação de litisconsórcio passivo necessário entre o prefeito e seu vice nos processos que poderão acarretar perda do mandato eletivo, como é o caso do RCED.¹⁸ Sendo assim, a ausência de citação do respectivo vice em sede de RCED impõe o reconhecimento da extinção do processo e, possivelmente, da impossibilidade de se impetrar novamente a ação pela perda de seu prazo. Nesse caso específico, não há possibilidade alguma de convalidação. O processo deve ser extinto por ausência de incorporação à lide de litisconsórcio necessário. Não obstante, é imperioso ressaltar que a coligação não pode configurar-se como litisconsorte passiva necessária no RCED de candidatos. No caso de candidaturas proporcionais, não se evidencia, em regra, seu interesse jurídico, pois, na eventual perda do diploma, os votos desse candidato serão computados para o partido ou para a coligação¹⁹, ao contrário do que ocorre com os candidatos que concorrem *sub judice* porque tiveram seus registros impugnados, caso em que seus votos serão considerados nulos se houver indeferimento do registro, consonante o art. 16-A, parágrafo único, da Lei Eleitoral, nº 9.504/1997.

Esse recurso é impetrado sempre na instância superior àquela que diplomou o então candidato. Se a diplomação tiver ocorrido pelo juízo eleitoral, a competência é dos tribunais regionais eleitorais; se a diplomação tiver ocorrido pelos tribunais regionais eleitorais, a competência é do Tribunal Superior Eleitoral. Não cabe impetração de RCED com relação às decisões do TSE, nos casos de eleições para presidente e vice-presidente da República, porque a competência de apreciar o mencionado recurso não faz parte das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal, haja vista não haver tal competência delineada no art. 102 da Constituição, sendo impossível sua outorga por intermédio de legislação infraconstitucional.

¹⁸ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11963, Acórdão de 13.4.2010, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 11.5.2010. Página 27-28.

¹⁹ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25284, Acórdão de 16.2.2006, rel. Min. José Gerardo Grossi, Publicação: *Diário da Justiça (DJ)*, Data 28.4.2006, Página 140.

O rito procedimental para a devida interposição de RCED é o previsto no art. 267 do Código Eleitoral. Observe-se que é um rito datado de 1965, sem a incorporação das modificações processuais que têm o escopo de assegurar a eficácia e razoável duração do processo. Originou-se de um contexto histórico em que o Direito Eleitoral não tinha o papel predominante que hoje ostenta, delineando um rito processual que não guarda conexões com a seara fática, portanto, seu procedimento tem que ser aplicado com o arejamento das inovações do Código de Processo Civil.

Ele deve ser interposto pelo advogado mediante petição escrita e fundamentada, acompanhadas dos documentos e do conteúdo probatório necessário.²⁰ Para que a petição seja apta e, conseqüentemente, deferida, é suficiente que descreva os fatos que, em tese, configuram os ilícitos imputados, bem como sua fundamentação jurídica.²¹

Posteriormente ao oferecimento das contrarrazões, são permitidas produção de justificações e perícias, com citação do Ministério Público. Indeferido o pedido, cabe recurso nas 24 horas seguintes, devendo ser apreciadas imediatamente pelo Pleno do Tribunal (art. 270, §§ 1º e 2º, do CE). Realizadas as provas requeridas, abrir-se-á vista dos autos, por 24 horas, seguidamente, ao recorrente e ao recorrido, para se pronunciarem a respeito.

As provas necessárias para a comprovação dessas ilicitudes não necessitam ser pré-constituídas, obtidas sem a realização de dilação probatória, a despeito de assim poderem sê-lo, sem que haja obrigatoriedade de ter havido sobre tais provas pré-constituídas um pronun-

²⁰ Cabível a ampla dilação probatória nos recursos contra expedição de diploma, desde que o autor indique, na petição inicial, as provas que pretende produzir. Precedentes. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11734, Acórdão de 28.10.2009, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 10.12.2009, Página 11).

²¹ TSE, RCED nº 767, de 4.2.2010, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira.

ciamento judicial anterior ou seu trânsito em julgado.²² A respeito do que fora mencionado,  possível considerar como provas pr-constituídas autos de ações penais, investigações judiciais eleitorais, ações de captação de sufrágio, ações civis públicas, ações populares e documentos propriamente ditos.

Com a sua taxionomia de ao, não se poderia exigir apenas provas pr-constituídas em razão de necessidade do *due process of law*, com os consectários do contraditório e da ampla defesa. Partindo-se desses postulados constitucionais, a dilação probatória deve ser a mais ampla possível, de forma a permitir que a verdade real possa emergir dos fatos colacionados.

Ainda cumpre salientar que a ampla dilação probatória atualmente admitida pelo TSE em sede de RCED não afasta a possibilidade de o relator indeferir provas que não sejam relevantes ao deslinde da controvérsia.²³ Deve-se atentar *cum granus salis* para o indeferimento das provas requeridas, já que elas apenas podem ser rejeitadas quando forem comprovadamente procrastinatórias; caso contrário, o processo pode ser anulado por cerceamento de defesa.

A problemática  que, como os processos tramitam em segunda e em terceira instância, a possibilidade de dilação probatória  mais complexa em razão do pequeno número de membros que formam os TREs e o TSE. Em virtude dessa conjectura fática, a instrução deve ser realizada por juízes auxiliares.

Como o processo tramita em segunda ou terceira instância, o relator deve devolver os autos quatro dias depois de finalizada a dilação

²² Esta Corte já assentou a possibilidade de produção, no recurso contra expedição de diploma, de todos os meios lícitos de provas, desde que indicados na petição inicial, não havendo o requisito da prova pré-constituída, podendo, obviamente, o magistrado rechaçar, motivadamente, todos os requerimentos que se mostrem desnecessários ou protelatórios (art. 130 do Código de Processo Civil). (Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma não 773, Acórdão de 19.3.2009, rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 24.4.2009, Página 26).

²³ TSE, Agravo Regimental em RCED não 739, de 24.11.2009, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.

probatória. Nos tribunais, cada parte dispõe de 20 minutos para sustentação oral. Obtendo o relator o acatamento de seu voto, ele é designado para redigir o acórdão, que contém uma síntese das questões debatidas e decididas.

O art. 216 do Código Eleitoral determina que, enquanto não houver julgamento por parte do Tribunal Superior Eleitoral, o diplomado continua a exercer o mandato em toda a sua plenitude. O presente artigo assegura, de forma clara, ao candidato diplomado a permanência no respectivo mandato eletivo até o resultado final do RCED. Conclui-se, então, que por efeito desse dispositivo, não há efeito imediato de decisões de RCED.

Dessa forma, o art. 216 abriu a primeira senda ao art. 257, que assevera que os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. Outras sendas foram abertas a respeito da não eficácia imediata das ações de investigação judicial eleitoral e da utilização de cautelares para garantir o efeito suspensivo quando houver deferimento de ações de impugnação de mandato eleitoral. Ao contrário das AIJEs, nas AIMEs, a jurisprudência plasmou que elas teriam eficácia imediata em virtude do seu relevo constitucional.

Atualmente, depois do art. 15 da Lei nº 64/1990, modificada pela Lei Complementar nº 135, ficou atestado que apenas em caso de decisão transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato será denegado o registro, ou cancelado, se já tiver sido realizado, ou declarado nulo o diploma, caso tenha sido expedido. Seguindo o diapasão do artigo mencionado, o art. 257 foi revogado de forma tácita, produzindo efeitos imediatos para que o candidato eleito saia do cargo apenas em razão de decisões de segundo grau.

Por último, insta ressaltar que RCED é instrumento processual adequado à proteção do interesse público na lisura do pleito, assim como o são AIJE e AIME. Todavia, cada uma dessas ações constitui processo autônomo, dado terem causas de pedir próprias e consequências

distintas.²⁴ Contudo, se elas versarem sobre o mesmo descortínio fático, sem que haja necessidade de produção de novas provas, aquelas produzidas em um RECD, por exemplo, quando já concluídas, podem ser utilizadas em uma AIJE ou AIME, agasalhando o postulado das provas emprestadas e da exigência da celeridade processual.

Sustenta Djalma Pinto que, se a sentença meritória de AIJE concluir pela improcedência do pedido em virtude da não configuração de abuso de poder econômico, político ou uso indevido de meios de comunicação, essa decisão, uma vez transitada em julgado, deveria resultar na extinção do RCED, desde que envolvesse os mesmos fatos e as mesmas partes, pois a parte dispositiva da sentença se tornou *res judicata* em seu sentido material e formal.

Concordamos integralmente com o mencionado eleitoralista quando da decisão transitada em julgado porque não haveria razão para nova irrisignação se a Justiça Eleitoral já se pronunciou pela inexistência dos fatos imputados. Não haveria sentido na repetição do mesmo arcabouço fático quando já há decisão judicial nesse sentido. Entretanto, se houver modificação nos fatos apresentados, permite-se a apresentação recursal.

Sustenta-se que não há razoabilidade teórica ou fática para que a AIJE, a AIME e o RCED tenham procedimentos diferentes (a AIJE segue o procedimento delineado no art. 22 da Lei nº 64/1990; a AIME segue o procedimento delineado no art. 3º da Lei nº 64/1990; o RCED segue o disposto no art. 267 e seguintes do Código Eleitoral). Essa pluralidade de ritos processuais apenas obscurece os caminhos eleitoralistas, forçando contradições. Como, por exemplo, é que o procedimento da AIJE que deve verificar a existência de um fato acintoso ao pleito eleitoral permite uma dilação probatória menor que aquele previsto em uma AIME que pode contar com provas exclusivamente pré-constituídas? A melhor solução seria instituir para todas essas ações o procedimento estipulado no art. 3º da Lei nº 64/1990, pois é aquele que permite uma

²⁴ Embargos de Declaração em Recurso Contra Expedição de Diploma nº 698, Acórdão de 8.9.2009, rel. Min. Felix Fischer, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 5.10.2009, Página 48.

maior dilação probatória, que é imprescindível para a obtenção da verdade real.

Referências

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral: temas de Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Pericles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. *Recursos eleitorais e outros temas*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2006.