



REVISTA DE

JURISPRUDÊNCIA

DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 29 – Número 3 – Julho/Setembro 2018

Brasília
TSE
2019



ISSN 0103-6793

REVISTA DE

JURISPRUDÊNCIA

DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 29 – Número 3 – Julho/Setembro 2018

Brasília – 2019

© 2019 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
Brasília/DF – 70070-600
Telefone: (61) 3030-9225

Secretário-Geral da Presidência

Estêvão Waterloo

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal

Anderson Vidal Corrêa

Secretária de Gestão da Informação Substituta

Zélia Oliveira de Miranda

Coordenadora de Editoração e Publicações (Cedip/SGL)

Washington Luiz de Oliveira

Organização

Coordenadoria de Jurisprudência (Cojur/SGL)

Produção editorial

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

Capa e projeto gráfico

Virgínia Soares

Revisão editorial

Seção de Preparação e Revisão de Conteúdos (Seprev/Cedip/SGL)
Leide Viana

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 (out./dez. 1990)- . – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1990 -
v. ; 23 cm.

Trimestral.

Título varia: Revista de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, v. 29, n. 3
(jul./set. 2018)-.

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 junho de 2018

Presidente
Ministro Luiz Fux

Vice-Presidente
Ministra Rosa Weber

Ministros
Ministro Luís Roberto Barroso
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro Jorge Mussi
Ministro Admar Gonzaga
Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Procuradora-Geral Eleitoral
Raquel Dodge

Composição atual

Presidente
Ministra Rosa Weber

Vice-Presidente
Ministro Luís Roberto Barroso

Ministros
Ministro Edson Fachin
Ministro Jorge Mussi
Ministro Og Fernandes
Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Ministro Sérgio Banhos

Procurador-Geral Eleitoral
Augusto Aras

SUMÁRIO

ACÓRDÃOS 6

ÍNDICE NUMÉRICO 847

ACÓRDÃOS



RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 1003-27.2012.6.26.0134

SERRA NEGRA – SP

Relator originário: Ministro Herman Benjamin

Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Demétrius Ítalo Franchi

Advogados: Adib Kassaouf Sad – OAB: 127818/SP e outros

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

Eleições 2012. Recurso especial eleitoral. Produção de provas em inquérito civil público. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores em local privado sem prévia autorização judicial e sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova. Recurso especial eleitoral provido.

1. É ilícita a gravação ambiental realizada sem prévia autorização judicial, em recinto privado, por um dos interlocutores e sem a ciência dos demais.

2. O particular não detém legitimidade para exercer ato investigatório típico da função de Estado, nem para produzir provas por meio de gravações clandestinas de som e imagem, sob pena de violar direitos fundamentais.

3. O particular que atua por conta própria ou sob o comando de autoridade policial ou do Ministério Público deve observar regras constitucionais previstas no art. 5º, incisos XI e LIV, bem como legais, a exemplo das restrições previstas aos agentes infiltrados nas Leis nº 11.343/2006 e nº 12.850/2013.

4. Por fim, conforme jurisprudência firmada nesta Corte, a segurança jurídica presente no princípio constitucional da anterioridade eleitoral recomenda que, nas eleições de 2012, deve ser observada a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

5. Recurso especial eleitoral provido.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em dar provimento ao recurso especial eleitoral, para reconhecer a ilicitude das provas e absolver o recorrente, nos termos do voto da Ministra Luciana Lóssio.

Brasília, 19 de dezembro de 2017.

Ministro GILMAR MENDES, redator para o acórdão

Publicado no *DJe* de 3.8.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto por Demétrius Ítalo Franchi, Vereador do Município de Serra Negra/SP, eleito em 2012, contra acórdãos do TRE/SP assim ementados (fls. 1.122-1.123 e 1.185):

RECURSO CRIMINAL APRESENTADO POR DEMÉTRIUS ÍTALO. AÇÃO PENAL ELEITORAL. DENÚNCIA REFERENTE AO CRIME PREVISTO NO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO A ESSE CORRÉU. INCONFORMISMO. PREJUDICIAIS DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADES DA CITAÇÃO, DO INQUÉRITO CIVIL QUE ANTECEDEU A DENÚNCIA A DA PROVA CONSUBSTANCIADA EM GRAVAÇÃO AMBIENTAL. TODAS AFASTADAS. MÉRITO. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA. DESACOLHIMENTO. PREJUDICIAIS AFASTADAS E RECURSO DESPROVIDO.

1. NÃO É INEPTA A DENÚNCIA QUANDO OBSERVADOS OS REQUISITOS DESCRITOS NO § 2º DO ART. 357 DO CÓDIGO ELEITORAL, COM INTELIGÍVEL EXPOSIÇÃO DOS FATOS.

2. NÃO HÁ SE FALAR, OUTROSSIM, EM NULIDADE DA CITAÇÃO POR NÃO TER SIDO EFETIVADA JUNTAMENTE COM ENTREGA DE CÓPIA DA MÍDIA QUE AMPAROU A ACUSAÇÃO. ISSO PORQUE, DURANTE A INSTRUÇÃO

PROBATÓRIA, OS DENUNCIADOS TIVERAM, OPORTUNAMENTE, AMPLO ACESSO AO CONTEÚDO DESSA MÍDIA, BEM COMO À CORRESPONDENTE DEGRAVAÇÃO ELABORADA POR PERITO, DO QUE SE SEGUIRAM DIVERSAS IMPUGNAÇÕES E MANIFESTAÇÕES.

3. A GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES É PROVA LÍCITA, CONSOANTE PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO STF.

4. AGIU COM ACERTO O MM. JUÍZO A *QUO* AO INDEFERIR NOVOS QUESITOS SOBRE QUESTÕES JÁ ANTERIORMENTE RESPONDIDAS PELO *EXPERT* EM RELAÇÃO À GRAVAÇÃO AMBIENTAL, O QUE É SUFICIENTE PARA RECHAÇAR ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

5. EMBORA O INQUÉRITO CIVIL TENHA POR OBJETIVO, EM PRINCÍPIO, APURAR FATOS QUE PODERÃO ENSEJAR A PROPOSITURA DE AÇÕES DE NATUREZA CIVIL (EXEMPLOS: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA), POR OUTRO LADO, NÃO HÁ ÓBICE A QUE, CASO POSTERIORMENTE SE ENTENDA HAVER A PRÁTICA DE INFRAÇÃO PENAL, SEJA ELE UTILIZADO COMO SUPORTE PROBATÓRIO DE EVENTUAL AÇÃO PENAL. PRECEDENTES.

6. EM RELAÇÃO AO MÉRITO, ESTÁ SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO QUE O RECORRENTE DEMÉTRIUS ÍTALO, CANDIDATO A VEREADOR E À ÉPOCA PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SERRA NEGRA, OFERECU E DEU A RESIDENTES DO SÍTIO SÃO JOSÉ, LOCALIZADO NO BAIRRO TRÊS BARRAS, EM SERRA NEGRA, MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO (PEDRAS) PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA PONTE, BEM COMO COLABOROU PARA QUE UMA MÁQUINA DA PREFEITURA LOCAL FOSSE UTILIZADA NESSA OBRA, SEM A DEVIDA CONTRAPRESTAÇÃO. E FÊ-LO COM ESCOPO DE SENSIBILIZAR E COOPTAR ELEITORES, INCIDINDO, ASSIM, NA FIGURA TÍPICA-PENAL DESCRITA NO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL.

7. DESCABE REVISÃO DA DOSIMETRIA, POIS O MM. JUÍZO BEM JUSTIFICOU A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (DOIS ANOS), INDICANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO, ESPECIALMENTE A REPERCUSSÃO DO ACONTECIDO NA CIDADE E A QUANTIDADE DE MORADORES ATINGIDOS PELA CONDUTA, BEM COMO A PERSONALIDADE DO AGENTE, TUDO EM CONFORMIDADE AO ART. 59, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL.

8. LOGO, AFASTADAS AS PREJUDICIAIS, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DE DEMÉTRIUS ÍTALO. RECURSO CRIMINAL APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. OBJETIVO: CONDENAÇÃO DO CORRÉU EDIBERTO COSTA, ABSOLVIDO PELA SENTENÇA COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CPP. ALEGAÇÃO DE QUE AUXILIOU O OUTRO DENUNCIADO, DEMÉTRIUS ÍTALO. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. PARECER DA PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL PELO NÃO ACOLHIMENTO DESSE RECURSO. RECURSO DO *PARQUET* DESPROVIDO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO CRIMINAL. SUPOSTAS CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E EQUÍVOCO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DE PROVAS. IMPROPRIEDADE. PRETENSÃO INFRINGENTE. REJEIÇÃO.

1. POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OBJETIVA-SE APONTAR OMISSÕES, CONTRADIÇÕES E OBSCURIDADES PRESENTES NA DECISÃO.
2. NÃO PADECE OMISSÃO ACÓRDÃO PELO QUAL EXAMINADAS AS QUESTÕES RELEVANTES AO DESLINDE DA CAUSA, NEM TAMPOUCO SÃO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS INSTRUMENTO PARA REVISÃO ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DADA PELA TURMA JULGADORA EM RELAÇÃO ÀS PROVAS COLIGIDAS.
3. A CONTRADIÇÃO QUE PERMITIRIA A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS É A QUE EVENTUALMENTE EXISTISSE ENTRE AS RAZÕES DO JULGADO E SUA CONCLUSÃO E NÃO ENTRE AQUELES E AS TESES DO RECORRENTE.
4. EVENTUAL DIVERGÊNCIA ENTRE AS DECISÕES REGIONAIS E AS PROFERIDAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL DEVEM SER SUSCITADAS MEDIANTE RECURSO ESPECIAL E NÃO POR ACLARATÓRIOS.
5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

Na origem, o recorrente e Ediberto Tosta (Secretário de serviços municipais) foram denunciados como incursos no art. 299 do Código Eleitoral¹. A denúncia foi oferecida com base em provas oriundas de inquérito civil público, instaurado em 15.10.2012, consistentes em declarações de testemunhas e mídia digital (CD) acompanhada da respectiva gravação.

Narrou-se, na peça acusatória, que no período anterior às eleições, no Sítio São José, Bairro das Três Barras, Município de Serra Negra/SP, o recorrente ofereceu vantagens em troca de votos de cinco famílias que ali residiam. A promessa consistia na construção de ponte na localidade, mediante empréstimo de maquinário (trator), entrega de materiais (pedras) e uso de servidor da prefeitura (operador de máquinas).

Na sentença, concluiu-se que Demétrius Ítalo fora o responsável pelo delito e impôs a esse réu dois anos de reclusão em regime inicialmente aberto e pagamento de 10 dias-multa, convertida a pena privativa de liberdade em 30 dias-multa e em uma restritiva de direitos.

¹ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

O corréu Ediberto Tosta foi absolvido com fundamento no art. 386, VII, do CPP².

No recurso interposto pelo *Parquet* argumentou-se, em síntese, que Ediberto Tosta autorizara o uso do maquinário e dos servidores para construção da ponte, em auxílio a Demétrius Ítalo, motivo pelo qual seria necessário, também, condenar o primeiro. O TRE/SP desproveu esse recurso ao fundamento de não haver provas nesse sentido.

Houve recurso também por Demétrius Ítalo, *igualmente desprovido, nos termos das ementas transcritas. Reafirmou-se, assim, sua responsabilidade pelo crime de corrupção eleitoral.*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 1.186).

Daí o recurso especial por Demétrius Ítalo, no qual se aduziu, em resumo (fls. 1.193-1.247):

a) afronta ao art. 105-A da Lei 9.504/1997³, pois não se admite inquérito civil público em ações eleitorais;

b) a gravação ambiental é ilícita, pois: (i) não foi judicialmente autorizada; (ii) não se conhece a autoria; (iii) o suposto autor não anuiu com o uso do conteúdo degravado, e (iv) não se sabe como a mídia (CD) foi entregue ao *Parquet*;

c) ofensa ao art. 2º, IV, da Lei 9.034/1995, por ser “inconcebível que diálogos gravados de forma clandestina (sem a indispensável autorização judicial) sejam considerados como gravação válida e, portanto, lícita” (fl. 1.219);

d) violação ao disposto no art. 5º, X, LIV, LV e LVI, da CF/1988;

e) a prova ilícita originária contamina as demais. No ponto, apontou dissídio jurisprudencial;

f) “impossível concluir com certeza absoluta que a testemunha Valdir tenha sido o autor da gravação, em razão da controvérsia instaurada, por ele próprio, ao não assumir a autoria da gravação perante o Ministério Público” (fl. 1.207);

g) a sentença e o acórdão não foram devidamente fundamentados, porquanto “todas as testemunhas de acusação – do autor –, negaram a

² Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]

VII - Não existir prova suficiente para a condenação.

³ Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

entrega de materiais ou o pagamento/entrega de dinheiro ou serviços, especialmente em troca de votos” (fl. 1.207);

h) inexistência de prova cabal dos fatos, pois a mesma magistrada sentenciante, nos autos da AIJE 838-77, ajuizada com o mesmo suporte probatório da ação penal, afirmou que “não existem provas firmes de que o requerido [ora recorrente] tenha cedido funcionários públicos ou entregue dinheiro aos moradores do local” (fl. 1.197);

i) imprescindível a reavaliação da prova, para afastar o crime ou mesmo para fins de dosimetria da pena, uma vez que definida acima do mínimo legal, não sendo considerada a primariedade e seus bons antecedentes.

Requeru o provimento do recurso especial para que seja absolvido do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral, ou, ao menos, para que a pena seja fixada no mínimo legal, “uma vez que [...] não houve potencialidade e o réu é primário e de bons antecedentes” (fl. 1.246).

O *Parquet*, em contrarrazões, sustentou (fls. 1.392-1.406):

a) o recurso especial não merece ser conhecido, uma vez que: (i) incide na espécie o óbice da Súmula 7/STJ; (ii) o acórdão está em consonância com a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal; (iii) mera transcrição de ementas não se presta a comprovar dissídio pretoriano;

b) a interpretação pretendida quanto ao art. 105-A “leva à equivocada e inconstitucional conclusão de que todo e qualquer mecanismo previsto na Lei 7.347/1985 seja inaplicável e incompatível com o processo eleitoral, quando, em verdade, alguns de seus dispositivos são essenciais para garantir que o Ministério Público Eleitoral cumpra o dever de defesa dos valores constitucionais durante o pleito e garantia da transparência das ações ministeriais aos envolvidos no processo eleitoral” (fl. 1.396);

c) ainda quanto ao item anterior, o recorrente não apontou nenhum prejuízo concreto, devendo-se aplicar à hipótese os arts. 563 do CPP⁴ e 219 do Código Eleitoral⁵;

d) conforme decidido inúmeras vezes pelo c. Supremo Tribunal Federal, é lícita gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento dos demais;

⁴ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

⁵ Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

e) inexistente, no caso, conversa sujeita a sigilo, tampouco prejuízo à intimidade e à vida privada, ressaltando-se que “o próprio eleitor gravou a conversa à qual estava presente, conversa presencial entre ele, o ora Recorrente e outros eleitores que seriam instruídos sobre o que narrar em depoimentos ao Ministério Público a respeito de ilícito em apuração pelo órgão ministerial de 1º grau” (fl. 1.403).

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 561-567).

Em 28.9.2015, o e. Ministro João Otávio de Noronha, meu antecessor, desproveu o especial (1.449-1.460), o que ensejou agravo regimental (fls. 1.462-1.500).

Registro, ainda, que o recorrente protocolou a petição de folhas 1.504-1.510, em que alegou:

a) no HC 73-12/SP, impetrado por Ediberto Tosta e tido como prejudicado por superveniente ausência de interesse (ante a absolvição nesta demanda), o e. Ministro João Otávio de Noronha, de início, assentara a ilicitude da prova;

b) esta Corte, no REspe 838-77/SP, que cuida de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) fundada nos mesmos fatos, também a tivera como ilícita.

Os autos foram a mim distribuídos e, em 13.6.2016, provi o agravo para melhor analisar o recurso especial (fl. 1.526).

Na sessão de 27.9.2016, desprovi o recurso especial, o que motivou pedido de vista pela e. Ministra Luciana Lóssio.

Na assentada de 2.5.2017, Sua Excelência apresentou voto divergente, assentando a ilicitude das provas dos autos.

Pedi vista regimental dos autos para melhor examinar a matéria.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, os autos foram recebidos no gabinete em 27.6.2016.

Examino, separadamente, as matérias objeto do recurso especial.

1. Violação ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 (inquérito civil público)

Segundo o recorrente, não se admite inquérito civil público em ações eleitorais, a teor do que dispõe o art. 105-A da Lei 9.504/1997, *in verbis*: “em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁶”.

Esse raciocínio, embora inicialmente acolhido por esta Corte Superior⁷ em um primeiro momento, foi revisto no REspe 545-88/MG em 8.9.2015, quando se fixaram três vertentes quanto ao possível uso de inquérito civil público no âmbito da Justiça Eleitoral – duas interpretando o dispositivo conforme a Constituição e a terceira declarando-o inconstitucional – nos termos dos votos dos e. Ministros João Otávio de Noronha, Henrique Neves e Luiz Fux, acompanhados pelos demais membros desta Corte. Consta da ementa o seguinte:

Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Representação. Conduta vedada aos agentes públicos. Art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Preliminares rejeitadas. Art. 105-A da Lei 9.504/1997. Aplicabilidade às ações eleitorais. Mérito. Programa social. Ausência de previsão em lei prévia. Multa. Desprovimento.
[...]

2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 pretendida pelo recorrente – no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas – não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber:

2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, ressalte-se que (i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; (ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu *munus* constitucional; (iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento

⁶ Incluído pela Lei 12.034/2009.

⁷ Cito, por todos, o RO 4746-42/AM, redator para acórdão Ministro Marco Aurélio, *DJe* de 6.3.2014: “Inquérito – Instauração – Ministério Público – Teor do disposto no artigo 105-A da Lei nº 9.504/1997. Tem-se a impossibilidade de o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral”.

administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais (*Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e Dias Toffoli*).

2.2. Ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: (i) ser adotado o procedimento preparatório eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou (ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei 7.347/1985 (*Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes*).

2.3. O art. 105-A da Lei 9.504/1997 é inconstitucional, pois: (i) o art. 127 da CF/1988 atribuiu expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; (ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/1988, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; (iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (*Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura*).

(REspe 545-88/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 4.11.2015.)
(Sem destaques no original.)

Confirmam-se, ainda, precedentes específicos – desta Corte Superior, do c. Superior Tribunal de Justiça e do c. Supremo Tribunal Federal – em ações penais:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação penal. Eleições 2012. Coação eleitoral por servidor (art. 300 CE). Associação criminosa (art. 288, CP). Continuidade delitiva (art. 71 CP). Procedimento preparatório eleitoral. Instauração. Inquérito civil anterior. Prova ilícita. Não configuração. Recebimento da denúncia. Constrangimento ilegal. Inocorrência.

1. O art. 105-A da Lei 9.504/1997 não alcança a interpretação proposta pelos recorrentes no sentido de serem consideradas ilícitas – para a ação penal eleitoral – as provas angariadas pelo Ministério Público em inquérito civil e as delas derivadas. Interpretação literal e histórica do dispositivo vergastado não permite essa conclusão.

2. A ilicitude da prova, em nosso sistema, liga-se à sua forma de obtenção: inobservância de direitos e garantias fundamentais (inclusive no âmbito de sua eficácia horizontal). Hipótese não configurada na espécie.

[...]

5. *Ainda que o inquérito civil público não seja vocacionado, primordialmente, à apuração de ilícitos penais, é poder-dever institucional do Ministério Público Eleitoral, na qualidade de dominus litis da ação penal, ao verificar de maneira casual ou fortuita a ocorrência de prática de crime, promover a competente ação penal eleitoral.* [...].

(TSE, RHC 3488-22/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 6.5.2015.) (Sem destaques no original.)

PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO, LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL. POSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO NA INVESTIGAÇÃO. IRREGULARIDADE QUE NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL. INQUÉRITO CIVIL PRESIDIDO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. CRIME DE QUADRILHA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUANTO ÀS DEMAIS CONDUTAS, A PEÇA INAUGURAL PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 E 395 DO CPP. AFASTAMENTO DO CARGO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA.

1 – *Mostra-se cabível o oferecimento de denúncia criminal com escólio em inquérito civil.* Precedentes do STF e do STJ. [...].

(STJ, APn 618/MT, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, DJe de 16.10.2014.) (Sem destaques no original.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E PECULATO. VEREADORES. USO DE VERBA PÚBLICA EM PROVEITO PESSOAL. ACUSAÇÃO BASEADA EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ELEMENTOS COLIGIDOS EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. O inquérito policial não é indispensável ao oferecimento da denúncia, podendo o Ministério Público formar sua convicção à guisa de outros elementos.

3. *Hipótese em que a denúncia se baseia em inquérito civil público, no bojo do qual foram coligidas provas para embasar a persecução penal, não havendo falar, portanto, em ilegalidade.* Precedentes desta Corte e do STF. [...]

(HC 227.946/MG, rel. Min Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 7.4.2014.) (Sem destaque no original.)

EMENTA DENÚNCIA. PECULATO. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS EM INQUÉRITO CIVIL. PRELIMINAR REJEITADA. CONDUTA ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. *O Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos colhidos no âmbito de inquéritos civis instaurados para apurar ilícitos administrativos no bojo dos quais haja elementos aptos a embasar imputação penal.* Precedentes. [...].

(Inq 3.776/TO, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 3.11.2014.) (Sem destaque no original.)

Assim, rejeito a alegação.

2. Gravações ambientais: Litude

Segundo Demétrius Ítalo, é ilícita gravação ambiental de reunião promovida com as famílias beneficiadas – em que teria orientado as pessoas que nela compareceram a mentirem ao Promotor Eleitoral acerca dos fatos – por não ter sido judicialmente autorizada e diante de ausência de conhecimento pelos demais interlocutores.

A esse respeito, consignou a Corte Regional (fl. 1.136):

Entretanto, ao tomar ciência que o *Parquet* local se movimentava, o *recorrente* organizou uma reunião com todas as testemunhas que haviam recebido intimações. E, nela, passou a aconselhar os envolvidos sobre o que deveriam dizer nos respectivos depoimentos.

Toda essa reunião foi gravada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degorada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial. Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura. (Sem destaques no original.)

Todavia, a irresignação do recorrente não merece prosperar.

O Tribunal Superior Eleitoral vem assentando, desde as Eleições 2010, em ações cíveis-eleitorais, a ilicitude de gravação realizada nessas circunstâncias. Cito, a título demonstrativo, alguns julgados:

[...] 2. São nulas as atividades exercidas pelos agentes da Polícia Federal que deveriam ter comunicado à autoridade judiciária, ou ao menos ao Ministério Público Eleitoral, desde a primeira notícia, ainda que sob a forma de suspeita, do cometimento de ilícitos eleitorais, para que as providências investigatórias – sob o comando do juiz eleitoral – pudessem ser adotadas, se necessárias.

4. *A licitude da interceptação ou gravação ambiental depende de prévia autorização judicial. Ilícitude das provas obtidas reconhecida. [...].* (RO 1904-61/RR, redator designado Min. Henrique Neves, DJe de 21.8.2012.) (Sem destaque no original.)

[...] Privacidade – Dados – Gravação ambiente. *A regra é a proteção à privacidade. Viabiliza-se a gravação quando, em investigação criminal ou processo penal, há a ordem judicial.* (REspe 344-26/BA, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.11.2012.) (Sem destaque no original.)

[...] 1. *A teor da jurisprudência desta Corte Superior, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade direito fundamental estabelecido na Constituição Federal a regra. [...].* (REspe 602-30/MG, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 17.2.2014.) (Sem destaque no original.)

O principal fundamento dessa corrente é que, no Direito Eleitoral, devem ser consideradas as paixões, a disputa acirrada e os propósitos envolvidos. Em outras palavras, tal posição decorre, sobretudo, do fato de que o registro ambiental nesses moldes é premeditado e consiste em mecanismo para posterior uso em processo cível-eleitoral visando desconstituir mandato eletivo de adversário político, e não para defesa própria em processo penal.

Já no âmbito penal-eleitoral, tem-se que, no julgamento do HC 309-90 (DJe de 5.11.2015), o e. Ministro João Otávio de Noronha afirmou que também em ações penais a gravação pode ser utilizada em regra como meio de prova⁸, mas que o caso assemelhava-se a flagrante preparado, trancando assim a ação penal⁹. Inexistiu, porém, debate mais amplo acerca, por exemplo, da prevalência do interesse público, sendo a ordem concedida, de fato, pelo próprio teor da gravação.

⁸ Trecho do voto então proferido pelo e. Min. João Otávio de Noronha: “no processo penal (no qual as garantias fundamentais de liberdade contra a atuação estatal recebem o maior âmbito de proteção) a gravação clandestina é considerada, de regra, prova lícita. Assim, por que na persecução eleitoral declarar-se-á ilícita a mesma espécie probatória? A meu juízo realmente não subsiste razão para a distinção”.

⁹ Constatou-se que o autor da gravação não obteve a vantagem pessoal que lhe fora prometida – transferência de automóvel para o seu nome – após se comprometer com os 18 votos de seus familiares. Por esse motivo, recorreu ao induzimento do candidato eleito.

Não se firmou aqui, portanto, a tese de licitude da prova obtida mediante gravação clandestina por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais, em processo penal.

O mesmo não ocorre no c. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria na QO-RG-RE 583.937/RJ:

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

(QO-RG-RE 583.937/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.2009.) (Sem destaques no original.)

Extraio, no que interessa ao tema, a cristalina fundamentação do e. Ministro Cezar Peluso (relator):

O recurso extraordinário está submetido ao regime de repercussão geral e versa, em substância, sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova. É que este entendimento responde à mesma ratio da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação. A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como relator, proferi no julgamento do RE nº 402.717 (DJe de 13.2.2009), e que passo a reproduzir, por ser de todo aplicável ao caso:

Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem é ilícito seu uso, em particular como meio de prova.

[...]

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é

seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esteja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentais.

[...]

Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana, nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstrução processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público da jurisdição. [...]

De modo que ainda quem professe tese da ilicitude da gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, terá, neste caso, onde seu uso, tido por excepcional *ad argumentandum*, seria legitimado, por normas constitucionais, de lhe reconhecer, quando menos, caráter de causa excludente de injuricidade da ação e análoga à da legítima defesa. É o que já proclamou esta Corte, em hipótese em certo sentido até mais singular, onde se discutia a licitude do uso de conversa telefônica por quem alegava ter sido vítima de crime cometido de um dos interlocutores, o qual desconhecia a gravação feita por terceiro com autorização do outro: [...].

No mesmo sentido, a Corte já se pronunciou reiteradamente: AI nº 578.858, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27.08.2009; AP nº 447, rel. Min. Carlos Britto, DJe de 28.05.2009; AI-AgR nº 666.459, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 29.11.2007; HC nº 87.341, rel. Min. Eros Grau, DJ de 03.03.2006; AI-AgR nº 503.617, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04.03.2005; RE-AgR nº 402.035, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 06.02.2004; HC nº 75.338, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25.09.1998; Inq nº 657, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19.11.1993; RE nº 212.081, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 27.03.98, inter alia).

Isso posto, nos termos do que decidiu o Plenário, em Questão de Ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 591.068:

a) reconheço a existência de repercussão geral no tema objeto do presente recurso; e

b) reafirmo a jurisprudência firmada pela Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, e dou provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida. (Sem destaques no original.)

No meu sentir – e aqui inicio meu raciocínio – tenho como premissa a validade de gravações ambientais sem autorização judicial e sem conhecimento de um dos interlocutores, seguindo o entendimento da Suprema Corte, quando em prol do interesse público e da lisura do processo eleitoral.

Não desconheço o fato de que a disputa acarreta, por vezes, emprego de meios nada éticos na busca de provas incriminadoras. Há casos em que a gravação simboliza tão somente resposta a descumprimento de promessas de candidatos (oferta de vantagens pessoais), ao passo que, em outros, a captação é feita por adversários políticos, mediante induzimento ou constrangimento, para incriminar o interlocutor.

Em suma, conforme se demonstrará a seguir, não se diz aqui que toda e qualquer gravação sempre será lícita, mas que se deve ter, como regra, a lícitude, sob pena de se deconsiderar prova essencial para apurar condutas tendentes a afetar a lisura e a legitimidade das eleições.

Assento que, ao contrário do que ocorre nas interceptações telefônicas¹⁰, quanto às gravações ambientais¹¹ não se tem a garantia constitucional de sigilo, mas sim de inviolabilidade da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, da CF/1988¹²). Confira-se doutrina de Vicente Greco Filho¹³:

[...] gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores, são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição, e sua lícitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existe) com a justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de

¹⁰ Tem-se como indene de dúvidas necessidade de autorização judicial para se proceder às interceptações telefônicas, tópico que se encontra pacificado pela jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral e dos demais tribunais superiores. De fato, enquanto na interceptação tem-se gravação de conversa por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores, nas gravações ambientais, sejam públicas ou de caráter privado, um dos interlocutores é responsável pela gravação, sem ciência do outro. No ponto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal distinguem as garantias fundamentais envolvidas, pois o art. 5º, XII da CF/1988 refere-se, unicamente, à interceptação em sentido estrito (feita por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores), matéria regulamentada pela Lei 9.296/1996.

¹¹ Utiliza-se o termo gravação ambiental e gravação clandestina como sinônimos, embora a doutrina faça pequena distinção para situar gravação clandestina como gênero, sendo espécies as gravações de conversa pessoal, ambiental ou mesmo telefônica, desde que realizadas por um dos interlocutores. Isso porque a participação de um dos interlocutores é o que define a possibilidade de se ter como válida a prova obtida por esses meios.

¹² Art. 5º [omissis]

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; [...].

¹³ FILHO, Vicente Greco. *Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296/96*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal). (Sem destaque no original.)

Essa distinção foi expressamente realizada pelo c. Supremo Tribunal Federal, consagrando-se o entendimento de que “a gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição” (AgR-AI 560.223, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 30.8.2010).

Assim, ausente disciplina legal específica, pois a gravação clandestina não foi contemplada pela Lei 9.296/1996, *deve-se perquirir se, nos casos examinados pelo Poder Judiciário, há justa causa para a gravação e se a forma de obtê-la não viola a privacidade e a intimidade*¹⁴ do interlocutor.

No ponto, a pergunta que se coloca é: qual elemento crucial para se definir violação à intimidade? Quando a intimidade será comprometida ao se realizarem gravações? Fernando Capez apresenta critério para balizamento:

*A gravação somente não será admitida, e considerada ilícita, quando afrontar outra garantia, qual seja, a da inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X). Dessa forma, se, excepcionalmente, o conteúdo for muito acintoso, a prova poderá, eventualmente, ser considerada ilícita, por afronta a outra norma de índole constitucional, a da inviolabilidade da intimidade da vida privada. A gravação não feriu a inviolabilidade da comunicação telefônica, mas seu conteúdo acintoso pode torná-la ilícita, ante o suplício da humilhação imposto ao outro interlocutor, o qual terá sua intimidade e sua imagem protegidas*¹⁵. (Sem destaques no original.)

¹⁴ Adota-se, aqui, a premissa estabelecida pela doutrina, das diferentes esferas de abrangência da privacidade, com modalidades diversas de intensidade. Assim, conforme estudo de Guilherme Barcelos, no qual se fundamenta em Alexy e em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tem-se a esfera da intimidade, mais interior e secreta, âmbito nuclear da vida privada, a esfera privada ampliada, de grau intermediário e a esfera do círculo de vida privada, “em que repousam, por exemplo, as relações interpessoais mais rasas, nas quais não há um amplo grau de conhecimento da vida alheia”. A síntese do autor também merece transcrição: “os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam interligação, podendo, porém, serem diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, como relações comerciais, de trabalho, estudo etc”. BARCELOS, Guilherme. *Processo Judicial Eleitoral e provas ilícitas. A problemática das gravações ambientais clandestinas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-72.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 392.

Ademais, o *c. Supremo Tribunal Federal* consagra tese de que, em determinados casos, é necessário relativizar-se a privacidade para proteger-se o interesse público. Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. REPORTAGEM LEVADA AO AR POR EMISSORA DE TELEVISÃO. *NOTITIA CRIMINIS*. DEVER-PODER DE INVESTIGAR.

1. Paciente denunciado por falsidade ideológica, consubstanciada em exigir quantia em dinheiro para inserir falsa informação de excesso de contingente em certificado de dispensa de incorporação. Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem representou *notitia criminis*, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação.

[...]

3. *A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público* (precedentes) [...].

(HC 87341, rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.3.2006.) (Sem destaque no original.)

HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.

(HC 75338, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25.9.1998.) (Sem destaque no original.)

Outro exemplo, bastante significativo, ocorreu no HC 708-14/SP, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello. Na ocasião, a primeira turma concluiu que a inviolabilidade da correspondência de preso não pode ser utilizada como meio de acobertar ilícitos. Transcrevo a ementa:

HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS

XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. [...].

– *A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas. [...].*

(HC 708-14/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1º.3.94.) (Sem destaque no original.)

O relator pontuou que, embora o art. 41, XV, da Lei 7.210/1984¹⁶ estabeleça direito de o preso se comunicar com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, “razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma, inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

Ressalto o valor desse julgado para a argumentação proposta por se demonstrar (ainda que em se tratando do sigilo previsto no art. 5º, XII, da CF/1988) a necessidade de se relativizar, motivadamente, alguns direitos fundamentais, quando houver fortes indícios da prática de atos ilícitos.

Assim, a jurisprudência desta Corte Superior deve balizar-se no sentido de, ao mesmo tempo em que preserva de modo geral direitos fundamentais, tais como os de intimidade e proteção à vida privada, sopesa a imprescindível e irrestrita observância a valores como lisura do processo eleitoral, legitimidade e moralidade do pleito e paridade de armas, de modo a garantir a observância ao princípio democrático do art. 1º, § 1º, da CF/1988.

¹⁶ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

XV - contato com o mundo exterior *por meio de correspondência escrita*, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

[...]

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos *mediante ato motivado do diretor do estabelecimento* (sem destaques no original).

Em outras palavras, direitos fundamentais de privacidade e intimidade não são absolutos e podem ser relativizados em casos específicos em nome desses pilares democráticos, aqui entendidos como justa causa para utilização desse importante mecanismo probatório.

Em estudo sobre tendências do processo contemporâneo, Ada Pellegrini Grinover¹⁷ adverte que “as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”.

Dito de outro modo, o abuso de direito ou garantia individual, de forma que se agrida ou viole bens jurídicos da própria coletividade, permite sua relativização, tendo em vista que não pode ser invocado como escudo e proteção contra penalidades decorrentes dos ilícitos praticados.

Daí a necessidade de se valorar, caso a caso e com cautela, a prova obtida mediante gravações ambientais, mas admitindo-se como regra não a ilicitude, mas sim a licitude desse relevantíssimo mecanismo de busca da verdade real.

Ou seja, se a prova tiver sido obtida com provocação ou induzimento de modo a se retirar da conversa o que se quer obter de declaração da outra parte, poderá ela ser considerada imprestável no caso concreto. Porém, simples antagonismo político, choque de interesses e até mesmo inimizades declaradas não devem prejudicar, em regra, investigações motivadas pelo aprimoramento das instituições democráticas.

Ademais, ao se declarar ilícito todo e qualquer registro ambiental, as gravações feitas por cidadãos realmente interessados na lisura do pleito e do processo eleitoral (e que poderiam contribuir para tanto) serão preteridas, eliminando-se também provas delas decorrentes.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, priorizar objetivamente as garantias constitucionais dos investigados, em processos que tratem de matéria eleitoral, pode engessar o sistema probatório, cujo efeito imediato, por demais conhecido, é o aumento da impunidade.

Em paralelo, estabelecer a privacidade e a intimidade como valores maiores, para se declarar inválida toda gravação obtida clandestinamente

¹⁷ GRINOVER, Ada P. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 60.

em ambiente fechado, significa dizer que o depoimento sobre um diálogo também não poderia ser admitido como prova em juízo.

Ora, se um dos interlocutores pode narrar conversa em juízo e esse depoimento é admitido como prova testemunhal, por que não poderia apresentá-la mais fielmente por meio de registro magnético? Trata-se de notório reforço às alegações prestadas, conforme esclarecido no já citado RG-QO-RE 583.937, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* de 17.12.2009, de onde transcrevo:

Ao depois, se a ninguém jamais ocorreu descobrir ilicitude à reprodução, nos depoimentos judiciais de partes e de testemunhas, do relato de conversas telefônicas de sigilo ou reserva legal, em que a parte, ou a testemunha, tenha sido um dos interlocutores, seria despropósito jurídico não menor impedir à parte, ou à testemunha, que demonstre, por meio de gravação, a fidelidade da versão lícitamente apresentada ao juízo por via oral. Ou seja, *não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado*. Se é lícito, ou se não é, antes, dever mesmo, relatar em juízo a verdade daquilo sobre que se conversou, é-o *a fortiori* trazer a juízo gravação capaz de comprovar a fidelidade do relato ou conversa, cujo conteúdo se invoque como verdadeiro! (Sem destaque no original.)

Essa mesma conclusão foi registrada em outro julgado proferido pelo Plenário do c. Supremo Tribunal Federal:

QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF.

1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal).

2. *Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental.*

[...]

4. Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório.

(QO-INQ 2116, redator para acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 29.2.2012.)
(Sem destaques no original.)

Percebe-se que não há diferença – entre apresentar gravação e relatar conversa – que justifique tão forte proteção a uma suposta privacidade e ou intimidade.

Desse modo, sendo assente no c. Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se utilizar gravação ambiental em processo penal, em que as garantias de liberdade contra o Estado recebem maior âmbito de proteção, qual sentido de se atribuir exegese diversa na persecução eleitoral, declarando-se ilícita a mesma espécie probatória? *Data venia*, não há justificativa para tanto.

Como consequência, a prova colhida por um dos interlocutores, consistente em gravação em ambiente público ou privado, não deve ser declarada ilícita de imediato, mas valorada com parcimônia diante do conjunto probatório.

O peso que esta prova adquirirá – pelas circunstâncias que envolvem o processo eleitoral – é questão a ser aferida no caso concreto. Sendo certa ou muito provável a sua fragilidade, pelos ânimos e meios dirigidos à sua produção, deve ser avaliada com cuidado pelo julgador e preferencialmente acompanhar outras provas.

Nesse sentido, o e. Min. Cezar Peluso, relator do RE/STF 402.717, DJe de 13.2.2009, ressaltou que “não se admitirá a divulgação sem justa causa de fatos que digam com a privacidade das pessoas. Caberá ao juiz avaliar. Generalizar a proibição é que não me parece adequado”.

Esse o ponto de convergência entre os fundamentos contidos neste voto e a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal. Não se exclui a possibilidade de se declarar ilícita a gravação clandestina em ambiente reservado; diante das circunstâncias do caso, pode-se reconhecer a contaminação dessa prova pelo modo de se obtê-la, mas essa não deve ser a regra.

A regra, nesses casos, é buscar efetividade do sistema e lisura do processo eleitoral, princípio que informa a atuação de todos os órgãos dessa Justiça Especializada, conforme se depreende do disposto no art. 23 da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades)¹⁸:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, *atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.* (Sem destaque no original.)

É o juiz quem decidirá, portanto, sobre o valor preponderante, devendo optar pelo interesse público, sempre que possível. O conhecimento de fatos notórios e a existência de fortes indícios da prática de ilícitos, depois confirmados por gravações ambientais, não pode ser ilidido pelo simples fato de, em tese, haver privacidade e intimidade a sopesar.

*Além disso, não se tem ofensa ao princípio da anterioridade (art. 16 da CF/1988). A matéria não se relaciona com o processo eleitoral, que alberga movimentos políticos para consolidar alianças e estratégias da eleição futura, passando por escolha em convenções, registro de candidatos, atos preparatórios, o pleito em si e, por fim, diplomação*¹⁹.

¹⁸ Dispositivo cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento da ADI 1.082, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 30.10.2014, como se vê na respectiva ementa:

Processo – Eleitoral – Artigo 23 da Lei Complementar nº 64/1990 – Juiz – Atuação. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/1990, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.

¹⁹ Confira-se, no ponto, manifestação do e. Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 633.703/MG, em que se assentou a não incidência da Lei da Ficha Limpa nas Eleições 2010:

Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A EC nº 52, que tratou da chamada “verticalização” das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. Na ocasião, o Ministro Carlos Britto se manifestou de forma muito enfática sobre o tema:

Por fim, ainda quanto à tese proposta, o fato de esta Corte ter declarado ilícita a gravação nos autos da AIJE 838-77/SP²⁰ não possui relevância.

Com efeito, inaplicável o entendimento firmado em ações cíveis-eleitorais – com o qual, aliás, guardo ressalvas – de que a ilicitude decorreria do suposto fato de que a gravação nesses casos apenas objetivaria desconstituir mandato de adversário político. Na hipótese, a condenação pelo crime do art. 299 do Código Eleitoral gera apenas inelegibilidade para pleitos futuros (art. 1º, I, e, 4, da LC 64/1990).

Assim, admito a possibilidade de gravações ambientais clandestinas serem produzidas por interlocutor sem conhecimento do outro, em locais reservados, com o intuito de subsidiar ação penal.

No caso em exame, a partir da moldura fática do acórdão regional, inexistia qualquer indício de que a gravação do eleitor Valdir Lopes Miguel – um dos beneficiários que compareceu à reunião – se equipare a flagrante preparado ou tenha sido realizada com fins escusos ou derive de constrangimento imposto ao recorrente. Confira-se (fls. 1.130 e 1.136).

E desde já afastado o apontado vício de nulidade, eis que *a gravação da reunião ora contestada foi captada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, um dos seus participantes, por meio de telefone celular.*

[...]

No que concerne à participação do denunciado [ora recorrente] Demétrius Ítalo nessa obra, começou a ser investigada pelo ilustre Promotor Eleitoral da circunscrição, que instaurou Inquérito Civil (nº 12/12). Em princípio, foram expedidas notificações para que testemunhas prestassem esclarecimentos.

“[...] E o fato é que a opção constitucional pela estabilidade anual do processo eleitoral é bem mais serviente desse conjunto de valores em que os grêmios partidários gravitam. É algo bem mais previsível – e portanto mais seguro e autêntico – para quem pretenda se filiar ou prosseguir partidariamente filiado. O mesmo acontecendo, claro, com todos aqueles que pretendam se candidatar ou se recandidatar a cargo eletivo”.

Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

A LC nº 135/2010 foi publicada no dia 4 de junho de 2010, portanto poucos dias antes realização das convenções partidárias (10 a 30 de junho, art. 8º da Lei 9.504/1997). Seria insensato considerar que – no período entre o dia 4 de junho e o dia 5 de julho (data da formalização dos pedidos de registro de candidatura) – se pudesse recomençar e redefinir o processo político de escolha de candidaturas de acordo com as novas regras.

²⁰ AgR-REspe 838-77/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 7.12.2015.

Entretanto, ao tomar ciência que o *Parquet* local se movimentava, o *recorrente* organizou uma reunião com todas as testemunhas que haviam recebido intimações. E, nela, passou a aconselhar os envolvidos sobre o que deveriam dizer nos respectivos depoimentos.

Toda essa reunião foi gravada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degredada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial. Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura. (Sem destaques no original.)

Aqui, mais uma vez, incide o óbice da Súmula 24/TSE.

Sendo, portanto, lícita a gravação, passo à análise propriamente dita da conduta e à dosimetria da pena.

3. Conduta atribuída ao recorrente

Segundo a Corte Regional, *comprovou-se de modo inequívoco que o recorrente Demétrius Ítalo prometeu a cinco famílias, em troca de seus votos, fornecer materiais (pedras), maquinário (trator) e servidor da prefeitura (operador de máquinas) para construção de ponte.*

Ainda de acordo com o TRE/SP, esse entendimento sustenta-se em depoimentos prestados em juízo, em especial por Valdir Lopes Miguel e, ainda, em gravação ambiental na qual o recorrente, com objetivo de ludibriar a Justiça Eleitoral, orienta os beneficiários da conduta a mentirem ao Ministério Público dizendo que arcaram com a totalidade dos custos da obra.

Nesse sentido (fls. 1.135-1.140):

In casu, está suficientemente demonstrado nos autos que o recorrente, candidato a vereador e à época presidente da Câmara Municipal, ofereceu e deu a residentes no sítio São José, localizado no Bairro Três Barras, em Serra Negra, materiais de construção (pedras) para a construção de uma ponte, bem como colaborou para que uma máquina da Prefeitura local fosse utilizada nessa obra, sem a devida contraprestação. E fê-lo com escopo de sensibilizar e cooptar eleitores.

A construção de tal ponte é fato incontroverso, sendo que o trabalho foi realizado pelos moradores da região, os quais, também, colaboraram com quantias em dinheiro ou materiais.

No que concerne à participação do denunciado Demétrius Ítalo nessa obra, começou a ser investigada pelo ilustre Promotor Eleitoral da circunscrição,

que instaurou Inquérito Civil (nº 12/12). Em princípio, foram expedidas notificações para que testemunhas prestassem esclarecimentos.

Entretanto, ao tomar ciência que o Parquet local se movimentava, o recorrente organizou uma reunião com todas as testemunhas que haviam recebido intimações. E, nela, passou a aconselhar os envolvidos sobre o que deveriam dizer nos respectivos depoimentos.

Toda essa reunião foi gravada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degrevada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial (fls. 356-401). Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao Promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura.

Por sinal, o denunciado, nessa reunião, chegou a sugerir aos envolvidos, os quais colaboraram em parte com a construção da ponte, que afirmassem ter pago mais do que efetivamente desembolsaram, para, assim, justificar a origem do dinheiro gasto com a obra em sua totalidade. Outrossim, pediu para que contassem que o uso do trator oriundo da Prefeitura se deu por apenas duas horas, pois iria providenciar um recibo indicando esse período.

Tudo isso para encobrir os gastos que ele, recorrente, havia despendido em favor dessa construção com intuito de captar votos dos eleitores.

As testemunhas Pricila Brolezi Marchezini da Silva (fls. 68-70), Maura Filipi Brolezi Manzoli (fls. 72-73), Marcelo Brolezi Marchezini (fls. 79-81), Marcelo Aparecido Arthuzo da Silva (fls. 86-87), que participaram da reunião, chegaram a contar ao Promotor, nos respectivos depoimentos na fase de investigação, a versão dos fatos proposta pelo denunciado. Porém, quando confrontados com a gravação, recuaram e, entre o mais, confirmaram a colaboração do réu na construção da ponte.

Não ignoro que algumas dessas testemunhas, como Pricila Brolezi Marchezini da Silva e Maura Filipi Brolezi Manzoli, em juízo, afirmaram que foram coagidas pelo Parquet e então, só por esse motivo, acabaram contando que o denunciado havia fornecido as pedras e a máquina em favor da obra. Porém, sem embargo dessa versão pueril, não negaram a realização da reunião e o que nela foi dito.

Aliás, as testemunhas Maura Filipi Brolezi Manzoli e Marcelo Brolezi Marchezini, ao deporem no Ministério Público, foram auxiliadas por advogado, que também assinou a ata. Tal constatação fragiliza o argumento supramencionado, de que teriam sido forçadas pelo Promotor a incriminar Demétrius Ítalo.

Além do conteúdo da gravação, a revelar a tentativa do réu de encobrir a sua colaboração na construção da ponte, é de relevo o depoimento judicial de Valdir Lopes Miguel, repito, quem gravou a reunião. Com efeito, essa testemunha confirmou não só o auxílio material prestado, como também afirmou que, após a finalização da obra, o denunciado ofereceu

uma confraternização aos participantes e nela pediu votos. Eis o intuito eleitoral inequivocamente comprovado.

[...]

Ou seja, a prova coligida – gravação ambiental e testemunhal – aponta somente a uma conclusão, bem delineada na r. sentença: a de que “Demétrius Ítalo forneceu material e horas de máquina para moradores do Sítio São José, a fim de auxiliá-los na construção de uma passagem sobre o rio que dá acesso ao local, para obter voto, [...] caracterizado o delito descrito no artigo 299, do Código Eleitoral” (fls. 779, verso).

[...]

Afinal, se o denunciado nada tinha a temer ou esconder, não precisaria ter realizado uma reunião com o escopo de fazer os residentes do bairro mentirem ao Promotor sobre a origem dos gastos com a construção da ponte. E se a sua intenção era meramente beneficente, não precisaria, após a conclusão da obra, ter realizado confraternização para pedir votos. (Sem destaques no original.)

Além de todas as circunstâncias delineadas no acórdão regional, registro que não constam de sua moldura fática o inteiro teor da gravação e do depoimento que motivaram a condenação.

Desse modo, conclusão em sentido diverso demandaria reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE.

4. Dosimetria da pena

Reconhecida a prática do crime do art. 299 do Código Eleitoral²¹, foram impostos ao recorrente dois anos de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de 10 dias-multa, convertida a pena privativa de liberdade em 30 dias-multa e em uma restritiva de direitos.

A esse respeito, conforme esclarecido pelo TRE/SP, “a ilustre magistrada *a quo* bem justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal (dois anos), indicando as circunstâncias do fato, *especialmente a repercussão do acontecido na cidade e a quantidade de moradores atingidos pela conduta (5 famílias)*, bem como a personalidade do agente, tudo em conformidade ao art. 59, *caput*, do Código Penal” (fls. 1.140-1.141).

²¹ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

Na hipótese, além de mais uma vez incidir o óbice da Súmula 24/TSE, tem-se que o simples fato de o recorrente ter corrompido os votos de integrantes de cinco famílias já justificaria a fixação da pena-base acima do limite mínimo, de modo que o acórdão regional também não merece reparos no particular.

5. Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial, mantendo a condenação imposta ao recorrente pela prática do crime de corrupção eleitoral (art. 299 do *Codex*).

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 1003-27.2012.6.26.0134/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Demétrius Ítalo Franchi (Advogados: Adib Kassaouf Sad – OAB: 127818/SP e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usaram da palavra, pelo recorrente, Demétrius Ítalo Franchi, o Dr. Rafael Carneiro e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Nicolao Dino.

Decisão: Após o voto do Ministro Herman Benjamin, negando provimento ao recurso especial eleitoral e mantendo a condenação do recorrente pelo crime de corrupção eleitoral, antecipou o pedido de vista a Ministra Luciana Lóssio.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin, Jorge Mussi e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino.

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto por Demétrius Ítalo Franchi, vereador eleito em 2012, contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP) que, por maioria, manteve a sentença que o condenou, como incurso no art. 299 do CE, à pena de dois anos de reclusão em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, convertida a pena privativa de liberdade em 30 dias-multa, por ato ocorrido no pleito de 2012.

Na sessão de 27.9.2016, o ilustre relator, Min. Herman Benjamin, negou provimento ao recurso especial, mantendo a condenação imposta ao recorrente pela prática do crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

Pedi vista dos autos, para melhor reflexão sobre o tema, os quais devolvo nesta data, para prosseguimento do julgamento.

Dada a clareza e minudência na exposição dos fatos, adoto o relatório do eminente relator.

Passo ao voto.

1. Investigação preparatória realizada pelo Ministério Público Eleitoral – Art. 105-A da Lei nº 9.504/1997

O recorrente alega que o acórdão regional afrontou o disposto no art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, bem como descumpriu o art. 5º, LIV, da CF/1988, pois, ao se admitir o inquérito civil para investigação criminal eleitoral realizada pelo Ministério Público, houve violação ao devido processo legal, devendo ser invalidadas todas as provas produzidas em tal procedimento pré-processual.

Percebo que o Tribunal Regional enfrentou a alegação de ilegalidade da prova em virtude de adoção de procedimento proscrito pelo art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, mas considerou a prova lícita. Destaco os seguintes trechos contidos no voto:

Nessa esteira, também não há nulidade da ação penal em razão de a investigação prévia do Ministério Público ter se realizado mediante inquérito civil, vício apontado pelo recorrente com base no art. 105-A da Lei 9.504/1997.

Primeiramente, observo que o tema já foi enfrentado nesta e. Corte quando da análise do *Habeas Corpus* 825-92.2012.6.26.0000, rel. o eminente juiz Roberto Solimene, no qual o corréu absolvido na r. sentença, *Edilberto Tosta*, visava o trancamento desta ação penal já na origem, alegando, entre o mais, a impossibilidade de que o inquérito civil amparasse a denúncia.

Naquela oportunidade, por sina, este C. Tribunal assentou, em suma, não ser possível a pronta rejeição da denúncia pelo fato de vir escorada em inquérito civil. (fls. 1.131-1.132)

Quanto ao tema, transcrevo excertos do voto proferido por mim, na relatoria do RO nº 1220-86/TO, *PSESS* de 28.3.2017, nos seguintes termos:

Dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 que, “em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*”.

A própria constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 está sendo discutida pelo STF nos autos da ADI nº 4352/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux²², na qual fora adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, mas ainda não houve decisão acerca do tema.

Quanto ao tema envolvendo a possibilidade de realização de atos de investigação pelo Ministério Público em âmbito eleitoral, a primeira discussão surgida nesta Corte Especial foi em respeito à utilização do inquérito civil público.

No julgamento do RO nº 4746-42/AM, rel. original Min. Dias Toffoli, rel. desig. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 6.3.2014, este Tribunal posicionou-se no sentido da ilegalidade da instauração de inquérito civil pelo Ministério Público para realização de investigações eleitorais. Confira-se:

Inquérito – Instauração – Ministério Público – Teor do disposto no artigo 105-A da Lei nº 9.504/1997. Tem-se a impossibilidade de o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral.

Na ocasião, acompanhei a divergência, que se consolidou como entendimento da Corte. Vedou-se, assim, que o Ministério Público Eleitoral utilizasse inquérito civil para efeitos de apuração de ilícitos eleitorais, asseverando que a utilização desse procedimento específico

²² Em 1º de fevereiro de 2013, o e. Min. Luiz Fux proferiu o seguinte despacho: “A hipótese reveste-se de indiscutível relevância. Entendo deva ser aplicado o disposto no artigo 12 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, a fim de que a decisão venha a ser tomada em caráter definitivo e não nesta fase de análise cautelar”.

estaria proscrito pela legislação e redundaria em ilegalidade da prova produzida e das que lhe fossem exclusivamente derivadas.

Depois do mencionado julgado, no REspe nº 545-88/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 4.11.2015, o TSE enfrentou novamente o tema. Na ocasião, a conclusão do julgamento foi unânime, porém os fundamentos que conduziram cada julgador foram diversos, como indicado na própria ementa.

Acompanhei a conclusão do e. relator quanto à legitimidade das provas obtidas por meio de inquérito civil público, mas votei reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo. Minha posição ficou registrada no item 2.1 da ementa a seguir reproduzida:

Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Representação. Conduta vedada aos agentes públicos. Art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Preliminares rejeitadas. Art. 105-A da Lei 9.504/1997. Aplicabilidade às ações eleitorais. Mérito. Programa social. Ausência de previsão em lei prévia. Multa. Desprovimento.

[...]

2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 pretendida pelo recorrente no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber:

2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, ressalte-se que: (i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; (ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu múnus constitucional; (iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e Dias Toffoli).

2.2. Ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: (i) ser adotado o Procedimento Preparatório Eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou (ii) serem

aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei 7.347/1985 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes).

2.3. O art. 105-A da Lei 9.504/1997 é inconstitucional, pois: (i) o art. 127 da CF/1988 atribuiu expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; (ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/1988, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; (iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura).

[...].

(REspe nº 545-88/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 4.11.2015.)

O TSE confirmou, no referido julgado, a constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 e ainda reconheceu, por unanimidade, a possibilidade de o Ministério Público Eleitoral realizar atos de investigação, desde que não se utilizasse do inquérito civil exclusivamente com fins eleitorais.

Vale ressaltar o voto do e. Min. Dias Toffoli, no qual Sua Excelência registrou a existência de recursos extraordinários já admitidos e encaminhados ao STF sobre essa questão. Ademais, o tema constitui objeto da ADI já mencionada.

Esse entendimento ainda prevalece, como se verifica do REspe nº 485-39/SE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 12.2.2016, em acórdão assim ementado:

Recursos especiais. Eleições 2012. AIJEs e AIME. [...] Inquérito civil inexistente. Violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 afastado. [...].

2. Na hipótese, não houve instauração de inquérito civil ou procedimento de que trata a Lei nº 7.347/1985. Violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 afastada.

No caso dos autos, restou plasmado no acórdão regional *que o MPE valeu-se de inquérito civil para investigação prévia em matéria eleitoral*. Por isso, entendo que toda a apuração pré-processual é nula e, *por derivação, tal nulidade atinge as provas que surgiram* em virtude do mencionado inquérito civil.

Ainda que seja superada a argumentação traçada acima, há outra questão envolvendo a investigação do Ministério Público.

Ocorre que, em sede penal, os poderes investigatórios do Ministério Público encontram ainda maiores restrições. Isso porque nenhuma investigação criminal pode estar infensa ao controle judicial.

A investigação criminal do MP deve se sujeitar a restrições equivalentes àquelas estabelecidas ao inquérito policial, já que ambos procedimentos têm o mesmo desiderato.

A par dessa situação, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução CNMP nº 13, de 2.10.2006, a fim de regulamentar o procedimento investigatório criminal do MP, o chamado PIC. Confirmam-se alguns trechos da mencionada norma:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

[...]

Art. 5º. Da instauração do procedimento investigatório criminal far-se-á comunicação imediata e escrita ao Procurador-Geral da República, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral de Justiça Militar ou ao órgão a quem incumbir por delegação, nos termos da lei.

[...]

Art. 15. Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

Parágrafo único. A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art.28 do CPP, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.

[...]

Art. 17 No procedimento investigatório criminal serão observados os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, aplicando-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente.

Portanto, a investigação penal-eleitoral pelo MP não pode ser realizada por meio de inquérito civil, seja por expressa proibição do art. 105-A da Lei nº 9.594/1997, seja porque tal procedimento não resguarda as garantias fundamentais do investigado criminal, bem como por não existir controle judicial durante a tramitação do mencionado IC.

No caso, consoante moldura fática delineada no acórdão regional, houve instauração de inquérito civil. Logo, a prova produzida em tal investigação e as provas que lhe são derivadas são nulas.

Consideram-se como provas derivadas: as produzidas em inquérito civil e confirmadas em juízo; aquelas cujo interesse na sua produção surgiu em razão de terem sido mencionadas no IC; e aquelas realizadas em juízo para confirmar outras provas geradas no IC.

As provas produzidas na instrução processual e reportadas no acórdão regional são derivadas do inquérito civil e, por isso, deverão ser reconhecidas como ilícitas e excluídas do feito.

Excluindo-se tais provas, não persistem elementos para se impor uma condenação penal e, consequentemente, deverá ser absolvido o recorrente.

O mesmo entendimento foi externado no voto minoritário. Confira-se:

Vê-se, assim, que a questão restou decidida no âmbito da Corte Superior Eleitoral no sentido da plena validade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 dispositivo que, embora indiretamente, veda a utilização do inquérito civil público para fins eleitorais, que foi, a meu ver, exatamente o que houve nestes autos.

Veja-se que, à página 8-10, consta a Portaria nº 12/12, baixada pela Promotoria de Justiça de Serra Negra, pela qual se instaurou inquérito para apurar ilícito de natureza eleitoral, determinando-se, no âmbito daquela investigação dirigida pelo Promotor de Justiça e mantida sob sigilo, intimação de testemunhas para prestar declarações, sem possibilidade, ressaltado, de qualquer contradita por parte dos réus.

Não desconheço a previsão do art. 129, III, da Constituição Federal, mas a norma do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, até eventual declaração de inconstitucionalidade, permanece inteira em nosso ordenamento jurídico.

E aqui, a meu juízo, há que se fazer a interpretação literal ao referido artigo 105-A da Lei nº 9.504/1997, de forma que, utilizando-se o dispositivo da expressão “matéria eleitoral”, há que se entender o mesmo aplicável a todo e qualquer caso eleitoral, entre os quais, o caso em tela. (fl. 1.147-1.148)

A existência de investigação ministerial por meio de inquérito civil, em sede eleitoral, já é suficiente para se reconhecer a nulidade das provas produzidas e, conseqüentemente, decretar-se a absolvição do recorrente. Contudo, se tal posição for superada pelo colegiado, entendendo que existe outra situação geradora de nulidade da instrução, conforme aponto a seguir.

2. Gravação clandestina – Entendimento definido pelo TSE para o pleito de 2012

O recorrente alega que o acórdão regional afrontou o art. 5º, X, LV, LVI, da CF/1988²³, porquanto a gravação clandestina violou o seu direito de privacidade e intimidade, ofendeu o princípio do contraditório, bem como revelou ser prova ilícita.

Aponta, ainda, que a instrução não comprovou que a gravação foi feita por interlocutor da conversa, por isso a questão deve ser interpretada como caso de interceptação ambiental sem autorização judicial, o que se encontra proscrito pelo art. 5º, XII, da CF/1988²⁴ e pelo art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/1995²⁵, vigente ao tempo dos fatos.

²³ Constituição Federal

Art. 5º [...].

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;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

²⁴ Constituição Federal

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

²⁵ Lei nº 9.034/1995

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

Inicialmente afasto a tese da interceptação ambiental, tendo em vista que o acórdão regional assentou que *a gravação foi realizada por um dos interlocutores da conversa, o senhor Valdir Lopes Miguel*. Por isso, o caso não envolve afronta à proibição do art. 5º, XII, da CF/1988, nem ao art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/1995. Confirmam-se trechos do acórdão:

E desde já afasto o apontado vício de nulidade, eis que a gravação da reunião ora contestada foi captada pela testemunha *Valdir Lopes Miguel*, um dos seus participantes, por meio de telefone celular (fl. 1.130). Toda essa reunião foi gravada pela testemunha *Valdir Lopes Miguel*, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degrevada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial (fls. 356-401). Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao Promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura. (fl. 1.136)

[...]

Além do conteúdo da gravação, a revelar a tentativa do réu de encobrir a sua colaboração na construção da ponte, é de relevo o depoimento judicial de *Valdir Lopes Miguel*, repito, quem gravou a reunião. Com efeito, essa testemunha confirmou não só o auxílio material prestado, como também afirmou que, após a finalização da obra, o denunciado ofereceu uma confraternização aos participantes e nela pediu votos. Eis o intuito eleitoral inequivocamente comprovado. (fls. 1.138-1.139)

A discussão a ser feita tem como premissa que um dos interlocutores fez a gravação, relacionada com investigação eleitoral, no pleito de 2012.

O TSE, após inúmeros debates acerca do tema, firmou orientação no sentido de que é indispensável a prévia autorização judicial para que a gravação ambiental possa ser considerada lícita e desde que o seja para fins penais (REspe nº 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 28.11.2012; REspe nº 577-90, rel. Ministro Henrique Neves, *DJe* de 5.5.2014). Inclusive destaco trechos do seguinte REspe nº 602-30, de minha relatoria, *DJe* de 17.2.2014:

Entretanto, vale destacar que, no presente caso, “as gravações foram produzidas diretamente pelos adversários políticos dos recorrentes, clandestinamente, sem a ciência dos eleitores” (fls. 621), como afirma o próprio acórdão regional. Vale dizer, concorrentes na eleição municipal de 2012, mais especificamente o segundo colocado na eleição para prefeito,

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

e um vereador gravaram conversas com eleitores, sem o conhecimento destes, para comprovar a prática de captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei das Eleições, num disputado certame, com diferença de apenas 55 votos entre os recorrentes e recorridos.

Tenho, pois, que a análise da prova em tela, a meu ver, deve ocorrer sob a ótica das nuances que envolvem o processo eleitoral, no qual as acirradas disputas pelo poder dão ensejo a condutas apaixonadas que extrapolam, muitas vezes, o limite da ética e da legalidade.

Recentemente, contudo, esta Corte assentou que a gravação ambiental, sem a referida autorização judicial, é lícita quando realizada em ambientes públicos, admitindo-a como meio de prova contra a parte em processo cível-eleitoral (REspe nº 637-61/MG, de rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 21.5.2015).

Ressalto não ser esse o meu entendimento, como consignado no voto-vista que proferi no referido apelo. A meu ver, a gravação ambiental clandestina só pode ser admitida na defesa do jurisdicionado, uma vez que a proteção à privacidade é direito fundamental, estabelecido na Constituição Federal.

Ora, a análise da prova em tela, no meu entendimento, deve ocorrer sob a ótica das nuances que envolvem o processo eleitoral, no qual as acirradas disputas pelo poder dão ensejo a condutas apaixonadas que extrapolam, muitas vezes, o limite da ética e da legalidade.

Relembro que o posicionamento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), relativamente aos crimes não eleitorais, é no sentido de que a gravação ambiental clandestina é prova lícita; mas, de forma excepcional, o caso concreto poderá revelar situações em que tal prova seja reconhecida como nula.

No processo eleitoral, a realidade é inversa, pois este Tribunal Superior posiciona-se no sentido de que, comumente, a gravação ambiental clandestina é prova ilícita, ante o clima de deflagrada disputa que permeia todo o pleito eleitoral. Todavia, pode o caso concreto revelar situações em que tal prova seja lícita, tal como ocorre nas gravações em locais públicos, com a ressalva do meu entendimento.

No caso em exame, a gravação foi realizada em reunião na qual compareceram as partes, em data posterior ao pleito, não havendo indicação de que se tratava de local público. O áudio foi captado após

o início dos procedimentos investigatórios do Ministério Público, como se extrai do seguinte trecho do acórdão: “ao tomar ciência que o *Parquet* local se movimentava, o recorrente organizou um reunião com todas as testemunhas” (fl. 1.136). Um interlocutor munuiu-se de celular para gravar conversa relativa à eventual infração ocorrida antes da eleição. Nessa situação, deve ser aplicada a jurisprudência tradicional do TSE, a fim de concluir que a gravação realizada por Valdir Lopes Miguel é ilícita, bem como são ilícitas todas as provas decorrentes diretamente de tal gravação, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (*Tree Poison Fruits*).

Sobre o tema, destaco entendimento de valiosa doutrina, representada por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, sobre as provas ilícitas por derivação, vejamos:

A questão, também momentosa, das denominadas provas ilícitas por derivação diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas as que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida.

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

No mesmo sentido é a doutrina de Fernando Capez²⁶:

Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei n. 9.296/1996) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação (nesse sentido: Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas*, p. 67). Tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem.

²⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Tal conclusão decorre do disposto no art. 573, § 1º, do CPP, segundo o qual “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (nesse sentido: STF, Plenário, APn 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 13 out. 1995; Pleno, *HC* 69.912-0/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993, *DJU*, 25 mar. 1994).

[...]

O art. 157 do CPP albergou a teoria dos frutos da árvore envenenada e trouxe limites a ela, inspirando-se na legislação norte-americana, de forma a se saber quando uma prova é ou não derivada da ilícita, isto é, a lei procurou trazer contornos para o estabelecimento do nexo causal entre uma prova e outra.

Filio-me à corrente doutrinária acima, entendendo que a prova derivada deve seguir a mesma sorte das provas que lhes deram origem, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Isso porque as provas que tenham como origem uma prova ilícita padecem da mesma ilicitude, seja em virtude do princípio da causalidade, seja em virtude da doutrina dos frutos da árvore envenenada, bem como em virtude do próprio princípio da vedação das provas ilícitas.

Assim, se o ordenamento vedar as provas ilícitas, mas aproveitar a informação havida do mencionado instrumento imune para se confirmar outros vestígios ou fatos, agora sob a camuflagem de meios lícitos, haverá, em verdade, um incentivo à produção da prova ilícita, com a perpetuação de prática tão nefasta e antidemocrática no Sistema Jurídico.

No caso, verifico que o depoimento testemunhal prestado por Valdir Lopes Miguel (autor da gravação), a degravação da mídia e a perícia realizada sobre tal degravação são nulos, já que todos estão diretamente relacionados à gravação clandestina.

Também deverão ser declarados nulos os depoimentos testemunhais de Pricila Brolezi Marchezini da Silva, Maura Filipi Brolezi Manzoli, Marcelo Brolezi Marchezini e Marcelo Aparecido Arthuzo da Silva, já que tais depoimentos foram colhidos após tais pessoas serem “confrontadas” com a gravação ilícita. Confirmam-se trechos do acórdão regional:

As testemunhas Pricila Brolezi Marchezini da Silva (fls. 68-70), Maura Filipi Brolezi Manzoli (fls. 72-73), Marcelo Brolezi Marchezini (fls. 79-81), Marcelo Aparecido Arthuzo da Silva (fls. 86-87), que participaram da reunião, chegaram a contar ao Promotor, nos respectivos depoimentos na fase de investigação, a versão dos fatos proposta pelo denunciado.

Porém, quando confrontados com a gravação, recuaram e, entre o mais, confirmaram a colaboração do réu na construção da ponte.

Não ignoro que algumas dessas testemunhas, como *Pricila Brolezi Marchezini da Silva* e *Maura Filipi Brolezi Manzoli*, em juízo, afirmaram que foram coagidas pelo *Parquet* e então, só por esse motivo, acabaram contando que o denunciado havia fornecido as pedras e a máquina em favor da obra. Porém, sem embargo dessa versão pueril, não negaram a realização da reunião e o que nela foi dito.

Aliás, as testemunhas *Maura Filipi Brolezi Manzoli* e *Marcelo Brolezi Marchezin*, ao deporem no Ministério Público, foram auxiliadas por advogado, que também assinou a ata. Tal constatação fragiliza o argumento supramencionado, de que teriam sido forçadas pelo Promotor a incriminar *Demétrius Ítalo*.

Além do conteúdo da gravação, a revelar a tentativa do réu de encobrir a sua colaboração na construção da ponte, é de relevo o depoimento judicial de *Valdir Lopes Miguel*, repito, quem gravou a reunião. Com efeito, essa testemunha confirmou não só o auxílio material prestado, como também afirmou que, após a finalização da obra, o denunciado ofereceu uma confraternização aos participantes e nela pediu votos. Eis o intuito eleitoral inequivocamente comprovado.

O denunciado chegou a argumentar, em sua defesa, que fora *Edvaldo* quem teria fornecido as pedras e a máquina, o qual pediu para não ser identificado. Porém, mesmo tendo arrolado essa pessoa como testemunha, acabou desistindo da respectiva oitiva.

Não se olvide que por alegar circunstância apta, em tese, a fragilizar a pretensão ministerial, caberia ao réu e não ao *Parquet* o ônus de prová-la, eis que *et reus in excipiendo fitactor*, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal (diploma de aplicação subsidiária ao caso, art. 364 do Código Eleitoral) de tal modo que, não o fazendo, deverá ser rechaçada tal justificação.

Ou seja, a prova coligida – gravação ambiental e testemunhal – aponta somente a uma conclusão; bem delineada na r. sentença: a de que *Demétrius Ítalo fornece material e horas de máquina para moradores do Sítio São José, a fim de auxiliá-los na construção de uma passagem sobre o rio que dá acesso ao local, para obter voto, [...] caracterizado o delito descrito no artigo 299, do Código Eleitoral (fls. 779, verso). (fls. 1.138-1.140)*

Em consequência da exclusão de tais provas, resta patente a necessidade de ser absolvido o recorrente, tendo em vista que o acórdão regional não indica outras provas, despidas de nulidades, que possam embasar a condenação penal.

3. Reconhecimento da nulidade da prova pelo TSE ao examinar a AIJE relativa ao mesmo caso

Trago mais um fundamento para o reconhecimento da nulidade das provas produzidas nos autos.

Como reportado pelo eminente Min. Herman, O AgR-REspe nº 838-77 (*DJe* de 7.12.2015) que tratava da AIJE envolvendo as mesmas partes e os mesmos fatos foi atribuído à minha relatoria. Na ocasião, este Tribunal reconheceu a ilegalidade da prova advinda de inquérito civil instaurado pelo MP em ação eleitoral e a nulidade da gravação clandestina realizada sem autorização judicial. Segue a ementa do acórdão:

Eleições 2012. Agravo regimental. Recurso especial. AIJE. Captação ilícita de sufrágio. Provas. Imprestabilidade. Inquérito civil. Gravação ambiental. Desprovemento.

1. A instauração de inquérito civil pelo Ministério Público Eleitoral para produção de provas e posterior aproveitamento em AIJE ofende o disposto no art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 e ocasiona a nulidade das provas obtidas.

2. A teor da jurisprudência desta Corte, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade direito fundamental estabelecido na Constituição Federal (Precedentes: REspe nº 344-26/BA, rel. Min. Marco Aurélio, de 16.8.2012 e REspe nº 602-30/MG, de minha relatoria, *DJe* de 17.2.2014), salvo quando realizada em local público, que não é a hipótese dos autos.

3. Tendo a gravação sido realizada em local privado – reunião na residência de um dos interlocutores –, afigura-se inaplicável o novo entendimento jurisprudencial firmado pelo TSE no REspe nº 637-61/MG, segundo o qual a gravação ambiental, sem a referida autorização judicial, é lícita quando realizada em ambientes públicos, admitindo-a como meio de prova contra a parte em processo cível-eleitoral. Entendimento sobre o qual guardo ressalva.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 83877, de minha relatoria, *DJe* de 7.12.2015.)

Por ocasião dos embargos de declaração (*DJe* de 16.8.2016), manteve-se a decisão:

Eleições 2012. Embargos de declaração. Agravo regimental. Recurso especial. AIJE. Captação ilícita de sufrágio. Provas. Imprestabilidade. Inquérito civil. Gravação ambiental. Omissão. Inexistência. Rejeição.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade, não se prestando para rediscutir o que já decidido pelo Tribunal.
2. Conforme fixado no acórdão embargado, “a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público Eleitoral para produção de provas e posterior aproveitamento em AIJE ofende o disposto no art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 e ocasiona a nulidade das provas obtidas”. Precedentes.
3. Evolução da jurisprudência do TSE, com a ressalva do ponto de vista da relatora, quanto à possibilidade de o Ministério Público Eleitoral realizar atos de investigação no Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE), desde que não se utilize do inquérito civil exclusivamente com fins eleitorais.
4. Embargos rejeitados.
(ED-AgR-REspe nº 83877, de minha relatoria, DJe de 1º.8.2016.)

Verifico que esta Corte Superior já examinou as provas produzidas na instrução, por ocasião do exame da AIJE em sede de recurso especial, considerando-as ilícitas, não havendo razão para modificar essa conclusão no presente momento, em que se examina a ação penal.

Isso porque a prova reconhecida como ilícita manterá esse caráter para todos os efeitos e para todas as instâncias de julgamento, seja cível, seja administrativa, seja penal.

4. Mérito

Quanto ao mérito, o acórdão regional indicou que o recorrente prometeu a cinco famílias, em troca de seus votos, fornecer materiais (pedras), maquinário (trator) e servidor da prefeitura (operador de máquinas) para construção de ponte.

O recorrente alega que as provas produzidas não foram suficientes para comprovar a configuração da infração eleitoral.

O e. relator indicou que, segundo a Corte Regional, restou comprovado a infração penal. Esse entendimento sustenta-se em depoimentos prestados em juízo, especialmente por Valdir Lopes Miguel e, ainda, em gravação ambiental na qual o recorrente, com objetivo de ludibriar a Justiça Eleitoral, orienta os beneficiários da conduta a mentirem ao Ministério Público, dizendo que arcaram com a totalidade dos custos da obra.

Quanto ao ponto, tenho que, excluídas as provas ilícitas e aquelas ilícitas por derivação do quadro probatório estabelecido pelo Tribunal Regional, não restam elementos suficientes para afligir uma condenação ao recorrente.

5. Conclusão de voto

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para reconhecer: a) a ilicitude da utilização do inquérito civil como procedimento investigatório; b) a nulidade da gravação clandestina produzida no feito; c) a ilicitude das provas produzidas por derivação do inquérito civil ou da gravação clandestina, quais sejam: depoimento testemunhal de Valdir Lopes Miguel, a degravação da mídia, a perícia realizada sobre tal degravação, depoimentos testemunhais de Pricila Brolezi Marchezini da Silva, Maura Filipi Brolezi Manzoli, Marcelo Brolezi Marchezini e Marcelo Aparecido Arthuzo da Silva. *Absolvo, ainda, o recorrente*, por ausência de provas, nos termos do art. 386, V, do CPP.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, peço vista regimental.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 1003-27.2012.6.26.0134/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Demétrius Ítalo Franchi (Advogados: Adib Kassaouf Sad – OAB: 127818/SP e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto da Ministra Luciana Lóssio, dando provimento ao recurso especial eleitoral, pediu vista o Ministro Herman Benjamin.

Presidência do Ministro Luiz Fux. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Herman Benjamin, Jorge Mussi e Admar Gonzaga, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, os autos foram recebidos no gabinete em 3.5.2017.

De início, constato que, em 2.5.2017, a e. Ministra Luciana Lóssio divergiu de meu voto inicialmente trazido na sessão de 27.9.2016 por entender ilícitas as provas, nos seguintes termos:

a) “a investigação penal-eleitoral pelo MP não pode ser realizada por meio de inquérito civil, seja por expressa proibição do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, seja porque tal procedimento não resguarda as garantias fundamentais do investigado criminal, bem como por não existir controle judicial durante a tramitação do mencionado PIC [Procedimento Investigatório Criminal]”;

b) “a gravação foi realizada em reunião na qual compareceram as partes, [...] não havendo indicação de que se tratava de local público”;

c) “esta Corte Superior já examinou as provas produzidas na instrução, por ocasião de AIJE em sede de recurso especial, considerando-as ilícitas, não havendo razão para modificar essa conclusão no presente momento, em que se examina a ação penal”.

Pedi vista regimental para melhor analisar a matéria e, desde logo, mantenho o voto originário, nos termos a seguir.

1. Violação ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 (inquérito civil público)

Segundo o recorrente, não se admite inquérito civil público em ações eleitorais, a teor do que dispõe o art. 105-A da Lei 9.504/1997, *in verbis*: “em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985²⁷”.

Esse raciocínio, embora inicialmente acolhido por esta Corte Superior²⁸ em um primeiro momento, foi revisto no REspe 545-88/MG em 8.9.2015,

²⁷ Incluído pela Lei 12.034/2009.

²⁸ Cito, por todos, o RO 4746-42/AM, redator para acórdão Ministro Marco Aurélio, *DJe* de 6.3.2014: “Inquérito – Instauração – Ministério Público – Teor do disposto no artigo 105-A da Lei nº 9.504/1997. Tem-se a impossibilidade de o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral”.

quando se fixaram três vertentes quanto ao possível uso de inquérito civil público no âmbito da Justiça Eleitoral – duas interpretando o dispositivo conforme a Constituição e a terceira declarando-o inconstitucional – nos termos dos votos dos e. Ministros João Otávio de Noronha, Henrique Neves e Luiz Fux, acompanhados pelos demais membros desta Corte. Consta da ementa o seguinte:

Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Representação. Conduta vedada aos agentes públicos. Art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Preliminares rejeitadas. Art. 105-A da Lei 9.504/1997. Aplicabilidade às ações eleitorais. Mérito. Programa social. Ausência de previsão em lei prévia. Multa. Desprovemento.

[...]

2. *A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 pretendida pelo recorrente – no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas – não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber:*

2.1. *Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, ressalte-se que (i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; (ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu *munus* constitucional; (iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e Dias Toffoli).*

2.2. *Ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: (i) ser adotado o procedimento preparatório eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou (ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei 7.347/85 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes).*

2.3. *O art. 105-A da Lei 9.504/1997 é inconstitucional, pois: (i) o art. 127 da CF/1988 atribuiu expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses*

sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; (ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/1988, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; (iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (*Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura*).

(REspe 545-88/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 4.11.2015.) (Sem destaques no original.)

Confirmam-se, ainda, precedentes específicos – desta Corte Superior, do c. Superior Tribunal de Justiça e do c. Supremo Tribunal Federal – em ações penais:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação penal. Eleições 2012. Coação eleitoral por servidor (art. 300 CE). Associação criminosa (art. 288, CP). Continuidade delitiva (art. 71 CP). Procedimento preparatório eleitoral. Instauração. Inquérito civil anterior. Prova ilícita. Não configuração. Recebimento da denúncia. Constrangimento ilegal. Inocorrência.

1. O art. 105-A da Lei 9.504/1997 não alcança a interpretação proposta pelos recorrentes no sentido de serem consideradas ilícitas – para a ação penal eleitoral – as provas angariadas pelo Ministério Público em inquérito civil e as delas derivadas. Interpretação literal e histórica do dispositivo vergastado não permite essa conclusão.

2. A ilicitude da prova, em nosso sistema, liga-se à sua forma de obtenção: inobservância de direitos e garantias fundamentais (inclusive no âmbito de sua eficácia horizontal). Hipótese não configurada na espécie.

[...]

5. Ainda que o inquérito civil público não seja vocacionado, primordialmente, à apuração de ilícitos penais, é poder-dever institucional do Ministério Público Eleitoral, na qualidade de dominus litis da ação penal, ao verificar de maneira casual ou fortuita a ocorrência de prática de crime, promover a competente ação penal eleitoral. [...].

(TSE, RHC 3488-22/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 6.5.2015.) (Sem destaques no original.)

PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO, LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS.

INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL. POSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO NA INVESTIGAÇÃO. IRREGULARIDADE QUE NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL. INQUÉRITO CIVIL PRESIDIDO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. CRIME DE QUADRILHA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUANTO ÀS DEMAIS CONDUTAS, A PEÇA INAUGURAL PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 E 395 DO CPP. AFASTAMENTO DO CARGO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA.

1 – *Mostra-se cabível o oferecimento de denúncia criminal com escólio em inquérito civil.* Precedentes do STF e do STJ. [...].

(STJ, APn 618/MT, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, DJe de 16.10.2014.) (Sem destaques no original.)

Questão de ordem na ação penal. Corrupção passiva (art. 317, CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, V, da Lei nº 9.613/1998, com a redação vigente à data dos fatos). Denúncia. Inépcia. Possibilidade de sua análise na apreciação da resposta à acusação. Inexistência de preclusão para o juiz. Descrição suficiente das imputações. Preliminar rejeitada, por maioria. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Denúncia instruída com os elementos indispensáveis à compreensão das imputações. Desnecessidade de juntada da íntegra do inquérito civil ou da ação civil pública nele lastreada. Afastamento de sigilo bancário de parlamentar federal em inquérito civil. Admissibilidade. Compartilhamento desses dados. Prova lícita. Ausência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Lavagem de dinheiro. Ocultação de valores ilícitos supostamente recebidos por meio de pessoas jurídicas. Conduta autônoma em relação ao crime de corrupção passiva. Questão de ordem resolvida no sentido de se rejeitarem, por maioria, a preliminar de inépcia da exordial e, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas na resposta à acusação, ratificando-se o recebimento da denúncia.

[...]

7. *Como decidido na AP nº 396/RO, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28/4/11, “[é] firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbra suposta prática de ilícitos penais. Precedentes”.*

8. O Supremo Tribunal Federal admite o compartilhamento de prova, desde que haja fundadas razões para tanto. Precedentes.

[...]

13. Questão de ordem resolvida no sentido de se rejeitarem, por maioria, a preliminar de inépcia da exordial e, por unanimidade, as

demais preliminares suscitadas na resposta à acusação, ratificando-se o recebimento da denúncia.

(QO-AP 945/AP, redator para acórdão Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe de 3.8.2017.) (Sem destaque no original.)

Assim, rejeito a alegação.

2. Gravações ambientais: Lícitude

Segundo Demétrius Ítalo, é ilícita gravação ambiental de reunião promovida com as famílias beneficiadas – em que teria orientado as pessoas que nela compareceram a mentirem ao Promotor Eleitoral acerca dos fatos – por não ter sido judicialmente autorizada e diante de ausência de conhecimento pelos demais interlocutores.

A esse respeito, consignou a Corte Regional (fl. 1.136):

Entretanto, ao tomar ciência que o *Parquet* local se movimentava, o *recorrente* organizou uma reunião com todas as testemunhas que haviam recebido intimações. E, nela, passou a aconselhar os envolvidos sobre o que deveriam dizer nos respectivos depoimentos.

Toda essa reunião foi gravada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degradada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial. Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura. (Sem destaques no original.)

Todavia, a irresignação do recorrente não merece prosperar.

O Tribunal Superior Eleitoral vem assentando, desde as Eleições 2010, em ações cíveis-eleitorais, a ilicitude de gravação realizada nessas circunstâncias. Cito, a título demonstrativo, alguns julgados:

[...] 2. São nulas as atividades exercidas pelos agentes da Polícia Federal que deveriam ter comunicado à autoridade judiciária, ou ao menos ao Ministério Público Eleitoral, desde a primeira notícia, ainda que sob a forma de suspeita, do cometimento de ilícitos eleitorais, para que as providências investigatórias – sob o comando do juiz eleitoral – pudessem ser adotadas, se necessárias.

4. A lícitude da interceptação ou gravação ambiental depende de prévia autorização judicial. Ilícitude das provas obtidas reconhecida. [...].

(RO 1904-61/RR, redator designado Min. Henrique Neves, DJe de 21.8.2012.) (Sem destaque no original.)

[...] Privacidade – Dados – Gravação Ambiente. *A regra é a proteção à privacidade. Viabiliza-se a gravação quando, em investigação criminal ou processo penal, há a ordem judicial.*

(REspe 344-26/BA, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.11.2012.) (Sem destaque no original.)

[...] 1. *A teor da jurisprudência desta Corte Superior, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade direito fundamental estabelecido na Constituição Federal a regra.* [...].

(REspe 602-30/MG, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 17.2.2014.) (Sem destaque no original.)

O principal fundamento dessa corrente é que, no Direito Eleitoral, devem ser consideradas as paixões, a disputa acirrada e os propósitos envolvidos. Em outras palavras, tal posição decorre, sobretudo, do fato de que o registro ambiental nesses moldes é premeditado e consiste em mecanismo para posterior uso em processo cível-eleitoral visando desconstituir mandato eletivo de adversário político, e não para defesa própria em processo penal.

Já no âmbito penal-eleitoral, tem-se que, no julgamento do HC 309-90 (DJe de 5.11.2015), o e. Ministro João Otávio de Noronha afirmou que também em ações penais a gravação pode ser utilizada em regra como meio de prova²⁹, mas que o caso assemelhava-se a flagrante preparado, trancando assim a ação penal³⁰. Inexistiu, porém, debate mais amplo acerca, por exemplo, da prevalência do interesse público, sendo a ordem concedida, de fato, pelo próprio teor da gravação.

Não se firmou aqui, portanto, a tese de licitude da prova obtida mediante gravação clandestina por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais, em processo penal.

²⁹ Trecho do voto então proferido pelo e. Min. João Otávio de Noronha: “no processo penal (no qual as garantias fundamentais de liberdade contra a atuação estatal recebem o maior âmbito de proteção) a gravação clandestina é considerada, de regra, prova lícita. Assim, por que na persecução eleitoral declarar-se-á ilícita a mesma espécie probatória? A meu juízo realmente não subsiste razão para a distinção”.

³⁰ Constatou-se que o autor da gravação não obteve a vantagem pessoal que lhe fora prometida – transferência de automóvel para o seu nome – após se comprometer com os 18 votos de seus familiares. Por esse motivo, recorreu ao induzimento do candidato eleito.

O mesmo não ocorre no c. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria na QO-RG-RE 583.937/RJ:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. *Repercussão geral reconhecida*. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. *É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro*.

(QO-RG-RE 583.937/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.2009.) (Sem destaques no original.)

Extraio, no que interessa ao tema, a cristalina fundamentação do e. Ministro Cezar Peluso (relator):

O recurso extraordinário está submetido ao regime de repercussão geral e versa, em substância, sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova. É que este entendimento responde à mesma ratio da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação. A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como relator, proferi no julgamento do RE nº 402.717 (DJe de 13.02.2009), e que passo a reproduzir, por ser de todo aplicável ao caso:

Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem é ilícito seu uso, em particular como meio de prova.

[...]

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esteja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal

vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentais.

[...]

Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana, nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público da jurisdição.

[...]

De modo que ainda quem professe tese da ilicitude da gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, terá, neste caso, onde seu uso, tido por excepcional *ad argumentandum*, seria legitimado, por normas constitucionais, de lhe reconhecer, quando menos, caráter de causa excludente de injuricidade da ação e análoga à da legítima defesa. É o que já proclamou esta Corte, em hipótese em certo sentido até mais singular, onde se discutia a licitude do uso de conversa telefônica por quem alegava ter sido vítima de crime cometido de um dos interlocutores, o qual desconhecia a gravação feita por terceiro com autorização do outro: [...]

No mesmo sentido, a Corte já se pronunciou reiteradamente: Al nº 578.858, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27.08.2009; AP nº 447, rel. Min. Carlos Britto, DJe de 28.05.2009; Al-AgR nº 666.459, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 29.11.2007; HC nº 87.341, rel. Min. Eros Grau, DJ de 03.03.2006; Al-AgR nº 503.617, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04.03.2005; RE-AgR nº 402.035, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 06.02.2004; HC nº 75.338, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25.09.1998; Inq nº 657, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19.11.1993; RE nº 212.081, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 27.3.98, inter alia).

Isso posto, nos termos do que decidiu o Plenário, em Questão de Ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 591.068:

a) reconheço a existência de repercussão geral no tema objeto do presente recurso; e

b) reafirmo a jurisprudência firmada pela Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, e dou provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida. (Sem destaques no original.)

Nomeus sentir – e aqui iniciomeuraciócinio – tenho como premissa a validade de gravações ambientais sem autorização judicial e sem conhecimento de um dos interlocutores, seguindo o entendimento da Suprema Corte, quando em prol do interesse público e da lisura do processo eleitoral.

Não desconheço o fato de que a disputa acarreta, por vezes, emprego de meios nada éticos na busca de provas incriminadoras. Há casos em que a gravação simboliza tão somente resposta a quebras de promessas de candidatos (oferta de vantagens pessoais), ao passo que, em outros, a captação é feita por adversários políticos, mediante induzimento ou constrangimento, para incriminar o interlocutor.

Em suma, conforme se demonstrará a seguir, não se diz aqui que toda e qualquer gravação sempre será lícita, mas que se deve ter, como regra, a licitude, sob pena de se deconsiderar prova essencial para apurar condutas tendentes a afetar a lisura e a legitimidade das eleições.

Assento que, ao contrário do que ocorre nas interceptações telefônicas³¹, quanto às gravações ambientais³² não se tem a garantia constitucional de sigilo, mas sim de inviolabilidade da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, da CF/1988³³). Confira-se doutrina de Vicente Greco Filho³⁴:

[...] gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores, são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição, e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existe)

³¹ Tem-se como indene de dúvidas necessidade de autorização judicial para se proceder às interceptações telefônicas, tópico que se encontra pacificado pela jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral e dos demais tribunais superiores. De fato, enquanto na interceptação tem-se gravação de conversa por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores, nas gravações ambientais, sejam públicas ou de caráter privado, um dos interlocutores é responsável pela gravação, sem ciência do outro. No ponto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal distinguem as garantias fundamentais envolvidas, pois o art. 5º, XII da CF/1988 refere-se, unicamente, à interceptação em sentido estrito (feita por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores), matéria regulamentada pela Lei 9.296/1996.

³² Utiliza-se o termo gravação ambiental e gravação clandestina como sinônimos, embora a doutrina faça pequena distinção para situar gravação clandestina como gênero, sendo espécies as gravações de conversa pessoal, ambiental ou mesmo telefônica, desde que realizadas por um dos interlocutores. Isso porque a participação de um dos interlocutores é o que define a possibilidade de se ter como válida a prova obtida por esses meios.

³³ Art. 5º [omissis]

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; [...].

³⁴ FILHO, Vicente Greco. *Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296/96*. São Paulo: Saraiva, 2008. p 6.

com a justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal). (Sem destaque no original.)

Essa distinção foi expressamente realizada pelo c. Supremo Tribunal Federal, consagrando-se o entendimento de que “a gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição” (AgR-AI 560.223, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 30.8.2010).

Assim, ausente disciplina legal específica, pois a gravação clandestina não foi contemplada pela Lei 9.296/1996, *deve-se perquirir se, nos casos examinados pelo Poder Judiciário, há justa causa para a gravação e se a forma de obtê-la não viola a privacidade e a intimidade*³⁵ do interlocutor.

No ponto, a pergunta que se coloca é: qual elemento crucial para se definir violação à intimidade? Quando a intimidade será comprometida ao se realizarem gravações? Fernando Capez apresenta critério para balizamento:

A gravação somente não será admitida, e considerada ilícita, quando afrontar outra garantia, qual seja, a da inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X). Dessa forma, se, excepcionalmente, o conteúdo for muito acintoso, a prova poderá, eventualmente, ser considerada ilícita, por afronta a outra norma de índole constitucional, a da inviolabilidade da intimidade da vida privada. A gravação não feriu a inviolabilidade da

³⁵ Adota-se, aqui, a premissa estabelecida pela doutrina, das diferentes esferas de abrangência da privacidade, com modalidades diversas de intensidade. Assim, conforme estudo de Guilherme Barcelos, no qual se fundamenta em Alexy e em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tem-se a esfera da intimidade, mais interior e secreta, âmbito nuclear da vida privada, a esfera privada ampliada, de grau intermediário e a esfera do círculo de vida privada, “em que repousam, por exemplo, as relações interpessoais mais rasas, nas quais não há um amplo grau de conhecimento da vida alheia”. A síntese do autor também merece transcrição: “os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam interligação, podendo, porém, serem diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, como relações comerciais, de trabalho, estudo etc.”. BARCELOS, Guilherme. *Processo Judicial Eleitoral e Provas Ilícitas. A problemática das Gravações Ambientais Clandestinas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-72.

comunicação telefônica, mas seu conteúdo acintoso pode torná-la ilícita, ante o suplício da humilhação imposto ao outro interlocutor, o qual terá sua intimidade e sua imagem protegidas³⁶. (Sem destaques no original.)

Ademais, o c. Supremo Tribunal Federal consagra tese de que, em determinados casos, é necessário relativizar-se a privacidade para proteger-se o interesse público. Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. REPORTAGEM LEVADA AO AR POR EMISSORA DE TELEVISÃO. NOTITIA CRIMINIS. DEVER-PODER DE INVESTIGAR.

1. Paciente denunciado por falsidade ideológica, consubstanciada em exigir quantia em dinheiro para inserir falsa informação de excesso de contingente em certificado de dispensa de incorporação. Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem representou *notitia criminis*, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação.

[...]

3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público (precedentes) [...]. (HC 87341, rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.3.2006.) (Sem destaque no original.)

HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQUESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.

(HC 75338, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25.9.1998.) (Sem destaque no original.)

Outro exemplo, bastante significativo, ocorreu no HC 708-14/SP, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello. Na ocasião, a primeira turma

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 392.

concluiu que a inviolabilidade da correspondência de preso não pode ser utilizada como meio de acobertar ilícitos. Transcrevo a ementa:

HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. [...].

– A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/1984, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. [...].

(HC 708-14/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1º.3.1994.) (Sem destaque no original.)

O relator pontuou que, embora o art. 41, XV, da Lei 7.210/1984³⁷ estabeleça direito de o preso se comunicar com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, “razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma, inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

Ressalto o valor desse julgado para a argumentação proposta por se demonstrar (ainda que em se tratando do sigilo previsto no art. 5º, XII, da CF/1988) a necessidade de se relativizar, motivadamente, alguns direitos fundamentais, quando houver fortes indícios da prática de atos ilícitos.

Assim, a jurisprudência desta Corte Superior deve balizar-se no sentido de, ao mesmo tempo em que preserva de modo geral direitos fundamentais, tais

³⁷ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

XV - contato com o mundo exterior *por meio de correspondência escrita*, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

[...]

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos *mediante ato motivado do diretor do estabelecimento* (sem destaques no original).

como os de intimidade e proteção à vida privada, sopesa a imprescindível e irrestrita observância a valores como lisura do processo eleitoral, legitimidade e moralidade do pleito e paridade de armas, de modo a garantir a observância ao princípio democrático do art. 1º, § 1º, da CF/1988.

Em outras palavras, direitos fundamentais de privacidade e intimidade não são absolutos e podem ser relativizados em casos específicos em nome desses pilares democráticos, aqui entendidos como justa causa para utilização desse importante mecanismo probatório.

Em estudo sobre tendências do processo contemporâneo, Ada Pellegrini Grinover³⁸ adverte que “as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”.

Dito de outro modo, o abuso de direito ou garantia individual, de forma que se agrida ou viole bens jurídicos da própria coletividade, permite sua relativização, tendo em vista que não pode ser invocado como escudo e proteção contra penalidades decorrentes dos ilícitos praticados.

Daí a necessidade de se valorar, caso a caso e com cautela, a prova obtida mediante gravações ambientais, mas admitindo-se como regra não a ilicitude, mas sim a licitude desse relevantíssimo mecanismo de busca da verdade real.

Ou seja, se a prova tiver sido obtida com provocação ou induzimento de modo a se retirar da conversa o que se quer obter de declaração da outra parte, poderá ela ser considerada imprestável no caso concreto. Porém, simples antagonismo político, choque de interesses e até mesmo inimizades declaradas não devem prejudicar, em regra, investigações motivadas pelo aprimoramento das instituições democráticas.

Ademais, ao se declarar ilícito todo e qualquer registro ambiental, as gravações feitas por cidadãos realmente interessados na lisura do pleito e do processo eleitoral (e que poderiam contribuir para tanto) serão preteridas, eliminando-se também provas delas decorrentes.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, priorizar objetivamente as garantias constitucionais dos investigados, em processos

³⁸ GRINOVER, Ada P. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 60.

que tratem de matéria eleitoral, pode engessar o sistema probatório, cujo efeito imediato, por demais conhecido, é o aumento da impunidade.

Em paralelo, estabelecer a privacidade e a intimidade como valores maiores, para se declarar inválida toda gravação obtida clandestinamente em ambiente fechado, significa dizer que o depoimento sobre um diálogo também não poderia ser admitido como prova em juízo.

Ora, se um dos interlocutores pode narrar conversa em juízo e esse depoimento é admitido como prova testemunhal, por que não poderia apresentá-la mais fielmente por meio de registro magnético? Trata-se de notório reforço às alegações prestadas, conforme esclarecido no já citado RG-QO-RE 583.937, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* de 17.12.2009, de onde transcrevo:

Ao depois, se a ninguém jamais ocorreu descobrir ilicitude à reprodução, nos depoimentos judiciais de partes e de testemunhas, do relato de conversas telefônicas de sigilo ou reserva legal, em que a parte, ou a testemunha, tenha sido um dos interlocutores, seria despropósito jurídico não menor impedir à parte, ou à testemunha, que demonstre, por meio de gravação, a fidelidade da versão lícitamente apresentada ao juízo por via oral. Ou seja, *não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado*. Se é lícito, ou se não é, antes, dever mesmo, relatar em juízo a verdade daquilo sobre que se conversou, é-o *a fortiori* trazer a juízo gravação capaz de comprovar a fidelidade do relato ou conversa, cujo conteúdo se invoque como verdadeiro! (Sem destaque no original.)

Essa mesma conclusão foi registrada em outro julgado proferido pelo Plenário do c. Supremo Tribunal Federal:

QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF. 1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal).

2. *Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental.*

[...]

4. Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório.

(QO-INQ 2116, redator para acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 29.2.2012.)
(Sem destaques no original.)

Percebe-se que não há diferença – entre apresentar gravação e relatar conversa – que justifique tão forte proteção a uma suposta privacidade e ou intimidade.

Desse modo, sendo assente no c. Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se utilizar gravação ambiental em processo penal, em que as garantias de liberdade contra o Estado recebem maior âmbito de proteção, qual sentido de se atribuir exegese diversa na persecução eleitoral, declarando-se ilícita a mesma espécie probatória? *Data venia*, não há justificativa para tanto.

Como consequência, a prova colhida por um dos interlocutores, consistente em gravação em ambiente público ou privado, não deve ser declarada ilícita de imediato, mas valorada com parcimônia diante do conjunto probatório.

O peso que esta prova adquirirá – pelas circunstâncias que envolvem o processo eleitoral – é questão a ser aferida no caso concreto. Sendo certa ou muito provável a sua fragilidade, pelos ânimos e meios dirigidos à sua produção, deve ser avaliada com cuidado pelo julgador e preferencialmente acompanhar outras provas.

Nesse sentido, o e. Min. Cezar Peluso, relator do RE/STF 402.717, DJe de 13.2.2009, ressaltou que “não se admitirá a divulgação sem justa causa de fatos que digam com a privacidade das pessoas. Caberá ao juiz avaliar. Generalizar a proibição é que não me parece adequado”.

Esse o ponto de convergência entre os fundamentos contidos neste voto e a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal. Não se exclui a

possibilidade de se declarar ilícita a gravação clandestina em ambiente reservado; diante das circunstâncias do caso, pode-se reconhecer a contaminação dessa prova pelo modo de se obtê-la, mas essa não deve ser a regra.

A regra, nesses casos, é buscar efetividade do sistema e lisura do processo eleitoral, princípio que informa a atuação de todos os órgãos dessa Justiça Especializada, conforme se depreende do disposto no art. 23 da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades)³⁹:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, *atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.* (Sem destaque no original.)

É o juiz quem decidirá, portanto, sobre o valor preponderante, devendo optar pelo interesse público, sempre que possível. O conhecimento de fatos notórios e a existência de fortes indícios da prática de ilícitos, depois confirmados por gravações ambientais, não pode ser ilidido pelo simples fato de, em tese, haver privacidade e intimidade a sopesar.

*Além disso, não se tem ofensa ao princípio da anterioridade (art. 16 da CF/1988). A matéria não se relaciona com o processo eleitoral, que alberga movimentos políticos para consolidar alianças e estratégias da eleição futura, passando por escolha em convenções, registro de candidatos, atos preparatórios, o pleito em si e, por fim, diplomação*⁴⁰.

³⁹ Dispositivo cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento da ADI 1.082, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 30.10.2014, como se vê na respectiva ementa:

Processo – Eleitoral – Artigo 23 da Lei Complementar nº 64/1990 – Juiz – Atuação. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/1990, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.

⁴⁰ Confira-se, no ponto, manifestação do e. Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 633.703/MG, em que se assentou a não incidência da Lei da Ficha Limpa nas Eleições 2010:

Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior.

Por fim, ainda quanto à tese proposta, o fato de esta Corte ter declarado ilícita a gravação nos autos da AIJE 838-77/SP⁴¹ não possui relevância.

Com efeito, inaplicável o entendimento firmado em ações cíveis-eleitorais – com o qual, aliás, guardo ressalvas – de que a ilicitude decorreria do suposto fato de que a gravação nesses casos apenas objetivaria desconstituir mandato de adversário político. Na hipótese, a condenação pelo crime do art. 299 do Código Eleitoral gera apenas inelegibilidade para pleitos futuros (art. 1º, I, e, 4, da LC 64/1990).

Assim, admito a possibilidade de gravações ambientais clandestinas serem produzidas por interlocutor sem conhecimento do outro, em locais reservados, com o intuito de subsidiar ação penal.

No caso em exame, a partir da moldura fática do acórdão regional, inexistente qualquer indício de que a gravação do eleitor Valdir Lopes Miguel – um dos beneficiários que compareceu à reunião – se equipare a flagrante preparado ou tenha sido realizada com fins escusos ou derive de constrangimento imposto ao recorrente. Confira-se (fls. 1.130 e 1.136).

E desde já afastado o apontado vício de nulidade, eis que a gravação da reunião ora contestada foi captada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, um dos seus participantes, por meio de telefone celular.

A EC n.º 52, que tratou da chamada “verticalização” das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. Na ocasião, o Ministro Carlos Britto se manifestou de forma muito enfática sobre o tema: “[...] E o fato é que a opção constitucional pela estabilidade anual do processo eleitoral é bem mais serviente desse conjunto de valores em que os grêmios partidários gravitam. É algo bem mais previsível – e portanto mais seguro e autêntico – para quem pretenda se filiar ou prosseguir partidariamente filiado. O mesmo acontecendo, claro, com todos aqueles que pretendam se candidatar ou se recandidatar a cargo eletivo”.

Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

A LC n.º 135/2010 foi publicada no dia 4 de junho de 2010, portanto poucos dias antes realização das convenções partidárias (10 a 30 de junho, art. 8º da Lei 9.504/1997). Seria insensato considerar que – no período entre o dia 4 de junho e o dia 5 de julho (data da formalização dos pedidos de registro de candidatura) – se pudesse recomençar e redefinir o processo político de escolha de candidaturas de acordo com as novas regras.

⁴¹ AgR-REspe 838-77/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 7.12.2015.

[...]

No que concerne à participação do denunciado [ora recorrente] Demétrius Ítalo nessa obra, começou a ser investigada pelo ilustre Promotor Eleitoral da circunscrição, que instaurou Inquérito Civil (nº 12/12). Em princípio, foram expedidas notificações para que testemunhas prestassem esclarecimentos.

Entretanto, ao tomar ciência que o *Parquet* local se movimentava, o *recorrente organizou uma reunião com todas as testemunhas que haviam recebido intimações*. E, nela, passou a aconselhar os envolvidos sobre o que deveriam dizer nos respectivos depoimentos.

Toda essa reunião foi gravada pela testemunha Valdir Lopes Miguel, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degradada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial. Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura. (Sem destaques no original.)

Aqui, mais uma vez, incide o óbice da Súmula 24/TSE.

Sendo, portanto, lícita a gravação, passo à análise propriamente dita da conduta e à dosimetria da pena.

3. Conduta atribuída ao recorrente

Segundo a Corte Regional, *comprovou-se de modo inequívoco que o recorrente Demétrius Ítalo prometeu a cinco famílias, em troca de seus votos, fornecer materiais (pedras), maquinário (trator) e servidor da prefeitura (operador de máquinas) para construção de ponte*.

Ainda de acordo com o TRE/SP, esse entendimento sustenta-se em depoimentos prestados em juízo, em especial por Valdir Lopes Miguel e, ainda, em gravação ambiental na qual o recorrente, com objetivo de ludibriar a Justiça Eleitoral, orienta os beneficiários da conduta a mentirem ao Ministério Público dizendo que arcaram com a totalidade dos custos da obra.

Nesse sentido (fls. 1.135-1.140):

In casu, está suficientemente demonstrado nos autos que o recorrente, candidato a vereador e à época presidente da Câmara Municipal, ofereceu e deu a residentes no sítio São José, localizado no Bairro Três Barras, em Serra Negra, materiais de construção (pedras) para a construção de uma

ponte, bem como colaborou para que uma máquina da Prefeitura local fosse utilizada nessa obra, sem a devida contraprestação. E fê-lo com escopo de sensibilizar e cooptar eleitores.

A construção de tal ponte é fato incontroverso, sendo que o trabalho foi realizado pelos moradores da região, os quais, também, colaboraram com quantias em dinheiro ou materiais.

No que concerne à participação do denunciado Demetrius Ítalo nessa obra, começou a ser investigada pelo ilustre Promotor Eleitoral da circunscrição, que instaurou Inquérito Civil (nº 12/12). Em princípio, foram expedidas notificações para que testemunhas prestassem esclarecimentos.

Entretanto, ao tomar ciência que o Parquet local se movimentava, o recorrente organizou uma reunião com todas as testemunhas que haviam recebido intimações. E, nela, passou a aconselhar os envolvidos sobre o que deveriam dizer nos respectivos depoimentos.

Toda essa reunião foi gravada pela testemunha Valdir lopes Miguel, sendo a respectiva mídia anexada aos autos e degradada tanto por servidor da Justiça Eleitoral como por perito oficial (fls. 356-401). Do seu conteúdo, é nítido compreender que o réu orientou os presentes a mentirem ao Promotor, dizendo que pagaram pela totalidade da mão de obra e pelo uso da máquina da Prefeitura.

Por sinal, o denunciado, nessa reunião, chegou a sugerir aos envolvidos, os quais colaboraram em parte com a construção da ponte, que afirmassem ter pago mais do que efetivamente desembolsaram, para, assim, justificar a origem do dinheiro gasto com a obra em sua totalidade. Outrossim, pediu para que contassem que o uso do trator oriundo da Prefeitura se deu por apenas duas horas, pois iria providenciar um recibo indicando esse período.

Tudo isso para encobrir os gastos que ele, recorrente, havia despendido em favor dessa construção com intuito de captar votos dos eleitores.

As testemunhas Pricila Brolezi Marchezini da Silva (fls. 68-70), Maura Filipi Brolezi Manzoli (fls. 72-73), Marcelo Brolezi Marchezini (fls. 79-81), Marcelo Aparecido Arthuzo da Silva (fls. 86-87), que participaram da reunião, chegaram a contar ao Promotor, nos respectivos depoimentos na fase de investigação, a versão dos fatos proposta pelo denunciado. Porém, quando confrontados com a gravação, recuaram e, entre o mais, confirmaram a colaboração do réu na construção da ponte.

Não ignoro que algumas dessas testemunhas, como Pricila Brolezi Marchezini da Silva e Maura Filipi Brolezi Manzoli, em juízo, afirmaram que foram coagidas pelo Parquet e então, só por esse motivo, acabaram contando que o denunciado havia fornecido as pedras e a máquina em favor da obra. Porém, sem embargo dessa versão pueril, não negaram a realização da reunião e o que nela foi dito.

Aliás, as testemunhas Maura Filipi Brolezi Manzoli e Marcelo Brolezi Marchezini, ao deporem no Ministério Público, foram auxiliadas

por advogado, que também assinou a ata. Tal constatação fragiliza o argumento supramencionado, de que teriam sido forçadas pelo Promotor a incriminar Demétrius Ítalo.

Além do conteúdo da gravação, a revelar a tentativa do réu de encobrir a sua colaboração na construção da ponte, é de relevo o depoimento judicial de Valdir Lopes Miguel, repito, quem gravou a reunião. Com efeito, essa testemunha confirmou não só o auxílio material prestado, como também afirmou que, após a finalização da obra, o denunciado ofereceu uma confraternização aos participantes e nela pediu votos. Eis o intuito eleitoral inequivocamente comprovado.

[...]

Ou seja, a prova coligida – gravação ambiental e testemunhal – aponta somente a uma conclusão, bem delineada na r. sentença: a de que “Demétrius Ítalo forneceu material e horas de máquina para moradores do Sítio São José, a fim de auxiliá-los na construção de uma passagem sobre o rio que dá acesso ao local, para obter voto, [...] caracterizado o delito descrito no artigo 299, do Código Eleitoral” (fls. 779, verso).

[...]

Final, se o denunciado nada tinha a temer ou esconder, não precisaria ter realizado uma reunião com o escopo de fazer os residentes do bairro mentirem ao Promotor sobre a origem dos gastos com a construção da ponte. E se a sua intenção era meramente beneficente, não precisaria, após a conclusão da obra, ter realizado confraternização para pedir votos. (Sem destaques no original.)

Além de todas as circunstâncias delineadas no acórdão regional, registro que não constam de sua moldura fática o inteiro teor da gravação e do depoimento que motivaram a condenação.

Desse modo, conclusão em sentido diverso demandaria reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE.

4. Dosimetria da pena

Reconhecida a prática do crime do art. 299 do Código Eleitoral⁴², foram impostos ao recorrente dois anos de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de 10 dias-multa, convertida a pena privativa de liberdade em 30 dias-multa e em uma restritiva de direitos.

⁴² Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

A esse respeito, conforme esclarecido pelo TRE/SP, “a ilustre magistrada *a quo* bem justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal (dois anos), indicando as circunstâncias do fato, *especialmente a repercussão do acontecido na cidade e a quantidade de moradores atingidos pela conduta (5 famílias)*, bem como a personalidade do agente, tudo em conformidade ao art. 59, *caput*, do Código Penal” (fls. 1.140-1.141).

Na hipótese, além de mais uma vez incidir o óbice da Súmula 24/TSE, tem-se que o simples fato de o recorrente ter corrompido os votos de integrantes de cinco famílias já justificaria a fixação da pena-base acima do limite mínimo, de modo que o acórdão regional também não merece reparos no particular.

5. Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial, mantendo a condenação imposta ao recorrente pela prática do crime de corrupção eleitoral (art. 299 do *Codex*).

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): Senhores Ministros, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 1003-27.2012.6.26.0134/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Demétrius Ítalo Franchi (Advogados: Adib Kassaouf Sad – OAB: 127818/SP e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após a manutenção do voto do Ministro Herman Benjamin, negando provimento ao recurso especial eleitoral, antecipou o pedido de vista o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes a Ministra Rosa Weber, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Humberto Jacques de Medeiros.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): Senhores Ministros, a questão controvertida neste recurso gira em torno dos seguintes temas: (a) vedação da utilização de inquérito civil público, pelo art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, para investigação prévia em matéria eleitoral; (b) eventual licitude da prova produzida mediante gravação ambiental, realizada em recinto privado por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial; e (c) incidência dos princípios da anterioridade eleitoral e da segurança jurídica relativamente às eleições de 2012, quando a jurisprudência desta Corte vinha considerando ilícita a prova assim produzida.

O caso dos autos envolve o recorrente Demétrius Ítalo Franchi, candidato a vereador pelo Município de Serra Negra/SP na eleição de 2012, bem como o secretário de serviços municipais, Ediberto Tosta, denunciados como incursos no art. 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral), porque o primeiro, no Sítio São José, prometera a construção de uma ponte no local, mediante empréstimo de maquinário (trator), entrega de materiais (pedras) e uso de servidor da prefeitura (operador de máquinas), bens e serviços obtidos por intermédio do segundo acusado.

A denúncia foi instruída com provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público, consistentes em gravação ambiental clandestina e declarações de testemunhas. O juízo eleitoral absolveu Ediberto Tosta e condenou Demétrius Ítalo Franchi pelo crime imputado à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa (sentença à fl. 776-780).

O TRE/SP negou provimento ao recurso de Demétrius Ítalo Franchi (acórdão de fls. 1.122-1.148 e embargos declaratórios de fls. 1.185-1.190), aportando nesta Corte o recurso especial depois de superados os agravos de instrumento e regimental.

O relator, Ministro Herman Benjamin, votou pelo desprovimento do recurso, manifestando-se pela licitude da prova haurida pela gravação ambiental de conversas, que não estaria ao abrigo da garantia constitucional do sigilo das comunicações, mas tão somente à inviolabilidade da privacidade e intimidade, estas passíveis de incursão

por meio de gravação de conversas realizada por um dos interlocutores, independentemente de autorização judicial.

Ademais, para o relator, os arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal autorizam o Ministério Público a ofertar denúncia criminal com base em elementos constatados no curso de inquérito civil, regularmente instaurado para apurar ilícito de cunho cível e administrativo, não incidindo, portanto, a proibição inserta no art. 105-A da Lei nº 9.504/1997.

Divergiu do relator a Ministra Luciana Lóssio, que, em seu voto-vista, manifestou-se pela vedação ao MP de promover investigação penal-eleitoral por expressa disposição do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, bem como ofensa às garantias fundamentais do investigado e ausência de controle judicial ao inquérito.

Pois bem, pedi vista para melhor análise da questão envolvendo gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais e desprovida de autorização judicial, em ambientes privados ou dotados de alguma expectativa de privacidade.

Como é público e notório, tem sido crescente o incremento de gravações ambientais com o intuito de se produzirem provas pelo Estado, nas hipóteses taxativamente admitidas pelo ordenamento jurídico, e também pelo público em geral, nas mais diversas situações e para todo e qualquer procedimento, em todas as áreas do Direito (Penal, Civil, Trabalhista, Administrativo, etc.).

Esse método de atuação do particular tem atendido a multifacetados objetivos, ultrapassando a gravação ambiental a barreira jurisprudencial inaugural que a admitia nos limites da defesa de direito próprio. Abarcam-se muitas outras finalidades, dentre as quais destaco, pelo ineditismo: escutas clandestinas realizadas para incriminar terceiros, para desvelar supostos crimes ou, até mesmo, para viabilizar acordos de colaboração premiada.

Em todos esses casos não é difícil divisar o móvel que tem animado a produção dessa espécie probatória, à qual se está emprestando contornos de ato investigatório, típico de função de Estado.

É certo que esta Corte Superior havia fixado, para a validação da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, o critério do lugar, ou seja, lícita seria quando realizada em lugar público. Tratando-se de local privado ou com expectativa de privacidade, a gravação seria ilícita.

A preocupação que trago se assenta na fixação de critério despido de cientificidade para a análise de questão de suma importância: conferir-se o selo da licitude a gravações clandestinas independentemente das circunstâncias de tempo (dia ou noite), lugar (público ou privado) e, especialmente, do elemento anímico da conduta do autor da gravação. Sem tais fatores de contenção, aberto está o caminho da transmutação em regra daquilo que deveria ser exceção.

Em outras palavras, tem-se relevado um dado meramente objetivo, lugar em que a gravação é feita pelo interlocutor, sem perscrutar o essencial, o aspecto subjetivo da prova, da legitimidade do agente para empreender caminhos extremamente sensíveis do ponto de vista constitucional.

O resultado dessa permissividade, estamos vendo, tem sido a completa aniquilação de direitos fundamentais básicos, como o direito ao sigilo, o direito à privacidade e ao silêncio, para ficarmos apenas com esses direitos constitucionais diretamente envolvidos em uma gravação clandestina de conversas.

Anote-se: o poder destrutivo dessa nossa tolerância ultrapassa a esfera do direito, atinge a sociabilidade, as relações humanas, a necessidade básica de comunicação ativa e passiva das pessoas, a vida em comunidade, enfim, a convivência em grupos, como é próprio da natureza humana.

As interações sociais estão na base das necessidades humanas, sendo altamente pernicioso destruir espaços de intimidade mínimos para que as relações ocorram com naturalidade. Disse o poeta inglês John Donne: “nenhum *homem* é uma *ilha*, isolado em si mesmo; todos são parte do continente, uma parte de um todo”.

Do direito comparado colhe-se, observada a vasta doutrina portuguesa a respeito da gravação das conversações ou comunicações entre presentes, o perigo da chamada “vitrificação da vida privada”, que coloca em risco a privacidade, indispensável para o desenvolvimento do ser humano, conforme alerta Benjamin Silva Rodrigues, juiz jubilado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, escorado em lições de Costa Andrade e Jorge Miranda, entre outros⁴³.

Dáí fazer-se a distinção naquele lado do Atlântico, *in verbis*:

⁴³ RODRIGUES, Benjamin Silva. *Das Escutas Telefônicas*. Tomo I. A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais. 2. ed., rev. actual. e aum. Coimbra: Coimbra Editora. 2008. p. 439-440.

[...] Uma coisa é uma escuta, outra é a escuta das pessoas cara a cara. Como é que se metem microfones ocultos legitimamente na casa das pessoas a título de escutas? É que há uma diferença fundamental: quando falamos ao telefone atiramos com a palavra, não sabemos para onde. Corremos um pouco por risco próprio, isto é, temos que ter cuidado. A palavra que proferimos ao telefone é como a pedra que atiramos, sabe-se lá onde vai cair, temos que ter cuidado. Ora, tais precauções já não as temos nas comunicações cara a cara, visto que, aí, confiamos nas pessoas com quem falamos.

Sustenta referido autor lusitano ser inadmissível, com base na Constituição e no Código de Processo Penal de Portugal, a interceptação das comunicações entre presentes nas habitações, “devendo a norma, neste ponto, sofrer uma interpretação restritiva, no sentido de que tal interceptação e gravação das comunicações ficam afastadas quando as conversações e comunicações ocorrem nos chamados espaços de intimidade”.

A propósito dessa conclusão, no caso *Vetter versus França*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Requetê nº 59842/00 – Deuxième Section) em 31.5.2005, quando se abordou o tema da sonorização de uma habitação protegida pelo regime das escutas telefônicas previsto no *Code de Procédure Pénale* francês, entendeu o Tribunal Europeu que “tal procedimento violava o artigo 8º da CEDH no que respeita à intimidade da vida privada, nomeadamente em virtude de se considerar duvidosa a necessidade dessa medida numa sociedade democrática” (grifos nossos).

Para finalizar e ressaltar o cuidado da comunidade europeia com a questão da privacidade, na linha de pensamento de Jorge Miranda, outros princípios sensíveis são ainda colhidos no manejo indiscriminado de comunicações alheias, visto que o direito à palavra abarca também o direito à reserva da palavra inerente ao processo comunicacional, bem como o direito à sua transitoriedade (da palavra)⁴⁴.

Aqui, da forma como as coisas andam, a investigação criminal está tornando-se “terra de ninguém”. Todos investigam tudo e do jeito que melhor convém aos interesses do momento. E, mais grave, consumada a gravação clandestina, sobrevém a chancela do Poder Judiciário legitimando flagrantes violações a direitos fundamentais.

⁴⁴ *Id. ibid.*, p. 489.

Nessa toada, investido do ofício de investigador, o particular usurpa função do Estado, sem, contudo, adstringir-se ao correspondente ônus próprio da responsabilidade do agente público em um Estado de direito democrático.

Observe-se que na gênese da gravação ambiental coexistem direitos da mais alta estatura (privacidade, intimidade, sigilo, silêncio e imagem). Daí o tratamento rígido dispensado pela legislação aplicável à espécie, conforme se infere, primeiramente da Lei nº 9.034/1995 (art. 2º, inciso IV), depois da Lei nº 12.850/2013, que, no Capítulo II, disciplinando a investigação e os meios de obtenção da prova, estabelece:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

I – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

A matéria está indiscutivelmente submetida à reserva de jurisdição, extraindo-se do inciso X do art. 5º da Constituição Federal a mais forte barreira à invasão da intimidade:

Art. 5º [...]

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;

A escuta ambiental pode ser autorizada pelo juiz no âmbito da persecução penal. Ademais, está adstrita ao catálogo de crimes previsto na lei (art. 2º da Lei nº 12.850/2013).

Não se tem dúvida de que uma pessoa premida por chantagistas ou ameaçada em direito próprio ou alheio, nos limites do necessário, está legitimada a gravar conversas com seu algoz. Fora disso, em regra, imprescindível que haja a prévia autorização judicial para captação ambiental de conversas, em lugar privado, nos casos previstos em lei.

Apenas a autoridade judiciária está legitimada constitucionalmente a suspender os direitos fundamentais que orbitam em torno de conversas entre particulares, travadas em recinto privado ou do qual defluem expectativas de privacidade.

Nesse diapasão, ainda que o principal destinatário dos direitos fundamentais seja o Estado, não se pode olvidar que sua eficácia atinge também as relações privadas. Os efeitos, pois, das liberdades públicas não são exclusivamente verticais, da pessoa humana frente ao Estado, mas também horizontais, entre particulares.

Registro, por conseguinte, que o particular não goza de liberdade absoluta para produzir, sem cerimônias, gravações clandestinas e delas pretender extrair efeitos jurídicos perante o Poder Judiciário.

Avulta-se necessário aquilatar o móvel que anima o agente da escuta, que adentra espaço privado, invade o recôndito da intimidade, para ali realizar clandestinamente gravações de som e imagens com a finalidade de produzir provas. É daí que se vai extrair sua legitimidade, a necessidade da medida e sua adequação ao fim colimado.

De outro modo, sem essas balizas, direitos fundamentais da pessoa objeto da gravação sucumbiriam diante da ação do interlocutor, burlando-se a lei, contornando-se as garantias constitucionais à sua proteção. Fatos recentes têm demonstrado a veracidade dessa assertiva.

Gravações clandestinas feitas a mando e orientação de agentes do Estado, sem autorização judicial, estão indiscutivelmente viciadas pela ilicitude. O particular que grava terceiros movido por suas paixões eleitorais, ou que atua como se investigador policial fosse, ou ainda para garantir uma espécie de *bill* de impunidade, o que se daria com delator em potencial, que utilizará da gravação se e quando pilhado na prática delitiva, não deveria merecer o placê do Judiciário.

Assinale-se: o interessado que atua por conta própria ou sob o comando e orientação de autoridade (polícia ou Ministério Público), sem autorização judicial, ingressando em locais colocados ao abrigo da proteção constitucional da intimidade para gravar conversas, filmar pessoas, também deve obediência aos ditames legais e constitucionais relativos aos direitos envolvidos.

O fato de ser o agente da gravação partícipe da conversa não lhe outorga poderes absolutos para violar direitos fundamentais.

Perceba-se que gravações clandestinas em ambientes privados remetem a relevantes questões relacionadas com formas invasivas de investigação, para as quais existem leis próprias de regência.

No Direito português, por exemplo, tais temas são tratados no regime jurídico restritivo das chamadas “ações encobertas” (Lei nº 101/2001). O art. 167º do Código de Processo Penal português dispõe nesse sentido:

1- As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.

No plano da investigação criminal às ocultas, no escólio do já citado juiz do Tribunal Constitucional de Portugal, Benjamim Silva Rodrigues, as ações encobertas são atuações camufladas, desconhecidas dos investigados, por isso devem ser desenvolvidas por agentes do Estado ou por “terceiro sob o controlo da Polícia Judiciária para a prevenção ou repressão de crimes”⁴⁵, mediante prévia autorização judicial.

Nosso ordenamento jurídico não descurou da adoção de medidas rígidas na abordagem das chamadas liberdades públicas, de modo a impedir o esvaziamento ou a aniquilação de direitos do investigado.

Observe-se que a natureza da atuação do particular, gravando conversas em lugar protegido pela privacidade, não difere daquela estabelecida para o agente infiltrado. A infiltração, permitida apenas a agentes de polícia mediante autorização judicial, deve observar certos parâmetros, tendo aplicação apenas para determinados crimes, conforme dispõem as Leis nºs 11.343/2006 e 12.850/2013 (tráfico de drogas e organização criminosa).

Como dito, o particular que se aventura a fazer gravações clandestinas, orientado por agentes do Estado ou não, estaria livre de tais controles, podendo produzir provas sem a necessidade de observar critérios legais rígidos estabelecidos para cada espécie probatória.

Não se pode descartar, igualmente, que nesse modelo de atividade invasiva do particular, sem amparo legal, existe a possibilidade de incitação a diálogos duvidosos, surgindo aí a nefasta figura do agente provocador do delito ou do flagrante preparado, espécies proibidas pelo ordenamento pátrio.

⁴⁵ Id. *Da Prova Penal*. Tomo VI. – Novos métodos “científicos” de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças. 1. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2011. p. 382.

Para todas essas situações hipotéticas existem barreiras legais, às quais deve sujeitar-se o particular. A infiltração de agentes dá-se nos moldes estabelecidos no art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, ou no art. 10 e seguintes da Lei nº 12.850/2013; o art. 17 do Código Penal rechaça a figura do agente provocador ou a cenografia do flagrante preparado.

No âmbito da inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, ninguém pode negar que a autorização do morador obtida pelo agente público mediante fraude vicia a busca domiciliar e invalida eventuais provas encontradas por clara ofensa ao comando constitucional de ser a casa asilo inviolável.

Na mesma linha de raciocínio, o particular não está autorizado a ingressar em casa alheia utilizando meios enganosos para realizar gravações clandestinas e incriminar moradores e convivas. Admitir-se o contrário seria decretar o fim das garantias constitucionais alusivas ao devido processo legal, à vida privada e à intimidade.

Os órgãos da persecução penal poderiam facilmente contornar a reserva de jurisdição imposta a determinadas matérias, bastando ter em mãos algum interessado disposto a participar da investigação. As provas produzidas pelo particular, tendo como meta sua utilização em processo judicial, devem ser submetidas ao crivo da respectiva moldura legal, cabendo ao Poder Judiciário recusar métodos espúrios de produção probatória.

Sem isso, o particular investido indevidamente de funções de Estado, agindo como investigador policial, atuaria livremente, sem o correspondente ônus imposto ao agente público, dispensado de prévia autorização judicial e até mesmo do dever de alertar o investigado do direito a não autoincriminação.

A reação a métodos probatórios invasivos remonta à idade medieval e acentuou-se no iluminismo, quando ganhou corpo o adágio latino *nemo tenetur se detegere*, cuja expressão máxima traduz-se na proibição à autoincriminação. Não podemos retroceder (princípio da proibição do retrocesso).

Importante salientar que todo e qualquer meio de prova utilizado no inquérito, ou mesmo em juízo, deve conformar-se ao direito a não autoincriminação. O *nemo tenetur* estará presente do começo ao fim do processo, como um vigilante atento para impedir que o acusado seja reduzido a objeto da pretensão punitiva estatal.

O direito ao silêncio nada mais é do que um direito vivo e dinâmico de oposição e de resistência perante a investigação, simbolizando com primacial força os direitos à ampla defesa e à presunção de inocência, que nada mais são do que projeções resplandecentes do *due process of law* moderno.

A mesma diretriz tem aplicação na atuação particular daquele que pretenda produzir provas, seja na defesa de direito próprio, seja na defesa de algum outro interesse legítimo.

Enfim, sem freios, o particular a tudo poderia, inclusive utilizar-se de meios enganosos para ludibriar a autorização do morador e ingressar em casa alheia, onde, sem o conhecimento de ninguém, passaria a efetuar escutas e gravações ambientais clandestinas para usar como prova, sem observância ao respectivo procedimento probatório.

É preciso ter cuidado, especialmente nessa quadra da história em que o pretexto do combate à criminalidade tem relegado postulados constitucionais básicos. O Judiciário deve ter cautela para não dar foro de legitimidade a quem não está investido de funções investigativas e, com isso, fomentar o surgimento de uma espécie de *stasi* no seio social.

Portanto, a questão alusiva à gravação clandestina realizada por um dos interlocutores não deve ser analisada exclusivamente segundo o critério objetivo do lugar. Deve, sobretudo, ater-se ao aspecto da legitimidade de quem a empreende e à proporcionalidade do meio de prova utilizado.

Homologar esse tipo de atuação, aceitar gravações ambientais clandestinas independentemente do lugar em que realizadas e do móvel que anima a atuação do agente é ferir de morte a carta de direitos fundamentais, é decretar a falência do Estado. A função do Poder Judiciário é ser o guardião da Constituição, não o seu carrasco!

É preciso perscrutar os motivos do autor da gravação, sua necessidade, sua adequação e ponderar os interesses envolvidos.

Trata-se, pois, de também concretizar o princípio da proporcionalidade na realização pelo particular de gravações ambientais clandestinas, avaliando-se a real necessidade da medida e a impossibilidade de obter, por outros meios, a prova que se pretenda produzir, ponderando os direitos em colisão envolvidos. Estabelece-se, pois, uma relação entre meio e fim para só então avalizar a licitude da prova.

O critério da proporcionalidade assenta-se na justa medida da atividade investigatória, não podendo ser dissociado da ideia de Estado de direito democrático. Configura-se como a proibição do excesso, indicativo da incidência de outras medidas quando menos lesivas e adequadas à hipótese.

Como se não bastasse tudo isso a albergar direitos do recorrente, a questão da ilicitude da prova e sua nulidade havia sido reconhecida em outra demanda por esta Corte.

Com efeito, na AIJE – AgR-REspe nº 838-77/SP, da relatoria da Ministra Luciana Lóssio, julgado em 10.11.2015 – envolvendo as mesmas partes e os mesmos fatos, este Tribunal reconheceu a ilegalidade da prova produzida em inquérito civil instaurado pelo MP em ação eleitoral, bem com a nulidade da gravação clandestina, realizada por um dos interlocutores em local privado, sem autorização judicial.

A mesma prova, os mesmos elementos probatórios, submetidos ao crivo do Poder Judiciário, foram declarados nulos por afronta aos meios de produção, concluindo-se pela ilicitude, inclusive da prova derivada. Sendo considerada ilícita no âmbito cível, em decisão definitiva, não se poderia agora pretender considerá-la lícita sem grave ofensa à coisa julgada e à segurança jurídica, princípios constitucionais da mais alta patente no âmbito do *due process of Law* consagrado pelo inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal.

Por fim, em homenagem à segurança jurídica viceja, ainda, o princípio constitucional da anterioridade eleitoral, nos moldes que esta Corte vem decidindo, conforme o seguinte aresto de minha relatoria:

Eleições 2012. Recurso especial eleitoral. Representação com base no art. 41-a da Lei nº 9.504/1997. Abuso de poder político. Gravação realizada por um dos interlocutores. Jurisprudência do TSE considera ilícita a prova. Segurança jurídica. Provimento do recurso especial.

[...]

2 Conquanto se guardem reservas em relação à tese de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova ilícita, mormente se verificado que não se cuida de interceptação telefônica sem autorização, entendida assim como a realizada por um terceiro estranho à conversa, constata-se que, nas eleições de 2012, a conclusão acerca da ilicitude daquele meio de prova está consolidada, merecendo reflexão para eleições futuras.

3 A segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da CF/1988 recomenda que, neste caso, também das eleições de 2012, a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores deve ser aplicada, evitando-se modificação de entendimento após o encerramento do processo eleitoral, a sugerir indesejável casuísmo.

4 Equivoca-se o Ministério Público Eleitoral ao afirmar que, na ponderação de valores, a decisão agravada prestigiou o direito à privacidade, pois a decisão impugnada simplesmente afirmou que a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores está consolidada, quanto às eleições de 2012, na jurisprudência do TSE, cuja eventual modificação deve incidir em pleitos futuros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no art. 16 da Constituição Federal.

5 Decisão agravada mantida pelos próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 821-65/SP, julgado em 3.8.2015.)

O caso dos autos trata exatamente de gravação ambiental clandestina, realizada em local privado, sem autorização judicial, nas eleições de 2012, conforme decidido por unanimidade na aludida AIJE.

Por isso, com o respeito devido aos demais, não posso concordar com a proposta de tese apresentada pelo relator, que pode sugerir a transformação de uma exceção em regra de investigação.

Ante o exposto, pelos motivos acima expostos, acompanho o voto-vista da Ministra Luciana Lóssio, para também dar provimento ao recurso especial em face da manifesta ilicitude das provas e absolver o recorrente com fulcro no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, este é um caso clássico de flagrante preparado, mas com uma peculiaridade: ele foi preparado após a eleição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): Sim. Portanto, é caso de prova ilícita, segundo nossa jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Acompanho o voto de Vossa Excelência.

VOTO (VENCIDO)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, acompanho o relator, com a vênia de Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 1003-27.2012.6.26.0134/SP. Relator originário: Ministro Herman Benjamin. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Demétrius Ítalo Franchi (Advogados: Adib Kassaouf Sad – OAB: 127818/SP e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso especial eleitoral, reconheceu a ilicitude das provas e absolveu o recorrente, nos termos do voto da Ministra Luciana Lóssio. Vencidos o Ministro Herman Benjamin e a Ministra Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 145-89.2016.6.20.0047

ALTO DO RODRIGUES – RN

Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio

Redator para o acórdão: Ministro Luiz Fux

Recorrentes: Coligação Juntos para Vencer I e outra

Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros

Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho

Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros

Eleições 2016. Recurso especial eleitoral. Indeferimento. Cargo. Prefeito. Condenação por abuso de poder em ação de investigação judicial eleitoral. Causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990. Incidência. Repercussão geral reconhecida no RE nº 929.670/DF (tema 860). Fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal. Exaurimento do prazo da inelegibilidade após a eleição. Ressalva contida no art. 11, § 10, da Lei das Eleições. Inaplicabilidade. Provimento do recurso especial eleitoral.

1 O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Questão de Ordem formulada nos autos do RE nº 929.670, fixou a seguinte tese: “A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, *ex vi* do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/1990, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “d”, na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite”.

2 Referida tese não destoa da jurisprudência remansosa da Corte Superior Eleitoral para as eleições de 2012, 2014 e 2016, fixada no *leading case* acerca da temática (REspe nº 283-41/CE, para o qual fui designado redator para o acórdão, PSESS de 19.12.2016).

3 Como consectário, impõe-se a aplicação da tese jurídica supra a todas as controvérsias que versem idêntica questão, precisamente a hipótese dos autos.

4 A ressalva contida na parte final do art. 11, § 10, da Lei das Eleições alberga hipóteses de suspensão ou anulação da causa constitutiva (substrato fático-jurídico) da inelegibilidade, revelando-se inidônea a proteger o candidato que passa o dia da eleição inelegível com base em suporte íntegro e perfeito, cujo conteúdo eficaz encontra-se acobertado pela coisa julgada. O mero exaurimento do prazo após a eleição não desconstitui e nem suspende o obstáculo ao *ius honorum* que aquele substrato atraía no dia da eleição, ocorrendo, após essa data, apenas o exaurimento de seus efeitos (Súmula nº 70 do TSE: “O encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997”).

5. *In casu*:

a Abelardo Rodrigues Filho foi condenado na AIJE nº 71/2008 por ter, na qualidade de prefeito, praticado abuso de poder em benefício de Francisco de Assis Pinheiro e Francisco Paiva da Silva, então candidatos a prefeito e vice-prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN, nas eleições de 2008;

b o exaurimento do prazo da inelegibilidade do recorrido, considerada a data da eleição em que praticado o abuso (5.10.2008), ocorreu no dia 5.10.2016. É fato incontroverso, portanto, que o recorrido estava inelegível na data do pleito de 2016 (2.10.2016);

6 Recurso especial provido.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em dar provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux.

Brasília, 22 de maio de 2018.

Ministro LUIZ FUX, redator para o acórdão

Publicado no DJe de 13.9.2018.

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de recurso especial interposto pela Coligação Juntos para Vencer I e Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN) que, negando provimento a recurso eleitoral, manteve o deferimento do registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN, nas eleições de 2016, ao afastar a causa de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990.

O acórdão regional restou assim ementado:

RECURSOS ELEITORAIS – REGISTRO DE CANDIDATURA – PREFEITO – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA COLIGAÇÃO POR APOSIÇÃO DE ASSINATURA DIGITALIZADA DO ADVOGADO E DE DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEIÇÃO – PRÁTICA DE ABUSO DE PODER POR PESSOA NÃO CANDIDATA – APURAÇÃO EM AJE – CONDENAÇÃO ANTERIOR À LCN.º 135/2010 – DISPOSITIVO SENTENCIAL APLICANDO O ART. 22, XIV, DA LC Nº 64/1990 NA ANTIGA REDAÇÃO – 3 (TRÊS) ANOS DE INELEGIBILIDADE – TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAZO DE INELEGIBILIDADE DE 8 (OITO) ANOS A CONDENAÇÕES ANTERIORES À LCN.º 135/2010 – MATÉRIA A SER REVISITADA PELO STF – INAPLICABILIDADE DO ART. 1º, I, D, DA LC Nº 64/1990 – CONDIÇÃO DE NÃO CANDIDATO – INELEGIBILIDADE DE TRÊS ANOS INTEGRALMENTE CUMPRIDA – DEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA – DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. Recurso com vício de representação sanável conhecido pela maioria da Corte.

Não há deficiência de fundamentação em recurso que expõe de forma clara e objetiva as razões fáticas e jurídicas por que entende que a sentença *a quo* deve ser reformada.

É matéria a ser revisitada pelo STF, conforme registrado em julgados recentes daquela Excelsa Corte, a possibilidade de aplicação do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos a condenações anteriores à vigência da LC n.º 135/2010, cuja sentença tenha reconhecido a prática de abuso de poder econômico ou político e declarado expressamente a inelegibilidade por 3 (três) anos, na única ação de natureza eleitoral em que se exige tal declaração, nos termos do art. 22, XIV, LC nº 64/1990.

A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990 somente incide aos que, por ocasião dos fatos que resultaram na condenação por abuso de poder político ou econômico, tenham disputado eleição. (fls. 490-491)

Os recorrentes apontam contrariedade às alíneas *d* e *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, em razão de o recorrido ter contra si condenação eleitoral proferida em sede de AIJE por abuso de poder nas eleições de 2008.

Assevera que “é evidente que recorrido Abelardo Rodrigues Barbosa encontra-se inelegível até o dia 5 de outubro de 2016, uma vez que a eleição de 2008, relativa à condenação aplicada em Representação Eleitoral (referente à eleição de 2008) ocorreu no dia 5 de outubro de 2008” (fl. 510).

Sustenta ser irrelevante o fato de a condenação ter fixado prazo de inelegibilidade em 3 anos, na medida em que a Lei da Ficha Limpa alcança essa situação, conforme definido pelo STF no julgamento que assentou a constitucionalidade da citada lei.

Contrarrazões às fls. 528-571, nas quais o recorrido formula as seguintes alegações:

a) o recurso eleitoral dirigido ao TRE continha assinatura digitalizada do causídico, o que não é suficiente para firmar a regularidade da peça recursal (art. 209 do novo CPC);

b) o recurso especial é deficiente por não impugnar os fundamentos do acórdão recorrido;

c) o dissídio não foi demonstrado;

d) a alegação de afronta à alínea *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 não foi veiculada nas instâncias ordinárias, constituindo indevida inovação recursal;

e) a alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 só se aplica àqueles que efetivamente concorreram ao pleito, não sendo essa sua situação em 2008; e

f) o prazo de oito anos trazido pela LC nº 135/2010 não retroage para alcançar à aqueles condenados antes da entrada em vigor do novel diploma, sob pena de ofensa à coisa julgada.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo provimento do recurso especial (fls. 577-579).

Em consulta aos dados do sistema Divulga/TSE, a chapa formada pelo recorrido, *candidato ao cargo de prefeito*, e seu vice foi vencedora com 53,44% dos votos válidos.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, preliminarmente, o recorrido sustenta que o recurso interposto pela Coligação Juntos para Vencer I perante o TRE/RN era irregular, pois firmado com assinatura digitalizada do respectivo causídico.

Embora tenha constatado a referida irregularidade, o Tribunal Regional considerou o vício sanável. A propósito, reproduzo os fundamentos da juíza Berenice Capuxu, que inaugurou a divergência do relator quanto ao tema, sendo, ao final, acompanhada pelo restante dos membros do plenário:

A JUÍZA BERENICE CAPUXU

Senhor Presidente, peço vênia ao relator para divergir quanto à referida preliminar. Concorro com o parecer oral do Procurador Regional Eleitoral e entendo que a assinatura pode ser ratificada a qualquer tempo, mesmo na Justiça Comum.

Não podemos fechar os olhos para as novas ferramentas que dispomos. É como voto. (fl. 521)

Com efeito, à luz da sistemática introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, os atos processuais devem ser aproveitados ao máximo, de forma a garantir que o processo seja um meio para tutela dos direitos materiais, e não um fim em si mesmo.

Como exemplo dessa nova diretriz, o art. 139, IX, do NCPC estabelece:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IX - determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; [...].

Noutro giro, o artigo 76, § 2º, condiciona o não conhecimento do recurso à inércia do recorrente em sanear o vício em sua representação processual, *mesmo depois de lhe ter sido dada oportunidade para tanto*. Anoto que, atualmente, é possível regularizar esse tipo de defeito inclusive nos Tribunais Superiores:

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

[...]

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; [...].

De igual forma, o parágrafo único do art. 932 afasta a inadmissibilidade de apelo irregular, *sem que antes seja facultada ao interessado a correção do vício*:

Art. 932

[...]

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Há, ainda, outros dispositivos do novo código que consagram a mesma orientação, como os arts. 104, § 2º, e 1.029, § 3º¹.

Portanto, entendo que a jurisprudência deste Tribunal Superior, que assentava a inexistência, de plano, dos recursos firmados com assinatura digitalizada², encontra-se superada com a edição do Novo Código de Processo Civil, em razão de se mostrar com ela incompatível. Com efeito, a partir do novo *codex*, deve-se conceder à parte a oportunidade para sanear ato defeituoso, tal como fez a Corte Regional na espécie.

¹ NCPC

Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

² Cite-se os seguintes julgados: AgR-AI nº 442-66/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 2.8.2016; AgR-REspe nº 243161/GO, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 27.9.2016; ED-AgR-AI nº 21372/PE, rel. Min. Maria Thereza, *DJe* de 25.3.2015; AgR-AI nº 41904/MS, de minha relatoria, *DJe* de 18.2.2014.

Consoante assinalou o Desembargador Ibanez Monteiro³, não foi necessária a suspensão do processo, pois o advogado, da tribuna, reconheceu que a assinatura lhe pertencia e se prontificou a sanar o vício.

Registro que o presente feito já foi iniciado sob a égide do CPC de 2015, de sorte que lhe é aplicável o entendimento ora proposto.

Com essas considerações, rejeito a preliminar.

Passo ao exame da matéria de fundo.

Inicialmente, verifico que, embora tenha sido suscitada violação à alínea *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, as razões do apelo nobre só se ocuparam do disposto na alínea *d* do mesmo dispositivo, inviabilizando, assim, a exata compreensão da controvérsia quanto à primeira inelegibilidade. Incide, no ponto, a Súmula nº 27 desta Corte: “É inadmissível recurso cuja deficiência de fundamentação impossibilite a compreensão da controvérsia”.

Ainda que assim não fosse, a Corte Regional enfrentou a questão nos seguintes termos:

Com a devida vênia, entendo inviável esta Corte se manifestar sobre a incidência da inelegibilidade da alínea h, pois essa matéria não foi

³ O Desembargador Ibanez Monteiro

Senhor Presidente, a matéria está definida na jurisprudência do TSE, em relação a não admitir a assinatura eletrônica copiada, que a assinatura eletrônica tecnicamente é válida. Esta que é digitalizada e não eletrônica, que é o caso. Mas essa jurisprudência antecede à reforma do Código de Processo Civil. Não tivemos ainda pronunciamento do TSE sobre a matéria após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que modificou o entendimento anterior de que não se admitia o recurso dessa forma, com a assinatura digitalizada. O código anterior não admitia. O artigo 76 do Código de Processo Civil dispõe diferentemente: “verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício...” e estabelece abaixo as disposições. Então, somente se não cumprida a diligência é que haveria o indeferimento ou a não admissibilidade do recurso.

Para aclarar mais a ideia, o artigo 932, parágrafo único dispõe que “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. Está sem especificação quanto ao tipo de vício, mas só posso entender aqui o vício como formal, que seria este da falta de assinatura do próprio punho ou a assinatura digitalizada, de modo que temos dessa forma configurada um vício sanável, possível de sanar, e se fôssemos aplicar literalmente o dispositivo o relator suspenderia o processo para determinar que o advogado sanasse. *E no caso nós temos a possibilidade de saná-lo, uma vez que o advogado está presente e disse que ele pode assinar. Então não haveria necessidade aqui de se cumprir rigorosamente o que dispõe o código, com a suspensão do processo pelo prazo de 05 (cinco) dias, visto que o advogado manifestou da tribuna que poderia assinar aqui.*

Entendo que o vício seja formal, sanável e é admitida a possibilidade de suspensão do processo para essa finalidade. Em matéria eleitoral poderíamos dizer que não haveria suspensão, mas o advogado está presente e resolve, de modo que rejeito a preliminar, até porque o advogado compareceu e admitiu que a assinatura lhe pertence, ficando o vício sanável de pronto. (Grifei.)

cogitada nas impugnações e seria conhecida pela primeira vez neste Tribunal, não sendo objeto de debate na primeira instância.

E, mesmo que se entenda, com o registrado pelo Ministério Público, que o recorrido se defende dos fatos e não da tipificação da inelegibilidade que lhe é imputada, ainda assim tenho que, seja na alínea *d* ou na alínea *h* que se enquadre a situação do recorrido, o fato é que ambas as hipóteses decorrem de sentença proferida pelo reconhecimento da prática de abuso de poder econômico ou político, na única ação de natureza eleitoral em que se exige a declaração expressa de inelegibilidade, de acordo com o art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, sendo a questão da aplicação, ou não, nesses casos, do prazo de 8 (oito) anos previsto na LC nº 135/2010, a matéria a ser solucionada pelo STF. (Fl. 498 – grifei.)

Os recorrentes não se insurgem quanto à assentada ausência de impugnação oportuna do art. 1º, I, *h*, da LC nº 64/1990, fazendo subsistir o referido fundamento.

Dessa forma, examino o caso apenas à luz da alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990.

Na espécie, é incontroverso que Abelardo Rodrigues Filho, ora recorrido, teve sua inelegibilidade decretada por 3 anos em sede de AIJE, pela prática de abuso do poder econômico e político nas eleições de 2008.

A par desse quadro, os recorrentes sustentam que o recorrido incidiria na causa de inelegibilidade inscrita na alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, na medida em que a sobredita condenação fez o impedimento iniciar-se em 5.10.2008, findando somente em 5.10.2016, conforme dicção da norma:

Art. 1º. São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como *para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes*; [...]. (Grifei.)

Ao enfrentar a matéria, o Tribunal Regional afastou a inelegibilidade por entender que o prazo de 8 anos, introduzido pela LC nº 135/2010, não

poderia retroagir para alcançar condenações proferidas anteriormente à sua vigência. Destaco trechos do voto condutor do *decisum*:

A questão principal do recurso gravita em torno da inelegibilidade cominada em razão de condenação por abuso de poder econômico ou político, nos termos do art. 22, XIV, da LC n. 64/1990.

Segundo os recorrentes, a sentença recorrida não respeitou a autoridade da decisão do STF proferida em controle concentrado de constitucionalidade na ADC nº 29/DF, na qual haveria a determinação de que a inelegibilidade de 8 (oito) anos deveria ser aplicada desde logo, inclusive para condenações anteriores a sua vigência, em razão de não ter natureza de sanção.

Entendo, entretanto, que a matéria não se encontra definida. Isso porque o STF, em recente decisão proferida na Reclamação nº 24224/MS, datada de 23/06/2016, recebeu o seguinte pronunciamento do Relator, Ministro Roberto Barroso:

Da leitura do voto condutor e ementa do acórdão do julgamento das ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, é possível concluir ter prevalecido a orientação proposta pelo Relator, Ministro Luiz Fux, no sentido da admissibilidade da incidência retroativa da extensão do prazo da inelegibilidade realizada pela LC 135/2010. A justificativa seria a conclusão ali trazida no sentido da ausência de caráter sancionatório da inelegibilidade, afirmando que esta não constituiria pena, mas apenas um requisito negativo em que não deve incorrer o pretendente ao cargo público eletivo quando da formalização do seu pedido de registro de candidatura. A análise mais minuciosa da questão, no entanto, revela que o tema não encontrou pacificação com aquele julgamento. Com efeito, verifiquei que os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cármen Lúcia possuem ao menos uma manifestação em sentido contrário à possibilidade de aplicação retroativa do prazo de que trata o art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990. Ainda apreciando a AC 3.685-MC, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar para uma melhor reflexão a respeito da retroatividade da inelegibilidade de 8 (oito) anos advinda da LC nº 135/2010. Nessa linha, o Plenário da Corte sinalizou revisitar o mérito da questão, quando reconheceu a sua repercussão geral (*tema 860 – “Possibilidade de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade por abuso de poder previsto na Lei Complementar 135/2010 às situações anteriores à referida lei em que, por força de decisão transitada*

em julgado, o prazo de inelegibilidade de 3 anos aplicado com base na redação original do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64/1990 houver sido integralmente cumprido”). O julgamento do paradigma (RE 929.670, rel. Min. Ricardo Lewandowski – substitutivo do ARE 785.068) encontra-se suspenso em razão do pedido de vista do Min. Luiz Fux, já tendo proferidos dois votos favoráveis à irretroatividade, em caso de existência de coisa julgada (Informativo 807).

*Ademais, foi afetado ao Plenário o julgamento do ARE 790.774, que trata sobre questão análoga. É dizer: (i) **não há uma certeza sobre o fato de a questão debatida nestes autos ter sido pontualmente enfrentada;** (ii) **existe um número expressivo de Ministros cuja posição conhecida é favorável à tese adotada no ato reclamado;** e (iii) **o Tribunal já sinalizou visitar a matéria em breve.***

[...]. (Fls. 495-496 – grifei.)

Segundo defendem os recorrentes, a Corte Regional teria contrariado orientação fixada pelo STF no julgamento das ADCs nºs 29 e 30 e da ADI nº 4578, quando a Suprema Corte teria afirmado a possibilidade de que a LC nº 135/2010 alcançasse fatos passados.

Em que pesem os argumentos expostos, o apelo não prospera.

Em primeiro lugar, não desconheço que o julgamento proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade possui eficácia contra todos e efeitos vinculantes, o que determinaria a imediata aplicação da tese fixada pela Suprema Corte.

Ocorre que há dúvidas quanto à hipótese dos autos ter sido especificamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os prazos dilatados de inelegibilidade, trazidos pela LC nº 135/2010, poderiam retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, sobretudo quando há decisão transitada em julgado nos termos da redação original da LC nº 64/1990. O TSE já registrou discussões a esse respeito, como, por exemplo, no RO nº 528-12/RJ, rel. desig. Min. Luiz Fux, DJe de 6.8.2015.

Já no âmbito do STF, a mesma questão foi colocada em julgamento no RE nº 929.670, rel. Min. Ricardo Lewandowski, que proferiu voto pela impossibilidade de que tais casos fossem alcançados pela LC nº 135/2010, no que foi acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes. Atualmente, o feito encontra-se com vista ao Min. Luiz Fux.

Ainda, por oportuno, destaco trecho da manifestação do Min. Luiz Roberto Barroso, proferida na Reclamação nº 24224/MS, que retrata o impasse na Suprema Corte sobre a questão:

[...]

Nessa linha, o Plenário da Corte sinalizou revisitar o mérito da questão, quando reconheceu a sua repercussão geral (tema 860 – *“Possibilidade de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade por abuso de poder previsto na Lei Complementar 135/2010 às situações anteriores à referida lei em que, por força de decisão transitada em julgado, o prazo de inelegibilidade de 3 anos aplicado com base na redação original do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64/1990 houver sido integralmente cumprido”*). O julgamento do paradigma (RE 929.670, rel. Min. Ricardo Lewandowski – substitutivo do ARE 785.068) encontra-se suspenso em razão do pedido de vista do Min. Luiz Fux, já tendo proferidos dois votos favoráveis à irretroatividade, *em caso de existência de coisa julgada* (Informativo 807).

Ademais, foi afetado ao Plenário o julgamento do ARE 790.774, que trata sobre questão análoga. É dizer: (i) não há uma certeza sobre o fato de a questão debatida nestes autos ter sido pontualmente enfrentada; (ii) existe um número expressivo de Ministros cuja posição conhecida é favorável à tese adotada no ato reclamado; e (iii) o Tribunal já sinalizou revisitar a matéria em breve.

Diante desse quadro e não havendo clareza quanto aos limites do pronunciamento do STF nas ADC nºs 29 e 30 e na ADI nº 4578, entendo oportuno revistar o tema.

Rememoro que, no âmbito desta Corte, os debates sobre a matéria foram profundos, tendo a jurisprudência oscilado tanto no sentido de que a nova legislação não poderia ser aplicada retroativamente (eleições de 2010), quanto, posteriormente, ao assentar a inexistência de óbices a que situações passadas fossem alcançadas pela lei (eleições de 2012). Essa última orientação foi a que se consolidou e vem sendo reiteradamente aplicada pelo Tribunal.

Reproduzo precedentes que ilustram a controvérsia jurisprudencial:

Recurso ordinário. Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990. Condenação. Abuso. Exaurimento da sanção cominada antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010. Provimento.

1. O prazo de inelegibilidade de oito anos, previsto no art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990, com a nova redação conferida pela LC nº 135/2010, não retroage para alcançar aqueles que, condenados pela prática de abuso,

tenham, antes da entrada em vigor da nova lei, cumprido integralmente a sanção de inelegibilidade de 3 anos fixada por decisão judicial.

2. Recurso ordinário provido.

(RO nº 491960/PB, rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS de 1º.10.2010.)

Eleições 2014. Recurso ordinário. Inelegibilidade. Condenação em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nas eleições de 2008.

1. *A condenação do candidato em âmbito de AIJE, mediante decisão colegiada transitada em julgado, em razão de fatos praticados no pleito de 2008, atrai a causa de inelegibilidade pelo prazo de 8 anos, em face do disposto no art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990, o que impede o deferimento do registro de sua candidatura ao pleito de 2014.*

2. Não há como, em âmbito de registro de candidatura, avaliar os fundamentos da decisão prolatada em sede de recurso contra expedição de diploma que foi favorável ao agravante, cuja instrução probatória, consoante expresso no acórdão recorrido, foi diversa daquela produzida nos autos da ação de investigação judicial eleitoral em que se deu a condenação que atrai a causa de inelegibilidade em questão.

3. Recurso desprovido.

(RO nº 83654/ES, rel. Min. Maria Thereza, DJe de 15.6.2015 – grifei.)

Eleições 2014. Recurso ordinário. Requerimento de Registro de Candidatura (RRC). Condenação por abuso de poder político ou econômico em ação de investigação judicial eleitoral (LC nº 64/1990, art. 22, XIV) relativa ao pleito de 2008. Alegação de exaurimento do prazo da condenação. Ultraje à coisa julgada e ao princípio da irretroatividade das leis (CRFB/1988, art. 5º, XXXVI). Não configuração. Transcurso do prazo de 3 (três) anos originalmente previsto na redação no art. 22, XIV, da LC nº 64/1990 não interdita o reconhecimento da hipótese de inelegibilidade do pretenso candidato à luz do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990. Indeferimento do registro de candidatura. Recurso ordinário desprovido.

1. *A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação do aumento de prazo das causas restritivas ao ius honorum (de 3 para 8 anos), constantes do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990, na redação da LC nº 135/2010, com a consideração de fatos anteriores, não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, CRFB/1988, e, em consequência, não fulmina a coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz, por isso, a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).*

2. *A condenação do pretenso candidato por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado,*

ex vi do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, em sua redação primeva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990, ainda que já tenha ocorrido o transcurso do prazo de 3 (três) anos de imposto no título condenatório.

3. O art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990 encerra causa de inelegibilidade como efeito secundário da condenação por abuso de poder econômico e político, a teor do art. 22, XIV, do aludido Estatuto das Inelegibilidades, e não sanção imposta no título judicial, circunstância que autoriza a ampliação do prazo de 3 para 8 anos constante da Lei Complementar nº 135/2010.

4. As técnicas de revisão de jurisprudência, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, não autorizam que este Tribunal Superior Eleitoral proceda à superação do precedente firmado nas ADCs nº 29 e nº 30 do Supremo Tribunal Federal, ambas de minha relatoria.

5. *In casu*,

a) *O recorrente foi condenado pela Justiça Eleitoral nos autos das Ações de Investigação Judicial Eleitoral – AIJEs nº 289-48/2008 e nº 292-03/2008, pela prática de abuso de poder político e econômico no pleito de 2008, ex vi do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, reconhecendo-se a inelegibilidade por 3 (três) anos e pagamento de multa.*

b) *O Parquet eleitoral, ora recorrido, impugnou o registro de candidatura do recorrente com lastro no art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990, na redação dada pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).*

c) *O Tribunal Regional Eleitoral fluminense indeferiu o registro de candidatura do ora recorrente, com espeque no art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990 (redação dada pela LC nº 135/2010).*

d) *Referido entendimento encontra eco na jurisprudência iterativa da Corte, segundo a qual “a condenação eleitoral transitada em julgado nos autos de AIJE, decorrente da prática de abuso de poder no pleito de 2004, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade inscrita na alínea d do inciso I do art. 10 da LC nº 64/1990, com a redação dada pela LC nº 135/2010”. (Precedente: TSE, AgR-REspe nº 2361/RS, de minha relatoria, PSESS de 20.11.2012.)*

6. Recurso ordinário desprovido

(RO nº 52812/RJ, rel. Desig. Min. Luiz Fux, DJe de 6.8.2015 – grifei.)

Rogando vênias aos judiciosos fundamentos perfilhados pelos que defendem a aplicação da LC nº 135/2010 a fatos pretéritos em casos como o dos autos, alinho-me à corrente que afirma ser impossível atribuir tais efeitos à referida Lei.

Conforme deixei consignado no RO nº 566-35/PB, rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS de 16.9.2014, cuja situação era análoga:

[...] a criação de causa de inelegibilidade que tem como substrato fatos verificados antes da vigência da norma, inevitavelmente, denota um caráter retroativo, que deve ser repudiado pelos aplicadores do direito, a quem cumpre velar pela inaplicabilidade de leis destinadas a punir agentes previamente conhecidos, em total desarmonia com os princípios que regem o Estado democrático de direito.

Notadamente no tocante ao processo eleitoral, penso que fatos passados não podem ser resgatados com vista à constituição de efeitos jurídicos futuros, não previstos à época em que consumados, em detrimento dos direitos políticos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna, sob pena de cancelarmos a aplicação de normas com forte caráter casuística.

Essa orientação me parece mais relevante, em virtude de a inelegibilidade enunciada na alínea *d* decorrer de uma sanção fixada com base no art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, considerando que, à época dos fatos, o prazo estabelecido nos dois dispositivos era de 3 anos. Assim, a superveniência da LC nº 135/2010 não poderia ser aplicada em prejuízo do recorrente, considerada a majoração dos prazos trazida pelo novel diploma, em razão de este não refletir o arcabouço jurídico vigente à época dos fatos (*Tempus regit actum*).

Como bem salientou o e. Min. Marcelo Ribeiro também em caso similar:

Em verdade, as leis que encerram sanções devem dispor para o futuro, uma vez que a irretroatividade, nesse campo, é preceito universal que faz parte da própria ideia do Direito. Garante-se, dessa forma, que da conduta das pessoas não derivarão outras consequências jurídicas além das previstas, em cada caso e momento, pela lei vigente. (RO nº 491960/PB, rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS de 1.10.2010.)

Embora não se olvide do intuito moralizador ínsito à LC nº 135/2010, por mais nobre que seja a razão de ser da norma, seus efeitos devem respeitar a coisa julgada, como impõe o art. 5º, XXXVI, da CF, sobretudo quando em jogo restrição a direitos constitucionais, como é a elegibilidade.

Dessa forma, tendo o recorrido cumprido integralmente o prazo de 3 anos de inelegibilidade que lhe foi imposto em sentença judicial transitada em julgado, não há falar na inelegibilidade do art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990.

De qualquer forma, a questão se resolveria sem a necessidade de adentrar na discussão sobre a retroatividade da LC nº 135/2010.

Isso porque a alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, seja na sua redação primeva, seja após as alterações introduzidas pela intitulada Lei da Ficha Limpa, sempre previu a incidência de inelegibilidade para os que tenham *disputado* as eleições em que constatado o abuso, situação distinta da do recorrido, consoante se extrai do acórdão regional:

Houve acerto da sentença recorrida ao estabelecer que a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990 somente incide aos que, por ocasião dos fatos que resultaram na condenação por abuso de poder político ou econômico, tenham disputado eleição.

Esse entendimento foi fixado por esta Corte e ratificado pelo TSE no julgamento do pedido de registro de candidatura do ora recorrido relativo às eleições de 2012 [...]. (fl. 496)

Desse modo, se o recorrido não ostentou a condição de candidato no pleito de 2008, sobre ele não incide a inelegibilidade em tela. Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência desta Corte, depois de intensos debates, no julgamento do RO nº 907-18/MG, relator originário Min. Henrique Neves, no qual fui designada redatora para o acórdão, assim ementado:

Eleições 2014. Registro de candidatura. Deputado estadual. LC nº 135/2010. Aplicação a situações anteriores à sua edição. Possibilidade. ADC's 29 e 30. ADI 4.578. Inelegibilidade. Art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990. Incidência restrita aos que tenham concorrido ao pleito. Art. 1º, I, *h*, da LC nº 64/1990. Incidência restrita aos que tenham sido condenados por abuso de poder político ou econômico relacionado a exercício de cargo público. Provimento.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, concluiu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que as regras introduzidas e alteradas pela LC nº 135/2010 são aplicáveis às situações anteriores à sua edição e não ofendem a coisa julgada ou a segurança jurídica.

2. A *inelegibilidade* do art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990 *somente incide aos que, à época da condenação pela prática de abuso, tenham concorrido ao pleito.*

3. A *inelegibilidade* do art. 1º, I, *h*, da LC nº 64/1990 requer, para a sua configuração, que o benefício auferido em razão da prática de abuso do poder econômico ou político esteja necessariamente relacionado ao exercício do cargo na administração.

4. Recurso ordinário provido. Registro deferido.
(RO nº 907-18/MG, rel. originário Min. Henrique Neves, no qual fui designada redatora para o acórdão, PSESS de 16.12.2014.)

Naquela assentada, manifestei-me da seguinte forma:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (Presidente): Com o entendimento de a alínea *d* ser limitada?

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Exato.

Especialmente porque a letra da Lei assim o faz. Se formos além, faremos interpretação extensiva a norma restritiva de direito, o que em meu entender não podemos fazer, Senhor Presidente.

Rogando vênias às opiniões divergentes, ratifico meu ponto de vista, por entender que ele é resultado da interpretação da própria norma, ao dispor, com clareza, que:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

d) os que *tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados*, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [...].

Assim, *sendo as causas de inelegibilidade de interpretação estrita, não comportando aplicação extensiva ou analógica*, não cabe invocar a subsunção do dispositivo na forma pretendida pelas recorrentes, para alcançar, indistintamente, os que tenham tido contra si representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral.

Nesse sentido, oportuno destacar o seguinte julgado:

Agravo regimental. Recurso especial. Registro de candidato. Deferimento. Eleição municipal. 2012. Analfabetismo. Fundamentos não infirmados. Desprovimento.

1. *A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que as restrições que geram inelegibilidades são de legalidade estrita, vedada interpretação extensiva. Precedentes.*

[...]

3. Agravo regimental desprovido. (Grifo nosso.)

(AgR-RESpe nº 90667/RN, rel. Min. Dias Toffoli, PSESS de 8.11.2012.)

Por fim, apenas consigno que, nos autos do REspe nº 30-10/RN, cujo objeto era o registro de candidatura do próprio recorrido para as eleições de 2012, a questão começou a ser debatida. Entretanto, o apelo não foi conhecido por ausência de legitimidade recursal, e a tese terminou por ser firmada nesta Corte no julgamento do RO nº 907-18/MG, acima mencionado.

Mas há, ainda, outro fundamento suficiente para a manutenção do deferimento do registro relativo à incidência da ressalva contida no § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997.

Conquanto a matéria não tenha sido suscitada de modo específico nas contrarrazões, entendo possível a sua apreciação nesta oportunidade por estar relacionada à incidência da inelegibilidade ora em análise, atraindo assim o disposto na Súmula 456/STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (AgR-REspe nº 827-92/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 21.10.2014).

A parte final do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997 permite que alterações fáticas ou jurídicas supervenientes que afastem a inelegibilidade sejam consideradas para o deferimento do registro, *in verbis*:

Art. 11. [...]

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Ademais, a jurisprudência desta Corte tem assentado ser a data da diplomação o limite para que esses fatos sejam aferidos:

Agravo regimental. Recurso ordinário. Eleição 2014. Registro de candidato. Inelegibilidade. Condenação criminal. Corrupção eleitoral. CE. Art. 299. LC nº 64/1990. Art. 1º I, e. Absolvição. Fato superveniente. Lei nº 9.504/1997. Art. 11, § 10. Provimento.

1. A reforma do acórdão regional que havia condenado o agravante pela prática do crime de corrupção eleitoral, após o pedido de registro e antes da diplomação, configura alteração fática e jurídica superveniente de que trata o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, apta a afastar a inelegibilidade do candidato.

2. Agravo regimental provido para prover o recurso ordinário e deferir o registro de candidatura.
(AgR-RO nº 222398/RJ, rel. designada. Min. Maria Thereza, PSESS de 11.12.2014.)

Desse modo, a condenação do recorrido por abuso do poder econômico e político, nas eleições de 2008, faz com que o óbice do art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990, com as alterações da LC nº 135/2010, tenha início no dia 5.10.2008 e termo final em 5.10.2016⁴, antes da diplomação dos eleitos no pleito deste ano, constituindo, portanto, a meu ver, fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade.

Esse entendimento já foi, inclusive, aplicado nas eleições de 2016, em casos idênticos ao dos autos, consoante decisões monocráticas proferidas pelo Min. Herman Benjamin nos Recursos Especiais nºs 344-50 e 233-66.

Ressalto, contudo, não desconhecer que a Súmula nº 70 do TSE fixa a *data da eleição* como limite para que o término do prazo de inelegibilidade possa beneficiar a candidatura. A propósito, confira-se: “o encerramento do prazo de inelegibilidade *antes do dia da eleição* constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997”.

Não obstante, depois de muito refletir sobre a matéria, proponho que a redação do enunciado seja alterada, passando a indicar a *data da diplomação* como termo final para aferição do fato superveniente.

Isso porque manter a data da eleição para esses fins equivale, em verdade, a ampliar o prazo de 8 anos de inelegibilidade fixado em lei. Afinal, a partir do oitavo ano da condenação, o cidadão teria que aguardar mais dois ou quatro anos para se candidatar, a depender do pleito que decidisse disputar – geral ou municipal.

Na prática, o impedimento vigoraria entre 10 e 12 anos, superando os 8 anos estabelecidos pelo legislador, situação incompatível com um sistema que conferiu *status* constitucional à elegibilidade, por ser esta corolário da soberania popular

Mas há, ainda, outro aspecto que merece ser destacado.

Nos termos do entendimento atual desta Corte, o prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos previsto na alínea *d* do inciso I do

⁴ CTA nº 433-44/DF, de minha relatoria, DJe de 29.5.2014.

art. 1º da LC nº 64/1990 conta-se da data da eleição do ano da condenação, expirando no dia de igual número do oitavo ano subsequente. Noutro giro, por previsão constitucional, o primeiro turno das eleições recai sempre no primeiro domingo do mês de outubro, cujo dia exato pode variar, a depender do ano.

Isso significa que, se a eleição na qual se verificou a condenação ocorrer em 5 de outubro e a eleição do oitavo ano seguinte em 2 de outubro, o candidato estará inelegível, em razão dos 3 dias que faltam para o cumprimento de seu prazo de inelegibilidade. Na hipótese contrária, que também é possível, sendo a condenação imposta em ano cuja eleição ocorreu no dia 2 de outubro, e estando o pleito marcado para o dia 5 de outubro no oitavo ano seguinte, o candidato se beneficiaria da redação atual da súmula e teria seu registro deferido, em virtude de o impedimento ter findado 3 dias antes do pleito.

Daí porque a escolha da data da diplomação não só evita tais disparidades, conferindo tratamento isonômico a situações similares, como também resguarda o direito constitucional à elegibilidade do cidadão que não estará mais inelegível no momento de ser diplomado e exercerá o mandato sem nenhuma mácula.

No caso concreto, ainda se verificaria uma situação inusitada, na medida em que a chapa encabeçada pelo recorrido encontra-se eleita com mais de 50% dos votos válidos e o indeferimento de seu registro implicaria a renovação das eleições, a teor do art. 224 do Código Eleitoral.

Ocorre que, no momento da realização do pleito suplementar, o prazo de inelegibilidade já estará expirado e nada obstará que Abelardo Rodrigues Filho requeresse novo pedido de registro, desta vez, livre do impedimento que inviabilizou a primeira candidatura.

Sublinhe-se ter o TSE já firmado orientação no sentido de que “o candidato que deu causa à anulação do pleito não poderá participar das novas eleições, porém, *tal vedação ocorre em razão da prática de ilícito eleitoral pelo próprio candidato*”, o que não ocorreu no caso dos autos (REspe nº 7-20/SC, rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 1º.8.2013).

Frise-se que o precedente acima versava sobre o pedido de registro de candidatura em pleito suplementar de candidato cujo registro havia sido indeferido, com base na alínea *d* do art. 1º da Lei nº 64/1990, na eleição anulada, tendo este Tribunal concluído pela possibilidade da candidatura

à vista da inexistência de cometimento de ilícito eleitoral, bem como do reconhecimento do término do prazo de inelegibilidade em questão.

Naquele julgamento, assentou a relatora do feito:

De outro norte, destaco ponto fulcral quanto ao entendimento jurisprudencial do TSE a propósito dessa questão: o que se veda é a participação do candidato que deu causa à anulação do pleito anterior em razão da prática de ilícito eleitoral.

No caso, entretanto, não houve, no período que se seguiu ao fim do interstício em que esteve inelegível e até a data das novas eleições designadas para 03/2013, comprovação de ilicitude perpetrada pelo então candidato – tais como abuso do poder econômico ou captação ilícita de sufrágio –, o que o tornou apto a ter o registro deferido para aquele pleito (de 2013).

Ao acompanhar a eminente relatora, ponderou o Min. Castro Meira em seu voto-vista:

Verifica-se, portanto, que Décio Gomes Góes não concorreu para a anulação da eleição realizada em 7.10.2012 no Município de Balneário Rincão/SC.

Por outro lado, ressalte-se que, na hipótese de renovação do pleito de que trata o art. 224 do Código Eleitoral, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento do novo registro, tendo em vista a reabertura do processo eleitoral. Cito, a esse respeito, os seguintes precedentes:

[...]

Considerando que, na espécie, a inelegibilidade do recorrido findou-se em 31.12.2012 e que, segundo consta do acórdão regional, inexistiu qualquer outro óbice ao deferimento do registro, o acórdão regional não merece reparos.

Assim, parece-me um contrassenso não reconhecer o fato superveniente na espécie e indeferir o registro do recorrido, permitindo-se a realização de novas eleições, sobretudo porque este Tribunal não veda que o mesmo candidato protocole novo pedido de registro no pleito suplementar, momento em que estará elegível e não poderá ter sua participação na disputa indeferida pelos óbices ora em discussão.

Por fim, a escolha da data da diplomação também se harmoniza com o tratamento jurídico conferido por esta Corte aos fatos supervenientes benéficos aos candidatos, na linha dos precedentes citados inicialmente.

Dessa forma, acolhida a alteração proposta, passaríamos a ter apenas um marco temporal para análise de todos os fatos supervenientes aptos a justificar o deferimento da candidatura, uniformizando o entendimento sobre a matéria nas diversas vias processuais em que é possível sua discussão. Consequentemente, garantir-se-ia tratamento mais isonômico e maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*, mantendo o deferimento do registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN.

É o voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 145-89.2016.6.20.0047/RN. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Recorrentes: Coligação Juntos para Vencer I e outra (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho (Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros).

Usaram da palavra, pelas recorrentes, Coligação Juntos para Vencer I e outra, o Dr. Joelson Dias; pelo recorrido, Abelardo Rodrigues Filho, o Dr. Caio Vitor Ribeiro Barbosa; e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Nicolao Dino.

Decisão: Após o voto da relatora, desprovendo o recurso especial eleitoral, pediu vista o Ministro Luiz Fux. Impedimento do Ministro Herman Benjamin.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Henrique Neves da Silva e Luciana Lóssio. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Nicolao Dino.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, cuida-se de recurso especial interposto pela Coligação Juntos para Vencer I e Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros, com alegado fundamento no art. 276, I, *a* e *b*, do Código Eleitoral, contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN) que, negando provimento a recurso eleitoral, manteve o deferimento do registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN, nas eleições de 2016, afastando a causa de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, por entender que referida restrição à cidadania passiva somente incide sobre os que, por ocasião dos fatos que resultaram na condenação por abuso dos poderes político ou econômico, tenham disputado eleição.

Os recorrentes sustentam, em resumo, que o acórdão regional afrontou as alíneas *d* e *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, em razão de o recorrido ter contra si condenação eleitoral proferida em sede de AIJE (AIJE nº 071/2008) por abuso de poder nas eleições de 2008, o que o torna inelegível até o dia 5 de outubro de 2016.

Dizem ser irrelevante o fato de a condenação ter fixado prazo de inelegibilidade em 3 (três) anos, na medida em que a Lei da Ficha Limpa alcança essa situação, conforme definido pelo STF no julgamento que assentou a constitucionalidade da citada lei.

Apontam, ainda, divergência entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido por esta Corte Superior no julgamento do RO nº 52812/RN, de minha relatoria, j. em 14.4.2015.

Em suas contrarrazões (fls. 528-571), o recorrido afirma, inicialmente, que o recurso eleitoral dirigido ao TRE continha assinatura digitalizada do causídico, o que não é suficiente para firmar a regularidade da peça recursal (art. 209 do novo CPC).

Alega que o recurso especial não impugnou suficientemente os fundamentos do acórdão recorrido, que o dissídio não foi demonstrado e que a alegação de afronta ao art. 1º, I, *h*, da LC nº 64/1990 não foi veiculada nas instâncias ordinárias, constituindo indevida inovação recursal.

Quanto à matéria de fundo, aduz que a alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 só se aplica àqueles que efetivamente concorreram ao pleito, não sendo essa sua situação, pois não disputou o pleito de 2008, tendo sido sua inelegibilidade pelo prazo de três anos declarada na AIJE nº 071/2008 com fundamento no art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, por ter apenas contribuído para a prática do ilícito.

Defende, por fim, que o prazo de oito anos trazido pela LC nº 135/2010 não retroage para alcançar aqueles condenados antes da entrada em vigor do novel diploma, sob pena de ofensa à coisa julgada.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo provimento do recurso especial (fls. 577-579).

Em consulta aos dados do sistema Divulga/TSE, a chapa formada pelo recorrido, candidato ao cargo de prefeito, e seu vice, foi vencedora com 53,44% dos votos válidos.

Na Sessão Jurisdicional nº 127/2016, do dia 16.11.2016, a e. relatora Ministra Luciana Lóssio afastou a alegação de irregularidade do recurso interposto pela Coligação Juntos para Vencer I perante o Regional do Rio Grande do Norte e entendeu pela incidência da Súmula nº 27 desta Corte em relação à alegada violação à alínea *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990.

No que se refere à incidência da hipótese de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, sua Excelência negou provimento ao recurso especial e manteve o deferimento do registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN por entender, em síntese, que:

a) remanescem dúvidas quanto à hipótese dos autos ter sido especificamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs nºs 29 e 30, no sentido de que os prazos dilatados de inelegibilidade, trazidos pela LC nº 135/2010, poderiam retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, sobretudo quando há decisão transitada em julgado nos termos da redação original da LC nº 64/1990, tanto que essa questão está sendo examinada no âmbito do RE nº 929.670 (rel. Min. Ricardo Lewandowski, substitutivo do ARE 785.068);

b) a inelegibilidade enunciada na alínea *d* decorre de uma sanção fixada com base no art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, cujo prazo de duração, à época dos fatos, era de 3 (três) anos, não se podendo aplicar em prejuízo

do recorrido a majoração desse prazo prevista na superveniente LC nº 135/2010, em razão de este não refletir o arcabouço jurídico vigente à época dos fatos (*tempus regit actum*);

c) a alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, seja na sua redação primeva, seja após as alterações introduzidas pela intitulada Lei da Ficha Limpa, sempre previu a incidência de inelegibilidade para os que tenham disputado as eleições em que constatado o abuso, situação distinta da do recorrido, que não ostentou a condição de candidato no pleito de 2008. Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência desta Corte, após intensos debates, no julgamento do RO nº 907-18/MG (PSESS de 16.12.2014), relator originário Min. Henrique Neves, para o qual a Ministra Luciana Lóssio foi designada redatora para o acórdão;

d) a condenação do recorrido por abuso dos poderes econômico e político nas eleições de 2008 faz com que o óbice do art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990, com as alterações da LC nº 135/2010, tenha início no dia 5.10.2008 e termo final em 5.10.2016, antes da diplomação dos eleitos no pleito deste ano, o que configura fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade nos termos do art. 11, § 10, da Lei das Eleições;

e) deve ser alterada a redação da Súmula nº 70 do TSE, que estabelece que “o encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997”, passando a indicar a data da diplomação como termo final para aferição do fato superveniente, pois observar a referida Súmula, na prática, implica ampliar o impedimento para 10 (dez) a 12 (doze) anos, o que se mostra incompatível com um sistema que conferiu *status* constitucional à elegibilidade, por ser esta corolário da soberania popular;

f) o prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos previsto na alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 conta-se da data da eleição do ano da condenação, expirando no dia de igual número do oitavo ano subsequente; porém, como o dia exato do 1º turno da eleição (primeiro domingo de outubro) pode variar, a escolha da data da diplomação como marco para a aferição das condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidade pode evitar disparidades, conferindo-se tratamento isonômico a situações similares e resguardando o direito constitucional à elegibilidade do cidadão;

g) a escolha da data da diplomação também se harmoniza com o tratamento jurídico conferido por esta Corte aos fatos supervenientes benéficos aos candidatos, e, caso acolhida a alteração proposta, existiria apenas um marco temporal para análise de todos os fatos supervenientes aptos a justificar o *deferimento* da candidatura, uniformizando o entendimento sobre a matéria, garantindo-se maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

h) a chapa encabeçada pelo recorrido encontra-se eleita com mais de 50% dos votos válidos e o indeferimento de seu registro implicaria a renovação das eleições, a teor do art. 224 do Código Eleitoral. No momento da realização do pleito suplementar, porém, o prazo de inelegibilidade já estará expirado e nada obstará que o recorrido Abelardo Rodrigues Filho requeira novo pedido de registro, desta vez, livre do impedimento que inviabilizou a primeira candidatura.

Concluiu Sua Excelência, então, que seria um contrassenso não reconhecer o fato superveniente na espécie – e indeferir o registro do recorrido –, de ordem a impor a realização de novas eleições, e permitir que este mesmo candidato possa concorrer no pleito suplementar, ante a sua ulterior elegibilidade, consoante autoriza a jurisprudência remansosa da Corte.

Na sequência, pedi vista dos autos para examinar a *quaestio* com mais vagar. Amadurecidas minhas reflexões, trago-as à apreciação deste egrégio Colegiado.

De plano, acompanho a e. relatora quanto ao não acolhimento da preliminar referente à regularidade do recurso interposto pela Coligação Juntos para Vencer I perante o Regional, porquanto supostamente subscrito com assinatura digitalizada. Com efeito, os arts 76⁵, 139, IX⁶, 932⁷, 104, § 2º⁸ e 1.029, § 3º⁹, do Novo Código de Processo Civil mitigaram o excessivo rigorismo do regime anterior, de ordem a, cada qual à sua maneira, oportunizar o saneamento do vício no tocante à regularização processual, no afã de propiciar ao magistrado o enfrentamento da questão de fundo debatida.

⁵ NCPC.

⁶ NCPC.

⁷ NCPC.

⁸ NCPC.

⁹ NCPC.

Ademais, e como precisamente pontuou a Ministra Luciana Lóssio, ancorado no voto do Desembargador Ibanez Monteiro, “não foi necessária a suspensão do processo, pois o advogado, da tribuna, reconheceu que a assinatura lhe pertencia e se prontificou a sanar o vício”.

Rejeito, portanto, nos termos da eminente relatora, a preliminar suscitada.

Passo, então, ao exame da controvérsia jurídica.

Duas foram as imputações analisadas pela Corte Regional no aresto hostilizado: (i) rechaçou a ocorrência, *in concreto*, da inelegibilidade encartada na alínea *h* e (ii) afastou a incidência da alínea *d*. Em sua fundamentação, asseverou ser “inviável [a] esta Corte [*a quo*] se manifestar sobre a incidência da inelegibilidade da alínea *h*, pois essa matéria não foi cogitada nas impugnações e seria conhecida pela primeira vez neste Tribunal, não sendo objeto de debate na primeira instância”.

Aduziu, ainda, “que ambas as hipóteses [alíneas *d* e *h*] decorrem de sentença proferida pelo reconhecimento da prática de abuso de poder econômico ou político, na única ação de natureza eleitoral em que se exige a declaração expressa de inelegibilidade, de acordo com o art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, sendo a questão da aplicação, ou não, nesses casos, do prazo de 8 (oito) anos previsto na LC nº 135/2010, a matéria a ser solucionada pelo STF”.

Em seu voto, a Ministra Luciana Lóssio endossou as conclusões do Tribunal Regional. No tocante a alínea *h*, sua Excelência pontuou que, “embora tenha sido suscitada violação à alínea *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, as razões do apelo nobre só se ocuparam do disposto na alínea *d* do mesmo dispositivo, inviabilizando, assim, a exata compreensão da controvérsia quanto à primeira inelegibilidade. Incide, no ponto, a Súmula nº 27 desta Corte.”¹⁰.

No que pertine à alínea *d*, Sua Excelência articulou sua manifestação, lastreada em três fundamentos: (i) a inaplicabilidade do prazo previsto na Lei da Ficha Limpa, (ii) a impossibilidade de incidir a inelegibilidade por não ter sido o recorrido candidato na eleição em que se deu o abuso, (iii) a incidência da ressalva contida no art. 11, § 10, da Lei das Eleições,

¹⁰ TSE. Súmula nº 27. É inadmissível recurso cuja deficiência de fundamentação impossibilite a compreensão da controvérsia.

sugerindo, inclusive, a alteração do texto da Súmula TSE nº 70. Ao fim, fez uma análise dos efeitos da aplicação do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral ao caso.

Com o respeito devido e merecido, ponho-me a divergir das conclusões a que chegou sua Excelência.

Em primeiro lugar, ao contrário do que consignado no substancioso voto da eminente relatora, acredito que os requeridos, nas impugnações de registro de candidatura, defendem-se dos fatos noticiados e, supostamente, ensejadores da restrição de sua cidadania passiva. A capitulação jurídica (*i.e.*, se a inelegibilidade ocorrerá com espeque na alínea *d* ou *h*) é irrelevante, segundo penso, nas AIRCs, máxime porque pode manietar a escoreita análise por esta Justiça Eleitoral do estado jurídico do pretenso candidato.

No caso *sub examine*, esse disparate fica evidente. Convém desenvolver com mais vagar.

A prática de abuso de poder econômico ou político recebeu especial preocupação do legislador ordinário quando da edição da Lei Complementar nº 64/1990. Desde a sua redação primeva, há duas normas no art. 1º (alíneas *d*¹¹ e *h*¹²) que contemplavam a condenação pela prática do abuso de poder econômico ou político como hipóteses restritivas ao exercício da capacidade eleitoral passiva.

Tais limitações foram mantidas após o advento da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) com pequenas correções textuais: em ambas as causas, autoriza-se, agora, a declaração de inelegibilidade com lastro em condenação proferida por órgão colegiado, e não apenas com o trânsito em julgado; ademais, ampliou-se o prazo de 3 (três) para 8 (oito) anos. Na alínea *h*, especificamente, alterou-se o termo *a quo* para a contagem da inelegibilidade, indicando-o a partir da “eleição na

¹¹ LC nº 64/1990. Art. 1º, I, *d*) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

¹² LC nº 64/1990. Art. 1º, I, *h*) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”.

A *ratio essendi* das disposições é suficientemente clara: visam a coibir a prática de abuso dos poderes econômico e político na competição eleitoral. *A única distinção entre as hipóteses reside nos destinatários da norma.* Enquanto a alínea *d* se ocupa de enquadrar o candidato *beneficiário da conduta abusiva e os particulares que a praticaram*, ao passo que a alínea *h* é reservada *aos detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional*, que, abusando do poder político ou econômico, *beneficiarem a si ou a terceiros*. Em passagem extremamente didática, José Jairo Gomes explica a correlação entre as causas de inelegibilidade *supra*:

A regra constante da presente alínea *h* possui, na essência, o mesmo sentido da alínea *d* [...]. ambas cuidam de abuso de poder manejado em prol de candidatura. A diferença está em que, enquanto naquela se objetiva impedir a candidatura dos beneficiários da conduta abusiva tornando-os inelegíveis “para a eleição na qual concorrem ou tenha sido diplomados”, na alínea *h* visa-se obstar a candidatura dos “detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional”, que, abusando dos poderes econômico ou político que defluem dos cargos que ocupam ou das funções que exercem, beneficiem a si ou a terceiros no pleito eleitoral.” (Grifos no original.)

(GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 198.)

Com efeito, a incidência das alíneas *d* e *h* tem por pressupostos: (i) a prévia condenação por abuso de poder econômico ou político, (ii) o trânsito em julgado da decisão ou decisão proferida por órgão colegiado, (iii) o termo *a quo* para a contagem da inelegibilidade, “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”. Percebe com meridiana clareza que *a única diferenciação possível no âmbito de incidência das normas consiste em seus destinatários*. Qualquer outra exegese, com o respeito devido e merecido, incorre em voluntarismo hermenêutico.

In casu, a capitulação jurídica da presente impugnação embasou-se, de fato, na alínea *d*, e não na alínea *h*. Sucede que, consoante afirmado, é ínfima a distinção entre as aludidas hipóteses de inelegibilidade,

alicerçada, consoante averbei, tão só *nos destinatários*¹³. No mais, as hipóteses são bastante assemelhadas, de modo que seria um descabro subtrair da Justiça Eleitoral a análise do estado jurídico de elegibilidade por meras filigranas jurídicas, nomeadamente com amparo em argumentos estritamente formais.

Portanto, não há qualquer óbice legal, no caso vertente, em requalificar juridicamente a causa restritiva *sub examine* para amoldar-se às premissas fáticas noticiadas nos autos.

In casu, Abelardo Rodrigues Filho foi condenado na AIJE nº 71/2008 por ter, na qualidade de Prefeito, praticado abuso de poder em benefício de Francisco de Assis Pinheiro e Francisco Paiva da Silva, então candidatos a prefeito e vice-prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN, nas eleições de 2008.

Segundo depreende-se da decisão, transitada em julgado, proferida na referida AIJE, “[...] os próprios investigados em seus depoimentos admitem que havia sim, a distribuição de bens a eleitores e que eram constantes as idas de eleitores à residência do investigado Abelardo Rodrigues Filho. Destarte, deve-se notar ainda que no Orçamento Geral do município de Alto do Rodrigues – Exercício 2007 (fls. 243-342), invocado pela defesa dos Investigados para dar um tom de legalidade à distribuição de material feita a eleitores, não consta previsão e/ou autorização expressa para o *Poder Executivo Municipal distribuir materiais de construção a munícipes*” (fls. 72).

A decisão na AIJE, portanto, revela a íntima relação entre a prática abusiva e o exercício do cargo de prefeito então ocupado pelo recorrido, razão por que, nessa hipótese, resta patente que a inelegibilidade passível de incidir é justamente a prevista na alínea *h*.

Há mais, porém.

O acolhimento da pretensão dos recorrentes se justifica, ainda, por outro fundamento: as inelegibilidades insculpidas nas alíneas *d* ou *h*

¹³ A doutrina e a jurisprudência apontam uma segunda distinção: apenas pronunciamentos da Justiça Eleitoral poderiam atrair a causa de inelegibilidade da alínea *d*, ao passo que a alínea *h* pode exsurgir de decisões advindas da Justiça Comum e Eleitoral. Ver, por todos, REspe nº 151-05/AM, rel. Min. Dias Toffoli, redator para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 19.03.2015: “[...] 3. A inelegibilidade do art. 1º, I, *h*, da LC 64/1990 incide nas hipóteses de condenação tanto pela Justiça Comum como pela Justiça Eleitoral. [...]”.

alcançam não apenas aqueles que concorreram no pleito, mas atingem também os responsáveis pela prática do ilícito, ainda que não tenham efetivamente postulado suas candidaturas na eleição.

Em seu voto, a eminente relatora asseverou que, “se o recorrido não ostentou a condição de candidato no pleito de 2008, sobre ele não incide a inelegibilidade em tela”, adotando como fundamento a jurisprudência fixada no RO nº 907-18/MG, julgado em 16.12.2014 – *último precedente que, efetivamente, examinou o ponto*.

Aludido entendimento quase restou superado no dia seguinte, em 17.12.2014, no julgamento do REspe nº 151-05, rel. Min. Dias Toffoli, redator para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 19.3.2015. Extrai-se da ementa “[a]s causas de inelegibilidade dispostas nas alíneas *d* e *h* aplicam-se não somente a quem praticou o abuso de poder na eleição para a qual concorreu (visando beneficiar a própria candidatura), mas também a quem cometeu o ilícito na eleição na qual não se lançou candidato, vindo a favorecer a candidatura de terceiro”.

A Corte aduziu, ainda, que “as referidas alíneas, na parte em que dispõem “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados”, limitam-se a fixar o termo inicial de incidência da inelegibilidade – qual seja, a eleição na qual concorreu o candidato beneficiado pelo abuso, que pode ou não ser o autor do ilícito – e não a estabelecer as pessoas que estão sujeitas a ela”.

Todavia, a ementa do aresto não refletiu precisamente o resultado do julgamento.

No julgamento dos embargos, o Tribunal debruçou-se novamente sobre a discussão. Ao apreciar o mérito, o Plenário acolheu parcialmente os embargos para tão só retificar erro concernente a eventual contradição entre a ementa do REspe e o resultado do julgamento, de ordem a reconhecer que a inelegibilidade lastreou-se apenas na alínea *h*, afastando, em consequência, qualquer imputação relativa às alíneas *d* e *g*, erroneamente consignadas.

De fato, consta do voto do relator no aresto integrativo que as indigitadas causas de inelegibilidade aplicam-se (i) não só àqueles que concorreram ao pleito (ii) como também aos que cometeram o ilícito eleitoral em favor de terceiro na eleição em que não se lançaram

candidatos e (iii) e que, na parte em que dispõem “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados”, fixam o termo *a quo* de incidência da inelegibilidade de oito anos, *i.e.*, a eleição na qual concorreu o candidato beneficiado pelo abuso, que pode ou não ser o autor do ilícito, e não a estabelecer as pessoas que estão sujeitas a elas. Transcrevo os excertos que corroboram o ponto:

No ponto, a matéria acerca da inelegibilidade do art. 1º, I, *h*, da LC nº 64/1990 foi exaustivamente tratada tanto no voto vencedor, de minha lavra, quando nas manifestações dos eminentes pares que me acompanharam. Confirmam-se trechos do voto condutor:

O e. Ministro Dias Toifoli, a despeito de ter igualmente superado os fundamentos da Corte Regional quanto às alíneas *d* e *h*, manteve o deferimento do registro “ante a ausência do seguinte pressuposto [...]: ser candidato nas eleições em que verificado o abuso (para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados)”. Contrariamente ao que decidido pelo e. relator, entendo que o recorrido está incurso em ambas as inelegibilidades.

Com efeito, *as alíneas d e h do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 possuem a seguinte redação (dada pela LC 135/2010):*

[...]

Da leitura dos referidos dispositivos, verifica-se que as alíneas d e h não restringem sua incidência somente a candidatos, na medida em que se referem a qualquer pessoa (alínea d, conforme acima sublinhado) e aos detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional (alínea h) que tenham sido condenados pela prática de abuso do poder econômico ou político. Ademais, tais alíneas, na parte em que dispõem “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados”, limitam-se a fixar o termo inicial de incidência da inelegibilidade de oito anos – qual seja, a eleição na qual concorreu o candidato beneficiado pelo abuso, que pode ou não ser o autor do ilícito – e não a estabelecer as pessoas que estão sujeitas a ela.

Em outras palavras, as alíneas d e h enquadram, para fim de aplicação das respectivas inelegibilidades, não somente quem praticou o abuso de poder no pleito em que concorreu (visando beneficiar a própria candidatura), mas também quem cometeu o ilícito na eleição na qual não se lançou candidato, favorecendo a candidatura de terceiro que a disputou.

Essa conclusão é reforçada, ainda, pelo fato de que nas ações que apuram o abuso de poder político e/ou econômico podem ser condenados a) quem praticou o abuso em benefício próprio;

b) quem o praticou em favor de terceiro e c) quem se beneficiou de abuso cometido por outrem.

Consequentemente, não é razoável que as inelegibilidades do art. 1º, I, d e h, da LC 64/1990 sejam imputadas somente a quem foi condenado pela prática de abuso de poder em benefício próprio em ação de investigação judicial eleitoral e, por outro lado, não incidam na hipótese em que o ilícito foi cometido por terceiro que, embora não tenha participado da eleição, favoreceu determinada candidatura.

Assim, a existência de condenação por abuso de poder em sede de ação de investigação judicial é suficiente para a incidência das inelegibilidades da alínea d e h, independentemente de o condenado ter ou não disputado a eleição na qual praticou o ilícito. Ressalte-se que não se trata, na espécie, de conferir interpretação extensiva às alíneas d e h, as quais, como quaisquer causas de inelegibilidade, são de legalidade estrita. Cuida-se, na verdade, de interpretar sistemática e teleologicamente os referidos dispositivos, pois o objetivo maior da Lei Complementar nº 64/1990 – norma regulamentadora do art. 14, § 9º, da CF/1988 – é restringir a capacidade eleitoral passiva dos que tenham atentado contra a normalidade e a legitimidade do pleito por meio da influência do poder econômico e político e, ainda, daqueles que não possuam idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo. Desse modo, considerando que o recorrido foi condenado por abuso de poder enquanto prefeito do Município de Coari/AM por favorecer a candidatura de terceiro que concorria a esse cargo nas Eleições 2008, entendo que as inelegibilidades das alíneas d e h aplicam-se ao caso dos autos. (Grifos no original.)

Sem embargo, é tarefa assaz difícil, diante da multiplicidade de fundamentos aduzidos, assentar que a Corte evoluiu no entendimento consignado, por maioria apertada, no RO nº 907-18, porquanto restou afastada, como dito, a restrição à cidadania passiva quanto à alínea d.

Contudo, e consoante asseverei no meu voto naquela oportunidade, acredito, com o respeito devido e merecido à eminente relatora, que pouco importa se o candidato responsável pela prática abusiva concorrera, ou não, na eleição em que perpetrara a ilicitude.

É que, a prevalecer o entendimento oposto, se, em dada eleição, duas pessoas (um prefeito reeleito – e que portanto não irá concorrer

ao pleito – e particular) abusarem do poder político e econômico para beneficiarem a campanha de um terceiro, e forem condenadas, por órgão colegiado, *e.g.*, pela prática abusiva, o Prefeito reeleito, quando postular o seu registro de candidatura em pleitos vindouros restará inelegível, com fulcro na alínea *h*, e o particular, que igualmente praticou a conduta abusiva, ao requerer sua candidatura, não incidirá na alínea *d*. A rigor, sequer estará inelegível.

Este discrímen na interpretação das normas, *concessa venia*, vulnera os cânones de hermenêutica, notadamente os elementos sistemático e teleológico. Deveras, a correlação entre as referidas hipóteses de inelegibilidade é essencial para precisar o sentido e o alcance de cada uma delas. Justamente porque as alíneas *d* e *h* possuem similar teleologia subjacente (*i.e.*, destinam-se a evitar o abuso do poder político e econômico), o intérprete/aplicador não poderá dispensar uma exegese que amesquinhe a coerência interna e a harmonia do próprio Estatuto das Inelegibilidades. A este respeito, e perfeitamente aplicável à hipótese vertente, reproduzo passagem lapidar de Carlos Maximiliano, em obra clássica, sobre hermenêutica e interpretação:

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Em toda a ciência, o resultado de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, *contrastado* pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo geral de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se à verdade geral.

Possui todo o corpo órgãos diversos; porém autonomia das funções não importa em separação; operam-se coordenados os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistêmico encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes. Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se um em conexão com outros. O Direito objetivo não é conglomerado caótico de preceitos; constitui unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se

condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. (Grifou-se.)

(MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104-105.)

Perfilhando similar entendimento é o magistério do professor Eros Roberto Grau, em clássico estudo sobre interpretação e aplicação das normas jurídicas, o “direito não se interpreta em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34).

Referidas ponderações foram suscitadas com a maestria que lhe é peculiar pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no retrocitado REspe nº 151-05, quando afirmou que

[...] a compreensão sistemática das causas de inelegibilidade revela que a parte final da aliena *h* se refere ao marco inicial do prazo de inelegibilidade, estabelecendo que aquele que foi condenado por abuso ficará inelegível para a eleição na qual o beneficiário do abuso concorreu, “bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”. Não há, assim, outra qualificação especial do agente (ser candidato na eleição em que foi condenado por abuso), mas somente aquela expressamente constante no texto, “os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros”.

De fato, a interpretação almejada criaria uma contradição interpretativa, porque o prefeito reeleito que praticou o abuso na eleição de 2008 para eleger o seu sucessor não estaria inelegível para a eleição de 2012, seja pela alínea *d*, seja pela alínea *h*, enquanto estaria o beneficiário do abuso, o que, obviamente, não se compatibiliza com a regra constitucional de inelegibilidades, que visa resguardar justamente a “normalidade e legitimidade das eleições contra a Influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função”.

No caso concreto, é estreme de dúvidas que Abelardo Rodrigues Filho incide na alínea *h* ante a condenação nos autos da AIJE nº 71/2008,

porque, na qualidade de prefeito, incorrido na prática de abuso de poder no afã de beneficiar Francisco de Assis Pinheiro e Francisco Paiva da Silva, então candidatos a prefeito e vice-prefeito do Município de Alto Rodrigues/RN, nas eleições de 2008.

Ad argumentandum tantum, ainda que escorrito o enquadramento pela alínea *d*, melhor sorte não assiste ao recorrido.

Em primeiro lugar, entendo que, diversamente do que consignou a Ministra Luciana Lóssio, a hipótese do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, não implica retroatividade vedada pela Constituição. Isso porque, a meu sentir, a distinção traçada pela doutrina e pela jurisprudência entre inelegibilidade-sanção (art. 22, XIV) e inelegibilidade como efeitos secundários (art. 1º, inciso I e suas alíneas) carece de consistência teórica e não parece ser a interpretação que melhor se coaduna com o Estatuto das Inelegibilidades.

Com efeito, a escolha dos critérios político-legislativos para a criação das condições de elegibilidade e das hipóteses de inelegibilidades ampara-se em racionalidades e fundamentos diversos. Ao erigir condições de elegibilidade, optou-se, dentre outros critérios, por critérios como nacionalidade e idade mínima. Já em hipóteses restritivas ao exercício do *ius honorum*, proscreveu-se a perpetuação de indivíduos ou grupos familiares no poder (art. 14, §§ 5º ao 7º, da CRFB/1988). Referidas limitações também podem exsurgir do *status* ou da situação jurídica em que se encontra o cidadão, tal como ocorre com os inalistáveis (*i.e.*, conscritos e estrangeiros), ou ainda mediante a adoção de critério capacitário (*i.e.*, inelegibilidade absoluta de analfabetos), a teor do art. 14, § 4º, da CRFB/1988. E há as causas de inelegibilidade que potencializam os princípios constitucionais da moralidade e da probidade, como sói ocorrer nas hipóteses encartadas na Lei da Ficha Limpa. E, não há qualquer novidade, de que, não preenchidas estas condições ou quando incorrer em quaisquer das causas, o cidadão terá seu direito de capacidade eleitoral passiva interditado, ainda que temporariamente.

Em termos mais genéricos, note-se que as circunstâncias acima elencadas *per se* impedem que se advogue a tese segundo a qual inelegibilidade consubstancia sanção, em qualquer uma de suas causas de incidência, inclusive nas hipóteses previstas na Lei da Ficha Limpa.

Do contrário, estar-se-ia admitindo, ilustrativamente, que a ordem constitucional pune o indivíduo que sequer teve acesso à educação, imputando-lhe a vedação ao exercício do seu direito político passivo. Cuida-se [as inelegibilidades], destarte, de simples opções político-legislativas que limitam o acesso aos cargos eletivos.

No julgamento das ADCs nº 29 e nº 30, o Plenário da Suprema Corte assentou categoricamente que a inelegibilidade ostenta *natureza jurídica de requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral*. À luz deste entendimento, rechaçou-se veementemente o caráter sancionatório ou punitivo das hipóteses de inelegibilidade veiculadas na Lei Complementar nº 64/1990.

Diante disso, é de se indagar: ainda existe no ordenamento jurídico pátrio a figura da inelegibilidade-sanção? Refaço a pergunta em outras palavras: o fato de o legislador ordinário utilizar, no art. 22, XIV, o vocábulo “sanção” para referir-se à causa de inelegibilidade transmuda a natureza do instituto, de sorte a infirmar as conclusões a que chegou a Corte quando do julgamento das ADCs nº 29 e nº 30 acerca da natureza jurídica das hipóteses de inelegibilidade? Esses questionamentos se afiguram essenciais ao deslinde da discussão, na medida em que, a depender da resposta fornecida, altera-se a compreensão de que o aumento do prazo de 3 para 8 anos prevista na Lei da Ficha Limpa incidindo em retroatividade máxima proscria pela Constituição.

E, antecipo, a resposta a tais questionamento é negativa. Minhas conclusões estão alicerçadas em três fundamentos centrais.

Em *primeiro lugar*, o legislador ordinário incorreu em manifesta atecnia ao afirmar que a inelegibilidade do art. 22, XIV, encerraria sanção.

Com efeito, é de conhecimento elementar, na dogmática jurídica, a irrelevância do *nomem iuris* atribuído ao instituto legal com vistas a subsidiar o intérprete na definição de sua natureza jurídica. É dizer: *independentemente do rótulo legal, a natureza do instituto é perquirida a partir da análise dos efeitos jurídicos que efetivamente dele advêm*.

Repare que, se assim não fosse, tal compreensão implicaria, no limite, admitir a hipótese absurda de, amanhã, o Congresso Nacional editar uma nova lei complementar qualificando juridicamente as causas de inelegibilidade como tributo. Ou mesmo qualificar juridicamente toda

e qualquer causa restritiva ao *ius honorum* como pena (sanção), como fez com o art. 22, XIV. Se isso ocorresse, tais previsões não modificariam, de forma alguma, a natureza jurídica do instituto: a inelegibilidade remanesce como *requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral*.

A irrelevância do *nomen iuris* para identificar a natureza jurídica restou precisamente demonstrada pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, à época integrante da Corte Superior Eleitoral, no RO nº 3128-94/MA, rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 30.9.2010, ocasião em que vaticinou:

[...] Nesse sentido, extraio da LC 64/1990 que, quando se utiliza a palavra “representação” como instrumento para viabilizar a abertura “de Ação de Investigação Judicial” (AIJE), a norma o faz expressamente. É o caso do art. 22, caput, que dispõe a respeito da “representação” ajuizada especificamente para “pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social”.

É de se notar, pois, a substancial diferença existente entre a norma do art. 22 da LC 64/1990 e o disposto na alínea d, em que não há menção a nenhum pedido ou ação específica, mas apenas às causas de pedir “abuso de poder político e econômico”.

Corroborar com essa tese a interpretação sistemática da legislação eleitoral, da qual se extrai que o termo “representação” não revela o nomen juris de uma ação específica.

Vejamos o que dispõe a Lei 9.504/1997, Lei das Eleições, a respeito da chamada “representação”.

Temos, em seu art. 96, o uso da palavra “representação” para definir a ação por meio da qual se apuram as violações dos seus dispositivos.

Ocorre que dentre todas as vedações existentes na Lei das Eleições não se encontra regulação quanto ao abuso de poder político, econômico ou ao uso indevido dos meios de comunicação. Tal regulação está prevista na LC 64/1990.

Por consequência lógica, é indubitável que o vocábulo “representação” contido no art. 1º, I, alínea d, da LC 64/1990 deverá ser aplicado com significação que cumpra a finalidade da norma, qual seja, afastar da vida pública políticos condenados por abuso de poder político e econômico.

Nessa linha, reafirmo que ao termo “representação” atribuo o sentido de “ação”. Assim, quando o legislador refere-se à hipótese de “representação”, devemos entender que ele não se refere a um tipo específico de ação, mas

faz alusão às ações intentadas com o fim de se apurar abuso de poder econômico ou político.

Essa conclusão é reforçada pela análise da natureza das ações cujo objeto é apurar e sancionar o abuso de poder: Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED). Todas servem à apuração de abuso de poder, alcançadas, portanto, pelo art. 1, I, alínea d.

Verifico que a AIJE, disciplinada no art. 22 da LC 64/1990, é a única em que a Justiça Eleitoral declara a inelegibilidade no corpo da condenação (art. 22, XIV). Grifei.

Aliás, essa técnica de interpretação também não é estranha ao Supremo Tribunal Federal. Quando da edição do Enunciado da Súmula nº 670, a Suprema Corte asseverou que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Daí por que, a despeito de a lei infraconstitucional qualificar aquela exação como “taxa”, em nada altera a natureza jurídica do instituto.

Há mais: a literalidade do art. 22, XIV, não encampa a tese de que se trata de inelegibilidade-sanção. É que o referido dispositivo apresenta – e impõe – dois comandos contraditórios ao magistrado, em eventual condenação por abuso de poder político e econômico: (i) determina que seja declarada a inelegibilidade, o que pressupõe que essa situação jurídica preexiste e está apenas sendo reconhecida judicialmente; e (ii) comina a sanção de inelegibilidade, pressupondo que é a sentença que constituirá e imporá essa situação jurídica. Ante a constatação desse comando contraditório, é preciso buscar a correta exegese na racionalidade interna das próprias causas de inelegibilidade previstas na Lei Complementar nº 135/2010.

Note-se que a primeira opção (i.e., declaração de inelegibilidade) é a que está em sintonia com a interpretação dada pelo STF ao art. 1º, inciso I e suas alíneas, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010. De fato, o pronunciamento judicial da prática do abuso de poder econômico ou político já atrai *per se* a declaração (e não a constituição) da inelegibilidade.

Em termos claros: *o pretenso candidato ainda assim estaria inelegível por força da incidência do art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990, ainda que eventualmente a decisão judicial não cominasse a sanção de inelegibilidade no título*

judicial. É suficiente, para assentar a inelegibilidade, a prática abusiva de poder econômico. Por isso que afronta flagrantemente a lógica e coerência interna do Estatuto das Inelegibilidades a exegese segundo a qual o art. 22, XIV, consubstancia hipótese de inelegibilidade-sanção.

Há, ainda, um segundo fundamento.

Afigura-se despciendo, no afã de perquirir a natureza jurídica do art. 22, XIV, a circunstância de a inelegibilidade constar expressamente do título judicial na condenação pela prática de abuso de poder econômico.

Já assentei em sede doutrinária que a decisão condenatória, nos termos do art. 22, XIV, que declara ou constitui a inelegibilidade, se assemelha, quanto aos efeitos jurídico-eleitorais, às demais hipóteses das alíneas do art. 1º, I. Em termos mais singelos: *a decisão que reconhece a inelegibilidade, a teor do art. 22, XIV, somente produzirá seus efeitos na esfera jurídica do condenado, se, e somente se, este vier a formalizar registro de candidatura em eleições vindouras, ou em recurso contra a expedição do diploma, em se tratando de inelegibilidades infraconstitucionais supervenientes.* Inexiste fundamento, portanto, do ponto de vista lógico-jurídico, para pugnar pela distinção de regime jurídico (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 186).

Cito dois exemplos para corroborar a tese ora proposta.

Primeiro exemplo. Imagine-se que determinado agente público tenha suas contas rejeitadas, em que reste devidamente demonstrada a irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa por decisão irrecorrível do órgão competente. No exemplo avetado, esse agente público estará inelegível nos termos do art. 1º, I, alínea *g*, da LC nº 64/1990, em decorrência de estarem presentes todos os requisitos. Conquanto a restrição ao *ius honorum* não conste formalmente da decisão de rejeição de contas, o agente público estará, sim, repiso, inelegível.

Todavia, apenas se o agente público protocolizar seu registro de candidatura é que a inelegibilidade produzirá seus efeitos para fins eleitorais. Não formalizado o requerimento de registro de candidatura, a inelegibilidade permanece latente, e não surtirá efeitos, para fins eleitorais, na esfera jurídica do agente público. E ninguém objeta se trata de hipótese de inelegibilidade como efeito secundário.

Pois bem. Situação similar ocorre quando há a condenação por abuso de poder econômico ou político em sede de ação de investigação judicial eleitoral (LC nº 64/1990, art. 22, XIV). E, aqui, passo ao *segundo exemplo*.

Imagine-se, agora, que determinado indivíduo tenha sido condenado nos termos do art. 22, XIV (abuso de poder econômico). O magistrado declarará a inelegibilidade na própria decisão judicial, além da cassação do registro ou diploma. Entretanto, e tal como na hipótese da alínea *g*, *os efeitos dessa inelegibilidade permanecem em estado de latência [e esse é o ponto a ser considerado]*, não obstante a menção ao termo inelegibilidade constar do título judicial. Dependem, portanto, da formalização do registro de candidatura. Sem essa formalização do registro, descabe cogitar de produção de efeitos imediatos da inelegibilidade, para fins eleitorais, ainda que expressamente assentada na decisão judicial.

Indaga-se, mais uma vez: e se magistrado não cominar a inelegibilidade no título judicial, assentando apenas a cassação do diploma? O indivíduo condenado pela prática abusiva ainda assim permanece inelegível, ou, diante dessa omissão do juiz, manteria seu estado jurídico de elegibilidade incólume? Evidentemente, ausência de menção no título condenatório não elide a inelegibilidade, a qual seria reconhecida pela incidência do art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990.

Noutros termos, a declaração de inelegibilidade, com espeque no art. 22, XIV, não produz quaisquer efeitos jurídico-eleitorais imediatos na esfera jurídica do condenado. Ao contrário da pena de cassação do diploma (esta, sim, produz efeitos imediatos), a existência, ou não, de causa restritiva do *ius honorum* somente será aferida em ulterior formalização de registro de candidatura pelo condenado. Até lá, os efeitos da declaração de inelegibilidade ficam potencialmente sobrestados, em nada alterando o estado jurídico do cidadão condenado.

Não faz sentido propugnar com fortes tintas que as situações do inciso I do art. 1º sejam efeitos reflexos, ao passo que o art. 22, XIV, introduz uma sanção, se ambas somente serão aferidas no registro de candidatura. De duas, uma: ou todas as hipóteses da Lei Complementar nº 64/1990 veiculam sanções, porquanto decorrentes da prática de atos ilícitos, ou, ao revés, elas traduzem a inadequação de dado cidadão ao regime jurídico,

constitucional e legal complementar, da elegibilidade, apresentando-se como efeitos meramente reflexos no estado jurídico dos pretensos candidatos, que os tornam inelegíveis.

O *terceiro argumento* se relaciona com a evolução que caminha a jurisprudência do TSE nas hipóteses de condenação por abuso de poder em ações de impugnação de mandato eletivo.

Nas eleições de 2012, a Corte Superior Eleitoral flertava com a orientação fixada de que a condenação por abuso de poder econômico em AIME não tinha o condão de atrair a inelegibilidade, *ex vi* do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990.

Todavia, em julgado recente, RO nº 296-59, a questão jurídica foi posta novamente à apreciação da Corte. O relator Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RO nº 296-59, asseverou que “não verific[a] fator razoável de diferenciação para concluir que está inelegível o cidadão condenado por abuso de poder econômico, nas eleições de 2008, em AIJE, enquanto está elegível que aquele condenado também por abuso de poder no mesmo pleito, porém em AIME, pois, como se sabe, ambas as ações têm o abuso como causa de pedir, tramitam no mesmo procedimento (art. 22 da LC nº 64/1990) e acarretam idêntica consequência jurídica – cassação de registro e de diploma –, desde que o abuso seja”.

E prossegue o eminente relator, afirmando que, “[d]e fato, tanto a ação de investigação judicial eleitoral quanto a ação de impugnação de mandato eletivo buscam tutelar justamente a normalidade e legitimidade do pleito contra o abuso de poder econômico assim reconhecido pela Justiça Eleitoral, *razão pela qual as condenações por abuso nessas ações podem acarretar a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990.*” (Grifei.) Na espécie, acompanhei o eminente relator.

A despeito de a prática de abuso de poder estar veiculada em instrumentos processuais distintos (AIJE e AIME), o Ministro Gilmar Mendes, valendo-se dos elementos teleológico e sistemático, reconheceu que eventual caracterização da conduta abusiva deve atrair a incidência da inelegibilidade da alínea d.

A construção é demasiado inteligente porquanto vislumbra que a declaração de inelegibilidade em AIME independe de expressa previsão no art. 14, § 10, da Constituição. Assim é que poderá a Justiça Eleitoral, em

ulterior registro de candidatura, declarar a inelegibilidade do pretendo candidato com lastro no art. 1º, I, d.

Referida tese, assinalo, já fora defendida anteriormente pelos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski, em sua passagem pela Corte Eleitoral, e pelo Ministro Dias Toffoli. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, no RO nº 3128-94/MA, rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 30.9.2010, afirma que

Verifico que a AIJE, disciplinada no art. 22 da LC 64/1990, é a única em que a Justiça Eleitoral declara a inelegibilidade no corpo da condenação (art. 22, XIV).

[...]

[p]or ausência de previsão legal expressa, a jurisprudência do TSE nunca cogitou em decretar a inelegibilidade no bojo da AIME, de modo que sua consequência limitava-se à perda do mandato. Precedentes: AgRg no REspe 26.314, rel. Min. Caputo Bastos, DJ 2213/2007; AI 4.203/MG, rel. Min. Peçanha Martins.

Nota-se, no tocante à inelegibilidade, que a diferença entre as ações residia no fato de que apenas a AIJE tinha como consequência direta sua declaração.

Penso, contudo, que a partir da LC 135/2010 tais consequências foram profundamente alteradas.

A jurisprudência anterior do TSE, que afirmava não ser possível aplicar inelegibilidade como consequência na AIME, não mais se sustenta diante das novas causas de inelegibilidade e do disposto no art. 1º, I, d, da LC 64/1990.

De fato, a inelegibilidade existirá como efeito natural da condenação, seja em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), seja em Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED).

[...]

Reitero, pois, que apenas na hipótese de AIJE cabe à Justiça Eleitoral declarar inelegibilidade na sentença ou no acórdão. Entretanto, nos demais casos, incluindo aqueles em que se apura o abuso, a inelegibilidade será consequência da condenação. (Grifei.)

Já o eminente Ministro Dias Toffoli, no julgamento do REspe nº 10-62/BA, pontuou que “[p]or isso afirmo – já sinalizando àqueles que vierem a se arriscar no ano que vem à eleição – que a partir do ano que vem, sinto-me absolutamente liberado a aplicar o entendimento da Ministra Nancy Andrighi e entender que a condenação em AIME também pode ser objeto da alínea d da Lei Complementar nº 64/1990.”.

À luz deste entendimento – correto, repito –, não mais subsiste, sob o ângulo lógico-jurídico, a distinção entre, de um lado, inelegibilidade como sanção (por constar do título judicial proferido em AIJE), e, por outro, inelegibilidade como efeitos secundários (por *não* constar do título judicial proferido em AIME).

Tal diferenciação acarreta uma incongruência sistêmica na interpretação da natureza jurídica da inelegibilidade que, com o respeito devido, não se sustenta: como advogar que a inelegibilidade possui duas naturezas jurídicas (*i.e.*, efeitos secundários ou natureza de sanção), quando existem dois instrumentos processuais (*i.e.*, AIME e AIJE) aptos a veicular a mesma *causa petendi* (*i.e.*, abuso de poder econômico), e cuja condenação atrai as mesmas consequências jurídicas (*i.e.*, inelegibilidade pelo mesmo fundamento – art. 1º, I, d). Parafraseando o Ministro Marco Aurélio, o sistema não fecha.

Por tais razões, *afirmo peremptoriamente que a inelegibilidade insculpida no inciso XIV do art. 22 não constitui sanção*: o reconhecimento do abuso de poder econômico somente produzirá reflexos prática na esfera jurídica do condenado se – e somente – houver a formalização do registro, em situação exatamente idêntica às demais causas de inelegibilidade constantes da Lei da Ficha Limpa.

Na realidade, o que tem passado despercebido pela doutrina e pela jurisprudência é que o art. 22, XIV, em nada se distancia do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990.

O preceito legal reproduz no rito procedimental da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) a inelegibilidade da alínea d, especificamente indicando os comandos impostos ao juiz nas hipóteses de condenação por abuso de poder econômico, abuso de poder de autoridade e pelo uso indevido dos meios de comunicação (i.e., cassação do diploma e declaração de inelegibilidade).

Reitera-se: no art. 1º, inciso I, e suas alíneas, elencam-se as hipóteses restritivas ao *ius honorum*. No art. 22, que disciplina normativamente o rito da ação de investigação judicial eleitoral, tem-se a positivação, no inciso XIV, dos comandos impostos ao magistrado sempre que reconhecer a prática pelo abuso de poder econômico ou pelo desvio ou abuso de poder de autoridade ou pelo uso indevido dos meios de comunicação. Nada mais.

Deve-se reconhecer, ademais, que o legislador complementar adotou péssima técnica legislativa na confecção da Lei nº 64/1990, o que não foi aperfeiçoado – ao contrário, o vício foi exponenciado – com o advento da Lei Complementar nº 135/2010. Isso é facilmente percebido na própria dicção do art. 22, XIV: fala-se ao mesmo tempo em (i) declarar inelegibilidade e (ii) cominar-lhe a sanção de inelegibilidade. Além de aludir ao termo inelegibilidade por duas vezes, circunstância que, por si só, já evidencia pouco apreço pela boa técnica legislativa, os mandamentos são em si contraditórios: o primeiro tem natureza declaratória e o segundo, constitutiva. Não se objeta que essa má qualidade do texto tem contribuído para esse imbróglio hermenêutico e metodológico.

Como se percebe, não foi a intenção do legislador de emprestar uma natureza de sanção à referida causa de inelegibilidade, razão pela qual fazê-lo, pela via hermenêutica, enseja manifesta fraude à teleologia ínsita ao instituto.

Quid iuris: E qual a consequência prática desse raciocínio até aqui compreendido?

É que toda a racionalidade subjacente ao julgamento das ADCs nº 29 e nº 30 deve ser aplicada *tout court* ao art. 22, XIV. Do ponto de vista da dogmática constitucional, a extensão dos prazos de inelegibilidade do art. 22, XIV, da Lei da Ficha Limpa, justamente porque não é sanção, não revela ofensa à retroatividade máxima, de ordem a fulminar a coisa julgada, mesmo após o esgotamento dos 3 anos inicialmente consignados da decisão judicial passada em julgado que reconhece a prática de poder político ou econômico (reconhecimento este que, aí sim, faz exsurgir a inelegibilidade). Trata-se, em vez disso, de exemplo acadêmico de retroatividade inautêntica (ou retrospectividade).

Nesse sentido, peço vênha aos eminentes pares para transcrever excerto de meu voto naquela ocasião:

Como se sabe, a retroatividade autêntica é vedada pela Constituição da República, como já muitas vezes reconhecido na jurisprudência deste Tribunal. O mesmo não se dá com a *retrospectividade*, que, apesar de semelhante, não se confunde com o conceito de retroatividade mínima defendido por MATOS PEIXOTO e referido no voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES proferido no julgamento da ADI 493 (j. 25.06.1992): enquanto nesta são alteradas, por lei,

as consequências jurídicas de fatos ocorridos anteriormente – consequências estas certas e previsíveis ao tempo da ocorrência do fato –, naquela a lei atribui novos efeitos jurídicos, a partir de sua edição, a fatos ocorridos anteriormente.

A aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135/10 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção supra, uma hipótese clara e inequívoca de *retroatividade inautêntica*, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Portanto, ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de *retrospectividade*, já admitida na jurisprudência desta Corte.

[...]

Em outras palavras, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de requisitos “negativos” (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral.

Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica. É essa característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, aliás, que também permite concluir pela validade da extensão dos prazos de inelegibilidade, originariamente previstos em 3 (três), 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, para 8 (oito) anos, nos casos em que os mesmos encontram-se em curso ou já se encerraram. Em outras palavras, é de se entender que, mesmo no caso em que o indivíduo já foi atingido pela inelegibilidade de acordo com as hipóteses e prazos anteriormente previstos na Lei Complementar nº 64/1990, esses prazos poderão ser estendidos – se ainda em curso – ou mesmo restaurados para que cheguem a 8 (oito) anos, por força da *lex nova*, desde que não ultrapassem esse prazo.

Explica-se: trata-se, tão somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*. Observe-se, para tanto, que o legislador cuidou de distinguir claramente a inelegibilidade das condenações – assim é que, por exemplo, o art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/1990 expressamente impõe a inelegibilidade para período *posterior ao cumprimento da pena*.

Tendo em vista essa observação, haverá, em primeiro lugar, uma questão de isonomia a ser *atendida*: não se vislumbra justificativa para que um indivíduo que já tenha sido condenado definitivamente (uma

vez que a lei anterior não admitia inelegibilidade para condenações ainda recorríveis) cumpra período de inelegibilidade inferior ao de outro cuja condenação não transitou em julgado.

Em segundo lugar, não se há de falar em alguma afronta à coisa julgada nessa extensão de prazo de inelegibilidade, nos casos em que a mesma é decorrente de condenação judicial. Afinal, ela não significa interferência no cumprimento de decisão judicial anterior: o Poder Judiciário fixou a penalidade, que terá sido cumprida antes do momento em que, unicamente por força de lei – como se dá nas relações jurídicas *ex lege* –, tornou-se inelegível o indivíduo. A coisa julgada não terá sido violada ou desconstituída.

Demais disso, tem-se, como antes exposto, uma relação jurídica continuativa, para a qual a coisa julgada opera sob a cláusula *rebus sic stantibus*. A edição da Lei Complementar nº 135/2010 modificou o panorama normativo das inelegibilidades, de sorte que a sua aplicação, posterior às condenações, não desafiaria a autoridade da coisa julgada. (Grifos no original.)

Se é escoreita a tese de que a inelegibilidade do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990 não é sanção, o que ficou exaustivamente demonstrado ao longo do meu voto, inexistente lastro jurídico para rejeitar o aumento de prazo de 3 para 8 anos a fatos pretéritos.

Em consequência, verificado o exaurimento do prazo de 3 (três) anos, previsto na redação originária do art. 22, XIV, por decisão transitada em julgado, é perfeitamente possível que o legislador infraconstitucional proceda ao aumento dos prazos, o que impõe que o agente da conduta abusiva fique inelegível por mais 5 (cinco) anos, totalizando os 8 (oito) anos, sem que isso implique ofensa à coisa julgada, que se mantém incólume.

Com isso não se está a franquear que o legislador estaria apto a estabelecer, a seu talante, sanções em franca inobservância das garantias constitucionais. Somente se admite esse alargamento dos prazos de inelegibilidade porquanto se parte da premissa de que não se está diante de sanções ou penalidades. *A elegibilidade consubstancia requisito positivo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral.*

Encampar entendimento oposto, *concessa venia*, significa revisitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, dotado de eficácia *erga-omnes* e de efeito vinculante, uma vez que o art. 22, XIV, consubstancia mera reprodução no rito procedimental da AIJE do art. 1º, inciso I, alínea d, e não hipótese autônoma e independente de restrição ao *ius honorum*.

Em segundo lugar, e valendo-me da mesma fundamentação aplicável à alínea *h*, o fato de o responsável não ter concorrido ao pleito em que cometera o ilícito eleitoral não tem o condão de elidir a hipótese de inelegibilidade da alínea *d*.

Mais uma vez, apenas vislumbro duas interpretações possíveis: Na *primeira*, excluem-se os terceiros do âmbito de incidência de ambas as alíneas. A meu ver, aludida interpretação não se coadunaria com o *telos* subjacente às normas, insculpidas precisamente para expungir os efeitos perniciosos das condutas abusivas de poder político e econômico. Na *segunda*, os terceiros se encontrariam no programa normativo das causas de inelegibilidade, para valer-me da famosa categoria do jurista alemão Friedrich Müller (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de Peter Naumann. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2004). Esta exegese, sim, promoveria o espírito da Lei da Ficha Limpa, de moralizar o prélio eleitoral e franquear a disputa aos cargos político-eletivos aos cidadãos que pautem suas condutas pela ética e probidade.

Anote-se que esta Corte Eleitoral, ao se debruçar sobre outros aspectos relacionados ao alcance da hipótese da inelegibilidade prevista na própria alínea *d*, vem suplantando a interpretação meramente literal, ora defendida pela e. relatora, sempre que tal literalidade imponha riscos à harmonia do sistema de inelegibilidades.

Nesse sentido, no julgamento do RO nº 296-59/SC (relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 3.3.2016), esta Corte superou o entendimento anterior de que as “representações” referidas no texto da alínea *d* apenas poderiam ser as ações de investigação judicial eleitoral, concluindo que:

Com base na compreensão do princípio da isonomia, não há fator razoável de diferenciação para concluir que está inelegível o cidadão condenado por abuso de poder econômico nas eleições de 2008 em AIJE, enquanto está elegível aquele condenado também por abuso de poder no mesmo pleito, porém em AIME, pois ambas as ações têm o abuso como causa de pedir, tramitam sob o mesmo procedimento (art. 22 da LC nº 64/1990) e acarretam idêntica consequência jurídica – cassação de registro e de diploma –, desde que o abuso seja grave o suficiente para ensejar a severa sanção.

Não se trata de interpretar extensivamente norma restritiva de direito, como são as causas de inelegibilidades, mas buscar a interpretação lógica

da norma, visando à harmonia do sistema de inelegibilidades e evitando eventuais contradições jurídicas, com base nos valores previstos no art. 14, § 9º, da CF/1988. [Grifei.]

A interpretação lógico-sistemática também prevaleceu em detrimento da interpretação meramente literal quando esta Corte reconheceu, no julgamento do RO nº 971-50/BA (j. em 2.10.2014), incidir a inelegibilidade prevista na alínea *d* na hipótese de *exclusiva* condenação por uso indevido dos meios de comunicação, apesar de a literalidade da referida norma apenas referir-se a hipóteses de abuso de poder econômico e político. Confira-se a ementa:

Eleições 2014. Recurso ordinário. Inelegibilidade reconhecida pela instância ordinária por superveniente condenação por órgão colegiado. Possibilidade. Precedente.

Condenação por uso indevido dos meios de comunicação social nos termos do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/1990. Incidência da inelegibilidade do art. 1º, inciso i, alínea *d* da mesma lei. Interpretação lógica. Desprovimento.

1. Na esteira dos recentes precedentes deste Tribunal, não se observa óbice para o reconhecimento de fato superveniente que atraia a inelegibilidade de pretensão candidato, tendo em vista que antes do momento de julgamento do registro, ainda em instância ordinária, a ele foi oportunizada a possibilidade de defesa acerca da incidência de impedimento de sua capacidade eleitoral passiva advinda de condenação por órgão colegiado pelo uso indevido da comunicação.

2. *Por interpretação lógica e sistemática de dois dispositivos da mesma lei, a condenação fundamentada exclusivamente na hipótese de uso indevido dos meios de comunicação, com fundamento no art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, atrai a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, d.*

3. Recurso desprovido. (Grifei.)

(RO nº 971-50/BA, rel. Min. Maria Thereza Moura, PSESS de 2.10.2014.)

Diante das premissas exaustivamente desenvolvidas ao longo do meu voto, penso que *as inelegibilidades previstas nas alíneas d e h alcançam aqueles que não tenham concorrido ou tenham sido diplomados na eleição em que ocorra o abuso (no caso, eleições de 2008), sob pena de se criar um cenário de incoerência sistêmica interna na Lei Complementar nº 64/1990.*

Em terceiro lugar, rejeito a tese de que o exaurimento do prazo de inelegibilidade do recorrido, verificado três dias após a data da realização

do pleito (em 5.10.2016) consubstanciaria fato superveniente idôneo a afastar a causa restritiva à cidadania passiva, nos termos do art. 11, § 10, da Lei das Eleições.

In casu, é incontroverso que o recorrido estava inelegível na data da eleição de 2016 (2.10.2016).

Não desconheço que foram prolatadas decisões monocráticas proferidas no âmbito desta Corte¹⁴ reconhecendo constituir-se o exaurimento do prazo de inelegibilidade após a data da eleição fato superveniente apto a afastar o óbice, nos termos previstos no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

Nas citadas decisões, afirma-se que o mesmo fundamento usado por este Tribunal Superior para fixar a diplomação como marco final para a incidência das alterações fático-jurídicas que afastam a inelegibilidade deve ser aplicado aos casos em que o decurso do prazo de inelegibilidade ocorre após a eleição e antes da diplomação.

A e. relatora defende o mesmo entendimento, sugerindo, inclusive, alteração do texto da Súmula nº 70 deste Tribunal, *in verbis*: “O encerramento do prazo de inelegibilidade *antes* do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997”.

A inclusão da referida súmula, ocorrida em 10.5.2016, conforme se extrai do inteiro teor do PA nº 323-45.2013.6.00.0000/DF, foi sugerida pelo e. Ministro Henrique Neves em vista da pacificação da jurisprudência desta Corte no sentido de que *o término do prazo de inelegibilidade, após o momento do registro de candidatura, mas antes da data da eleição*, caracteriza a hipótese de fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997. Entre os precedentes citados por Sua Excelência naquele julgamento administrativo, transcrevo os seguintes:

Embargos de declaração. Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2012. Registro. Vereador. Captação ilícita de sufrágio. Eleições 2004. Condenação transitada em julgado. Art. 1º, I, j, da LC nº 64/1990. Inelegibilidade. Prazo de oito anos. Omissão. Art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Alteração superveniente ao pedido de registro. Provimento.

¹⁴ Por exemplo: REspe nº 233-66/BA, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14.10.2016.

1. Nos termos da orientação mais recente deste Tribunal “a teor do contido na alínea *j* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, os oito anos alusivos à inelegibilidade têm como termo inicial a eleição em que praticado o desvio de conduta. *A ausência de data idêntica, considerados os pleitos – de 2004 e 2012 –, é conducente a concluir-se que, à época deste último, o candidato já era elegível*, observando-se o disposto no parágrafo 10 do artigo 11 da Lei nº 9.504/1997” (REspe nº 96-28/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 11.10.2013).

2. Embargos acolhidos para dar provimento ao agravo regimental e ao recurso especial, deferindo-se, por conseguinte, o registro de candidatura do embargante.

(ED-AgR-REspe nº 407-85/PA, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 11.4.2014);

Registro. Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea *j*, da Lei Complementar nº 64/1990. Prazo. Contagem. Término.

1. Em relação à coligação agravante, constata-se a irregularidade da representação processual, a impedir o conhecimento do agravo regimental (Súmula 115 do STJ).

2. O prazo de oito anos previsto na alínea *j* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, segundo o atual entendimento deste Tribunal, tem como termo final a data de igual número a partir da eleição na qual se deu a condenação.

3. A cessação da inelegibilidade é fato superveniente à data do registro de candidatura, a teor do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 (REspe nº 93-08, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 30.9.2013).

Agravo regimental da Coligação Unidos por Guia Lopes não conhecido e agravo regimental do Ministério Público Eleitoral não provido.

(AgR-REspe nº 195-57/MS, rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 31.3.2014);

Agravo regimental. Agravo. Registro de candidatura. Inelegibilidade alínea *j*. Contagem. Prazo. Eleições 2012. Desprovimento.

1. Voltou a prevalecer nesta Corte, a partir do julgamento do REspe nº 93-08, Manacapuru/AM, de 20.6.2013, o entendimento de que o prazo de inelegibilidade de 8 anos previsto na alínea *j* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 deve ser contado da data da eleição, expirando no dia de igual número de início, nos termos do art. 132, § 30, do Código Civil, como decidido no REspe nº 74-27, Fênix – PR, rel. Min. Laurita Vaz, rel. designada Min. Luciana Lóssio, PSESS de 9. 10.2012.

2. O transcurso do prazo de inelegibilidade **até a data do pleito** é passível de reconhecimento no pedido de registro do candidato, como alteração jurídica superveniente prevista no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, por se tratar de evento futuro e certo.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Grifei.)

(AgR-AI nº 177-73/PB, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 3.2.2014.)

Também no julgamento da Cta nº 380-63/DF, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio, esta Corte reconheceu que o exaurimento do prazo de inelegibilidade *após o registro, mas antes da eleição*, configura alteração apta a afastar a inelegibilidade:

Inelegibilidade – Cessação – Alcance do artigo 11, parágrafo 10, da Lei nº 9.504/1997. *Cessada a inelegibilidade antes das eleições, cumpre observar, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo 10, da Lei nº 9.504/1997, o fenômeno.*

Inelegibilidade – Cessação – Processo de registro – Sobrestamento – Improriedade. Descabe sobrestar o processo de registro para aguardar-se o termo final da inelegibilidade.

Inelegibilidade – Consideração – Limite.

O termo final para considerar-se a cessação da inelegibilidade coincide com o encerramento da jurisdição ordinária, sendo imprópria a consideração de fato novo em sede extraordinária.

Inelegibilidade – Cessação – Medida Acauteladora. Possível é ter-se, no campo da cautelar, providência visando à eficácia da cessação da inelegibilidade antes das eleições. [Grifei.]

(Cta nº 380-63/DF, rel. Min. Marco Aurélio de Farias Mello, DJe de 5.2.2014.)

E esse mesmo entendimento fora adotado no julgamento do RO nº 566-35/PB, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Confira-se:

Eleições 2014. Candidato a governador. Registro de candidatura deferido. Suposta incidência nas inelegibilidades previstas no art. 1º, inciso I, alíneas *d*, *h* e *j*, da LC nº 64/1990. Ausência de requisitos. Suposta ausência de quitação eleitoral. Não ocorrência. Desprovimento dos recursos.

1. Incidência nas causas de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alíneas *d* e *h*, da LC nº 64/1990. Enquanto a inelegibilidade por rejeição de contas (alínea *g*), à guisa de exemplificação, não é sanção imposta na decisão do Tribunal de Contas, mas possível efeito secundário do título administrativo, verificável se e quando o cidadão se apresentar candidato, a inelegibilidade declarada em ação de investigação judicial eleitoral é sanção imposta na sentença judicial, cujo aumento de prazo configura situação didática de violação da coisa julgada – candidato declarado inelegível, pelo prazo de três anos, em representações transitadas em julgado relativas à eleição de 2006.

2. Assentar a possibilidade de aumentar o prazo de três para oito anos de inelegibilidade em casos de ação de investigação judicial eleitoral, além de configurar violação da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da

CF/1988), é um convite ao legislador para que possa transformar, por exemplo, condenações à multa por conduta vedada em cassações de diploma, com consequências jurídicas em pleitos futuros.

3. Aumento de prazo que afronta a segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da Constituição Federal, pois altera as consequências jurídicas de um processo eleitoral findo, analisado pela Justiça Eleitoral em conformidade com as regras jurídicas do pleito, modificando a sanção imposta em eleição anterior (sentença judicial que fixou inelegibilidade pelo prazo de três anos a contar da eleição de 2006), para atingir pleitos futuros, mesmo exaurido o prazo fixado em decisão judicial. Questão constitucional não enfrentada nem decidida pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento da ADC nº 29, rel. Min. Luiz Fux.

4. Contagem do prazo da inelegibilidade referida no art. 1º, inciso I, alíneas d, h e j, da LC nº 64/1990. Cassação do diploma do candidato ocorrida na eleição de 2006. *Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, como a eleição de 2006 ocorreu em 1º de outubro, exaurido estará o prazo de oito anos de inelegibilidade em 5.10.2014, constituindo fato superveniente que afasta a causa de inelegibilidade quanto ao pleito de 2014, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Precedentes do TSE.*

5. Pretendida contagem do prazo de inelegibilidade tendo como marco inicial o segundo turno da eleição de 2006. A interpretação literal do art. 77, § 3º, da CF/1988 não é a que melhor reflete a finalidade do texto constitucional, sendo certo que o segundo turno de votação não configura nova eleição propriamente dita, entendida como nova verificação de preenchimento das condições de elegibilidade ou de eventual incidência em causa de inelegibilidade, mas critério constitucional para alcançar o princípio da maioria absoluta, estabelecido para a eleição de presidente da República, governador de estado e prefeito de municípios com mais de 200 mil eleitores (arts. 28, 29, inciso II, e 77, da CF/1988).

6. O princípio da “igualdade de chances” entre os competidores abrange todo o processo de concorrência, não estando, por isso, adstrito a uma fase específica. É fundamental, por isso, que não apenas a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, entre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances, sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar ficcional, mas também o próprio intérprete, ao evitar interpretações que possam promover tratamento diferenciando injustificado, com sugestão de casuísmo, de inconstitucional exclusão.

7. A pretensão a que seja contado o prazo de inelegibilidade de forma diferenciada – eleitos em 2006 em primeiro turno elegíveis e eleitos em segundo turno inelegíveis – configura violação da indispensável isonomia entre competidores, pois os candidatos estão na mesma situação jurídica – diplomas cassados na eleição de 2006.

8. Quitação eleitoral. Ausência de multa eleitoral, líquida e certa, não paga antes do registro de candidatura.

9. Recursos desprovidos.

(RO nº 566-35/PB, rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS de 16.9.2014.)

Como se vê, em todos esses precedentes restou assentada a possibilidade de se considerar o exaurimento do prazo de inelegibilidade após o registro, *mas antes da eleição* – ou, no máximo, presente a coincidência de datas, no próprio dia da eleição – fato superveniente apto a afastar o óbice ao registro de candidatura, nos moldes previstos na ressalva contida no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

Tal entendimento, porém, não pode ser aplicado à hipótese em que o exaurimento do prazo de inelegibilidade ocorre *após a eleição*. Explico.

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são pressupostos incontornáveis ao exercício do chamado *ius honorum*, ou seja, *ao direito de concorrer a cargos eletivos e eleger-se*.

Nas palavras de Adriano Soares da Costa¹⁵, “[...] a elegibilidade é uma faculdade jurídica concedida a alguns nacionais para, durante um determinado período, pleitearem o voto dos eleitores, fazendo campanha política, pela qual mostrarão suas propostas, divulgarão os seus nomes e angariarão a preferência de parcela dos cidadãos. Tal faculdade culminará com o sufrágio, durante o qual colocarão os seus nomes para sofrerem o crivo do eleitorado. Como se pode perceber, a elegibilidade (também chamada *ius honorum*) é um direito subjetivo com conteúdo específico e duração determinada.”

Pois bem, se as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade relacionam-se ao exercício da cidadania passiva, isto é, ao direito de participar da eleição e ser escolhido para exercer cargo político-eletivo, a sua aferição, obviamente, deve ocorrer antes do dia em que a eleição ocorre. Segundo o art. 11, da Lei das Eleições, o dia 15 de agosto do ano eleitoral é a data

¹⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade e Inabilitação no Direito Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n029-1998-adriano-soares-da-costa>>, Acesso em: 18 out. 2016.

em que partidos e coligações devem solicitar à Justiça Eleitoral o registro dos seus candidatos. É nesse momento, portanto, que serão verificadas os pressupostos essenciais ao exercício do *ius honorum* e do ponto de vista lógico-jurídico, essa aferição deve levar em conta a condição do candidato na data da eleição, por ser esse, salvo raras exceções, o principal marco do processo eleitoral, como revelam as normas que fixam os prazos de domicílio eleitoral, filiação partidária, substituição de candidatos, de registro do partido perante o TSE, de desincompatibilização, etc.

Nesse exato sentido pronunciou-se esta Corte Superior no julgamento do Acórdão nº 18.847/MG¹⁶, do qual extraio o seguinte trecho do voto condutor proferido pelo e. Min. Fernando Neves:

A esse respeito, penso que do mesmo modo que pode haver a incidência de uma causa de inelegibilidade após o momento em que foi requerido o registro do candidato, pode ocorrer dessa causa deixar de existir após aquela data ou após a data limite para o pedido de registro.

Se isso acontecer antes da data da eleição, entendo que essa circunstância há de ser considerada, pois, no meu modo de ver, é nesse momento que o candidato deve preencher os requisitos de elegibilidade e não incidir nas causas de inelegibilidade.

[...]

É oportuno destacar que condições de elegibilidade, como filiação partidária e domicílio eleitoral, têm prazo mínimo condicionado à data da eleição e não ao momento do registro, assim como os prazos de desincompatibilização, que são contados também do dia da realização do pleito. Pode acontecer, até mesmo, que na data do pedido do registro, que pode ser solicitado ainda no mês de junho, dependendo apenas da realização da convenção, não seja ainda exigível o afastamento daquele candidato obrigado a fazê-lo três meses antes da eleição.

Uma outra situação possível é a de que o candidato venha a se tornar elegível em data posterior ao pedido de registro, mas anterior à eleição, como, por exemplo, no caso de recuperar seus direitos políticos que estavam suspensos. Em tais situações, se se comprovar junto com o pedido de registro que a causa de inelegibilidade cessará em tempo hábil, isto é, antes do pleito, entendo que o registro há de ser deferido.

Fixada a premissa de que os pressupostos para a candidatura devem estar preenchidos na data do pleito, entendo que as alterações fáticas ou

¹⁶ REspe nº 18.847/MG, rel. Min. Fernando Neves, PSESS de 24.10.2000.

jurídicas supervenientes ao registro de que trata o art. 11, § 10, da Lei das Eleições só podem ser aquelas ocorridas *entre o registro e a eleição* que afastam a inelegibilidade, como ocorre, *v.g.*, na hipótese da Súmula nº 70 do TSE, ou as alterações ocorridas *após a eleição e antes da diplomação*, que, precariamente ou definitivamente, afastem o próprio suporte fático-jurídico que dava origem à inelegibilidade, desconstituindo a sua eficácia, como, por exemplo, as decisões que afastam a inelegibilidade através da sistemática prevista no art. 26-C da própria Lei das Inelegibilidades ou do poder geral de cautela, e as hipóteses de afastamento integral do suporte fático-jurídico da inelegibilidade pelo Judiciário ou pela administração.

Nessa esteira, destaco as seguintes considerações perfilhadas no artigo “A Força da Súmula nº 70 do TSE”, de autoria de Andréa Ribeiro de Gouvêa, publicado no Jota¹⁷, em 6.12.2016:

[...] a partir da sistemática introduzida pela LC nº 135/2010, decisões colegiadas podem projetar a inelegibilidade, e justamente por não terem transitado em julgado, o legislador cuidou de prever mecanismos capazes de afastar a eficácia dessas decisões, ainda não completamente estabilizadas, proferidas pela Justiça Comum ou pela Eleitoral.

Tais provimentos judiciais, ainda que provisórios, afastam o próprio substrato que dá suporte à inelegibilidade, pois sinalizam a possibilidade de modificação do julgado ainda não transitado em julgado que a atrai.

Quando se prolata uma decisão dessa natureza, mesmo que após a eleição, o Poder Judiciário está afirmando, ainda que num juízo provisório, que o substrato que fundamenta a inelegibilidade pode (forte plausibilidade) não existir e, por isso, não deve ainda gerar efeitos. À vista disso, há autorização para que se afaste a sua incidência, desconstituindo-se o óbice ao ius honorum que dele irradiava no dia da eleição.

De igual modo, e com muito mais razão, o sistema permite – com fundamento na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do princípio da autotutela administrativa – que o suporte fático-jurídico da inelegibilidade não seja apenas cautelarmente suspenso, mas integralmente afastado pela Justiça ou pela administração sempre que se fizer necessário restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos eivados de ilicitude ou de desrespeito ao sistema normativo.

Assim, *v.g.*, o provimento judicial que anula a decisão do órgão de contas que dá suporte à incidência da inelegibilidade prevista na alínea *g*; o provimento judicial ou administrativo que suspende ou anula a demissão

¹⁷ Disponível em: jota.info/artigos/forca-da-sumula-70-tse-06122016

que dá suporte à inelegibilidade da alínea o ou que anula a exclusão do exercício de profissão que dá suporte à alínea m; a decisão que, em sede de ação rescisória, desconstitui a decisão judicial declaratória da inelegibilidade, e a que, em sede de julgamento de recursos, desconstitui a condenação por captação ilícita de sufrágio, abuso, conduta vedada, captação/gasto ilícito de recursos em campanha, que dão suporte às inelegibilidades previstas nas alíneas d e j; enfim, repito, *todas as decisões ou alterações capazes de desconstituir – ainda que precariamente – o substrato fático-jurídico que dava suporte à hipótese de inelegibilidade devem ensejar o deferimento do registro, apesar de surgirem após a eleição*, na medida em que, uma vez desconstituído o substrato, os efeitos que dele decorriam no dia da eleição devem ser, também, considerados inválidos para o fim de obstaculizar o *ius honorum*.

Tal situação não ocorre, de modo algum, com o candidato que passa o dia da eleição inelegível com base em substrato fático-jurídico íntegro e perfeito, com seu conteúdo eficaz acobertado pela coisa julgada. Nesse caso, o mero exaurimento do prazo após a eleição não desconstitui nem suspende o obstáculo ao ius honorum que aquele substrato atraía.

Portanto, o termo final de inelegibilidade não deve ser confundido com a suspensão ou anulação de sua causa constitutiva, pois na primeira hipótese, a decisão constitutiva (substrato) permanece hígida, ocorrendo, após a eleição, apenas o exaurimento de seus efeitos.

Por outro lado, ao contrário do que sustenta a e. relatora, o respeito ao prazo integral de inelegibilidade não importa em indevida ampliação da restrição ao *ius honorum*, na medida em que poderá o cidadão, se assim o preferir, lançar sua candidatura e participar de qualquer pleito, ordinário ou extraordinário, a se realizar após exaurido o óbice. Ao revés: endossar as conclusões da eminente relatora implica a redução do prazo de inelegibilidade de 8 para 6 anos, em exegese francamente dissonante do Estatuto das Inelegibilidades.

Do exposto, entendo pela inaplicabilidade da ressalva prevista no art. 11, § 10, da Lei das Inelegibilidades ao caso de exaurimento do prazo de inelegibilidade após a eleição e, conseqüentemente, não acolho a sugestão de alteração da Súmula nº 70 deste Tribunal Superior.

Por fim, rejeito o argumento pragmático-consequencialista, materializado no fato de que o eventual deferimento do registro se justificaria pela possibilidade de o recorrido poder concorrer ao pleito suplementar. Explica-se.

In casu, o recorrido participou da campanha eleitoral e obteve a *primeira colocação* na disputa para o cargo de prefeito de Alto do Rodrigues, com 5.209 (cinco mil, duzentos e nove) votos (53,44% dos votos válidos). Nessa situação, mesmo que se considere inconstitucional o art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, de ordem a aplicar a sistemática anterior, resta patente que o indeferimento do seu registro, por esta instância superior, acarretará a realização de novo pleito no referido Município.

Por ensejar condição pessoal, e não ilícito que fulmine o pleito, o indeferimento do registro de candidatura do recorrido não obstará sua ulterior participação na eleição suplementar, somado ao término do prazo de inelegibilidade decorrente da condenação por abuso de poder nas eleições de 2008.

Esse fato, porém, não impressiona. A uma, porque referida conclusão é feita em tese: revela-se perfeitamente possível que sobrevenham novas hipóteses de inelegibilidade ou o não preenchimento de condições de elegibilidade que inviabilizem a candidatura do recorrido quando da formalização de seu registro no pleito suplementar. A duas, porque o êxito do recorrido neste pleito não significa necessariamente nova vitória na renovação da eleição.

Ante o exposto, e na esteira da fundamentação supra, voto pelo provimento do recurso especial.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): Senhores Ministros, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 145-89.2016.6.20.0047/RN. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Recorrentes: Coligação Juntos para Vencer I e outra (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho (Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Luiz Fux dando provimento ao recurso, antecipou o pedido de vista o Ministro Gilmar Mendes.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Henrique Neves da Silva e Luciana Lóssio. Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício: Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): Senhores Ministros, adoto, como razões de decidir, os fundamentos do voto que proferi no *REspe nº 283-41/CE*, considerando a identidade de matéria.

Ante o exposto, acompanho a *relatora e nego provimento ao recurso, mantendo o deferimento do registro de candidatura.*

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, acompanho o voto do Ministro Luiz Fux, pedindo vênia a Vossa Excelência.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, acompanho a relatora.

Apenas um detalhe – em minha opinião, deveras importante –, o cumprimento dos três anos se deu antes da lei. Nem a lei estava editada quando se cumpriram os três anos.

MATÉRIA DE FATO

ADVOGADO NÃO IDENTIFICADO: Senhor Presidente, eu gostaria de fazer um esclarecimento de matéria de fato, pois também há outro detalhe – creio que seja importante, inclusive, para o Ministro Henrique

Neves da Silva –, na sessão de 18 de dezembro de 2012, foi decidido por este Plenário, voto da Ministra Luciana Lóssio, que não seria aplicável o prazo de 8 anos previsto na alínea *d*, porque o recorrido não concorreu ao pleito e, no caso, não se discutiu nas instâncias ordinárias a aplicação da alínea *h*. Isso é inovação de matéria em sede de recurso especial, inclusive trouxemos para a liminar esse aspecto.

Obrigado.

MATÉRIA DE FATO

O DOUTOR JOELSON DIAS (advogado): Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite um esclarecimento de matéria de fato?

Falo pelo recorrente, e, ao contrário do que disse o colega que me sucedeu na tribuna, não houve pronunciamento de mérito deste Tribunal, anteriormente, sobre a questão. O Tribunal, antes, entendeu apenas que o partido não era parte legítima para recorrer, e ficou apenas nessa preliminar.

A questão, mais do que propriamente definir até quando vão os efeitos dessa causa de superveniência, é definir se é até a diplomação ou até a eleição.

O mais importante, como o Ministro Henrique Neves da Silva ressaltou, no julgamento anterior, é discutir, em relação à alínea *d*, se aqueles que não concorreram à eleição são passíveis ou não da sanção de inelegibilidade.

Nesse caso, era prefeito reeleito, não podia concorrer, mas foi condenado por abuso de poder econômico justamente pelo grupo político que o sucedeu. E é isto que se discute agora: se a inelegibilidade o alcança, com o consequente indeferimento do registro.

Muito obrigado.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, este caso cuida apenas da alínea *d*. No caso anterior, havia discussão sobre as alíneas *d* e *h*.

O Ministro Luiz Fux pediu vista dos dois casos, cuja discussão era similar, e, no caso anterior, discutiam-se as alíneas *d* e *h*; neste, na ementa de Sua Excelência, o Ministro Luiz Fux, há menção à alínea *h*, porém a discussão posta neste presente caso refere-se somente à alínea *d*.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, acompanho a divergência. Destaco que há outra matéria muito bem posta no voto de Vossa Excelência, versando sobre a questão do conhecimento do recurso apresentado com assinatura digitalizada, em que, de acordo com o novo Código de Processo Civil – parece-me que nesse ponto também é unânime –, nessas situações, fica definido que se deve dar oportunidade à parte para que sane o vício.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Isso foi apresentado da tribuna. Acredito que decidimos essa preliminar na primeira assentada.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Como ficou em aberto, queria apenas acrescentar que esse caso tem mais essa tese, a qual me parece unânime. Se houver assinatura digitalizada, que não pode ser aceita, cabe intimar a parte para que regularize o ato.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, em relação a esse caso, como no outro também, quero apenas destacar a minha posição, que é no sentido de que esses candidatos que deram causa à nulidade da eleição podem, sim, participar do novo pleito, até mesmo como o Ministro Luiz Fux fez constar na última folha do seu voto, ao afirmar:

Por ensejar condição pessoal e não ilícito que fulmine o pleito, o indeferimento do registro de candidatura do recorrido não obstará sua ulterior participação na eleição suplementar, somado ao término do prazo de inelegibilidade decorrente da condenação por abuso de poder nas eleições de 2008.

A referida conclusão é feita em tese, não é discussão concreta, mas apenas para sinalizarmos, porque se revela perfeitamente possível que sobrevenham novas hipóteses de inelegibilidade ou não preenchimento de condições de elegibilidade que inviabilizem a candidatura do recorrido no momento da formalização do seu registro no pleito suplementar.

Quero, então, deixar consignado.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhor Presidente, está havendo dissenso em relação à própria Lei Complementar nº 135/2010, que está em discussão.

Peço vista dos autos para exame mais detalhado da matéria.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 145-89.2016.6.20.0047/RN. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Recorrentes: Coligação Juntos Para Vencer I e outra (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho (Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Napoleão Nunes Maia Filho, negando provimento ao recurso especial eleitoral e os votos da Ministra Rosa Weber e Henrique Neves da Silva, dando provimento ao recurso, pediu vista o Ministro Og Fernandes.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernando, Henrique Neves da Silva e Luciana Lóssio. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Nicolao Dino.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhor Presidente, adoto, como relatório, a minuta inicialmente submetida ao Plenário pela e. Ministra Luciana Lóssio (relatora) na sessão jurisdicional de 16.11.2016:

Cuida-se de recurso especial interposto pela Coligação Juntos para Vencer I e Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN) que, negando provimento a recurso eleitoral, manteve o deferimento do registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho¹⁸ ao cargo de prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN, nas eleições de 2016, ao afastar a causa de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990.

O acórdão regional restou assim ementado:

RECURSOS ELEITORAIS – REGISTRO DE CANDIDATURA – PREFEITO – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA COLIGAÇÃO POR APOSIÇÃO DE ASSINATURA DIGITALIZADA DO ADVOGADO E DE DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEIÇÃO – PRÁTICA DE ABUSO DE PODER POR PESSOA NÃO CANDIDATA – APURAÇÃO EM AIJE – CONDENAÇÃO ANTERIOR À LC N.º 135/2010 – DISPOSITIVO SENTENCIAL APLICANDO O ART. 22, XIV, DA LC Nº 64/1990 NA ANTIGA REDAÇÃO – 3 (TRÊS) ANOS DE INELEGIBILIDADE – TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAZO DE INELEGIBILIDADE DE 8 (OITO) ANOS A CONDENAÇÕES ANTERIORES À LC N.º 135/2010 – MATÉRIA A SER REVISITADA PELO STF – INAPLICABILIDADE DO ART. 1º, I, D, DA LC N.º 64/1990 – CONDIÇÃO DE NÃO CANDIDATO – INELEGIBILIDADE DE TRÊS ANOS INTEGRALMENTE CUMPRIDA – DEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA – DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

Recurso com vício de representação sanável conhecido pela maioria da Corte.

Não há deficiência de fundamentação em recurso que expõe de forma clara e objetiva as razões fáticas e jurídicas por que entende que a sentença *a quo* deve ser reformada.

É matéria a ser revisitada pelo STF, conforme registrado em julgados recentes daquela Excelsa Corte, a possibilidade de aplicação do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos a condenações anteriores à vigência da LC nº 135/2010, cuja sentença tenha reconhecido a prática de abuso de poder econômico ou político e declarado expressamente a inelegibilidade por 3 (três) anos, na única ação de natureza eleitoral em que se exige tal declaração, nos termos do art. 22, XIV, LC nº 64/1990.

¹⁸ Eleito com 53,44% de votos válidos (5.209), contra 46,25% (4.507) da segunda colocada e 0,31% (31) do terceiro lugar.

A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *d*, da LC nº 64/1990 somente incide aos que, por ocasião dos fatos que resultaram na condenação por abuso de poder político ou econômico, tenham disputado eleição. (fls. 490-491)

Os recorrentes apontam contrariedade às alíneas *d* e *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, em razão de o recorrido ter contra si condenação eleitoral proferida em sede de AIJE por abuso de poder nas eleições de 2008.

Assevera que “é evidente que recorrido ABELARDO RODRIGUES BARBOSA encontra-se inelegível até o dia 5 de outubro de 2016, uma vez que a eleição de 2008, relativa à condenação aplicada em Representação Eleitoral (referente à eleição de 2008) ocorreu no dia 5 de outubro de 2008” (fl. 510).

Sustenta ser irrelevante o fato de a condenação ter fixado prazo de inelegibilidade em 3 anos, na medida em que a Lei da Ficha Limpa alcança essa situação, conforme definido pelo STF no julgamento que assentou a constitucionalidade da citada lei.

Contrarrazões às fls. 528-571, nas quais o recorrido formula as seguintes alegações:

- a) o recurso eleitoral dirigido ao TRE continha assinatura digitalizada do causídico, o que não é suficiente para firmar a regularidade da peça recursal (art. 209 do novo CPC);
- b) o recurso especial é deficiente por não impugnar os fundamentos do acórdão recorrido;
- c) o dissídio não foi demonstrado;
- d) a alegação de afronta à alínea *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 não foi veiculada nas instâncias ordinárias, constituindo indevida inovação recursal;
- e) a alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 só se aplica àqueles que efetivamente concorreram ao pleito, não sendo essa sua situação em 2008; e
- f) o prazo de oito anos trazido pela LC nº 135/2010 não retroage para alcançar à aqueles condenados antes da entrada em vigor do novel diploma, sob pena de ofensa à coisa julgada.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo provimento do recurso especial (fls. 577-579).

Em consulta aos dados do sistema Divulga/TSE, a chapa formada pelo recorrido, *candidato ao cargo de prefeito*, e seu vice foi vencedora com 53,44% dos votos válidos.

É o relatório.

A e. relatora negou provimento ao recurso especial da Coligação Juntos para Vencer I e de Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros e,

assim, manteve deferida a candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito de Alto do Rodrigues/RN nas Eleições 2016, nos termos da ementa a seguir transcrita, destacando-se os itens 3 a 5:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. ART. 1º, I, *d*, DA LC Nº 64/1990. AIJE. CONDENAÇÃO ANTERIOR À LC Nº 135/2010. INCIDÊNCIA RESTRITA AOS QUE TENHAM CONCORRIDO AO PLEITO. FATO SUPERVENIENTE OCORRIDO ANTES DA DIPLOMAÇÃO. INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. À luz da sistemática trazida pelo novo Código de Processo Civil, deve-se conceder à parte a oportunidade para sanear ato defeituoso. Na espécie, o recurso eleitoral contendo imagem digitalizada da assinatura de seu subscritor foi ratificado nas instâncias ordinárias, sanando-se o vício detectado.

2. A jurisprudência desta Corte Superior, que assentava serem, de plano, inexistentes os apelos firmados com assinatura digitalizada, encontra-se superada pela entrada em vigor da nova legislação processual.

3. *O prazo de inelegibilidade de oito anos, previsto no art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990, pela LC nº 135/2010, não retroage para alcançar aqueles que possuem condenação eleitoral transitada em julgado por abuso de poder, na qual a sanção de inelegibilidade foi fixada em 3 anos, conforme previa a antiga redação do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990.*

4. *A inelegibilidade do art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990 só incide sobre os que, à época da condenação pela prática de abuso, tenham concorrido ao pleito.*

5. *O encerramento do prazo de inelegibilidade até a data da diplomação constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997.*

6. Proposta de alteração da Súmula nº 70/TSE, para que esta passe a vigorar com a seguinte redação: “o encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da diplomação constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997”.

7. Acolhida essa alteração, passaríamos a ter apenas um marco temporal para análise de todos os fatos supervenientes aptos a justificar o deferimento da candidatura, uniformizando o entendimento sobre a matéria nas diversas vias processuais em que é possível sua discussão. Consequentemente, garantir-se-ia tratamento mais isonômico e maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

8. Argumento consequencialista: O TSE já decidiu que “o candidato que deu causa à anulação do pleito não poderá participar das novas eleições, porém, tal vedação ocorre em razão da prática de ilícito eleitoral pelo próprio candidato”, o que não ocorreu no caso dos autos

(REspe nº 7-20/SC, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 1.8.2013). Assim, uma vez que os autos não versam sobre ilícito eleitoral, constituiria um contrassenso indeferir o registro de candidatura neste momento, ocasionando a renovação do pleito, se, nas eleições suplementares, o candidato poderá requerer nova candidatura, desta vez, livre do impedimento que obsteu a primeira.

9. Recurso desprovido.

Em suma, a e. relatora assegurou o registro do recorrido Abelardo Rodrigues Filho com base nos seguintes argumentos:

a) a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) não se aplica a condenações anteriores ao início de sua vigência;

Art. 1º São inelegíveis:

b) a inelegibilidade de oito anos do art. 1º, I, *d*, da LC 64/1990 (com texto da LC 135/2010)¹⁹ não incide perante quem, em eleição anterior, não se candidatou, mas foi condenado por praticar abuso de poder em favor de terceiro, este sim candidato;

c) o encerramento, três dias após as Eleições 2016, do prazo de inelegibilidade de oito anos previsto na alínea *d* constitui fato superveniente a que alude a parte final do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997²⁰.

O e. Luiz Fux pediu vista dos autos e, na sessão de 14.12.2016, votou em sentido contrário ao da e. relatora quanto aos três pontos acima elencados, tendo sido acompanhado pelos e. Ministros Rosa Weber e Henrique Neves.

Seguiu-se pedido de vista do e. Ministro Gilmar Mendes, o qual, em 19.12.2016, acompanhou a e. relatora, juntamente com o e. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (voto oral).

Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso, o que faço por meio dos tópicos a seguir.

¹⁹ I - para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [...].

²⁰ Art. 11. *[omissis]*

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

1. Síntese fática e controversia

Extraí-se do acórdão regional – e ressaltar que a matéria em debate é exclusiva de direito – que o recorrido Abelardo Rodrigues Filho foi condenado nos autos de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)²¹, por prática de abuso de poder econômico e político, em favor de candidato ao cargo de prefeito de Alto do Rodrigues/RN nas Eleições 2008, pelo prazo de três anos (com base no texto original do art. 22, XIV, da LC 64/1990²²), cujo *decisum* transitou em julgado em 10.9.2010 no âmbito do TRE/RN.

Nesse contexto, a Coligação Juntos para Vencer I e Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros impugnaram o registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito nas Eleições 2016 com supedâneo no art. 1º, I, d, da LC 64/1990 (com texto da LC 135/2010 – Lei da Ficha Limpa), que assim dispõe:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [...].

A partir dos elogiosos debates havidos tanto no TRE/RN como nesta Corte Superior pelos e. Ministros que me antecederam, observa-se que a controversia cinge-se a três pontos:

²¹ AIJE 71/2008.

²² Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

[...]

XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; [...].

a) aplicação da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) – que ampliou de três para oito anos o prazo de inelegibilidade disposto na LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades) – a condenações anteriores ao início de sua vigência;

b) incidência da inelegibilidade de oito anos do art. 1º, I, d, da LC 64/1990 (com texto da LC 135/2010)²³ – caso superado o óbice acima – perante quem, em eleição anterior, não se candidatou, mas foi condenado por abuso de poder em favor de terceiro, este sim candidato;

c) se o encerramento do prazo de inelegibilidade de oito anos previsto na alínea d, três dias após as Eleições 2016, constitui fato superveniente a que alude a parte final do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997²⁴.

Analisando o primeiro item, que diz com a aplicação da LC 135/2010 a condenações anteriores, aspecto esse que, por sua abrangência e a depender do resultado a que se chegar, pode prejudicar o exame dos demais.

2. LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa): Aplicabilidade a condenações anteriores à sua vigência. Discussão.

Rememora-se que, nas Eleições 2008, o recorrido Abelardo Rodrigues Filho foi condenado em sede de AIJE por prática de abuso de poder econômico e político, *decretando-se sua inelegibilidade por três anos*, a teor do texto originário do art. 22, XIV, da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), *in verbis*:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do

²³ Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [...].

²⁴ Art. 11. [omissis]

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

[...]

XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, *cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou*, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; [...]. (Sem destaque no original.)

Com o advento da LC 135/2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa), todos os prazos de inelegibilidade contidos na LC 64/1990 foram ampliados de três para oito anos, isto é, tanto aquele previsto no inciso XIV do art. 22, decorrente de condenação em AIJE, como os das alíneas do inciso I do art. 1º, a serem verificados no momento do pedido de registro de candidatura. Reproduzo os dispositivos, com destaque para a alínea d, tema dos autos:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, *para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes*; [...]. (Sem destaques no original.)

Art. 22. [omissis]

XIV - julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, *cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou*, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao

Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; [...]. (Sem destaques no original.)

Diante das profundas modificações introduzidas no sistema de inelegibilidades, o c. Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Dentre esses temas, tem-se a *problemática acerca da aplicação da LC 135/2010 a fatos ocorridos antes de sua vigência* e, de modo mais específico, se condenações anteriores à Lei da Ficha Limpa, em que se fixou no decreto condenatório, expressamente, inelegibilidade por três anos, se sujeitam ao novo prazo de oito anos, com repercussão perante postulados fundamentais e inerentes ao regime democrático, como irretroatividade, coisa julgada e segurança jurídica, a teor do art. 5º, XXXVI, da CF/1988.

Em outras palavras, *a pergunta que se coloca é a seguinte*: candidato que possui contra si decreto condenatório em AIJE referente às Eleições 2008, com trânsito em julgado, e que já cumpriu a inelegibilidade de três anos fixada de modo expresse na condenação (com base no texto originário do art. 22, XIV, da LC 64/1990), pode ser declarado inelegível nas Eleições 2016 com base no novel art. 1º, I, *d*, da referida Lei Complementar, que majorou para oito anos o lapso temporal de impedimento para quem cometeu abuso de poder?

A fim de solucionar essa tormentosa questão, é necessário revisitar o julgamento da c. Suprema Corte na ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 29.6.2012, cuja ementa é a seguinte:

ACÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS.

VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. *A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).*

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados

de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus* público.

7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal.

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (*v.g.*, o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da

Lei Complementar nº 64/1990, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, vencido o relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral). (Sem destaque no original.)

De início, considerando que, nos termos do art. 102, § 2º, da CF/1988, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo c. Supremo Tribunal Federal em ações diretas de constitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, *cabe verificar se, no julgamento ADC 29/DF, abordou-se, de forma direta e específica, a hipótese discutida nos presentes autos – repita-se, condenação por abuso de poder em AIJE transitada em julgado, relativa às Eleições 2008, à inelegibilidade por três anos, cujos efeitos se exauriram, portanto, em 2011, cinco anos antes das Eleições 2016.*

Esse tema é relevante não apenas pela força normativa do comando constitucional, mas também porque o Tribunal Superior Eleitoral, em inúmeros precedentes das Eleições 2012, 2014 e 2016²⁵, vem assentando

²⁵ Cito, dentre inúmeros precedentes, os seguintes: REspe 291-35/SP, redator para acórdão Min. Luiz Fux, publicado em sessão em 23.10.2012; AgR-AI 144-58/PA, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 2.12.2013; RO 836-54/ES, rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJe de 15.6.2015; AgR-REspe 23-61/RS, rel. Min. Dias Toffoli, publicado em sessão em 20.11.2012; REspe 25-02/PE, redator para o acórdão Min. Laurita Vaz, DJe de 22.10.2013; AgR-REspe 145-83/RS, rel. Min. Henrique Neves da Silva, publicado em sessão em 19.12.2016, e, por fim, o RO 528-12/RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 6.8.2015, de onde extraio:

[...] 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação do aumento de prazo das causas restritivas ao *ius honorum* (de 3 para 8 anos), constantes do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990, na redação da LC nº 135/2010, com a consideração de fatos anteriores, não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXVI, CRFB/1988, e, em consequência, não fulmina a coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz, por isso, a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A condenação do pretenso candidato por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, em sua redação primeva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990, ainda que já tenha ocorrido o transcurso do prazo de 3 (três) anos de imposto no título condenatório.

3. O art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990 encerra causa de inelegibilidade como efeito secundário da condenação por abuso de poder econômico e político, a teor do art. 22, XIV, do aludido Estatuto das Inelegibilidades, e não sanção imposta no título judicial, circunstância que autoriza a ampliação do prazo de 3 para 8 anos constante da Lei Complementar nº 135/2010. [...].

de forma reiterada que a questão já teria sido deliberada na ADC 29/DF – no ponto, inclusive, ressalto que os e. Ministros Henrique Neves e Admar Gonzaga²⁶, sob tal justificativa, têm aplicado esse entendimento ainda que externem posição contrária à da c. Suprema Corte.

A esse respeito, com as devidas vênias dos que entenderem em sentido diverso, *filio-me à corrente da e. Ministra Luciana Lóssio e dos e. Ministros Gilmar Mendes e Napoleão Nunes Maia Filho* de que o c. Supremo Tribunal Federal não equacionou, na ADI 29/DF, a matéria ora debate.

Por quê?

A partir de leitura atenta dos históricos votos, a regra que se definiu foi a de que a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) aplica-se a fatos anteriores ao início de sua vigência, de forma ampla. *Contudo, não foram consideradas situações específicas, como a do caso dos autos, em que se tem decreto condenatório – transitado em julgado e cujos efeitos já se exauriram – impondo expressamente inelegibilidade (como pena/sanção) por três anos, e não por oito*²⁷. Confirmam-se trechos de alguns dos votos exarados na ADC 29/DF:

Ministro Luiz Fux (relator):

Há três questões a responder neste julgamento, quais sejam: (1) *se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010 poderão alcançar atos ou fatos antes da edição do mencionado diploma legal* e (2) [...].

Primeiramente, é bem de ver que *a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não viola o princípio constitucional da irretroatividade das leis*. De modo a permitir a compreensão do que ora se afirma, confira-se a lição de J. J. GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 261-262), em textual: [...]

²⁶ Os e. Ministros compartilharam seus pontos de vista no REspe 283-41 (Tiangúá/CE) e no REspe 259-62 (Ipatinga/MG), respectivamente.

²⁷ À exceção dessa premissa, consta rápido debate oral entre os e. Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Dias Toffoli (cujo voto teve maior amplitude que os dos outros dez Ministros), às fls. 140-141 do julgamento da ADC 29/DF, de onde se extrai o seguinte trecho:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: uma observação rápida em relação a esse ponto. Nós estamos nos referindo a uma pena que foi aplicada, de três anos, e que agora está sendo alargada para oito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu discorro sobre isso e digo que, se a lei pode inovar e criar hipóteses de inelegibilidade onde elas não existem, porque ela não pode aumentar o prazo?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE): Aumentar pena de sanção? Ela já foi aplicada, vai aumentar a pena.

É essa característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, aliás, que também permite concluir pela validade da extensão dos prazos de inelegibilidade, originariamente previstos em 3 (três), 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, para 8 (oito) anos, nos casos em que os mesmos encontram-se em curso ou já se encerraram. Em outras palavras, é de se entender que, mesmo no caso em que o indivíduo já foi atingido pela inelegibilidade de acordo com as hipóteses e prazos anteriormente previstos na Lei Complementar nº 64/1990, esses prazos poderão ser estendidos – se ainda em curso – ou mesmo restaurados para que cheguem a 8 (oito) anos, por força da lex nova, desde que não ultrapassem esse prazo.

Explica-se: trata-se, tão somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com bis in idem. Observe-se, para tanto, que o legislador cuidou de distinguir claramente a inelegibilidade das condenações – assim é que, por exemplo, o art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/1990 expressamente impõe a inelegibilidade para período posterior ao cumprimento da pena. (Sem destaques no original.)

Ministro Joaquim Barbosa

Por não serem penas, às hipóteses de inelegibilidade não se aplica o princípio da irretroatividade da lei e, de maneira mais específica, o princípio da presunção de inocência. (Sem destaque no original.)

Ministro Dias Toffoli

Por fim, cumpre examinar a tese da irretroatividade da legislação, a qual está relacionada com a possibilidade de se usarem situações jurídicas pretéritas, consolidadas e intangíveis no enquadramento de tipos normativos supervenientes.

[...] Não se impede, portanto, que se amplie o prazo de vedação à candidatura, ou a aplicação da novel legislação a fatores de inelegibilidade ocorridos anteriormente à sua vigência, pois esses requisitos devem ser aferidos em um momento único, como garantia da isonomia entre todos os postulantes à candidatura, e esse momento é e deve ser o do ato do registro de candidatura (§ 10, do art. 11, da Lei n.º 9.504/1997). (Sem destaques no original.)

Ministra Rosa Weber

Por igual ótica, reputo que a ampliação dos prazos de inelegibilidade, nos moldes da autorização dada pelo legislador constituinte revisional [...], se operou em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico constitucional. (Sem destaque no original.)

Essa circunstância – quanto à falta de abordagem específica da matéria de que trata o caso dos autos – foi muito bem observada pelo e. Ministro Gilmar Mendes em percutiente voto-vista, de onde extraio:

É bem verdade que o Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2012, firmou o entendimento de que, mesmo nos casos que envolvam coisa julgada formada em ação de investigação judicial eleitoral, seria possível aplicar o novo prazo de inelegibilidade fixado pela LC nº 64/1990.

Essa conclusão, data venia dos que pensam de forma contrária, partiu de compreensão equivocada do julgamento da ADC nº 29/DF. Explico. Nem mesmo o relator dessa ação, Ministro Luiz Fux, assentou a possibilidade da retroatividade máxima da LC nº 135/2010, tampouco analisou a situação específica daqueles que foram condenados, em ação de investigação judicial eleitoral com trânsito em julgado, à inelegibilidade pelo prazo de três anos.

[...]

Da mesma forma, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que assentou a possibilidade de aplicação do novo prazo de oito anos para as hipóteses de inelegibilidade que constituem possível efeito secundário do título judicial ou administrativo, verbis:

[...]

A corrente vencedora, portanto, não analisou a questão dos que foram condenados em ação de investigação judicial eleitoral, cuja sanção de inelegibilidade é fixada em sentença judicial, considerado o reconhecimento de um ilícito eleitoral – abuso de poder político. Examinou a possibilidade da retroatividade da LC nº 135/2010 na perspectiva das inelegibilidades não estabelecidas no título judicial ou administrativo, como ocorre com a da alínea g, que não é fixada, como exemplo, pelo TCU, mas constitui possível efeito secundário da decisão que desaprova as contas de gestor de recursos públicos, verificável no momento em que o cidadão se apresentar como postulante a cargo eletivo. (Sem destaques no original.)

Desse modo, entendo que o c. Supremo Tribunal Federal, apesar do histórico julgamento da ADC 29/DF envolvendo a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e sua prospecção no tempo, não examinou, de forma específica, hipótese em que a sanção de inelegibilidade foi aplicada não como efeito secundário de *decisum* de ordem judicial ou administrativo, mas como sanção em sede de AIJE com base no texto originário do art. 22, XIV, da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades).

Importante realçar, neste momento, que embora sabido que o e. STF, no julgamento da ADC nº 29/DF, firmou a constitucionalidade da Lei

Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a rediscussão de parte da temática não tem o condão de afetar a higidez daquela declaração de constitucionalidade da norma.

Ou seja: o STF, ao analisar o conteúdo da Lei da Ficha Limpa assentou a sua constitucionalidade. Nada diferente está a dizer este TSE, no momento, isto é, esta Corte Superior Eleitoral não está a concluir que a LC nº 135/2010, especialmente no que diz com a novel redação, é inconstitucional. A questão se situa, exatamente, dentro do escopo da aplicabilidade dessa norma a determinadas situações.

E tal aspecto não contém qualquer questão inovadora, porque não é incongruente que uma lei vigente e contra a qual sequer se levante arguição de inconstitucionalidade tenha restrita a sua aplicabilidade a situações específicas e determinadas, sem que, com isso, afirme-se que, por via oblíqua, foi declarada a inconstitucionalidade da dita norma.

Assim, avanço na matéria para considerar inaplicável, na hipótese dos autos, o prazo de oito anos previsto no art. 1º, I, d, da LC 64/11990, com redação dada pela LC 135/2010, pedindo vênias à e. Ministra Rosa Weber e aos e. Ministros Luiz Fux e Henrique Neves.

Importante ressaltar que, na relação entre o Estado e os administrados/cidadãos, existem direitos que podem ser adquiridos e confrontados em face do ente estatal, vedando-se, inclusive, que lei ulterior atinja a sua condição nuclear. E, também, existem direitos que são adquiridos precariamente, tais como as permissões, em geral: direito de dirigir veículo automotor, direito de uso temporário de bens de uso comum ou bens públicos, dentre outros exemplos.

Na segunda categoria de direitos, não tem o cidadão a possibilidade de confrontar o Estado, opondo-lhe regramento anterior, sob a vigência da qual foi constituído o direito fruído naquele momento. Dito de outro modo: não se interdita o ente estatal administrativo – e, muito menos, o legislador – de estatuir novo regramento, implicando novas exigências para que possa renovar, por exemplo, a permissão (como nos exemplos citados acima).

Mas, mesmo nessa situação retratada no segundo exemplo, existe uma barreira ao Estado: a de não poder invocar fato anterior, praticado e exaurido sob a vigência da norma antiga, como óbice ora encastelado na norma posterior, como fundamento para impedir o cidadão de fruir da renovação daquele direito.

É dizer: se o ato foi praticado e exaurido, perante a norma anterior, essa mesma situação não pode ser trazida à consideração e à luz da nova norma, para, de forma oblíqua, produzir efeito retroativo na sua condição.

Para se situar em um exemplo banal, pode-se raciocinar na seguinte questão. A lei anterior não exigia determinado exame para renovação de habilitação para dirigir veículo automotor; a nova lei passa a exigí-lo. Não há qualquer impedimento para que o faça e nem o cidadão pode pretender se eximir dessa obrigação, mas apenas e quando for necessário obter nova permissão. Se a novel norma estabelece um prazo superior, como sanção, pelo descumprimento de determinada norma impositiva, a qual impacta para se expedir aludida permissão, o Estado não pode invocar a situação anterior, já exaurida, para negar-lhe o direito.

Ora, se tal não se discute para a realização de direitos da vida cotidiana – mesmo que, ao fim e cabo, interessem à realização plena de outros direitos fundamentais, como ir e vir –, entendo que, com maior razão, não se pode interpretar a aplicação da Lei Complementar n. 135/2010, com a finalidade de obstar ao cidadão talvez o direito mais nobre da vida comunitária que diz com o de ser votado.

E, nesse particular, uma consideração se impõe sobre a expressão citada neste voto e extraída do julgamento da ADC nº 29/DF, que se reporta à “característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral”.

Com feito, no lastro da fundamentação acima deduzida, não se discute que o candidato não tem direito adquirido a “regime jurídico eleitoral” anterior para vigorar no pleito futuro. E nem tem direito, por óbvio, a exigir que, tendo sido registrado candidato em pleito anterior, tal situação se delongue no tempo e atinja pedidos ulteriores. A conclusão negativa a tais premissas decorre de fundamentação já corriqueira no direito eleitoral.

Penso que questão aqui é outra e diz com efeitos continuados no tempo, sejam decorrentes de uma decisão judicial transitada em julgado, sejam em função de legislação anterior.

O próprio Canotilho, ao tratar de retroatividade autêntica (quando uma norma jurídica incide sobre situações ou relações jurídicas já existentes embora a nova disciplina jurídica pretenda ter efeitos para o futuro) e inautêntica (em que uma norma pretende ter efeitos sobre o passado), e discutindo, especialmente, esse último instituto, assim preleciona:

Os casos de retroactividade autêntica em que uma norma pretende ter efeitos sobre o passado (eficácia *ex tunc*) devem distinguir-se dos casos em que uma lei, pretendendo vigorar para o futuro (eficácia *ex nunc*), acaba por “tocar” em situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidas no passado mas ainda existentes. Podem apontar-se vários exemplos: normas modificadoras dos pressupostos do exercício de uma profissão; regras de promoção nas carreiras públicas; normas que regulam, de forma inovadora, relações jurídicas contratuais tendencialmente duradouras (exs. contratos de arrendamento); normas reguladoras dos regimes pensionísticos da segurança social. Nestes casos, a nova regulação jurídica não pretende substituir *ex tunc* a disciplina normativa existente, mas ela acaba por atingir situações, posições jurídicas e garantias “geradas” no passado e relativamente às quais os cidadãos têm a legítima expectativa de não serem perturbados pelos novos preceitos jurídicos. Quer dizer: há certos efeitos jurídicos da lei nova vinculados a pressupostos ou relações iniciadas no passado (cfr. Acs TC 287/90, 232/90 e 365/91). Nestas hipóteses pode ou não ser invocado, para obtenção de uma norma de decisão, o princípio da confiança? (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Almedina, 2003, p. 262).

E, a seguir, o ilustre jurista português, responde:

A resposta, em geral, aponta para uma menor intensidade normativa do princípio nas hipóteses de “retroactividade inautêntica” (também chamada retrospectividade) do que nos casos da verdadeira retroactividade. O problema que se coloca é o de delimitar com rigor a valores negativos da retroactividade. Em primeiro lugar, devem trazer-se à colação os direitos fundamentais: saber se a nova normação jurídica tocou desproporcionada, desadequada e desnecessariamente dimensões importantes dos direitos fundamentais (cfr. Ac. TC 759/95), ou se o legislador teve o cuidado de prever uma disciplina transitória justa para as situações em causa (*Op. cit.*, p. 262).

A lição emanada do jurisconsulto luso pode ser bem aproveitada e, melhor, dimensionada, para o exame do caso posto à apreciação, especialmente, no que diz respeito ao que denomina “valores negativos da retroactividade”. Nesse particular, avulta a consideração na proteção da confiança através dos direitos fundamentais e do estabelecimento de disposições transitórias.

Mas, outro aspecto da proteção da confiança e que se transmuda no próprio princípio da segurança jurídica, refere-se aos atos jurisdicionais.

Ora, no caso em exame, houve julgamento, aplicação de sanção e exaurimento dessa sanção em tempo pretérito.

Mais uma vez retorno a Gomes Canotilho, quando este, a pretexto de falar sobre os valores negativos da retroactividade, consigna:

Embora o *princípio da intangibilidade do caso julgado* não esteja previsto, *expressis verbis*, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional (CRP, arts. 29º/4, 282º/3) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica (*Op. cit.*, p. 265). (Grifos no original.)

Frise-se que o mestre luso se refere à Constituição da República Portuguesa e à sua ausência de previsão do princípio da coisa julgada ou da intangibilidade do caso julgado. Na Constituição Federal de 1988, sequer há de ser ter em dúvida a eficácia plena de uma norma expressa do texto, reveladora de um dos mais densos princípios do direito.

Uma consideração importante: parece-me exagerada a afirmativa de que o prazo de inelegibilidade da lei anterior seria mero gesto simbólico do legislador – porquanto de 3 (três) anos, e o mandato eletivo tem, no mínimo, 4 (quatro) anos. É que, mesmo tendo sido um lapso exíguo, anteriormente fixado na lei das inelegibilidades, lembro que os pleitos ocorrem, ao menos desde a vigência da Lei Complementar nº 64/1990, de 2 (dois) em 2 (dois) anos, a demonstrar que o alegado efeito inócuo do prazo anterior de inelegibilidade não corresponde, necessariamente, à prática política brasileira.

De fato, a incidência do novel texto da alínea *d* perante o candidato recorrido, de modo a ampliar para oito anos o prazo de inelegibilidade de três anos fixado em decreto condenatório já transitado em julgado, com a devida vênia, configura ofensa ao art. 5º, XXXVI, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em outras palavras, não parece cabível assentar a viabilidade de interpretação que permita retroação do art. 1º, I, *d*, da LC 64/1990 para apanhar – e mais do que isso, transmutar – *decisum* judicial acobertado pela coisa julgada e cujos efeitos se exauriram com esteio na legislação primitiva²⁸.

²⁸ SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. *Ficha Limpa, a Anterioridade Eleitoral e a Segurança Jurídica* (Suffragium). Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará; volume 6, 2010, p. 23-25.

Demais disso, permitir, na espécie, a aplicação do novel texto da alínea *d* também configura afronta aos princípios da irretroatividade – operando-se, no caso, máxima retroatividade, o que é vedado pela Constituição Federal – e da segurança jurídica, este implicitamente contido no art. 16 da CF/1988²⁹.

A mero título argumentativo, a seguir nessa esteira, todos estariam sujeitos a uma nova lei, digamos, da “Ficha Limpíssima”, prevendo a inelegibilidade – para situações pretéritas – consignando novos lapsos de 16, 20 ou 25 anos.

Embora reconheça e aplauda o conteúdo ético da alteração promovida pela Lei da Ficha Limpa, cuido que, nos aspectos ora tratados, a interpretação da Lei Complementar nº 135/2010, para os casos já exauridos, fere, pelo excesso sancionatório, o Estado democrático de direito, naquilo que tem de mais sagrado: a forma de escolha dos seus eleitos,

Assim, e considerando ser necessária a estrita observância a postulados fundamentais como coisa julgada, irretroatividade de leis e segurança jurídica, enfatizo que se tem nos autos hipótese de inelegibilidade que possui natureza de pena/sanção, aplicada em processo judicial eleitoral, com o devido trânsito em julgado e exaurimento de efeitos muito antes das Eleições 2016, e não, por exemplo, inelegibilidade que derive de rejeição de contas públicas (alínea *g*) ou de demissão do serviço público (alínea *o*) – situações em que, em princípio, seria possível aplicar a Lei da Ficha Limpa a fatos anteriores, como decidido pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ao lado dos argumentos – tímidos – trazidos acima, ainda me acosto ao voto-vista do *e. Ministro Gilmar Mendes*:

No caso concreto, o candidato foi condenado pela Justiça Eleitoral nos autos de uma AIJE pela prática de abuso de poder nas eleições de 2008 (art. 22, inciso XIV, da LC nº 64/1990).

Agora, nas eleições de 2014 [*sic*, 2016], o impugnante alega que o candidato incide na causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alíneas *d* e *h*, da LC nº 64/1990, considerada a condenação colegiada por abuso de poder nas eleições de 2008.

²⁹ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Entendo que aplicar agora o prazo de oito anos caracteriza caso acadêmico de retroatividade máxima, a violar a garantia constitucional da coisa julgada, expressamente prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conforme venho sustentando neste Tribunal Superior, especificamente no caso Cássio Cunha Lima (RO nº 566-35/PB), a solução da controvérsia passa pela distinção das inelegibilidades enquanto efeito secundário, que não são fixadas no título judicial (alínea *p*) ou administrativo (alínea *g*), da inelegibilidade declarada em ação de investigação judicial eleitoral, fixada, portanto, em sentença judicial que reconhece o ilícito eleitoral.

De fato, diferentemente da inelegibilidade enquanto efeito secundário da rejeição de contas – o TCU não assenta inelegibilidade, por isso efeito decorrente –, verificável no momento em que o cidadão se apresentar como candidato, a inelegibilidade em ação de investigação judicial eleitoral é uma sanção imposta na sentença judicial, configurando o aumento de prazo, situação didática de violação da coisa julgada.

Dessa forma, na declaração de inelegibilidade imposta ao autor nas eleições de 2008 pelo prazo de três anos não é possível efeito secundário de título judicial ou administrativo, mas sanção estabelecida na própria sentença judicial que reconheceu o ilícito eleitoral.

[...]

Portanto, no modelo passado, julgado procedente o pedido formulado na ação de investigação judicial eleitoral, o representado que praticou o abuso de poder político era declarado inelegível pelo prazo de três anos, enquanto o candidato beneficiado por aquela conduta tinha seu registro de candidatura cassado.

O aumento do prazo de três anos de inelegibilidade, fixado em sentença judicial, para oito anos configura hipótese de retroatividade máxima da LC nº 135/2010, violando a garantia constitucional da irretroatividade da lei, a fulminar a coisa julgada estabelecida pela regência pretérita da LC nº 64/1990.

De fato, o Ministro Moreira Alves, citando um dos nossos clássicos do Direito Civil, Serpa Lopes, assinala:

Se esse fato foi inteiramente exaurido na lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito pode gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem, necessariamente, sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou àqueles situações jurídicas que, nascidas no regime da lei

ab-rogada, prosseguem em trânsito até serem apanhados pela nova lei revogadora (grifos nossos).

[...]

A seu turno, a doutrina portuguesa moderna também adota a distinção da retroatividade em três graus:

a) a retroatividade de grau máximo seria aquela em que a lei nova sequer respeitasse as situações definitivamente decididas por sentença transitada em julgado ou por qualquer outro título equivalente (sentença arbitral homologada, transação, etc.), ou aquelas causas em que o direito de ação já havia caducado (cf. João Baptista Machado, Introdução ao direito e ao discurso legitimador, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226). Isto é, não seriam respeitadas as *causae finitae*;

b) na lição de Baptista Machado, o segundo caso, que podemos chamar de retroatividade média, está representado pela situação que, “respeitando embora as *causae finitae*, não se detém sequer perante efeitos jurídicos já produzidos no passado, mas que não chegaram a ser objecto de uma decisão judicial, nem foram cobertos ou consolidados por um título equivalente”; nesse sentido, observa-se que tal retroatividade viria a se verificar se, v.g., uma lei nova viesse a reduzir a taxa legal de juros máximos e estabelecesse a sua aplicação retroativa em termos de obrigar a restituir os próprios juros vencidos sob a lei anterior (e em face desta, perfeitamente legais) (cf. João Baptista Machado, Introdução ao direito e ao discurso legitimador, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226);

c) finalmente, mencione-se a também chamada retroatividade mínima ou normal, que respeita os efeitos de direito já produzidos pela situação jurídica sob a lei anterior; seria o caso se a lei nova viesse a estabelecer prazo mínimo mais longo para arrendamento rural e determinasse aplicar esse prazo aos contratos em curso no momento do início de vigência ou, ainda, se a lei nova viesse a reduzir o máximo da taxa legal de juros e se declarasse aplicável aos juros dos contratos de mútuo em curso no momento do seu início de vigência, relativamente aos juros que viessem a vencer no futuro (cf. João Baptista Machado, Introdução ao direito e ao discurso legitimador, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226).

[...]

Ademais, data vênha dos que pensam de forma diferente, entendo que a aplicação do novo prazo de oito anos de inelegibilidade, com a redação dada pela LC nº 135/2010, às condenações por abuso ao prazo de 3 (três) anos de inelegibilidade, não se qualifica como singelo “novo requisito de inelegibilidade” para que o cidadão possa se apresentar como representante do povo, mas também caso típico de violação ao Princípio Geral de Direito *Ne Bis in Idem*, pois o mesmo fato – condenação por abuso – acarretará duas sanções de inelegibilidade, sendo a

primeira com fundamento na redação antiga da norma, exaurida em 2011, e a segunda decorrente da nova redação introduzida pela LC nº 135/2010, gerando a restrição até o ano de 2016, caso não sobrevenha uma nova legislação de inelegibilidades aumentando o prazo até o ano de 2022.

E ainda: *a aplicação retroativa revelaria uma norma ad hoc, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários e, portanto, totalmente afastado dos princípios básicos do Estado de Direito e da Democracia, que regem o constitucionalismo brasileiro.* (Sem destaques no original.)

Do mesmo modo, louvo-me no voto da *e. Ministra Luciana Lóssio (relatora)*, reportando-se a caso anterior:

Conforme deixei consignado no RO nº 566-35/PB, rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS de 16.9.2014, cuja situação era análoga:

[...] a criação de causa de inelegibilidade que tem como substrato fatos verificados antes da vigência da norma, inevitavelmente, denota um caráter retroativo, que deve ser repudiado pelos aplicadores do direito, a quem cumpre velar pela inaplicabilidade de leis destinadas a punir agentes previamente conhecidos, em total desarmonia com os princípios que regem o Estado democrático de direito.

Notadamente no tocante ao processo eleitoral, penso que fatos passados não podem ser resgatados com vista à constituição de efeitos jurídicos futuros, não previstos à época em que consumados, em detrimento dos direitos políticos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna, sob pena de chancelarmos a aplicação de normas com forte caráter casuísta.

Essa orientação me parece mais relevante, em virtude de a inelegibilidade enunciada na alínea d decorrer de uma sanção fixada com base no art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, considerando que, à época dos fatos, o prazo estabelecido nos dois dispositivos era de 3 anos. Assim, a superveniência da LC nº 135/2010 não poderia ser aplicada em prejuízo do recorrente, considerada a majoração dos prazos trazida pelo novel diploma, em razão de este não refletir o arcabouço jurídico vigente à época dos fatos (Tempus regit actum).

[...]

Embora não se olvide do intuito moralizador ínsito à LC nº 135/2010, por mais nobre que seja a razão de ser da norma, seus efeitos devem respeitar a coisa julgada, como impõe o art. 5º, XXXVI, da CF, sobretudo quando em jogo restrição a direitos constitucionais, como é a elegibilidade.

Dessa forma, tendo o recorrido cumprido integralmente o prazo de 3 anos de inelegibilidade que lhe foi imposto em sentença judicial transitada em julgado, não há falar na inelegibilidade do art. 1º, I, d, da LC nº 64/1990. (Sem destaques no original.)

3. Da inocorrência de “tumulto” jurisprudencial, diante da possível inversão das conclusões dos julgados proferidos na matéria por esta Corte Superior Eleitoral.

Permito-me uma consideração, neste momento, seja em respeito ao colegiado desta e. Corte Eleitoral, seja pelo fato de que estou a compor este Tribunal, transitoriamente, como membro substituto.

A possível inversão da conclusão do julgamento dessa matéria não deverá causar perplexidade e nem falta de senso de colegialidade.

Em primeiro lugar, porque estou a professar o entendimento que pude condensar e, melhor, apreender, sobre a questão posta. Trata-se do meu convencimento sobre o tema.

Em segundo lugar e como fundamentado abaixo, porque não se trata, ainda, de jurisprudência firmada definitivamente.

Com efeito, é de se ressaltar que a incidência do prazo de inelegibilidade de oito anos em hipóteses como a dos autos encontra-se submetida ao c. Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 929.670/DF, representativo da controvérsia, cujo tema de repercussão geral possui seguinte teor:

Possibilidade de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade por abuso de poder previsto na Lei Complementar 135/2010 às situações anteriores à referida lei em que, por força de decisão transitada em julgado, o prazo de inelegibilidade de 3 anos aplicado com base na redação original do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64/1990 houver sido integralmente cumprido.

(STF, RE 929.670/DF, repercussão geral, tema 860.)

Nesse recurso extraordinário, discute-se possibilidade de aplicação do art. 1º, I, d, da LC 64/1990, com as mudanças introduzidas pela Lei da Ficha Limpa, a representações eleitorais de abuso de poder transitadas em julgado antes de sua vigência, quando o prazo ainda era estatuído em três anos.

O e. *Ministro Ricardo Lewandowski*, relator, proveu o recurso, no que foi acompanhado pelo e. *Ministro Gilmar Mendes*. Ambos assentaram a irretroatividade da LC 135/2010 em hipótese de existência de coisa julgada, quando já cumprido o triênio anteriormente imposto em demanda eleitoral própria. O julgamento, todavia, interrompeu-se pelo pedido de vista do e. *Ministro Luiz Fux*.

Veja-se, por oportuno, o que noticiado no Informativo 807 daquela e. Corte:

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de aplicação da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, d, da LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010 [“Art. 1º. São inelegíveis: I - para qualquer cargo: ... d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”], à hipótese de representação eleitoral julgada procedente e transitada em julgado antes da entrada em vigor da LC 135/2010, que aumentou de 3 para 8 anos o prazo de inelegibilidade. Na espécie, o recorrente fora declarado inelegível, por 3 anos, em decisão transitada em julgado em 2004, com fundamento na redação originária do art. 1º, I, d, da LC 64/1990. Em 2008, após decorrido o referido prazo de inelegibilidade, elegeu-se vereador. Em 2012, fora reeleito, porém, desta feita teve seu registro de candidatura impugnado, sob o argumento de que, com a promulgação da LC 135/2010, o prazo de inelegibilidade estabelecido no citado dispositivo legal fora ampliado para 8 anos. *O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e relator) deu provimento ao recurso extraordinário, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Destacou que o prazo de inelegibilidade de 3 (três) anos estabelecido pela Justiça Eleitoral nos autos de ação de investigação judicial eleitoral seria parte integrante da decisão de procedência. Por conseguinte, quando já integralmente cumprida, estaria completamente acobertada pela garantia fundamental da proteção à coisa julgada formal e material. Assim, o referido prazo, decorrente da cominação judicial de inelegibilidade, teria integrado, de forma indissociável e definitiva, o título judicial que atingira, no caso, o recorrente, diante de seu trânsito em julgado. Essa seria, em síntese, a diferença entre essa hipótese de inelegibilidade e as demais, o que não poderia ser ignorado ou afastado. Ademais, o STF, em inúmeros pronunciamentos, tem repellido a desconsideração da autoridade da coisa julgada, uma vez*

que isso, como consignado quando do julgamento do RE 592.912 AgR/RS (*DJe* de 22.11.2012), “implicaria grave enfraquecimento de uma importantíssima garantia constitucional que surgiu, de modo expresse, em nosso ordenamento positivo, com a Constituição de 1934”. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. (STF, Informativo 807, de 9 a 13 de novembro de 2015.) (Sem destaque no original.)

Aliás, em recente *decisum* monocrático, ao analisar a Rcl 24.224/MS, o *e. Ministro Roberto Barroso* destacou que o tema do alargamento do prazo de inelegibilidade para oito anos, quando já exauridos os três anos impostos na condenação, não se encontra pacificado naquele Tribunal. Extraio seguintes passagens:

Da leitura do voto condutor e ementa do acórdão do julgamento das ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, é possível concluir ter prevalecido a orientação proposta pelo relator, Ministro Luiz Fux, no sentido da admissibilidade da incidência retroativa da extensão do prazo da inelegibilidade realizada pela LC 135/2015. A justificativa seria a conclusão ali trazida no sentido da ausência de caráter sancionatório da inelegibilidade, afirmando que esta não constituiria pena, mas apenas um requisito negativo em que não deve incorrer o pretendente ao cargo público eletivo quando da formalização do seu pedido de registro de candidatura.

A análise mais minuciosa da questão, no entanto, revela que o tema não encontrou pacificação com aquele julgamento. Com efeito, verifiquei que os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cármen Lúcia possuem ao menos uma manifestação em sentido contrário à possibilidade de aplicação retroativa do prazo de que trata o art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990. Ainda, apreciando a AC 3.685-MC, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar para uma melhor reflexão a respeito da retroatividade da inelegibilidade de 8 (oito) anos advinda da LC nº 135/2010.

Nessa linha, o Plenário da Corte sinalizou revisitar o mérito da questão, quando reconheceu a sua repercussão geral (tema 860 – “Possibilidade de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade por abuso de poder previsto na Lei Complementar 135/2010 às situações anteriores à referida lei em que, por força de decisão transitada em julgado, o prazo de inelegibilidade de 3 anos aplicado com base na redação original do art. 1º, I, *d*, da Lei Complementar 64/1990 houver sido integralmente cumprido”). O julgamento do paradigma (RE 929.670, rel. Min. Ricardo Lewandowski – substitutivo do ARE 785.068) encontra-se suspenso em razão do pedido de vista do Min. Luiz Fux, já tendo proferidos dois votos

favoráveis à irretroatividade, em caso de existência de coisa julgada (Informativo 807). Ademais, foi afetado ao Plenário o julgamento do ARE 790.774, que trata sobre questão análoga.

É dizer: (i) não há uma certeza sobre o fato de a questão debatida nestes autos ter sido pontualmente enfrentada; (ii) existe um número expressivo de Ministros cuja posição conhecida é favorável à tese adotada no ato reclamado; e (iii) o Tribunal já sinalizou revisitar a matéria em breve. [...]. (STF, Rcl 24.224/MS, rel. Min. Luiz Roberto Barroso, DJe de 4/7/2016.) (Sem destaque no original.)

Da mesma forma, verifico que o *e. Ministro Marco Aurélio*, em sua judiciosa atuação, seja na c. Suprema Corte ou no Tribunal Superior Eleitoral, sempre enfatizou a impossibilidade de retroação da LC 135/2010. Cito, a título exemplificativo, voto proferido no REspe 310-35/RJ, em que Sua Excelência ficou vencido:

O Regional assentou ser possível a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 135/2010 e que, muito embora o recorrente tenha sido condenado à inelegibilidade por três anos – antes da entrada em vigor do citado Diploma Normativo – incidiria, no caso, o contido na nova redação da alínea *j* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, considerando o prazo de oito anos. Quando do julgamento dos embargos, concluiu pela ausência de vício – omissão, contradição ou obscuridade – e pela intenção do embargante de obter novo exame do acervo fático-probatório, tendo sido apreciadas as questões suscitadas. Atendeu-se a garantia constitucional da suficiência da prestação jurisdicional.

Quanto à aplicação da lei no tempo, é noção mezinha que ela não apanha fatos pretéritos. José Afonso da Silva leciona que a lei é editada para viger de forma prospectiva, e não retroativa. *A razão de ser dessa premissa é única: sociedade que se diga minimamente democrática não pode viver aos solavancos, nem ser surpreendida a cada passo. A primeira condição da segurança jurídica é a irretroatividade da lei.*

Interpretando-se a Constituição Federal de forma sistemática, ver-se-á que ela se mostrou explícita quanto à irretroatividade da lei, considerados certos temas. A previsão, quanto à matéria penal, é de a lei só retroagir para beneficiar o acusado, e, no tocante à matéria tributária, é de que a lei nova não apanha fato gerador sucedido antes da vigência, devendo ter sido editada no exercício anterior. E, porque se elasteceu a previsão até então própria às contribuições sociais, há, ainda, a questão da exigibilidade do tributo somente após passados noventa dias.

Indaga-se, sem se levar em conta o que seria direito natural do cidadão: as situações jurídicas contempladas e agasalhadas pela proibição da irretroatividade estão esgotadas nesses dois temas? A resposta é desenganadamente negativa. Basta considerar que dois artigos – o 5º e o 6º – mencionam, como direito social, a segurança, devendo ser esta tomada no sentido linear. *Cumpra ter presente, ainda, a garantia constitucional segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.*

[...] O caso me compele à insubordinação, à resistência democrática e republicana. A lei é sempre editada para vigor prospectivamente, e *nisto está a segurança jurídica: a lei nova não apanha ato ou fato jurídico anterior, muito menos situação jurídica devidamente constituída.* Nem mesmo a Constituição Absolutista de 1824, em que havia o Poder Moderador, abandonou o critério, quanto a direitos individuais, da irretroatividade da lei.

O recorrente foi condenado pelas práticas de abuso de poder econômico e de captação ilícita de sufrágio, relativamente ao pleito de 2008, quando o fenômeno desaguava em inelegibilidade por três anos.

Frise-se, por oportuno, a proteção constitucional às situações devidamente constituídas, e a coisa julgada o é, fazendo-se em jogo o primado do Judiciário. Nem mesmo a rescisória, a ser ajuizada no prazo de 120 dias, seria adequada. ***A Lei Complementar nº 135, de 2010, não veio, como em passe de mágica, a tornar insubsistente a inelegibilidade por três anos, formalizada em intacto título judicial, para proclamá-la, em quadra de assombro jurídico, por oito anos.*** O passo não é apenas largo, mas gigantesco, em termos de constitucionalismo minimamente organizado, e o brasileiro assim é tomado.

Paga-se um preço por se viver em um Estado de Direito, e é módico – o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Assim, haverá avanço no campo dos costumes, no campo cultural, corrigindo-se rumos. Nunca é demais repetir: em Direito, o meio justifica o fim, mas não este àquele. De bem intencionados, o Brasil está cheio. Não de distinguir-se os âmbitos próprios à religião, à moral e ao Direito. Que prevaleça, no campo jurisdicional, este último, sem atropelos nem surpresas incompatíveis com a democracia. (Sem destaques no original.)

Por fim, esclareço que o raciocínio proposto neste voto-vista quanto à matéria controvertida não acarretará, ao menos em um primeiro momento, com as vênias dos eminentes pares que entenderem em sentido diverso, insegurança jurídica ou consequências práticas distintas dos demais casos recentemente apreciados pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Para melhor compreensão, rememoro que, na sessão extraordinária de 19.12.2016, esta Corte concluiu julgamento de três casos idênticos aos dos autos em sua acepção jurídica. Em todos eles, por quatro votos a três, decidiu-se que as disposições da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) aplicam-se a condenações transitadas em julgado em que se impôs inelegibilidade de três anos com base no texto originário do inciso XIV do art. 22 da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades³⁰). Ei-los:

a) *REspe 283-41 (Tanguá/CE)*, na composição titular desta Corte, ficando vencedores os e. Ministros Luiz Fux (redator para acórdão), Rosa Weber, Herman Benjamin e Henrique Neves e, de outra parte, vencidos os e. Ministros Luciana Lóssio (relatora), Gilmar Mendes e Napoleão Nunes Maia Filho;

b) *AgR-REspe 145-83 (Sinimbu/RS)*, nos mesmos moldes do item anterior;

c) *REspe 259-62 (Ipatinga/MG)*, votando o e. Ministro Admar Gonzaga – ante impedimento do e. Ministro Henrique Neves – no mesmo sentido da corrente majoritária que se formou.

Todavia, em nenhuma das três demandas houve trânsito em julgado; constato interposição ou de embargos declaratórios ou de recurso extraordinário, o que demonstra a falta de caráter definitivo das deliberações supra e, por conseguinte, a possibilidade de revisão desse entendimento.

Mais do que isso, observo que, na hipótese específica dos REspes 283-41 (Tanguá/CE) e 259-62 (Ipatinga/MG), o e. *Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, concedeu efeito suspensivo aos recursos extraordinários interpostos nos referidos autos até o julgamento do tema de repercussão geral do RE 929.670*. Confira-se, no que interessa, os fundamentos de Sua Excelência:

³⁰ Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

[...]

XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; [...].

No mérito, verifico a presença do *fumus boni iuris*. Conquanto eu tenha ficado vencido no julgamento deste recurso especial eleitoral, a presente tutela de urgência é requerida no bojo de um recurso direcionado ao Supremo Tribunal Federal, atraindo a incidência do art. 296 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. Consequentemente, alteradas as circunstâncias fáticas, como a existência de quatro votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal favoráveis à tese do candidato, nada há de incoerência no deferimento do pedido, mormente quando o tema já esta com repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte.

Com efeito, o Min. Marco Aurélio assentou que “contraria, a mais não poder, a primeira condição da segurança – a irretroatividade da lei – olvidar, colocar em plano secundário, ato jurídico perfeito por excelência – a coisa julgada –, ante a Lei Complementar nº 135/2010, implementando-se retroatividade máxima” (RO nº 254432/PE, julgado em 30.9.2010).

Da mesma forma, o Min. Ricardo Lewandowski, ao apreciar pedido de medida liminar no STF, concluiu que:

No caso destes autos verifico que a situação é realmente excepcional e se reveste da maior singularidade político-jurídica, uma vez que o autor foi reeleito para o cargo de prefeito do Município de Criciúma/SC, com 76,48% dos votos válidos, encontrando-se impedido de exercer o mandato legitimamente conferido pela vontade das urnas, por conta de decisão da Justiça Eleitoral, que desconstituiu acórdão de 2009, já coberto pelo manto sagrado da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição), com fulcro em alteração legislativa superveniente, que modificou o teor do art. 22, XIV, da LC 64/1990, dispositivo que serviu de base, ressalte-se, ao tempo dos fatos e em sua redação originária, para o decreto judicial transitado em julgado, o qual aplicou a sanção de inelegibilidade pelo prazo de 3 (três) anos, de resto integralmente cumprido (AC-STF nº 3.786/SC, analisada em 8.1.2015).

O Min. Roberto Barroso, por sua vez, também assentou que:

10. Após refletir sobre essas novas constatações, verifiquei que os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cármen Lúcia possuem ao menos uma manifestação em sentido contrário à possibilidade de aplicação retroativa do prazo de que trata o art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990. Reforçando o impacto da tese sustentada pelo

candidato, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Cautelar 3.685/BA, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar para uma melhor reflexão a respeito da retroatividade da inelegibilidade de 8 (oito) anos ad vinda da LC nº 135/2010. O conjunto de todos os pronunciamentos dos Ministros desta Corte preenche, à toda evidência, o requisito da plausibilidade jurídica da tese. Não obstante, não se pode deixar de mencionar o fato de que a questão será revisitada em breve pelo Plenário. Vale lembrar que os recursos relativos à tese jurídica em debate chegaram a ser pautados para a sessão de 11.03.2015. Dessa forma, três fatores me chamam a atenção em especial: (i) não há uma certeza sobre o fato de a questão debatida nestes autos ter sido pontualmente enfrentada; (ii) existe um número expressivo de Ministros cuja posição conhecida é favorável à tese do recorrente; e (iii) o Tribunal já sinalizou visitar a matéria em breve. Mostra-se presente, portanto, a plausibilidade jurídica do pedido (AC-STF nº 3.778/MG, analisada em 27.4.2015).

No caso concreto, o candidato foi condenado, em AIJE transitada em julgado, ao prazo de inelegibilidade de três anos contados da eleição de 2008. Agora, nas eleições de 2016, o TSE entendeu possível, sem ofensa à coisa julgada, à segurança jurídica e ao princípio geral de direito *ne bis in idem*, a aplicação do novo prazo de oito anos de inelegibilidade. *Reafirmo, pois, os fundamentos lançados por mim no julgamento do recurso especial eleitoral, bem como em diversos outros recursos envolvendo o mesmo tema, como RO nº 56635/PB, assim ementado:*

Eleições 2014. Candidato a governador. Registro de candidatura deferido. Suposta incidência nas inelegibilidades previstas no art. 1º, inciso I, alíneas *d*, *h* e *j*, da LC nº 64/1990. Ausência de requisitos. Suposta ausência de quitação eleitoral. Não ocorrência. Desprovimento dos recursos.

1. Incidência nas causas de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alíneas *d* e *h*, da LC nº 64/1990. Enquanto a inelegibilidade por rejeição de contas (alínea *g*), à guisa de exemplificação, não é sanção imposta na decisão do Tribunal de Contas, mas possível efeito secundário do título administrativo, verificável se e quando o cidadão se apresentar candidato, a inelegibilidade declarada em ação de investigação judicial eleitoral é sanção imposta na sentença judicial, cujo aumento de prazo configura situação didática de violação da coisa julgada – candidato declarado inelegível, pelo prazo de três anos, em representações transitadas em julgado relativas à eleição de 2006.

2. Assentar a possibilidade de aumentar o prazo de três para oito anos de inelegibilidade em casos de ação de investigação judicial eleitoral, além de configurar violação da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988), é um convite ao legislador para que possa transformar, por exemplo, condenações à multa por conduta vedada em cassações de diploma, com consequências jurídicas em pleitos futuros.

3. Aumento de prazo que afronta a segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da Constituição Federal, pois altera as consequências jurídicas de um processo eleitoral findo, analisado pela Justiça Eleitoral em conformidade com as regras jurídicas do pleito, modificando a sanção imposta em eleição anterior (sentença judicial que fixou inelegibilidade pelo prazo de três anos a contar da eleição de 2006), para atingir pleitos futuros, mesmo exaurido o prazo fixado em decisão judicial. Questão constitucional não enfrentada nem decidida pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento da ADC nº 29, rel. Min. Luiz Fux.

Por outro lado, neste juízo provisório, parece-me prudente aguardar a decisão do Plenário do STF sobre o caso concreto, pois, além de existirem diversos votos favoráveis à tese do candidato, a não concessão de eficácia suspensiva neste momento acarretará realização de eleições suplementares possivelmente desnecessárias, caso o STF decida favoravelmente ao candidato eleito, o que revelaria inexplicável violação à regra da eficiência prevista no art. 37 da Constituição Federal de 1988 e à regra democrática. Conforme advertia o Ministro Sepúlveda Pertence, “a subtração ao titular, ainda que parcial, do conteúdo do exercício de um mandato político é, por si mesma, um dano irreparável” (ADI nº 644 MC/AP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 4.12.1991 – grifos nossos).

Por fim, a presente decisão não tem conteúdo de irreversibilidade, nos termos do art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil, considerando que, caso o STF decida contrariamente à tese do candidato, os procedimentos para a realização de eleições suplementares serão providenciados pelos órgãos da Justiça Eleitoral.

3. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário eleitoral interposto nos autos do REspe nº 283-41/CE, até que seja encerrado o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE nº 929.670 – Tema nº 860).

Comunique-se, com urgência.

Considerando a necessária conclusão do julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida sobre o tema pelo

STF, bem como a imperiosa necessidade de se evitar gastos de recursos públicos com a realização de eleições suplementares possivelmente inúteis, caso prevaleça a tese dos candidatos eleitos, encaminhe-se cópia desta decisão à Presidência do Supremo Tribunal Federal. (Sem destaques no original.)

Em suma, e como já observado antes, ao menos quatro Ministros do c. Supremo Tribunal Federal já se manifestaram favoravelmente, em processos distintos, acerca da tese que ora encampo.

Desse modo, ainda que o Tribunal Superior Eleitoral tenha firmado nos três casos anteriores, por maioria de quatro votos a três, entendimento em favor da aplicação da LC 135/2010 a condenações anteriores ao início de sua vigência, parece-me claro que a controvérsia não apenas não se findou, como também, inclusive, que existe notória probabilidade de se reverter esse quadro jurídico no âmbito da c. Suprema Corte.

Sob o *ponto de vista pragmático*, verifico que os candidatos cujos registros foram indeferidos nos autos dos REspes 283-41 (Tanguá/CE) e 259-62 (Ipatinga/MG) encontram-se, exatamente por força do *decisum* liminar do e. Presidente desta Corte, em pleno exercício dos mandatos para os quais se elegeram.

Assim, em outras palavras, deliberação em sentido contrário ao que decidido pelo plenário do Tribunal Superior Eleitoral nos casos anteriores (concluídos em 19.12.2016) não ocasionará insegurança jurídica ou afronta ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/1988), visto que, repita-se, *sob o plano fático*, seja por decisão de cunho liminar ou definitivo, os candidatos encontram-se no desempenho dos respectivos cargos.

Considerando, portanto, o teor deste voto-vista, restam prejudicados os demais temas suscitados em desfavor do candidato.

4. Conclusão

Ante o exposto, rogando as mais respeitosas *venias* à e. Ministra Rosa Weber e aos e. Ministros Luiz Fux e Henrique Neves, *acompanho a e. Ministra Luciana Lóssio (relatora) e os e. Ministros Gilmar Mendes e Napoleão Nunes Maia Filho* para negar provimento ao recurso especial eleitoral e manter o registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito de Alto do Rodrigues/RN nas Eleições 2016.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 145-89.2016.6.20.0047/RN. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Recorrentes: Coligação Juntos para Vencer I e outra (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho (Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Og Fernandes, acompanhando a relatora, negando provimento ao recurso, pediu vista o Ministro Henrique Neves da Silva. Impedimento do Ministro Herman Benjamin.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Henrique Neves da Silva e Luciana Lóssio. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Nicolao Dino.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto pela Coligação Juntos para Vencer I e por Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte que negou provimento a recurso eleitoral e manteve a sentença do Juízo da 47ª Zona Eleitoral daquele Estado que deferiu o pedido de registro de candidatura de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito do Município de Alto do Rodrigues/RN, nas eleições de 2016, não reconhecendo a incidência da causa de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar 64/1990.

Em sessão de 16.11.2016, a relatora, Ministra Luciana Lóssio, votou pelo desprovimento do recurso especial, a fim de manter o deferimento do pedido de registro do recorrido.

Após sucessivos pedidos de vista, verifica-se que os Ministros Gilmar Mendes, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes acompanharam a relatora. Na espécie, acompanhei, com a Ministra Rosa Weber, a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux.

Diante da controvérsia averiguada, pedi vista dos autos.

A eminente relatora pronunciou-se pelo desprovimento do apelo, com base, essencialmente, em três fundamentos:

a) o prazo de inelegibilidade de oito anos, previsto no art. 1º, I, *d*, da LC 64/1990, pela LC 135/2010, não retroage para alcançar aqueles que têm condenação eleitoral transitada em julgado por abuso de poder, na qual a sanção de inelegibilidade foi fixada em 3 anos, conforme previa a antiga redação do art. 22, XIV, da LC 64/1990;

b) a inelegibilidade do art. 1º, I, *d*, da LC 64/1990 só incide sobre os que, à época da condenação pela prática de abuso, tenham concorrido ao pleito;

c) o encerramento do prazo de inelegibilidade até a data da diplomação constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997.

Em que pesem os louváveis fundamentos expostos nos votos proferidos pela Ministra Luciana Lóssio e pelos demais ministros que a acompanharam, peço vênia para manter meu entendimento manifestado quanto à configuração da causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC 64/1990.

Não obstante a matéria esteja sob exame do Supremo Tribunal Federal, anoto que tem prevalecido a jurisprudência nesta Corte Superior no sentido de que “a condenação do pretendo candidato por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, em sua redação primeva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990, ainda que já tenha ocorrido o transcurso do prazo de 3 (três) anos de imposto no título condenatório” (RO 528-12, red. para o acórdão Min. Luiz Fux, *DJe* de 6.8.2015).

Ademais, em relação especificamente à questão alusiva ao término do prazo de oito anos da indigitada causa de inelegibilidade, tal tema foi tratado no julgamento do REspe 283-41, de relatoria da Ministra Luciana Lóssio, cujo julgamento se encerrou em 19.12.2016, prevalecendo o

entendimento, firmado no voto divergente do Ministro Luiz Fux, no sentido de não ser possível considerar fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade o mero transcurso do prazo após as eleições.

E, na espécie, reafirmo que “o voto do Ministro Luiz Fux traz uma definição perfeita: o que se considera como fato superveniente que afasta a inelegibilidade após a data da eleição é o fato que retira a condenação, por exemplo, que gerou a inelegibilidade. É algo que desconstitui a base fática a partir da inelegibilidade aferida”.

Desse modo, o transcurso de prazo não se equipara a fato superveniente para efeito de afastamento da inelegibilidade.

Pelo exposto e com as mais respeitosas vênias, *voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto pela Coligação Juntos para Vencer I e por Jaqueline Vieira Xavier da Costa Medeiros e indeferir o pedido de registro de Abelardo Rodrigues Filho ao cargo de prefeito de Alto do Rodrigues/RN.*

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Vice-Presidente no exercício da presidência): Senhores Ministros, peço vista dos autos.

MATÉRIA DE FATO

O DOUTOR CAIO VITOR RIBEIRO BARBOSA (advogado): Senhor Presidente, apresento matéria de fato pelo prefeito de Alto do Rodrigues. O voto da Ministra Luciana Lóssio, salvo engano, tinha duplo fundamento, e um deles era matéria infraconstitucional, que era a questão da aplicação da inelegibilidade a quem não foi candidato em 2016.

Questionaria à Corte se é interessante realmente manter o julgamento sobrestado até a decisão da matéria constitucional, porque o voto teve duplo fundamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Vice-Presidente no exercício da presidência): Eu levo em consideração o que Vossa Excelência apresentou, mas o pedido de vista já foi formulado.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 145-89.2016.6.20.0047/RN. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Recorrentes: Coligação Juntos para Vencer I e outra (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho (Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros).

Decisão: Após o voto do Ministro Henrique Neves da Silva, dando provimento ao recurso, pediu vista o Ministro Luiz Fux. Impedimento do Ministro Herman Benjamin.

Composição: Ministros Luiz Fux (Vice-Presidente no exercício da presidência), Rosa Weber, Edson Fachin, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Henrique Neves da Silva e Admar Gonzaga. Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício: Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

QUESTÃO DE ORDEM

O DOUTOR CAIO VITOR RIBEIRO BARBOSA (advogado): Senhor Presidente, quero apresentar questão de ordem, mas, se ela não for acolhida, farei esclarecimento de fato.

O resultado desse julgamento foi proferido e já tem maioria desde a sessão de 7.2.2017. A parte recorrida entende, obviamente, que houve questão constitucional decidida pelo Supremo Tribunal Federal, mas, nesse caso específico, há vários outros pontos de matérias infraconstitucionais trazidas no voto da Ministra Luciana Lóssio desprovendo o recurso.

A questão de ordem é para que seja proclamado o julgamento na sessão de hoje, que venham os votos proferidos, por escrito, para os autos para permitir, inclusive, acesso às partes e que se dê o regular julgamento a partir da proclamação e de eventual recurso extraordinário dessa matéria, já que a questão está decidida.

Senhor Presidente, esse mesmo caso foi discutido na sessão de 18.12.2012 e, já com plena vigência e eficácia da Lei da Ficha Limpa, decidiu-se que o prazo de oito anos, por questão infraconstitucional da alínea *d*, não se aplicaria ao caso do recorrido, porque ele não concorreu à eleição.

Então, não por questão constitucional e sim por questão infraconstitucional, foi deferido o registro em 2012; ele exerceu o mandato por completo; concorreu à reeleição, com base na decisão do TSE; e teve o registro deferido em todas as instâncias.

Por isso, Senhor Presidente, é que pedimos que seja proclamado hoje o resultado, que venham os votos e que a questão seja sanada em eventual recurso extraordinário, para que até essas questões infraconstitucionais venham à tona.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Destaco para Vossa Senhoria que o julgamento não está concluído. É apenas a sua premissa com a qual, *data venia*, não concordo.

Pedi vista e, nesse interregno, o Ministro Og Fernandes, em razão da modificação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, deseja usar da palavra.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhor Presidente, conforme voto que proferi na sessão de 7.2.2017, a controvérsia existente nestes autos podia ser sintetizada em três pontos:

a) aplicação da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) – que ampliou de três para oito anos o prazo de inelegibilidade disposto na LC nº 64/1990 (Lei de Inelegibilidade) – a condenações anteriores ao início de sua vigência;

b) incidência da inelegibilidade de oito anos do art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990 (com texto da LC nº 135/2010) – caso superado o óbice acima – perante quem, em eleição anterior, não se candidatou, mas foi condenado por abuso de poder em favor de terceiro, este, sim, candidato;

c) se o encerramento do prazo de inelegibilidade de oito anos previsto na alínea *d*, três dias após as Eleições 2016, constitui fato superveniente a que alude a parte final do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

Na análise que fiz naquela assentada, manifestei entendimento no sentido de que seria inaplicável, ao caso dos autos, o prazo de oito anos previsto no art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010.

Contudo, em 1º.3.2018, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 929.670/DF, fixou tese de repercussão geral nos seguintes termos: “A condenação por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, ex vi do art. 22, XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea *d*, na redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite” (Tema 860).

Dessa forma, encontra-se superada a questão quanto à impossibilidade de aplicação retroativa da norma.

Resta perquirir se os outros dois argumentos trazidos pela parte (itens a e b) obstam o reconhecimento da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990.

Desde logo, tal qual afirmado pelo Ministro Luiz Fux em seu voto, tenho que é de se reconhecer a incidência da citada inelegibilidade prevista na alínea *d* àquele que, sem ser candidato, foi condenado por abuso de poder em favor de terceiro.

Transcrevo, no ponto, trecho do voto de Sua Excelência que sintetiza a questão:

De fato, consta do voto do relator no aresto integrativo que as indigitadas causas de inelegibilidade aplicam-se (i) não só àqueles que concorreram ao pleito, (ii) como também aos que cometeram o ilícito eleitoral em favor de terceiro na eleição em que não se lançaram candidatos e (iii) e que, na parte em que dispõem “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados”, limitam-se a fixar o termo a quo de incidência da inelegibilidade de oito anos – i.e., a eleição na qual concorreu o candidato beneficiado pelo abuso, que pode ou não ser o autor do ilícito –, e não a estabelecer as pessoas que estão sujeitas a elas.

Quanto à aplicação do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, ressalto que, nos termos de nossa jurisprudência³¹, o encerramento da inelegibilidade após a eleição e antes da diplomação não constitui alteração fático-jurídica que afaste a inelegibilidade.

Nesse sentido:

³¹ Súmula 70: O encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

Eleições 2016. Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Registro de candidatura. Vereador. Coligação Por uma Alagoinha Melhor (PP/PDT/PMDB/ PSL/PR/PPS/PSDB/Pros). Indeferido. Inelegibilidade. Art. 1º, I, "j" da LC nº 64/1990. Condenação por captação ilícita de sufrágio nas eleições de 2008. Transcurso do prazo de oito anos após a data da eleição. Incidência da inelegibilidade. Inaplicabilidade do art. 11, § 10, da Lei das Eleições.

O art. 11, § 10, da Lei das eleições, em sua exegese mais adequada, não alberga a hipótese de decurso do prazo de inelegibilidade ocorrido após a eleição e antes da diplomação como alteração fático-jurídica que afaste a inelegibilidade. O mero exaurimento do prazo após a eleição não desconstitui e nem suspende o obstáculo ao *ius honorum* que aquele substrato atraía no dia da eleição, ocorrendo, após essa data, apenas o exaurimento de seus efeitos (Súmula nº 70 TSE: "O encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997"). Precedente. Respe 283-41, rel. Ministro Luiz Fux, PSESS 19.12.2016.

(AgR-REspe nº 82-08/PB, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 21.3.2017.)

Finalmente, impende afastar argumento trazido em memoriais, de que "o resultado do julgamento do caso do recorrido não merece ser mudado, porque já foi efetivamente decidido pelo plenário deste TSE".

No caso dos autos, não havia sido concluído o julgamento, porquanto pendente pedido de vista do Presidente, Ministro Luiz Fux. Como se sabe, é lícito aos magistrados, quando atuam em colegiado, retificar o seu voto enquanto não encerrado o julgamento e proclamado o resultado.

Nessa linha, cito:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. JULGAMENTO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE VISTA. ALTERAÇÃO DE VOTO ANTES DA PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO QUANTO A ESSA HIPÓTESE SE REALIZADA A ALTERAÇÃO POR OUTRO DESEMBARGADOR QUE ATUA EM SUBSTITUIÇÃO ÀQUELE QUE JÁ HAVIA VOTADO. NULIDADE CONFIGURADA.

I – Esta Corte já firmou orientação de que, nos julgamentos colegiados, enquanto não proclamado o resultado e assim, não tiver ocorrido o encerramento do julgamento, é possível ao Julgador retificar ou alterar seu voto.

[...].

(HC nº 64.835/RJ, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 22.5.2007, DJ 13.8.2007.)

Ante o exposto, sigo a orientação contida no acórdão proferido pelo STF, em 1º.3.2018, no RE nº 929.670/DF para dar provimento ao recurso. É como voto.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, Vossa Excelência sabe que tenho grande admiração pessoal e intelectual por Vossa Excelência e pelas suas posições como julgador, doutrinador e como pessoa humana também.

Votei em sentido contrário ao que o Ministro Og Fernandes agora acaba de apresentar, porque subjaz na minha percepção que essa norma da alínea *d* parece, com todo o respeito, que se dirige a quem é candidato.

Veja a LC nº 64/1990, sobre inelegibilidade:

Art. 1º [...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

Essa expressão “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados” não parece apontar no sentido de que essa sanção se dirige a quem é candidato? Pode ser que não, pois conheço o voto de Vossa Excelência e penso que as razões são absolutamente ponderáveis.

Com todo o respeito, mantenho o meu voto. Primeiro, por essa compreensão e, segundo, por razão processual. Penso que a alteração desse julgamento talvez fosse mais bem viabilizada, mediante interposição recursal, em que essa matéria pudesse ser aberta e discutida, inclusive, em regime de contraditório.

Agradeço a Vossa Excelência a generosidade de me escutar, mas mantenho o meu voto pelas razões expostas.

O voto de Vossa Excelência é precioso, mas a expressão “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados” se refere ao candidato. Abuso de poder político e abuso de poder econômico se referem ao candidato, ou seja, um sujeito pratica abuso de poder econômico, por exemplo, e sem ser candidato fica inelegível, sem concorrer.

Penso que o *télos* dessa norma era o candidato.
Mantenho meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Acredito que a *ratio* da lei é exatamente evitar que seja candidato aquele que comete esse tipo de infração.

Então, no momento em que se candidata, embora tenha praticado o fato não nessa qualidade, se for condenado a esse fato, torna-se inelegível.

Foi essa *ratio* que nos conduziu à divergência – muito comum entre nós – sem alterar em nada nossa recíproca admiração.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 145-89.2016.6.20.0047/RN. Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio. Redator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Recorrentes: Coligação Juntos para Vencer I e outra (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Abelardo Rodrigues Filho (Advogados: Caio Vitor Ribeiro Barbosa – OAB: 7719/RN e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão. Vencidos a Ministra Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes e Napoleão Nunes Maia Filho.

Votaram com o Ministro Luiz Fux a Ministra Rosa Weber, os Ministros Henrique Neves da Silva e Og Fernandes, que reajustou o voto.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Procuradora-Geral Eleitoral: Raquel Dodge.

Notas de julgamento dos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes sem revisão.

CONSULTA (11551) Nº 0600252-18.2018.6.00.0000

BRASÍLIA – DF

Relatora: Ministra Rosa Weber

Consulente: Vanessa Grazziotin

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Ângela Maria Gomes Portela

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Maria de Fátima Bezerra

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Gleisi Helena Hoffmann

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Kátia Regina de Abreu

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Maria Regina Sousa

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Lídice da Mata e Souza

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Rosilda de Freitas

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Maria Gorete Pereira

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Maria do Socorro Jô Moraes

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Luana Maria da Silva Costa

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Luciana Barbosa de Oliveira Santos

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Tânia Raquel de Queiroz Muniz

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulente: Soraya Alencar Dos Santos

Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros

Consulta. Senadoras e deputadas federais. Incentivo à participação feminina na política. Distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na

TV. Proporcionalidade. Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Mínimo legal de 30% de candidaturas por gênero. Aplicabilidade. Fundamentos. ADI 5617. STF. Eficácia transcendente. Papel institucional da Justiça Eleitoral. Protagonismo. Práticas afirmativas. Fortalecimento. Democracia interna dos partidos. Quesitos respondidos afirmativamente.

Do objeto da presente consulta

1. Trata-se de consulta formulada nos seguintes termos:

1.1 “Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de recursos destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/1997?”

1.2 “Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?”

1.3 “Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997?”

1.4 “Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?”

Do conhecimento da presente consulta

2. O conhecimento de consulta no TSE está condicionado à presença cumulativa de três requisitos: (i) pertinência do tema (matéria eleitoral), (ii) formulação em tese e (iii) legitimidade do consulente, devidamente preenchidos na espécie.

3. Conquanto a temática em exame diga com estruturação de novos paradigmas políticos, jurídicos e culturais intrapartidários, mediante a consolidação da democracia interna dos partidos políticos, observada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a garantia da igualdade material entre as candidaturas femininas e masculinas, inevitável que os seus reflexos afetem diretamente o processo eleitoral, a atrair a competência da Justiça Eleitoral para sua apreciação. Precedentes.

4. Precisamente por isso, ao conteúdo em questionamento não se deve atribuir o tratamento de “típica hipótese de matéria *interna corporis* dos partidos políticos”, mediante o estrito exercício da autonomia a eles conferida pelo art. 17, § 1º, da Constituição Federal². Antes, cumpre à Justiça Eleitoral, chamada ao enfrentamento da questão, dirimi-la à luz dos cânones normativos, legais e constitucionais que circundam a matéria, sem descuidar do contexto sociopolítico atual brasileiro.

Do papel institucional da Justiça Eleitoral no incentivo à participação feminina na política

5. A efetividade da garantia do percentual mínimo de candidaturas por gênero, estabelecida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 – singelo passo à modificação do quadro de sub-representação feminina cam político –, conclama a participação ativa da Justiça Eleitoral, presente largo campo de amadurecimento da democracia brasileira a percorrer visando à implementação de ações afirmativas que priorizem e impulsionem a voz feminina na política brasileira, como sói acontecer nos países com maior índice de desenvolvimento humano (IDH), detentores de considerável representação feminina, consoante estudos realizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e compilados pela União Interparlamentar (*Inter-Parliamentary Union*)³.

6. Este Tribunal Superior tem buscado impulsionar a participação feminina no cenário político, seja por medidas administrativas – como a veiculação em emissoras de rádio e televisão de campanhas em defesa da valorização e da igualdade de gênero e a promoção de painéis em Seminários sobre Reforma Política, de iniciativa da Escola

Judiciária Eleitoral (EJE/TSE) –, seja no exercício da jurisdição, via decisões sinalizadoras de posicionamento rigoroso quanto ao cumprimento das normas que disciplinam ações afirmativas sobre o tema.

7. Nada obstante, as estatísticas demonstram que os reflexos no espaço político feminino ainda se mostram tímidos, evidenciando-se a urgência da adoção de práticas afirmativas que garantam o incremento da voz ativa da mulher na política brasileira, insofismável o protagonismo da Justiça Eleitoral nesta seara.

Da *ratio decidendi* da ADI 5617 e sua aplicabilidade na distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão

8. Ao julgamento da ADI 5617, em 15.3.2018, o c. STF, no tocante ao Fundo Partidário, deu “interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/20 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção”.

9. Embora circunscrito o objeto da ADI 5617 à distribuição dos recursos partidários que veio a ser fixada por meio da Lei nº 13.165/2015, os fundamentos então esposados transcendem o decidido naquela hipótese, considerada, em especial, a premissa de que “a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que lhes permita alcançar a igualdade de resultados”. Aplicável, sem dúvida, a mesma diretriz hermenêutica; “*ubi eadem ratio ibi idem jus*”, vale dizer, onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito.

10. Na lição da doutrina, “o Tribunal que, desempenhando com firmeza o seu dever de fundamentar, apreciar a maior gama de argumentos contrários e favoráveis a cada tese, estará produzindo não apenas uma decisão para um único litígio, mas sim uma metadecisão que, fixando regras, standarts e rotinas, orientará os órgãos jurisdicionais inferiores” (BERNARDO, Clarissa Campos; ANDRADE, Marcelo Santiago de Paula. *O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral*. In: DIDIER Jr., Fredie; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Repercussões do novo CPC. Direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016).

11. Se a distribuição do Fundo Partidário deve resguardar a efetividade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, no sentido de viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero, consoante decidiu a Suprema Corte ao julgamento da ADI 5617, com maior razão a aplicação dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições – há de seguir a mesma diretriz.

12. No tocante ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, consabido não haver disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos de percentual de gênero. Apesar disso, a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão não obstaculiza interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação.

13. Consoante magistério de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves: “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista. [...] O teor literal de uma disposição é apenas a

‘ponta do iceberg’; todo o resto, talvez mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p. 425-6; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45; e NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166-76.)

14. Aplica-se, no ponto, a mesma *ratio decidendi* adotada pela Suprema Corte na ADI 5617, com prevalência ao direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF).

15. A revisão jurisdicional de atos partidários, no que se inclui a revisitação das diretrizes norteadoras da distribuição interna de recursos públicos destinados às campanhas eleitorais, bem assim a divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita entre os candidatos em disputa, não implica, em absoluto, desprestígio à autonomia partidária – consagrada na Carta Magna e reafirmada na Emenda Constitucional nº 97, aprovada pelo Congresso Nacional em 4 de outubro de 2017 –, mas amparo ao fortalecimento da democracia interna da própria grei, contribuindo para o desenvolvimento da política.

Conclusão

Consulta respondida afirmativamente, nos seguintes termos: a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5.617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em responder afirmativamente à consulta, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 22 de maio de 2018.

Ministra ROSA WEBER, relatora

Publicado no *DJe* de 15.8.2018.

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, trata-se de consulta formulada pelas *Senadoras* Vanessa Grazziotin, Ângela Portela, Fátima Bezerra, Gleisi Hoffmann, Kátia Abreu, Regina Sousa, Lídice da Mata e Rose de Freitas, e pelas *Deputadas Federais* Gorete Pereira, Jô Moraes, Luana Costa, Luciana Santos, Raquel Muniz e Soraya Santos acerca da aplicabilidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5617, rel. Min. Edson Fachin, julgada em 15.3.2018 – ocasião em que decidido que a destinação dos recursos recebidos do Fundo Partidário ao financiamento de campanhas eleitorais há de ser equivalente ao percentual de candidaturas femininas, garantido o mínimo legal de 30% – à distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

Argumentam as consulentes, em síntese (ID 202673):

a) malgrado existam no ordenamento jurídico brasileiro regras de incentivo à participação das mulheres na política, estas têm se mostrado ineficazes, o que demonstra a necessidade de novas medidas para o efetivo alcance da representatividade feminina, objetivo tutelado pelos princípios constitucionais não só da democracia representativa, como também da igualdade de gênero e da não discriminação;

b) não obstante a lei determine o mínimo de 30% de candidaturas para cada gênero – leiam-se candidaturas femininas –, os avanços legislativos foram no sentido da aplicação de pelo menos 5% dos valores recebidos do Fundo Partidário na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, bem como na destinação de no mínimo 10% do tempo de propaganda gratuita para tal finalidade, tudo a revelar “que a política de cotas idealizada em nosso ordenamento jurídico fora criada para que não funcionasse, como de fato ocorreu” (pág. 6);

c) nesse contexto, fruto da cultura em que as mulheres não têm a mesma visibilidade conferida aos homens, “apesar de os partidos terem de alcançar 30% de candidaturas no gênero feminino, não destinam esse mesmo percentual de tempo às suas candidatas, para que possam ter visibilidade na propaganda eleitoral no rádio e na televisão, que também são custeadas pelos cofres públicos por meio de isenções fiscais” (pág. 9);

d) a falta de efetividade das medidas legais em vigor é descortinada pelos “inúmeros casos de *candidatas-laranja, fantasmas ou fictícias*, que *não* tiveram *nenhum* voto nas eleições municipais de 2016, mas foram registradas *apenas* para preencher a cota de 30% prevista no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997 e *assegurar* a candidatura dos homens colegas de chapa, já que, *de 10* candidatos com zero votos, *9 eram mulheres*” (pág. 4);

e) diante desse cenário, muito embora a mulher brasileira represente 52% do eleitorado nacional, há uma “lamentável e vergonhosa sub-representação feminina na política brasileira”, considerado que “as deputadas federais representam menos de 10% da legislatura eleita em 2014 e, no Senado da República, 18%. Dos Governadores de Estado e do Distrito Federal eleitos em 2014, apenas 1 (uma) Governadora é mulher, o que representa 3,7%. As eleições municipais de 2016 [...] foram eleitas 13% de Vereadoras [...] e 11% de Prefeitas” (págs. 2, 3 e 7);

f) assim, muito embora o Brasil esteja entre as 10 (dez) maiores economias do mundo, perde para os países da América Latina no tocante à representação feminina na política. Enquanto muitos desses países, como Argentina, Bolívia, Costa Rica, Equador, México e Paraguai, vêm alcançando a paridade de gênero – medidas assecuratórias de 1/2 das candidaturas para cada gênero –, o nosso país nem sequer consegue cumprir sua cota de 30%, que existe desde 1997;

g) “estudos comprovam que países com maior representação feminina possuem elevado índice de desenvolvimento humano, a exemplo dos países nórdicos, com média superior a 40% de mulheres no parlamento, a demonstrar elevado grau civilizatório”, cabendo ressaltar que “inúmeras democracias do Velho Continente, a exemplo de Reino Unido, França, Alemanha, Itália e Espanha, possuem inclusive cotas voluntárias por parte das agremiações partidárias” (pág. 5); e

h) delineado o quadro, “forçoso concluir que a interpretação alcançada pela Suprema Corte em relação ao Fundo Partidário também deve valer para o recém-criado fundo eleitoral, bem como para o tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão”, cumprindo destacar, quanto àquele, que, “por se tratar de recursos eminentemente públicos – ao contrário do Fundo Partidário – e, já que fora criado justamente para financiar a democracia, ou seja, as campanhas eleitorais das candidatas e candidatos, também se deve observar uma participação correspondente ao percentual que a lei impõe às candidaturas de cada sexo” (pág. 8).

Ao final, as consulentes formulam os seguintes questionamentos:

- a) Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de recursos destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/1997?
- b) Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?
- c) Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º da Lei 9.504/1997?
- d) Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?

Em 19.3.2018, distribuídos à minha relatoria, foram os autos remetidos à Assessoria Consultiva (Assec), que opinou pelo não conhecimento da consulta, nos seguintes moldes (ID 204610):

2. O inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral dispõe ser o Tribunal Superior Eleitoral competente para, privativamente, “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político”.

A consulta ora analisada preenche os requisitos legais de admissibilidade, pois elaborada por autoridades com jurisdição federal, aborda matéria relativa à legislação eleitoral e delineia situação de forma hipotética. Entretanto, não deve ser conhecida, em razão da inadequação da via eleita.

Para consultar-se em tese, de acordo com o Ministro Torquato Jardim, a dúvida deve revelar-se “razoável e genuína, em face de lacuna ou obscuridade legislativa ou jurisprudencial, porém, jamais, antecipação de julgamento judicial ou supressão de instância” (in *Direito Eleitoral Positivo*, 2. ed., Brasília Jurídica, 1998, p. 183).

A questão central aduzida pelas consulentes não é o saneamento de mera dúvida quanto à aplicação e interpretação da legislação eleitoral ou da jurisprudência, mas sim a pretensão de extensão do entendimento do STF na ADI nº 5167 para outras situações não analisadas naquela assentada.

Nesse sentido, o intento das consulentes, em descompasso com a finalidade do instituto da consulta, aparenta ser o pronunciamento judicial antecipado sobre eventual reserva mínima dos recursos do FEFC e do horário eleitoral gratuito, na esteira da reserva determinada em relação ao Fundo Partidário, como decidiu a Suprema Corte. Este Tribunal Superior Eleitoral não pode atuar em substituição ao STF, ainda mais no bojo de consulta, via esta inadequada para a reivindicação.

O exercício da função consultiva da Justiça Eleitoral está adstrito às condições impostas pela legislação de regência, uma vez que o Poder Judiciário, por definição, não é órgão de consulta. Desse modo, com base em uma interpretação teleológica, a atuação desta Corte deve respeitar a finalidade do permissivo legal que instituiu o exercício de função excepcional para esta Justiça Especializada, sob pena de desempenhar função de assistência jurídica, desvirtuando, portanto, o instrumento da consulta e, além disso, usurpando a competência do STF.

Conquanto se reconheça a importância do tema, tendo em vista a histórica disparidade entre a representação feminina e masculina no parlamento, bem como a patente necessidade de instrumentos que confirmem efetividade às ações afirmativas destinadas à correção dessa distorção, a consulta não é o meio procedimental adequado à análise da pretensão.

3. Pelo exposto, esta Assessoria opina pelo não conhecimento da consulta, em razão da inadequação da via eleita.

Por petição de ID nº 206345, a associação civil sem fins lucrativos “Grupo Mulheres do Brasil” apresenta moção de apoio à presente consulta.

Na sequência, a *Associação Brasileira de Advogadas (Abra)*¹ – também constituída sem fins econômicos –, manifesta-se “de modo a contribuir

para o debate acerca da matéria e expressar sua integral adesão aos termos expostos pelas consulentes” (ID 258759).

A Procuradora-Geral Eleitoral opina por responder afirmativamente aos quesitos formulados, nos termos da seguinte ementa:

Consulta. Igualdade de gênero. Recursos públicos para campanhas eleitorais. Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Fundo Partidário. Tempo de propaganda em rádio e televisão. Supremo Tribunal Federal. Princípios constitucionais da igualdade e do pluralismo político. Autonomia partidária. Promoção da participação feminina na política.

1. Deve ser conhecida a consulta formulada ao Tribunal Superior Eleitoral, quando proposta por ator legítimo, deduzida com abstração e recaindo sobre tema sindicável pela Corte Superior, como ocorrido na presente hipótese.

2. Conforme o Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617) não há como deixar de reconhecer como sendo a única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, sendo, em vista do disposto no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições, o patamar mínimo de 30%.

3. A autonomia partidária, consagrada na Constituição da República, deve obediência aos direitos fundamentais, de modo que a atuação dos partidos políticos deve concorrer para assegurar a efetiva participação feminina na política, inclusive por meio da distribuição proporcional dos recursos públicos que custearão as suas candidaturas.

4. O princípio da igualdade se irradia do mesmo modo sobre os recursos públicos que patrocinam campanhas eleitorais quer via Fundo Partidário, quer via Fundo Especial de Financiamento de Campanha, quer tempo de televisão e rádio adquiridos pelo poder público para veiculação de propaganda eleitoral.

5. *Ubi eadem ratio ibi idem jus*

Parecer pela resposta positiva a todos os quesitos da consulta.

Por fim, o Conselho Federal da OAB também manifesta seu apoio à presente consulta, pugnando pela juntada do Ofício nº 517/2018-GPR, “dirigido ao Presidente dessa e. Corte, Ministro Luiz Fux, no qual solicita a edição de ato normativo para que se estabeleça reserva de, no mínimo, 30% do Fundo Eleitoral para candidatas do gênero feminino” (ID 260407).

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (relatora): Senhor Presidente, desde já, cumpre consignar que, a teor do inciso XII do artigo 23 do Código Eleitoral, compete ao TSE, privativamente, “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese *por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político*”.

1. Do conhecimento da presente consulta

O conhecimento de consulta no TSE está condicionado à presença cumulativa de três requisitos: (i) pertinência do tema (matéria eleitoral), (ii) formulação em tese e (iii) legitimidade do consulente, devidamente preenchidos na espécie.

Cinge-se a presente consulta, em síntese, à aplicabilidade do entendimento firmado pela Suprema Corte ao julgamento da ADI 5617 na: (i) distribuição, pelos partidos, do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), instituído pela Lei nº 13.487/2017; e (ii) na distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes da Lei nº 9.504/1997.

Repiso o teor do questionamento:

- a) Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de recursos destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/1997?
- b) Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?
- c) Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997?

d) Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?

Reproduzo, ainda, a norma do art. 10, § 3º, da Lei das Eleições:

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

[...]

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009.)

A temática em exame diz com a estruturação de novos paradigmas políticos, jurídicos e culturais intrapartidários, mediante a consolidação da democracia interna dos partidos políticos, observada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a garantia da igualdade material entre as candidaturas femininas e masculinas. Inevitável, portanto, que os seus reflexos alcancem o processo eleitoral, a atrair a competência da Justiça Eleitoral para sua apreciação.

Consoante assentado por esta Corte Superior, ao exame do REspe nº 11228/PA, rel. Min. Luiz Fux, *PSESS* de 4.10.2016, “a Justiça Eleitoral possui competência para apreciar as controvérsias internas de partido político, sempre que delas advierem reflexos no processo eleitoral, circunstância que mitiga o postulado fundamental da autonomia partidária, *ex vi* do art. 17, § 1º, da Constituição da República – cânone normativo invocado para censurar intervenções externas nas deliberações da entidade –, o qual cede terreno para maior controle jurisdicional”.

Ainda ao julgamento do REspe nº 10380, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 30.11.2017 – ocasião em que debatida a legitimidade de órgão de direção regional de partido para a destituição da comissão provisória municipal, à luz da autonomia partidária –, restou destacado que, “ante os potenciais riscos ao processo democrático e os interesses subjetivos envolvidos (suposto ultraje a princípios fundamentais do processo),

qualificar juridicamente referido debate dessa natureza como matéria interna corporis, considerando-o imune ao controle da Justiça Eleitoral, se revela concepção atávica, inadequada e ultrapassada: em um Estado democrático de direito, como o é a República Federativa do Brasil (CRFB/1988, art. 1º, *caput*), é paradoxal conceber a existência de campos que estejam blindados contra a revisão jurisdicional, adstritos tão somente à alçada exclusiva da respectiva grei partidária. Insulamento de tal monta é capaz de comprometer a própria higidez do processo político-eleitoral, e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas”.

Alinhada ao pensamento externado por este Tribunal Superior no julgado suprarreferido, tenho que, ao conteúdo em questionamento, igualmente não se deve atribuir o tratamento de “típica hipótese de matéria interna corporis dos partidos políticos”, mediante o estrito exercício da autonomia a eles conferida pelo art. 17, § 1º, da Constituição Federal. Antes, cumpre à Justiça Eleitoral, chamada ao enfrentamento da questão, dirimi-la à luz dos preceitos normativos, legais e constitucionais que circundam a matéria, sem descurar do contexto sociopolítico atual brasileiro.

2. Do papel institucional da Justiça Eleitoral no incentivo à participação feminina na política

A efetividade da garantia do percentual mínimo de candidaturas por gênero, estabelecida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 – singelo passo à modificação do quadro de sub-representação feminina no campo político –, conclama a participação ativa da Justiça Eleitoral, presente largo campo de amadurecimento da democracia brasileira a percorrer visando à implementação de ações afirmativas que priorizem e impulsionem a voz feminina na política brasileira, como sói acontecer nos países com maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), detentores de considerável representação feminina, consoante estudos realizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e compilados pela União Interparlamentar (*Inter-Parliamentary Union*).

Este Tribunal Superior tem buscado impulsionar a participação feminina no cenário político, seja por medidas administrativas – como a veiculação em emissoras de rádio e televisão de campanhas em defesa da valorização e da igualdade de gênero e a promoção de painéis em

seminários sobre reforma política, de iniciativa da Escola Judiciária Eleitoral (EJE/TSE) –, seja no exercício da jurisdição, via decisões sinalizadoras de posicionamento rigoroso quanto ao cumprimento das normas que disciplinam ações afirmativas sobre o tema.

A título de exemplo, rememoro o julgamento da RP nº 282-73/DF, rel. Min. Herman Benjamin, em 23.2.2017, em que este Tribunal Superior ressaltou que “o incentivo à presença feminina constitui necessária, legítima e urgente ação afirmativa que visa promover e integrar as mulheres na vida político-partidária brasileira, de modo a garantir-se observância, sincera e plena, não apenas retórica ou formal, ao princípio da igualdade de gênero (art. 5º, *caput* e I, da CF/1988)”.

Asseverou-se, ainda, que:

[...]

8. *Cabe à Justiça Eleitoral, no papel de instituição essencial ao regime democrático, atuar como protagonista na mudança desse quadro, em que as mulheres são sub-representadas como eleitoras e líderes, de modo a eliminar quaisquer obstáculos que as impeçam de participar ativa e efetivamente da vida política”.*

9. *As normas de caráter afirmativo são não só constitucionalmente legítimas, como pragmaticamente necessárias, em um país caracterizado por toda sorte de desigualdade, sobretudo nas oportunidades de participação das mulheres na vida político-partidária.*

10. *As agremiações devem garantir todos os meios necessários para real e efetivo ingresso das mulheres na política, conferindo plena e genuína eficácia às normas que reservam número mínimo de vagas para candidaturas (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997) e asseguram espaço ao sexo feminino em propaganda (art. 45, IV, da Lei nº 9.096/1995). A criação de “estado de aparências” e a burla ao conjunto de dispositivos e regras que objetivam assegurar isonomia plena devem ser punidas, pronta e rigorosamente, pela Justiça Eleitoral.*

11. *Em síntese, a participação feminina nas eleições e vida partidária representa não apenas pressuposto de cunho formal, mas em verdade, garantia material oriunda, notadamente, dos arts. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, 45, IV, da Lei nº 9.096/1995 e 5º, *caput* e I, da CF/1988.*

12. *A mera participação feminina na propaganda partidária, desvinculada de qualquer contexto relacionado à inclusão das mulheres na política, não é suficiente para atender às finalidades legais. Precedente: Agr-REspe nº 155-12/MG, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 5.5.2016.*

13. *A ratio da lei é fazer a mulher reconhecer que é cidadã igual ao homem, com voz própria para defender seus direitos, e inseri-la na vida*

político-partidária, não se podendo substituir, ao talante dos partidos, as obrigações legais como se fosse uma prestação fungível.

14. *A autonomia partidária contida no § 1º do art. 17 da CF/1988 não significa soberania para desrespeitar, direta ou indiretamente, valores e princípios constitucionais: é imperativo que agremiações observem a cota de gênero não somente em registro de candidaturas, **mas também na propaganda** e assegurando às mulheres todos os meios de suporte em âmbito intra ou extrapartidário, sob pena de se manter histórico e indesejável privilégio patriarcal e, assim, reforçar a nefasta segregação predominante na vida político-partidária brasileira.*

15. Assim, o desvirtuamento de propaganda partidária deve ser punido com perda de tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção ilícita, e não ao do lapso temporal faltante para se atender à exigência do art. 45, IV, da Lei nº 9.096/1995.

16. O tempo cassado será revertido à Justiça Eleitoral para que promova propaganda institucional destinada a incentivar a participação feminina na política, a teor do art. 93-A da Lei nº 9.504/1997. Precedentes: AgR-REspe nº 181-10/MG, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 11.10.2016 e AgR-REspe nº 158-26/PI, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 12.12.2016.

17. *Os percentuais previstos para inserção da mulher na política – 10% em programa partidário (art. 45, IV, da Lei nº 9.096/1995), 30% em registro de candidatura (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997) e 15% em financiamento de campanha (art. 9º da Lei nº 13.165/2015) – devem ser interpretados à luz do princípio da isonomia de gênero, nos termos do art. 5º, I, da CF/1988, e constituem valores obrigatórios mínimos a serem garantidos pelas agremiações.*

18. O descumprimento do tempo mínimo previsto no art. 45, IV, da Lei nº 9.096/1995, ainda que parcial, gera a incidência da penalidade prevista em seu § 2º. Precedente: AgR-REspe nº 1005-06/SP, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 11.10.2016. (Destaquei.)

A despeito disso, as estatísticas demonstram que os reflexos no espaço político feminino ainda se mostram tímidos, evidenciando-se a urgência da adoção de medidas mais efetivas para a reversão do cenário de sub-representação feminina na política.

Segundo os dados mais recentes apresentados pela União Interparlamentar, a partir de informações obtidas em 1º de dezembro de 2017⁴, o Brasil ocupa a 151ª posição, com 10,70% das vagas da Câmara dos Deputados e 14,80% do Senado ocupadas por mulheres, atrás de países como Afeganistão (com 27,70% do parlamento) Iraque (25,30%),

Paquistão (20,60%), Arábia Saudita (19,90%), Nigéria (17%) e República do Congo (11,30%) – os quais, tradicionalmente, renegam direitos à mulher e possuem normas discriminatórias⁵.

Imperiosa se faz, nessa linha, a implementação de práticas afirmativas que garantam o incremento da voz ativa da mulher na política brasileira, insofismável o protagonismo da Justiça Eleitoral nesta seara.

Fixadas essas premissas, passo a responder a presente consulta.

3. Da ratio decidendi da ADI 5617 e sua aplicabilidade na distribuição do fundo especial de financiamento de campanha e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão

Ao julgamento da ADI 5617, em 15.3.2018, o c. STF, no tocante ao Fundo Partidário, deu “interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015⁶ de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção”.

Extraio do voto do eminente relator, Min. Edson Fachin, as cinco premissas em que se assentou aquele julgamento:

Primeira: As ações afirmativas prestigiam o direito à igualdade.

Segunda: É incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela discriminação em relação ao sexo da pessoa.

Terceira: A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, especialmente ao direito à igualdade.

Quarta: A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados.

Quinta: A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres. (Destaquei.)

Relembrou, na oportunidade, o eminente relator a baixa representatividade feminina no Poder Legislativo Federal. Consignou que menos de 15% das cadeiras são ocupadas por mulheres, percentual que cai para 9,9%, se considerada apenas a Câmara dos Deputados. Já nas prefeituras do país, apontou o percentual de participação feminina de 11%, destacando o contexto gritante de mais da metade da população e do eleitorado brasileiro corresponder a mulheres.

Assentou, ainda, entre outros fundamentos, que:

I. Se o princípio da igualdade material admite, como reconhece a jurisprudência desta Corte, as ações afirmativas, utilizar para qualquer outro fim a diferença, estabelecida com o objetivo de superar a discriminação, ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle dos indivíduos, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada”, sendo “próprio do direito à igualdade a possibilidade de uma desequiparação, desde que seja ela pontual e tenha por objetivo superar uma desigualdade histórica.

II. Os obstáculos para a efetiva participação política das mulheres são ainda mais graves, caso se tenha em conta que *é por meio da participação política que as próprias medidas de desequiparação são definidas. Qualquer razão que seja utilizada para impedir que as mulheres participem da elaboração de leis inviabiliza o principal instrumento pelo qual se reduzem as desigualdades.* Em razão dessas barreiras à plena inclusão política das mulheres, são, portanto, constitucionalmente legítimas as cotas fixadas em lei a fim de promover a participação política das mulheres [...]. (Destaquei.)

III. O estabelecimento de um piso de 5% significa, na prática, que, na distribuição dos recursos públicos que a agremiação partidária deve destinar às candidaturas, os homens poderão receber no máximo 95%. De outro lado, caso se opte por fixar a distribuição máxima às candidaturas de mulheres, poderão ser destinados do total de recursos do fundo 15%, hipótese em que os recursos destinados às candidaturas masculinas será de 85%. Inexistem justificativas razoáveis, nem racionais, para essa diferenciação.

IV. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais. O art. 17 da Constituição Federal dispõe ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, “resguardados os direitos fundamentais da pessoa humana”. Noutras palavras, *a autonomia partidária não justifica o tratamento discriminatório entre as candidaturas de homens e mulheres.* (Destaquei.)

V. O respeito à igualdade não se aplica somente à esfera pública. “Incide, aqui, a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo importante reconhecer que é precisamente nessa artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres.

Ao final, ressaltou a natureza pública dos recursos do Fundo Partidário, a reforçar a vedação a que sua distribuição se dê de forma discriminatória. Confira-se:

[...] o caráter público dos recursos a elas destinados é elemento que reforça a obrigação de que a sua distribuição não seja discriminatória. A fundamentalidade das normas constitucionais referentes à atividade financeira do Estado na unidade entre obtenção de recursos, orçamento e realização de despesas engloba o regime jurídico das finanças públicas em máxima conformidade com os fins da Constituição da República.

Conforme dispõe o art. 38 da Lei 9.096/1995, os recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) são constituídos por multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; recursos financeiros que lhe forem destinados por lei; doações de pessoas físicas ou jurídicas; e dotações orçamentárias da União.

Tais recursos são destinados, nos termos do art. 44 da Lei 9.096, à manutenção das sedes e serviços do partido, à propaganda doutrinária e política, ao alistamento e às campanhas eleitorais, às fundações de pesquisa e de doutrinação política, e, mais recentemente, aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres.

A consignação desses recursos é feita ao Tribunal Superior Eleitoral, que distribui aos órgãos nacionais dos partidos, na proporção de sua representação na Câmara dos Deputados (art. 41-A da Lei 9.096 c.c. ADI 5.105, rel. Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 1º.10.2015). *No que tange aos recursos empregados nas campanhas, os partidos detêm autonomia para distribuí-los, desde que não transbordem dos estritos limites constitucionais. Em virtude do princípio da igualdade, não pode, pois, o partido político criar distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero.*

Assim, não há como deixar de reconhecer como sendo a única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, sendo, em vista do disposto no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições, o patamar mínimo o de 30%. (Destaquei.)

Embora circunscrito o objeto da ADI 5617 à distribuição dos recursos partidários que veio a ser fixada por meio da Lei nº 13.165/2015, os fundamentos então esposados transcendem o decidido naquela hipótese, considerada, em especial, a premissa de que *“a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também **que sejam elas empoderadas por um ambiente que lhes permita alcançar a igualdade de resultados**”*. Aplicável, sem dúvida, a mesma diretriz hermenêutica; *“ubi eadem ratio ibi idem jus”*, vale dizer, onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito.

Na lição da doutrina, “o Tribunal que, desempenhando com firmeza o seu dever de fundamentar, apreciar a maior gama de argumentos contrários e favoráveis a cada tese, estará produzindo não apenas uma decisão para um único litígio, mas sim uma metadecisão que, fixando regras, standarts e rotinas, orientará os órgãos jurisdicionais inferiores” (BERNARDO, Clarissa Campos; ANDRADE, Marcelo Santiago de Paula. *O Sistema de Precedentes do Novo CPC e sua Repercussão no Direito Eleitoral*. In: DIDIER Jr., Fredie; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Repercussões do novo CPC. Direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016).

Nesse contexto, se a distribuição do Fundo Partidário deve resguardar a efetividade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, no sentido de viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero, consoante decidiu a Suprema Corte ao julgamento da ADI 5617, a mesma *ratio* projeta-se ao exame da aplicação dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições – que há de seguir a mesma diretriz.

Não por outra razão, a teor dos arts. 19, § 2º, da Res.-TSE nº 23.553/2017 e 16-C, § 11, da Lei nº 9.504/1997, os recursos do Fundo Especial eventualmente não utilizados em campanha devem ser integralmente devolvidos ao Tesouro Nacional, vedada, ainda, a sua distribuição para outros partidos ou candidaturas, se o partido ou a coligação não apresentarem candidaturas próprias (art. 19, § 1º, da Res.-TSE nº 23.553/2017).

No tocante ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, consabido não haver disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos de percentual de gênero.

Indaga-se, então, se a omissão legislativa constitui óbice à extensão do conteúdo normativo em questão, de modo a equiparar o tempo mínimo destinado pelo partido aos patamares percentuais de candidaturas por gênero legalmente estabelecidos.

No ponto, faço pequena digressão para rememorar as mudanças no cenário eleitoral pátrio já introduzidas por Consultas formuladas à Justiça Eleitoral, chamada ao enfrentamento de questões que desbordam o âmbito normativo infraconstitucional. São exemplos a verticalização das coligações partidárias em 2002 (Cta nº 21002), a decretação de perda do mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, em 2007 (Cta nº 1398); e o reconhecimento da constitucionalidade da aplicação da Lei da Ficha Limpa, em 2010 (Cta nº 114709).

A propósito da Cta nº 1398, rel. Min. Cesar Asfor Rocha – em que reconhecido, aos partidos políticos, o direito de conservarem a vaga obtida nas eleições proporcionais quando houver cancelamento de filiação de candidato eleito ou transferência para legenda diversa –, não prescindiu este Tribunal Superior de perquirir o arcabouço jurídico eleitoral sob ampla perspectiva axiológica, fugindo à limitada leitura calcada exclusivamente pelo ordenamento juspositivo.

Na ocasião, o relator destacou, de forma precisa, em seu voto que “o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos, pois sem isto se instala, nas relações sociais e partidárias, uma alta dose de incerteza e dúvida, semeando alterações ocasionais e fortuitas nas composições das bancadas parlamentares, com grave dano à estabilidade dessas mesmas relações, abrindo-se ensejos a movimentações que mais servem para desabonar do que para engrandecer”.

E complementou Sua Excelência:

Com efeito, as exigências da teoria jurídica contemporânea buscam compreender o ordenamento juspositivo na sua feição funcionalista, como recomenda o Professor Norberto Bobbio (*Da Estrutura à Função*, tradução de Daniela Beccacia Versiani, São Paulo, Editora Manole, 2007), no esforço de compreender, sobretudo, as finalidades (teleologias) das normas e do próprio ordenamento.

Ouso afirmar que a teoria funcionalista do Direito evita que o intérprete caia na tentação de conhecer o sistema jurídico apenas pelas suas normas,

excluindo-se dele a sua função, empobrecendo-o quase até a miséria; recuso, portanto, a postura simplificadora do Direito e penso que a parte mais significativa do fenômeno jurídico é mesmo a representada no quadro axiológico.

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e, de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.

Volto, ainda esta vez, à companhia do Professor Paulo Bonavides, para, com ele, afirmar que as normas compreendem as regras e os princípios e, portanto, estes são também imediatamente fornecedores de soluções às controvérsias jurídicas. (Destaquei.)

Não é, portanto, inédito o debate, na seara eleitoral, tampouco inaugural a conclusão segundo a qual *a lacuna da lei não afasta, per se, a extração da norma principiológica da fonte suprema, que é a Carta Magna.*

Porque a interpretação literal ou gramatical consubstancia tão somente o primeiro contato do hermeneuta com o texto – aproximação essa sem a qual não se faz possível extrair qualquer significado do comando normativo –, tenho presente que a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima in *claris cessat interpretatio* se mostra “aparentemente” adequada à realização do preceito normativo.

Na lição de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p. 425-6; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45; e NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166-76.):

Rigorosamente, portanto, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista.

A escrita é apenas uma forma que produz uma diferença entre o corpo do texto e a interpretação, entre a literalidade do escrito e o espírito da lei. Não existe nenhuma fixação por escrito do direito vigente que não origine uma interpretação. Ambas são produzidas, simultaneamente, como uma forma de dois lados. No instante mesmo em que se escrevem os textos origina-se, daí, um problema de interpretação.

O teor literal de uma disposição é apenas a "ponta do iceberg"; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência. (Destaquei.)

E seguindo essa linha de pensamento, concluo que a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão não obstaculiza interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação.

Aplica-se, no ponto, a mesma *ratio decidendi* adotada pela Suprema Corte na ADI 5617, com prevalência aos direitos à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF).

Por último, registro que, a meu juízo, a revisão de atos partidários, no que se inclui a revisitação das diretrizes norteadoras da distribuição interna de recursos públicos destinados às campanhas eleitorais, bem assim a divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita entre os candidatos em disputa, não implica, em absoluto, desprestígio à autonomia partidária – consagrada na Carta Magna e reafirmada na Emenda Constitucional nº 97, aprovada pelo Congresso Nacional em 4 de outubro de 2017⁷ –, mas amparo ao fortalecimento da democracia interna da própria grei, contribuindo para o desenvolvimento da política.

Também nessa linha propugna a Procuradora-Geral Eleitoral em seu parecer, *in verbis*: “Nenhum partido é obrigado a aceitar financiamento público. Todavia, se o aceita deve cumprir condicionantes que acompanhem esse financiamento, sobretudo se são uniformes a todos os partidos, dizem respeito ao aperfeiçoamento da democracia partidária e a proteção de direitos fundamentais. Financiamento que visa induzir práticas democráticas em partidos políticos e promoção de igualdade de gênero em um quadro generalizado de subrepresentação feminina na

política é cumprimento da disciplina constitucional dos partidos políticos e jamais violação da autonomia desses”.

Em conclusão, a mudança no cenário de sub-representação feminina na política perpassa não apenas pela observância dos percentuais mínimos de candidatura por gênero, legalmente previstos, mas, sobretudo, pela imposição de mecanismos que garantam a efetividade da norma.

E consoante salientaram as consulentes, “a equação é simples: candidaturas são viabilizadas pelo poder público por meio de recursos destinados aos fundos partidário (Lei 9.096/1995) e eleitoral (Lei 9.504/1997), bem como pela propaganda eleitoral de rádio e televisão, veiculada nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições no horário eleitoral gratuito (art. 47 e seguintes da Lei 9.504/1997)”.

Seguramente, não há outro caminho para a correção de histórica disparidade entre as representações feminina e masculina no parlamento.

4. Conclusão

Diante do exposto, a consulta deve ser respondida afirmativamente, nos seguintes termos: *a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção.*

É como voto.

¹ Consoante informações colhidas da petição ID nº 206345, o Grupo Mulheres do Brasil, “criado em outubro de 2013, é composto por mulheres de vários segmentos do Brasil que tem, em comum, o propósito de serem protagonistas na construção de um país melhor. Reúnem-se mensalmente para discutir e propor ações em temas ligados à educação, empreendedorismo, cota para mulheres e projetos sociais”

² § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

³ <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>

⁴ <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>

⁵ <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/plat1.htm#framework>

⁶ Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.

⁷ É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, não terei o mau gosto de sobrepor a minha voz masculina ao voto primoroso da Ministra Rosa Weber, a quem quero cumprimentar, em nome de todos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, começo dizendo que, seguramente, a minha voz não tem o poder de exaltar a excelência do voto da Ministra Rosa Weber.

Fiquei impressionado e animado a perseverar na linha que, desde que comecei a magistratura, há trinta anos, tenho tentado prosseguir: as decisões dos tribunais superiores e, particularmente, em matérias de grande interesse como essa, têm uma transprocessualidade – expressão divulgada pelo Ministro Benjamin Cardozo, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda no começo do século XX.

A Ministra Rosa Weber também fez referência ao pensamento da Professora Clarissa Campos Bernardo sobre a natureza orientadora das regras nas decisões postas pelos tribunais superiores, e também ao pensamento do Professor Friedrich Müller – que é muito ligado ao Ceará, é professor visitante da Universidade de Fortaleza (Unifor) casado com uma cearense, o que mostra seu extremado bom gosto –, quando ele expõe que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.

A Ministra Rosa Weber não me surpreendeu, embora tenha me animado a perseverar, quando ela observou, com muita acuidade,

que a dicção da lei escrita é só a ponta do *iceberg* do imenso universo que é o Direito. Sobretudo, quando ela sublinhou a necessidade de se compreender o Direito além das regras, e pelos seus princípios e valores, com sinceridade e plenitude.

Há poucos minutos, Senhor Presidente, tivemos a oportunidade de afirmar isso, quando eu segui o voto da Ministra Rosa Weber, no processo em que Vossa Excelência pediu vista. A limitação para a remuneração dos dirigentes partidários não está sujeita a uma norma positiva. Se estivesse, seria muito fácil de controlar.

O problema é que não está sujeita a uma norma positiva, mas está sujeita ao princípio de modicidade, razoabilidade e congruência com a crise de desemprego que há no Brasil. Comentei com o Ministro Admar Gonzaga que eu gostaria de ter um emprego como esse para ganhar o dinheiro que um dirigente partidário recebe, como foi explicitado.

E dou meu total apoio ao voto da Ministra Rosa Weber, embora eu saiba que o meu entusiasmo nada acrescenta ao brilhantismo.

Acredito que ao se atribuir esses valores às mulheres, tanto com relação à participação financeira quanto ao tempo de antena, atribui-se também automaticamente a gestão desses recursos. Talvez, tanto o dinheiro quanto o tempo de antena, como outros aspectos da inserção feminina na política, devem ficar sob a gestão feminina. Porque, caso fiquem na gestão masculina, poderá haver uma espécie de retenção de algumas larguezas e isso frustrar o grande objetivo que a Ministra Rosa Weber nos explicou, expondo a metadecisão que ela acabou de proferir.

Acompanho integralmente a eminente ministra e parablenizo-a pelo voto proferido. A meu ver, é um divisor de águas na compreensão da aplicação de princípios na solução de problemas concretos. Princípios extraídos do sentimento coletivo, da Constituição Federal e da cultura jurídica, aplicados diretamente na solução de problemas jurídicos, com as leis, ou apesar delas.

Acompanho o voto da Ministra Rosa Weber.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, acompanho integralmente e louvo o voto proferido pela ilustre

Ministra Rosa Weber no sentido de que a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha Eleitoral e do tempo do horário eleitoral gratuito deve observar a proporcionalidade oriunda dos percentuais de gênero preconizado no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições.

A resposta dada à consulta nada mais corresponde, diante da irrefutável eficácia transcendente indicada pela relatora, à própria orientação emanada da Suprema Corte do país no julgamento da ADI 5.617, julgada em 15.3.2018, no qual se assentou que a *distribuição de recursos do Fundo Partidário* – destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres – *deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos*, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/1997.

Na esteira do voto da relatora, pontuou o eminente Ministro Edson Fachin, em seu voto na referida ADI, que “o caráter público dos recursos a elas destinados é elemento que reforça a obrigação de que a sua distribuição não seja discriminatória” e que se evidencia, portanto, “uma omissão inconstitucional, na medida em que priva as candidaturas de mulheres dos recursos públicos que irão custear suas aspirações políticas de ocupar uma posição democraticamente representativa, apenas pelo fato de serem mulheres”.

Diante desse contexto, não se permite, sob nenhum argumento, estabelecer distinção da orientação firmada pelo STF em relação ao Fundo Eleitoral concebido pela Lei 13.487/2017, objeto da consulta em análise.

Por fim, anoto que recebi, no dia de hoje, legítima manifestação da Associação Brasileira de Advogadas (Abra), formada por ilustres advogadas, que possuem indubitável interesse quanto ao enfrentamento da consulta e com vistas à consecução de Justiça quanto ao tema versado.

E, por oportuno, registra a ABRA que “o atual quadro de sub-representação feminina denota a insuficiência da mera previsão formal da legislação atual e a necessidade da efetivação material do direito eleitoral, qual seja, do direito de votar e de ser votada”, ao qual me alinho sem reservas.

Pelo exposto, *acompanho a relatora.*

EXTRATO DA ATA

Cta (11551) nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Consulente: Vanessa Grazziotin (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Ângela Maria Gomes Portela (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Maria de Fátima Bezerra (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Gleisi Helena Hoffmann (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Kátia Regina de Abreu (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Maria Regina Sousa (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Lídice da Mata e Souza (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Rosilda de Freitas (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Maria Gorete Pereira (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Maria do Socorro Jô Moraes (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Luana Maria da Silva Costa (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Luciana Barbosa de Oliveira Santos (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Tania Raquel de Queiroz Muniz (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros). Consulente: Soraya Alencar dos Santos (Advogados: Bruna Lossio Pereira – OAB: 45517/DF e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu afirmativamente à consulta, nos termos do voto da relatora.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Procuradora-Geral Eleitoral: Raquel Elias Ferreira Dodge.

Notas de julgamento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho sem revisão.

CONSULTA Nº 0600450-55.2018.6.00.0000

BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Consulente: Partido Progressista (PP) – Nacional

Advogado: Herman Ted Barbosa – OAB: 10001/DF

Consulta. Conhecimento. Requisitos atendidos. Questionamento. Limite de gastos. Veículos automotores. Isenção. Prestação de contas. Equiparação. Embarcação e aeronaves. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Bem móvel. Copropriedade. Pessoa jurídica. Revogação art. 81 da Lei nº 9.504/1997. Doação vedada. Respostas negativas.

1. A presente consulta foi formulada com os seguintes questionamentos: “1. O limite de gastos para *aluguel* de barcos e aeronaves deve ser compartilhado com o limite de gastos para aluguel de veículos automotores, nos termos do art. 26, § 1º, inciso II da Lei 9.504/1997? 2. Tratando-se de barcos e aeronaves *alugados*, incide na espécie por analogia o art. 26, § 3º, “a” e “b” da Lei 9.504/1997, que estabelece que não são considerados gastos eleitorais nem se sujeitam a prestação de contas as despesas pessoais do candidato com combustível e manutenção de veículos automotores usados pelo candidato na campanha, bem como remuneração, alimentação e hospedagem dos seus condutores? 3. No caso de barcos e aeronaves de *propriedade do candidato*, incide na hipótese por analogia o art. 28, § 6º, inciso III da Lei 9.504/1997, que estabelece que fica dispensada de comprovação na prestação de contas a cessão de veículos automotores de propriedade do candidato para seu uso pessoal durante a campanha? 4. Na hipótese de o candidato – pessoa física – ser *co-proprietário* de um barco, aeronave ou veículo automotor em conjunto com uma pessoa jurídica, cada qual detendo determinado percentual dessa propriedade, esse meio de transporte pode ser considerado ‘... de propriedade do candidato ... para seu uso pessoal durante a campanha’, conforme o texto do art. 28, § 6º, inciso III da Lei 9.504/1997?”

2. Com esteio nos comandos legais introduzidos pelas Leis nº 12.891/2013 e 13.488/2017 e no conceito do que vem a ser veículo automotor, o limite de gastos, estabelecido no inciso II do § 1º do art. 26 da Lei nº 9.504/1997, restringe-se às despesas decorrentes da locação de veículos de uso em via terrestre.
3. A Lei das Eleições excepcionou os dispêndios com combustível e manutenção de veículos automotores, a remuneração, alimentação e hospedagem dos seus condutores, para desconsiderá-los como gastos eleitorais e, por consequência, dispensá-los da prestação de contas.
4. O legislador, nas situações delimitadas, entendeu por bem ressaltar apenas as despesas contraídas em razão da utilização e condução de veículos automotores pelos candidatos. Foi enfático determinado ao incluir única e exclusivamente o meio de transporte terrestre, aqui compreendidos quaisquer deles que se deslocam em ruas, estradas e rodovias.
5. Não há, portanto, relação de semelhança entre os meios de transporte no que concerne à dispensabilidade de comprovação na prestação de contas da cessão de automóvel, nos termos do art. 28, § 6º, III, da Lei nº 9.504/1997.
6. Não é possível o uso na campanha eleitoral de bem móvel, aí consideradas as três modalidades de meio de transporte, de propriedade do candidato em coparticipação com pessoa jurídica. Os bens móveis, sejam eles veículo automotor, embarcação e/ou aeronave, seguem a lógica da sua indivisibilidade. A sua utilização, em se tratando de bem, ainda que em parte de propriedade de pessoa jurídica, configura doação vedada com a revogação do art. 81 da Lei nº 9.504/1997.
7. Consulta a que se responde negativamente para os quatro questionamentos.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em responder negativamente aos questionamentos formulados na consulta, nos termos do voto do relator.

Brasília, 12 de junho de 2018.

Ministro TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, relator

Publicado no *DJe* de 6.8.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, cuida-se de consulta formulada pelo Diretório Nacional do Partido Progressista (PP), subscrita pelo Senador Ciro Nogueira, presidente da agremiação, e por Herman Barbosa, delegado nacional.

Eis os exatos termos da manifestação do consulente (ID nº 249903):

Considerando as grandes dimensões territoriais do Estado do Amazonas, que superam em muito inúmeros países do mundo.

Considerando que por ser região de rios e florestas, é público e notório que são escassas as rodovias, sendo certo que a forma de se chegar à maioria dos municípios é unicamente de barco ou hidroavião.

Considerando que a Lei 9.504/1997 não disciplina o uso na campanha eleitoral de barco ou aeronave, exceto o uso de aeronave na campanha para Presidente da República.

Considerando que a mesma Lei 9.504/1997 disciplina o uso na campanha eleitoral de veículos automotores.

Considerando que são todos meios de transporte, barcos, aeronaves, veículos automotores.

Indaga-se:

1. O limite de gastos para *aluguel* de barcos e aeronaves deve ser compartilhado com o limite de gastos para aluguel de veículos automotores, nos termos do art. 26, § 1º, inciso II da Lei 9.504/1997?

2. Tratando-se de barcos e aeronaves *alugados*, incide na espécie por analogia o art. 26, § 3º, “a” e “b” da Lei 9.504/1997, que estabelece que não são considerados gastos eleitorais nem se sujeitam a prestação de contas as despesas pessoais do candidato com combustível e manutenção de veículos automotores usados pelo candidato na campanha, bem como remuneração, alimentação e hospedagem dos seus condutores?

3. No caso de barcos e aeronaves de *propriedade do candidato*, incide na hipótese por analogia o art. 28, § 6º, inciso III da Lei 9.504/1997, que estabelece que fica dispensada de comprovação na prestação de contas a cessão de veículos automotores de propriedade do candidato para seu uso pessoal durante a campanha?

4. Na hipótese de o candidato – pessoa física – ser *co-proprietário* de um barco, aeronave ou veículo automotor em conjunto com uma pessoa jurídica, cada qual detendo determinado percentual dessa propriedade, esse meio de transporte pode ser considerado “...de propriedade do candidato ... para seu uso pessoal durante a campanha”, conforme o texto do art. 28, § 6º, inciso III da Lei 9.504/1997?

A Assessoria Consultiva (Assec) opinou em responder negativamente aos quatro questionamentos apresentados pelo consulente (ID nº 261055). É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, conheço da consulta, pois estão presentes os requisitos de admissibilidade, nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral^[1].

In casu, a consulta foi apresentada pelo Diretório Nacional do Partido Progressista (PP), representado por seu Presidente, Senador Ciro Nogueira (autoridade legítima), e versa sobre matéria eleitoral (pertinência temática) com contornos de abstração (formulação em tese).

A questão de fundo diz respeito à possibilidade de extensão, no caso de uso de embarcações e/ou aeronaves nas campanhas eleitorais, das alterações promovidas pelas Leis nº 12.891/2013 e 13.488/2017, no que concerne ao limite de gastos com o aluguel de veículos automotores (item 1), e da isenção de prestação de contas das despesas pessoais do candidato com combustível e manutenção de veículos automotores próprios (itens 2 e 3).

Quanto à utilização de meios de transporte, aí incluídas as três modalidades, questiona o consulente sobre a possibilidade de fazer uso de um desses meios de transporte, nas hipóteses em que o candidato tenha a copropriedade do bem em parceria com pessoa jurídica (item 4).

O consulente, antes de adentrar nos pontos específicos que pretende ver respondidos por esta Corte Eleitoral, apresenta as peculiaridades do Estado do Amazonas, no que diz respeito à sua dimensão territorial e às suas características geográficas, o que justifica e, por vezes, leva ao uso exclusivo de embarcações e aeronaves.

Entendo que os dispositivos alterados pelas Leis nº 12.891/2013 e 13.488/2017, em princípio, esgotaram as possibilidades concretas no que se refere ao uso de veículos automotores, concedendo-lhe tratamento diferenciado em relação a outros meios de locomoção.

É de relevância que o legislador, ao não prever outras hipóteses e outros meios de transportes nos dispositivos ora em análise, o fez de forma proposital.

No ponto, destaco a delimitação traçada pela Assec sobre o termo “veículos automotores” Buscou aquela unidade técnica, com muita propriedade, a orientação pautada pelo Ministro Cezar Peluso, no seu voto-vista – RE nº 379.572/RJ – e na própria descrição contida no Código de Trânsito Brasileiro, conforme se vê das seguintes passagens (ID nº 261055):

A expressão “veículos automotores”, também encontrada na Constituição Federal (art. 155, III), foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE nº 379.572/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado no *Dje* de 1º.2.2008, quanto à possibilidade de incidência do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações e aeronaves. Confira-se a ementa:

Recurso Extraordinário. Tributário. 2. Não incide Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações (art. 155, III, CF/1988 e art. 23, III e § 13, CF/1967 conforme EC 01/1969 e EC 27/1985). Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

A definição do termo “veículos automotores” foi um dos destaques daquele julgamento. Em seu voto-vista, o Ministro Cezar Peluso afirmou que:

[...] a definição do alcance da expressão “veículos automotores”, que deve ser tomada em sua acepção técnica, abrange exclusivamente os veículos de transporte viário ou terrestre; escapam de seu alcance, pois, as aeronaves (“aparelho manobrável em voo, apto a se sustentar e circular no espaço aéreo mediante reações aerodinâmicas e capaz de transportar pessoas e coisas”, de acordo com a legislação aeronáutica) e embarcações. Se houvesse pretendido abrangê-las, o constituinte deveria ter sido específico;

Na mesma linha, segue a definição legal prevista no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997):

VEÍCULO AUTOMOTOR – todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados

para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).

Assim, com esteio nos comandos legais introduzidos pelas Leis nº 12.891/2013 e 13.488/2017 e no conceito do que vem a ser veículo automotor, nos termos do referido voto do Ministro Cezar Peluso e na definição assinalada no Código de Trânsito do Brasil, harmonizo com o parecer técnico, no sentido de *atribuir resposta negativa à primeira indagação*, por entender que o limite de gastos, estabelecido no inciso II do § 1º do art. 26 da Lei nº 9.504/1997, restringe-se às despesas decorrentes da locação de veículos automotores, aí compreendidos aqueles de uso em via terrestre.

Porém, importa ressaltar que tal entendimento não significa dizer que os gastos com embarcações e/ou aeronaves sejam ilimitados, infinitos. O certame eleitoral impõe aos seus contendores o mínimo de proporcionalidade e de razoabilidade, a impedir qualquer abuso ou privilégio que venha macular o processo eleitoral.

É certo que essa Justiça Eleitoral vem punindo de forma didática e exemplar, principalmente em sede de prestação de contas, aplicando sanções coercitivas e punitivas, ao mínimo indício de irregularidade e/ou malversação dos recursos empregados nas campanhas eleitorais, mormente se se tratarem de verbas públicas.

No que se refere às peculiaridades e características dos estados brasileiros, em função da sua grande extensão territorial e/ou das distinções geográficas, cada caso deverá ser analisado individualmente e possíveis mitigações poderão ser aplicadas no caso concreto, segundo suas especificidades.

Passo, então, para o segundo item da consulta, no qual o consulente indaga sobre a possibilidade de se estender para as embarcações e aeronaves a prerrogativa de que trata a exceção estabelecida pela Lei das Eleições, para desconsiderar como gastos eleitorais e, por consequência, dispensá-los da prestação de contas os dispêndios com combustível e manutenção de veículos automotores, a remuneração, alimentação e hospedagem dos seus condutores.

Versa, na hipótese, exceção estabelecida pela Lei das Eleições, para desconsiderar como gastos eleitorais e dispensá-los da prestação de contas os dispêndios com combustível e manutenção de veículos automotores, a remuneração, alimentação e hospedagem dos seus condutores. Confira-se, nesse ponto, o que dispõe o art. 26, § 3º, *a e b*, da Lei nº 9.504/1997:

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

[...]

3º Não são consideradas gastos eleitorais nem se sujeitam a prestação de contas as seguintes despesas de natureza pessoal do candidato:

- a) combustível e manutenção de *veículo automotor* usado pelo candidato na campanha;
- b) remuneração, alimentação e hospedagem do condutor do *veículo a que se refere a alínea a deste parágrafo*. (Grifei.)

Na espécie, enquadra-se perfeitamente a máxima de que não se interpreta extensivamente uma norma restritiva de direito, ao passo que não cabe ao intérprete criar distinções que o legislador não o fez.

Verifica-se que o legislador, nas situações delimitadas, entendeu por bem ressaltar apenas as despesas contraídas em virtude da utilização e condução de veículos automotores pelos candidatos. Foi enfático determinado ao incluir única e exclusivamente o meio de transporte terrestre, aí compreendidos quaisquer deles que se deslocam em ruas, estradas e rodovias.

Não vejo lacuna ou dúvida nos dispositivos em apreço, a reclamar uma interpretação maior do que a que se extrai do próprio texto da lei.

Como bem pontuado pela Assec, tudo indica que o objetivo da norma foi excepcionar gastos corriqueiros “de difícil mensuração e baixo impacto orçamentário” (fl. 6 – ID nº 261055), daí porque isentou, inclusive, da prestação de contas.

Nesse sentido, *respondo negativamente a esse segundo quesito*.

Quanto à terceira questão, o consulente esquadrinha novamente uma relação de semelhança entre os meios de transporte, no que concerne à dispensabilidade de comprovação na prestação de contas da cessão de automóvel, nos termos do art. 28, § 6º, III, da Lei nº 9.504/1997.

A referida hipótese segue o mesmo raciocínio dos quesitos anteriores, no que diz respeito às técnicas de interpretação da norma. Mais uma vez, o legislador foi assertivo ao excepcionar da prestação de contas apenas a cessão de automóveis de propriedade do candidato, do cônjuge e de seus parentes até o terceiro grau para uso pessoal durante a campanha.

A resposta à aludida pergunta também é negativa, devendo constar da prestação de contas os custos relacionados à cessão de embarcações e/ou aeronaves de propriedade dos atores descritos no referido dispositivo da Lei das Eleições.

Quanto ao último questionamento, o Consulente indaga se possível o uso pessoal na campanha de bem, aí consideradas as três modalidades de meio de transporte, de propriedade do candidato em coparticipação com pessoa jurídica.

A resposta a esse quesito segue a lógica da indivisibilidade do bem móvel, seja ele veículo automotor, embarcação e/ou aeronave.

Nesse sentido, *respondo negativamente ao último questionamento*, nos exatos termos consignados pela Assec, no sentido de que se trata de utilização de bem, ainda que em parte, de propriedade de pessoa jurídica, o que configura doação vedada com a revogação do art. 81 da Lei nº 9.504/1997.

Com essas considerações, *respondo negativamente aos quatro questionamentos* formulados na presente consulta.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, desculpe a minha deficiência, mas não entendi o motivo da consulta.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): A consulta é no sentido de saber se aquele limite de gastos para aluguel

^[1] Código Eleitoral

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.

de barcos e aeronaves deve ser compartilhado com o limite de gastos para aluguel de veículos. E tratando-se de barcos e aeronaves alugados, se incide, por analogia, o art. 26, § 3º, *a* e *b*, da Lei nº 9.504/1997, a estabelecer:

Art. 26 [...]

§ 3º Não são consideradas gastos eleitorais nem se sujeitam a prestação de contas as seguintes despesas de natureza pessoal do candidato:

- a) combustível e manutenção de veículo automotor usado pelo candidato na campanha;
- b) remuneração, alimentação e hospedagem do condutor do veículo a que se refere a alínea *a* deste parágrafo;

A dúvida é saber se a nossa resolução se resume a veículos automotores terrestres, o que eu entendo, ou se esses veículos automotores são também aeronaves e embarcações. Nesse caso, os pilotos dessas embarcações e aeronaves também teriam seus gastos imunizados desse controle.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Como Vossa Excelência responde à consulta?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Respondo negativamente a todas as indagações, na linha de que o legislador...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Vossa Excelência não aplica o regime analógico?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Não. Não aplico. Entendo que a norma encerra uma exceção que não admite interpretação extensiva. E seria muito difícil aceitar esse tipo de situação, porque esses gastos podem ser tendentes a valores significativos, ou seja, gastos com aeronaves ou embarcações.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Essa questão se resolve, realmente, durante a análise da prestação de contas.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Exatamente. Inclusive, os veículos automotores de vias terrestres, que também serão analisados na prestação de contas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Temos uma regulação básica em relação aos veículos terrestres. Na consulta, há uma aplicação analógica muito ampla. Fosse consulta feita pelo Estado do Amazonas, poderíamos até entender.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, fiquei em dúvida se deveria ou não conhecer da consulta, porque há, realmente, referência à situação do Amazonas. Parece ser este um problema crônico naquela região.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Mas mencionei o Amazonas como exemplo, porque não está escrito Amazonas no teor da consulta.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): A consulta é realmente muito bem fincada, é uma consulta inteligente, até porque, para efeito tributário, por exemplo, veículo automotor também envolve embarcação.

Então, a lei menciona “veículos automotores”. E a minha compreensão é que esses veículos são os terrestres, e são aquelas despesas miúdas que o candidato faz com o carro, motorista, alimentação; no entanto, estender isso a embarcações e a aeronaves pode gerar...

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, não seria o caso de talvez não conhecer da consulta, consideradas as especificidades de cada local?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Essa é uma solução.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, a consulta foi feita por um partido político e acredito que negar a legitimidade a um partido político a formular uma consulta perante a Justiça Eleitoral, me parece um passo demasiado.

Acompanho o eminente relator e conheço da consulta, porque foi formulada por partido político. Não me sentiria confortável em não conhecer de consulta formulada por um partido político, cujo funcionamento é regular e não tem, nesse sentido, impugnação, pelo menos é a percepção que tenho.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, entendo perfeitamente as razões ponderáveis do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e agora reforçadas com a observação do Ministro Edson Fachin.

Entretanto, a norma regedora da matéria dispõe “veículos automotores”.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Exatamente.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Não há a palavra (ininteligível).

Então, automotores, vou dizer o óbvio, é tudo o que é impulsionado por um motor a explosão. Pode ser terrestre, aquaviário ou aéreo, a meu ver. Tudo é motor a explosão, propulsão por essa via.

Peço vênia aos eminentes Ministros Tarcisio Vieira de Carvalho e Edson Fachin para conhecer da consulta e respondê-la afirmativamente. O Partido Progressista (PP) é um partido de âmbito nacional, tem problemas para locomoção e movimentação em todo o território nacional e, por isso, penso que tem total legitimidade para engajar-se na Amazônia.

Evidentemente, se imaginarmos que os candidatos amazonenses só podem se comportar, com relação a essas despesas, por via terrestre, significa impossibilitar. Temos de admitir as vias fluviais, aéreas, até arbóreas e quaisquer outras.

Senhor Presidente, eu me manifesto favoravelmente ao conhecimento e à resposta positiva. Se houver uma exorbitância das despesas, isso será glosado aqui, como é glosado se houver uma exorbitância da despesa terrestre.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho para acompanhar o voto do eminente relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, eu também peço vênia ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

No caso, inclino-me pelo não conhecimento da consulta, porque entendo que, da forma como foi formulada, não me dá aparência de consulta em tese, mas consulta dirigida a uma situação específica que, a meu juízo, pode caracterizar uma mais-valia daqueles que têm meios de locomoção mais caros, que causem um tipo de despesa mais elevada.

No caso do conhecimento da consulta, parece-me que já temos a maioria. Eu adoto o voto trazido pelo ilustre relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, com as vênia de estilo, eu acompanho os fundamentos e a conclusão do eminente relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Senhores Ministros, eu também peço vênia à divergência acompanho o relator.

EXTRATO DA ATA

CTA (11551) nº 0600450-55.2018.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Consulente: Partido Progressista (PP) – Nacional (Advogado: Herman Ted Barbosa – OAB: 10001/DF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, respondeu negativamente aos questionamentos formulados na consulta, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

Notas de julgamento dos Ministros Luiz Fux, Napoleão Nunes Maia Filho e Edson Fachin sem revisão.

PETIÇÃO Nº 572-25.2015.6.00.0000

BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Requerente: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional

Advogados: Karina de Paula Kufa – OAB: 245404/SP e outros

Requerido: Partido dos Trabalhadores (PT) – Nacional

Advogados: Eugênio José Guilherme de Aragão – OAB: 4935/DF e outros

Requerido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – Nacional

Requerido: Partido Verde (PV) – Nacional

Advogados: Vera Lúcia da Motta – OAB: 59837/SP e outros

Requerido: Partido Republicano Progressista (PRP) – Nacional

Advogada: Fernanda Cristina Caprio – OAB: 148931/SP

Requerido: Partido Social Democrata Cristão (PSDC) – Nacional

Advogado: Caio Silva Martins – OAB: 109864/SP

Requerido: Partido Republicano da Ordem Social (PROS) – Nacional

Advogados: Alex Duarte Santana Barros – OAB: 31583/DF e outros

Requerido: Partido Trabalhista Cristão (PTC) – Nacional

Requerido: Partido da Mobilização Nacional (PMN) – Nacional

Advogados: Lucas Albano Ribeiro dos Santos – OAB: 91538/SP e outra

Requerido: Solidariedade (SD) – Nacional

Requerido: Partido Social Liberal (PSL) – Nacional

Advogados: Enio Siqueira Santos – OAB: 49068/DF e outra

Requerido: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Nacional

Advogados: Ian Rodrigues Dias – OAB: 10074/DF e outro

Requerido: Partido Trabalhista do Brasil (PT do B) – Nacional

Requerido: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – Nacional

Advogado: Luiz Gustavo Pereira da Cunha – OAB: 137677/RJ

Direito Constitucional e Eleitoral. Partido da Mulher Brasileira (PMB). Requerimento formulado pelo PMB de rateio e distribuição dos recursos do Fundo Partidário de forma proporcional à representatividade política por ele obtida com base no número de deputados que migraram

para os seus quadros à época de sua criação, mas que dele já se desfilaram. Inadmissibilidade, à luz do disposto na EC 91/2016 e no entendimento firmado por esta Corte na RES.-TSE 23.485/2016. Posicionamento firmado pelo STF nas ADIs 4.430, 4.795 e 5.105. Realização de *distinguishing*, levando-se em conta a situação fática delineada nos autos, bem como a expressa vontade do legislador constituinte derivado, materializada na EC 91/2016. Improcedência da petição, em consonância com o parecer ministerial. Prejudicados os pedidos formulados na cautelar e no agravo regimental.

1. A criação do PMB foi expressamente contemplada na decisão liminar proferida pelo eminente Ministro Roberto Barroso, nos autos da ADI 5.398, do colendo STF, a qual determinou a devolução integral do prazo de 30 dias para filiações aos partidos registrados no TSE até a data da entrada em vigor da Lei 13.165/2015. Assim, considerando que o pedido de registro do PMB foi formulado anteriormente à vigência da referida lei e que os requisitos já haviam sido preenchidos, mister se faz, em respeito ao princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do art. 22-A da Lei 9.096/1995 e aplicar o regime anterior contido na Res.-TSE 22.610/2007, quanto a se considerar justa causa a desfiliação partidária em virtude da criação de novo partido no prazo de 30 dias.

2. Nos autos da AC 0600923-12.2016.6.00.0000, de autoria do MPE, que tramita no PJe com registro de conexão à Pet 278-36.2016.6.00.0000, a douta Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora à época, houve por bem deferir a liminar para obstar o acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na televisão com base na representatividade política advinda dos parlamentares que migraram para a referida legenda no momento de sua criação, mas que saíram durante a janela prevista na EC 91/2016. Com o advento da EC 91/2016, surgiu situação fática que fez minguar a expressão política numérica dos deputados filiados aos quadros do PMB, limitando-se, inicialmente, à permanência de um único parlamentar na referida grei, mas

que também veio a se desfilar em seguida. Consignou Sua Excelência, na ocasião, que não cabe atribuir ao PMB o acesso ao Fundo Partidário e ao chamado direito de antena com a consideração de parlamentares que, não tendo sido por ele eleitos, não mais integram suas fileiras, na medida em que inexistente a situação fática que lhe garantia a transferência da representatividade política, mediante a portabilidade dos votos e dos mandatos desses parlamentares.

3. O STF, ao apreciar os Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, firmou o entendimento de que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos e às coligações, corolário do sistema proporcional e da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, nos termos do art. 14, § 3º, V, e do art. 45 da CF, do que resultou na diminuição das hipóteses de movimentação dos parlamentares para outros partidos políticos já existentes, com fortalecimento da fidelidade partidária.

4. Ao julgar as ADIs 4.430/DF e 4.795/DF, o STF prestigiou a liberdade de criação e transformação de partidos políticos, conforme prevê o art. 17, *caput*, da Constituição, assegurando a portabilidade dos votos, com transferência da representatividade dos deputados federais para a nova grei, entendimento que não se aplica ao caso em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de Partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido (ADI 4.430/DF, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 18.9.2013).

5. Ao promulgar a EC 91/2016, o Congresso Nacional externou opção de o poder constituinte derivado flexibilizar o princípio constitucional da fidelidade partidária. Facultou ao detentor de mandato eletivo o desligamento do Partido pelo qual foi eleito, sem prejuízo do mandato, em janela única criada nos 30 dias seguintes à promulgação da referida emenda constitucional. Em contrapartida, como forma

de salvaguardar a soberania popular e o sistema eleitoral representativo proporcional, a referida desfiliação não foi considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, assegurados aos partidos políticos, e não aos parlamentares, na forma da lei, conforme expresso pela Constituição da República (art. 17, § 3º).

6. O entendimento consolidado no julgamento das ADIs 4.430/DF, 4.795/DF, e ADI 5.105/DF não se aplica ao disposto na Emenda Constitucional 91/2016, visto que nas ADIs é tratada a hipótese de criação de um novo Partido e, na EC 91/2016, foi criada hipótese excepcional de migração, independentemente da criação de novo Partido ou da causa da desfiliação.

7. A EC 91/2016 configurou causa nova, excepcional, que possibilitou a saída dos parlamentares que se encontravam recém-filiados ao novo Partido, PMB, transformando-o em mera rota de passagem. Dessa forma, o PMB não se enquadra na hipótese prevista na emenda constitucional de partido pelo qual foi eleito o parlamentar, mas unicamente intermediário para se chegar a partido já existente, sem que a referida transferência pudesse resultar em prejuízo ao seu mandato parlamentar.

8. No caso, deve prevalecer a orientação – tal como defendida pela eminente Ministra Maria Thereza em seu *decisum* liminar – de que permanece a representatividade política com as agremiações que elegeram os Parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram, pela janela da EC 91/2016. Não se trata de presunção de fraude das filiações partidárias ao PMB, mas de reconhecimento e aplicação da realidade fática e jurídica advinda com a promulgação da EC 91/2016 e a efetiva desfiliação em massa dos parlamentares que inicialmente haviam migrado para o PMB.

9. Aplica-se o entendimento sufragado na Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, de que a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o Partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito.

10. Assim como na divisão do tempo de rádio e TV (parte variável – 90%), o acesso aos recursos do Fundo Partidário, em sua cota mais expressiva (parte variável – 95%), também deve levar em conta a respectiva representatividade parlamentar, não cabendo contemplar agremiações desprovidas de tal elemento representativo – situação do PMB –, o que converteria a atribuição de tais valores em aparente doação ou premiação *ex gratia*.

11. Nem se diga que o referido entendimento configuraria ameaça à subsistência do PMB no cenário político-partidário nacional, pois, mesmo não dispondo de representatividade parlamentar atual na Câmara dos Deputados, a lei assegura à referida grei, em pé de igualdade com as demais agremiações, um direito mínimo de acesso tanto ao tempo de rádio e TV, como também aos recursos do Fundo Partidário (parte uniforme), nos termos do que disposto, respectivamente, nos arts. 47, § 2º, inciso II, da Lei 9.504/1997 e 41-A, inciso I, da Lei 9.096/1995.

12. Pedido do PMB julgado improcedente, em consonância com o pronunciamento ministerial, a fim de declarar que a parcela do fundo partidário referente à representatividade política por ele obtida com base no número de deputados que migraram para os seus quadros à época de sua criação, mas que dele já se desfilaram, pertence, proporcionalmente, às respectivas agremiações pelas quais foram eleitos para os cargos na Câmara dos Deputados.

13. Fica prejudicado, outrossim, o agravo interno interposto do *decisum* que indeferiu o requerimento de tutela de evidência formulado pelo PMB nos presentes autos.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em julgar improcedente o pedido do Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional e prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de junho de 2018.

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, relator

Pulbicado no *DJe* de 10.8.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, cuida-se de Petição – ajuizada em 10.12.2015 e posteriormente aditada nos autos – por meio da qual o Partido da Mulher Brasileira (PMB) postula o rateio e a distribuição do Fundo Partidário de forma proporcional à representatividade política oriunda dos parlamentares eleitos em 2014 por outras siglas e que migraram para os seus quadros acobertados por justa causa excludente de ilicitude administrativa: a criação de nova legenda.

2. Sustenta que o pedido de registro do estatuto e do respectivo órgão de direção partidária perante esta Corte Superior ocorreu em 3.10.2014 (RPP 1554-73) e foi deferido na sessão ordinária administrativa de 29.9.2015, ainda sob a égide das Resoluções-TSE 22.610/2007 e 23.282/2010, bem como da redação anterior da Lei 9.096/1995, que reconhecia a criação de novo Partido como causa legitimadora da desfiliação partidária.

3. Afirma que, desde essa data, como aplicável a todo partido novo, passou a perceber, em razão do disposto no inciso I do art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos, o repasse do seu quinhão proveniente do Fundo Partidário, dentro do percentual de 5%, e que, em relação ao rateio dos 95% previstos no inciso II do mesmo dispositivo, também se enquadraria nos requisitos legais para o seu recebimento, conforme assegurado pelo próprio STF, no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, ao assentar a inconstitucionalidade de se impedir que partidos novos aproveitem a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado, para fins de acesso proporcional ao direito de antena e aos recursos do Fundo Partidário.

4. Ressalta, no tocante ao ponto, o que se segue:

Não bastasse o claro e inequívoco posicionamento estampado nas ADIs 4.430 e 4.795, o Supremo Tribunal Federal em recente decisão, da lavra do Eminentíssimo Ministro ROBERTO BARROSO, na liminar prolatada na ADI 5.398, acrescentou que as legendas criadas antes da entrada em vigor do art. 22-A da Lei 9.096/1995 (que suprimiu a hipótese de desfiliação por justa causa pela criação de nova legenda), acrescentado pela Lei 13.165/2015, não se submetem à nova regra infraconstitucional, não só em respeito às decisões anteriores da Corte Constitucional, como também pelo fato de que os Partidos definitivamente registrados pela

lei anterior, não podem ser alcançados pela nova regra, por estarem com as situações jurídicas definitivamente constituídas, como no caso do requerente (fls. 58).

5. Esclarece que a referida liminar concedida na ADI 5.398 foi clara, ao assentar que, no momento da edição da Lei 13.165/2015, como ainda estava correndo o prazo de 30 dias para que alguns partidos recém-criados – entre os quais o requerente – recebessem Parlamentares detentores de mandato eletivo, ao abrigo da justa causa de desfiliação, conforme fixado pela Res.-TSE 22.610/2007 e pela Consulta 755-35/DF, o trintídio para filiações deveria ser integralmente devolvido àquelas agremiações registradas no TSE até a data da entrada em vigor da Lei 13.165/2015. Assim, afirma o seguinte:

[...] no aludido período de 30 dias contados da publicação da v. decisão liminar (12.11.2015), o requerente filiou cidadãos cujos votos para a Câmara dos Deputados totalizam 1.857.417 [...] votos, e Suplentes que totalizaram 58.924 [...] votos, sendo estes computados para fins de apuração na participação no Fundo Partidário o montante de 1.916.341 [...] votos [...] (fls. 62).

6. Com essas considerações, pugna pelo conhecimento e pelo provimento do pedido, nos seguintes termos:

- 1) se digne determinar a citação dos Partidos originários, para, querendo, se manifestem quanto ao pedido do requerente [...];
- 2) a manutenção e continuidade do rateio e repasse do percentual de 5% (cinco por cento) do Fundo Partidário que é distribuído a todos os Partidos;
- 3) o rateio e repasse do percentual de 95% [...] restantes do Fundo Partidário, proporcional aos 1.916.341 [...] votos recebidos pelos seus filiados que concorreram à Câmara dos Deputados na última eleição; e,
- 4) que o repasse referente ao percentual de 95% [...], seja retroativo ao dia 13 de novembro de 2015, data em que entrou em vigor a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5398 (fls. 65 e 68).

7. Em 21.1.2016, nos autos da AC 0600002-53.2016. 6.00.0000 – distribuída eletronicamente –, o então Presidente desta Corte Superior, eminente Ministro Dias Toffoli, deferiu o pedido de liminar formulado pelo PMB, a fim de determinar, até o julgamento da presente Petição, o

bloqueio dos valores integrantes do percentual de 95% de que trata o art. 41-A, inciso II, da Lei 9.096/1995, considerados os deputados federais que migraram para os quadros da referida grei.

8. Ato contínuo, os esclarecimentos que haviam sido determinados no presente feito pela então relatora à época, eminente Ministra Maria Thereza, foram devidamente prestados pelas unidades técnicas, tendo o PMB aquiescido com as informações, bem como apresentado as fichas de filiação dos parlamentares que migraram para os seus quadros.

9. As demais agremiações envolvidas também se manifestaram.

10. O Partido da Mobilização Nacional (PMN) defende que o rateio pretendido pelo PMB com base em uma decisão liminar é ação temerária, pois ainda passível de discussão e decisão judicial, mormente se considerada a coincidência de datas da vigência da Lei 13.165/2015 e da fundação oficial do Partido, a indicar que este já estava sob a égide da nova legislação. Requer, outrossim, a exclusão da Deputada Dâmina de Carvalho Pereira da lista de políticos constante da petição do requerente PMB, alegando que a citada parlamentar não se desfilou oficialmente do PMN.

11. O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) contesta a inclusão do Deputado Ricardo Teobaldo Cavalcanti nos quadros da agremiação requerente, asseverando que o referido Parlamentar migrou, na verdade, para o Partido Trabalhista Nacional (PTN) pela janela partidária da EC 91/2016, não havendo como aceitar, portanto, que a filiação em tela seja considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

12. O Partido Republicano da Ordem Social (PROS) consigna que os Deputados Domingos Gomes de Aguiar Neto e Valtênir Luiz Pereira não se desfilaram do PROS, tendo, ao revés, sido expulsos antes da nova filiação ao PMB, não havendo falar, assim, em justa causa para desfiliação. Além disso, afirma o que se segue:

[...] o Partido requerente, bem como os demais criados antes da vigência da Lei 13.165/15 e que tiveram os seus estatutos registrados pelo egrégio TSE até 29.9.2015, estão regidos pela Lei 13.107, de 24 de março de 2015, que introduziu ao art. 41-A, o parág. único, o qual assevera, de forma clara e inquestionável, que, para a distribuição dos 95% do Fundo Partidário, previstos no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. Dispositivo

este que continua em vigor e livre de qualquer questionamento com relação à sua constitucionalidade (fls. 209).

13. Pugna o PROS, nesses termos, pela improcedência do pedido de concessão ao PMB da cota de 95% do Fundo Partidário, bem como pela liberação dos valores bloqueados ao PROS, referente à cota dos Deputados Federais referidos.

14. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) alega, em suma, que a excepcional causa de migração de parlamentares para partido recém-criado consagrada na versão originária da Res.-TSE 22.610/2007 não se aplica ao caso concreto do PMB, que teve o seu registro deferido pelo TSE quando já vigente o novo regramento (Lei 13.165/2015) para a matéria, inibindo, portanto, tal possibilidade. Requer, sucessivamente: (a) a suspensão deste feito até o julgamento da ação de perda de mandato eletivo ajuizada em desfavor dos parlamentares do PDT que migraram para o PMB, em que se discute exatamente a inaplicabilidade do regramento anterior à nova agremiação; e (b) o indeferimento do requerimento de distribuição proporcional do Fundo Partidário a Parlamentares que não mais se encontram filiados à nova legenda.

15. O Partido Social Cristão (PSC) defende que o Deputado Sérgio Paulo de Oliveira concorreu às eleições de 2014 regularmente filiado aos seus quadros e que a proporção dos votos por ele obtidos foi utilizada para a distribuição de recursos oriundos do Fundo Partidário em favor do próprio PSC. Assevera, outrossim, que, nos termos do parág. único do art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos, a mera mudança de filiação partidária não pode ser considerada como meio de obter, pela nova agremiação, a cota relativa aos 95% oriundos do Fundo Partidário, não se aplicando ao caso em debate o entendimento adotado pelo TSE nos autos da Pet 769-48/DF, uma vez que naquela oportunidade se deferiu o recebimento das parcelas do Fundo Partidário ao Solidariedade (SD) diante da aplicação do art. 16 da CF, o que nada tem a ver com o caso em tela.

16. O Partido dos Trabalhadores (PT) enfatiza o entendimento firmado pelo TSE nos autos da Pet 92-18/DF (rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 22.11.2013) de que a garantia de acesso proporcional aos recursos do Fundo Partidário dá-se a partir da decisão que reconhece o direito às cotas do

Fundo Partidário, razão pela qual pugna pelo indeferimento do pedido de retroatividade formulado pelo PMB.

17. O Partido Social Democrata Cristão (PSDC) aduz que, dos 21 Deputados que migraram para o PMB, 20 já mudaram para outras agremiações na janela aberta pela EC 91/2016. Assim, persistindo o entendimento favorável ao novo Partido, este estará se beneficiando de um verdadeiro enriquecimento sem causa, uma vez que os parlamentares não foram eleitos pelo PMB e hoje nem sequer fazem parte da sua bancada. Requer, assim, a devolução ao PSDC das importâncias do Fundo Partidário que os Deputados Aluísio Mendes e Luiz Carlos Ramos carregaram para o PMB e lá deixaram.

18. O Partido Social Liberal Nacional (PSL) afirma que o Deputado Federal eleito pelo PSL nas eleições de 2014, José Maria Macedo Júnior, embora tenha se filiado ao PMB, posteriormente deixou de fazer parte dos seus quadros, por ato voluntário, retornando ao PSL, não tendo a nova agremiação direito sobre os 95% do Fundo Partidário referente à votação obtida pelo parlamentar. Pugna, assim, pelo desbloqueio dos valores do Fundo Partidário referentes ao referido parlamentar, em favor do PSL.

19. O Partido Republicano Progressista (PRP) salienta não estar o PMB abarcado pela liminar concedida na ADI 5.398, e que o registro do novo partido foi obtido sob a égide da Lei 13.165/2015, que retirou do rol das justas causas a migração para nova sigla, bem como, por conseguinte, qualquer prerrogativa de se invocar o repasse do Fundo Partidário e do respectivo tempo de TV, referentemente aos mandatários irregularmente migrados para a referida agremiação.

20. Prossegue o PRP afirmando que, por se tratar de juízo precário, a liminar em questão não poderia abrigar o rateio do Fundo Partidário em prol do PMB antes do julgamento definitivo da ação, tendo, na espécie, a referida grei se utilizado de subterfúgio para obter os recursos do Fundo Partidário, visto que a agremiação não possui a representatividade alegada. Requer, assim, o desacolhimento do pedido inicial, bem como a liberação imediata dos montantes bloqueados a título de Fundo Partidário e a restituição do tempo de TV, até o julgamento final da lide.

21. O Partido Verde (PV) também requer o indeferimento dos pedidos formulados na Petição, sob o fundamento precípua de que as

migrações ocorridas para o PMB constituíram uma manobra utilizada pelos candidatos única e exclusivamente para mudar de partido, com a finalidade de levarem consigo o Fundo Partidário e dar prejuízo àqueles Partidos que se organizaram ao longo de tantos anos, como é o caso do PV, de forma que, segundo afirma, o PMB não poderia participar da parcela dos 95% do Fundo Partidário de que trata o inciso II do art. 41-A da Lei 9.096/1995, mas somente da cota-parte dos 5% destacados no inciso I, tendo em vista a total ausência de representatividade política dessa agremiação.

22. Em novos pronunciamentos, o PMB afirma que as manifestações dos partidos políticos requeridos, em defesa de seu Fundo Partidário e tempo de TV, são infundadas, na medida em que os parlamentares migraram para os seus quadros dentro do período de 30 dias concedidos na ADI 5.398, a qual manteve como justa causa para a desfiliação, sem perda do mandato, a hipótese de migração para partido político recém-criado.

23. Reitera que o STF, no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, decidiu que as agremiações têm direito ao tempo de propaganda e aos recursos do Fundo Partidário relativos à representatividade correspondente aos Deputados que para eles migraram, não havendo razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, da Lei 9.504/1997), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, *caput* da CF).

24. Pondera que, uma vez possibilitada a migração de parlamentares para o PMB, 22 deputados federais migraram para essa nova legenda, ensejando, com isso, inclusive, a reserva de Fundo Partidário por meio de Medida Liminar concedida nos autos da AC 0600002-53.2016.6.00.0000, relacionada ao presente feito. Além disso, registra que a janela partidária decorrente da EC 91/2016 teria tão somente permitido que os parlamentares migrassem de partido sem o risco de perda dos mandatos, mas sem o direito de levar consigo o Fundo Partidário e o tempo de mídia.

25. Enfatiza que, durante o trâmite da presente ação, os partidos políticos atingidos pelo indigitado acesso pleiteado pelo PMB ingressaram com ações autônomas contra os parlamentares e o próprio PMB, visando à cassação do mandato desses políticos, bem

como a restituição do tempo de TV e da cota do Fundo Partidário respectivo. Referidas ações, contudo, tiveram os seus pedidos julgados improcedentes no âmbito desta Corte Superior.

26. A PGE, em parecer da lavra do ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral à época, Nicolao Dino, pronunciou-se pela parcial procedência dos pedidos iniciais, tão somente para que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário do requerente *não leve em consideração a soma dos votos obtidos pelos parlamentares que se desfilaram do PMB e o número de deputados federais que migraram para essa legenda, e a ela não mais pertencem, mas apenas sua atual representação política nas Casas do Congresso Nacional* (fls. 608). Para tanto, assevera o seguinte:

[...] no caso em que o Parlamentar se desfili do Partido recém-criado, ao qual outrora se filiara, a representatividade política deve ser mantida com as agremiações pelas quais este se elegeu. Tal entendimento, além de ser consentâneo com a idéia matriz de que o mandato é expressão da vinculação do candidato ao Partido Político pelo qual se elege, constitui, ademais, salutar mecanismo de prevenção e correção de eventual comércio de filiações partidárias em troca de mais tempo de propaganda eleitoral e de mais recursos do Fundo Partidário, concedendo a devida primazia ao constitucional instituto da fidelidade partidária (fls. 608).

27. Por meio de despacho (fls. 611-612), a Ministra Maria Thereza, então relatora à época, determinou a juntada aos autos de cópia da decisão por ela proferida, em 29.6.2016, nos autos da AC 0600923-12. 2016.6.00.0000 ajuizada pelo MPE (que tramita no PJe com registro de conexão à Pet 278-36.2016.6.00.0000), pela qual deferiu medida liminar para obstar o acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na TV, com base na representatividade política advinda dos parlamentares que migraram para a referida legenda no momento da sua criação, mas que saíram durante a janela prevista na EC 91/2016.

28. Instado a se manifestar acerca do referido *decisum*, o PMB apresentou petição, em que reitera os fundamentos já elencados nos autos em sua defesa e assenta ainda o seguinte:

[...] tendo em vista a expectativa gerada na sociedade, a aferição da representatividade da nova agremiação deve levar em conta a

votação obtida pelos Parlamentares que participaram da fundação ou migraram no trintídio inicial de sua existência, sendo irrelevante que esses deputados, por incompatibilidade superveniente ou por mero oportunismo, venham a se valer de nova janela de migração partidária e abandonem a sigla posteriormente.

[...].

Ad argumentandum tantum, tivesse realmente havido eventual fraude – que não se presume, devendo ser provada em foro próprio –, ela somente alcançaria a específica migração questionada, não podendo ser utilizada para tisonar a credibilidade de toda a agremiação e, mais que isso, justificar a adoção de medida tão comprometedora da sua subsistência.

[...].

Se houve alguma fraude, a vítima terá sido o próprio Partido, usado como trampolim para a satisfação de interesses pessoais escusos. Não é justo que, nessa hipótese, além de sofrer o desgaste político e perder o respectivo espaço de poder na Câmara dos Deputados, a agremiação venha também a ser impedida de obter êxito no seu intento de se fixar no universo político (fls. 642-644).

29. Conclui o PMB explicitando que, tanto essa liminar deferida na AC 0600923-12.2016.6.00.0000, em 29.6.2016, quanto a Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, albergam o entendimento de que os parlamentares que migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, neste deveriam estar filiados no momento da convenção para a escolha de candidatos, sob pena de a representatividade de que se revestiam retornar ao partido de origem. Tal exigência, contudo, segundo afirma, constitui inovação introduzida inopinadamente quando já em curso o processo eleitoral e, obviamente, a menos de 1 ano do pleito, não podendo, por esse motivo, tal entendimento ser albergado na presente ação principal.

30. Em 15.8.2017, o PMB apresentou pedido incidental de concessão de tutela da evidência (fls. 691-701), nos termos do art. 311 do Código Fux de Processo Civil, visando (1) ao desbloqueio de parte do Fundo Partidário contingenciado por essa Corte Superior nos autos da AC 0600002-53.2016.6.00.0000, relativo ao período compreendido entre a data de filiação de cada Parlamentar ao PMB, no momento da sua criação, e a data da respectiva desfiliação, individualmente, conforme descrito na certidão expedida pela Mesa da Câmara dos Deputados; e (2) à liberação

integral do Fundo Partidário pertinente ao Deputado Weliton Prado, que teria permanecido filiado ao Partido.

31. O referido pedido foi indeferido por *decisum* deste relator, ao seguinte fundamento precípuo:

[...] a aventada possibilidade de liberação do Fundo Partidário referente ao período anterior em que os Parlamentares ficaram filiados e representaram o PMB na Câmara dos Deputados ainda depende do que vier a ser decidido por esta Corte Superior no julgamento da Pet 278-36, mormente considerando-se a alegação, realizada no bojo daquele feito pelo órgão ministerial, de que, com a saída dos Parlamentares do PMB pela janela da EC 91/2016, a representatividade para fins de acesso ao Fundo deve permanecer com a legenda pelo qual o Parlamentar realmente foi eleito, e não com o Partido que correspondeu a uma rota de passagem, no caso, o PMB (fls. 708).

32. Assentou-se, outrossim, que, por não mais se encontrar o Deputado Weliton Prado filiado ao PMB, o pedido de liberação do percentual do Fundo Partidário e do tempo de antena a que faria jus a legenda em virtude dessa filiação também deveria ser indeferido.

33. Contra tal *decisum* o PMB interpôs Agravo Interno (fls. 713-718), alegando, em suma, o seguinte:

- a) os argumentos expostos no requerimento de tutela de evidência não foram devidamente enfrentados pela decisão agravada, em clara afronta ao princípio da congruência;
- b) é indiscutível que, no período da permanência dos Deputados Federais como filiados ao PMB, essa agremiação possuiu representatividade no Congresso Nacional, fazendo jus, portanto, ao recebimento das respectivas cotas do Fundo Partidário;
- c) é incontroverso que o PMB possuía representatividade Parlamentar no período anterior à EC 91/2016 e mesmo posteriormente, até a saída do Deputado WELITON FERNANDES PRADO;
- d) a matéria tratada nos autos da PET 278-36, ajuizada pelo MPE, cinge-se apenas à falta de representação do PMB junto ao Congresso Nacional após a EC 91/2016, não podendo o pedido nela versado alcançar, por esse motivo, o período anterior à expedição da referida norma constitucional temporária, objeto do requerimento de tutela de evidência; e
- e) em vista da proximidade do pleito eleitoral de 2018, o PMB pode ser prejudicado por não ter acesso aos recursos do Fundo Partidário que se encontram contingenciados por esse Tribunal Superior.

34. Após a apresentação de contrarrazões ao referido Agravo Interno (fls. 722 e ss.), a douta PGE, por meio do ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Humberto Jacques de Medeiros, manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 781-784v.).

35. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, conforme relatado, trata-se de Petição por meio da qual o Partido da Mulher Brasileira (PMB) postula o rateio e a distribuição do Fundo Partidário de forma proporcional à representatividade política oriunda dos parlamentares eleitos em 2014 por outras siglas e que migraram para os seus quadros acobertados por justa causa excludente de ilicitude administrativa: a criação de nova legenda.

2. Sustenta que o pedido de registro do estatuto e do respectivo órgão de direção partidária perante esta Corte Superior ocorreu em 3.10.2014 (RPP 1554-73) e foi deferido na sessão ordinária administrativa de 29.9.2015, ainda sob a égide da redação anterior da Lei 9.096/1995, bem como das Resoluções-TSE 22.610/2007 e 23.282/2010, que reconheciam a criação de novo Partido como causa legitimadora da desfiliação partidária.

3. Assevera que, desde essa data, como aplicável a todo partido novo, passou a perceber, em razão do disposto no inciso I do art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos, o repasse do seu quinhão proveniente do Fundo Partidário, dentro do percentual de 5%, e que, em relação ao rateio dos 95% previstos no inciso II do mesmo dispositivo, também se enquadraria nos requisitos legais para o seu recebimento, conforme assegurado pelo próprio STF no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, ao assentar a inconstitucionalidade de se impedir que Partidos novos aproveitem a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado, para fins de acesso proporcional ao direito de antena e aos recursos do Fundo Partidário.

4. Esclarece que, não bastassem as decisões nas ADIs 4.430 e 4.795, o STF, por meio de decisão da lavra do Ministro Roberto Barroso nos autos da ADI 5.398, assentou que as legendas criadas antes da entrada em vigor do art. 22-A da Lei 13.165/2015 não se submetem à nova

regra infraconstitucional, em respeito às decisões anteriores daquela Corte Constitucional e considerando que os partidos definitivamente registrados pela lei anterior não podem ser alcançados pela norma nova, por estarem com situação jurídica definitivamente constituída.

5. Além disso, afirma que a referida decisão liminar também foi clara, ao assentar que, no momento da edição da Lei 13.165/2015, como ainda estava correndo o prazo de 30 dias para que alguns partidos recém-criados – entre os quais o requerente – recebessem parlamentares detentores de mandato eletivo, ao abrigo da justa causa de desfiliação, conforme fixado pela Res.-TSE 22.610/2007 e pela Consulta 755-35/DF, o trintídio para filiações deveria ser integralmente devolvido àquelas agremiações que tivessem obtido registro no TSE até a data da entrada em vigor da Lei 13.165/2015.

6. Defende, por fim, em suma, ser indiscutível que possuiu representatividade no Congresso Nacional durante o lapso temporal em que os deputados federais permaneceram filiados aos seus quadros, fazendo jus, portanto, ao recebimento das respectivas cotas do Fundo Partidário nesse período.

7. Feitas essas breves considerações, passo à análise das questões necessárias ao deslinde da controvérsia.

I – Da criação do PMB como motivação legítima para desfiliação e consequente migração de parlamentares para os seus quadros sem perda do mandato eletivo

8. Em contestação, o PDT alega que a excepcional causa de migração de parlamentares para partido recém-criado, consagrada na versão originária da Res.-TSE 22.610/2007, não se aplica aos casos concretos do PMB, que teve o seu registro deferido pelo TSE quando já vigente o novo art. 22-A da Lei 9.096/1995, acrescido pela Lei 13.165/2015, o qual excluiu a criação de nova legenda como hipótese de justa causa para a desfiliação sem perda de mandato por infidelidade partidária.

9. Em voto-vista proferido nos autos da Pet 475-25.2015. 6.00.0000/DF, que acabou sendo extinta por perda de objeto, em virtude da Medida Liminar deferida na ADI 5.398, o eminente Ministro Luiz Fux bem enfrentou a questão nos seguintes termos:

De acordo com o art. 22-A da Lei dos Partidos Políticos, na redação dada pela Lei 13.165/2015, a desfiliação partidária de detentor de mandato para ingressar em Partido recém-criado não consubstancia hipótese de justa causa, mitigando, bem por isso, a representatividade e o funcionamento parlamentar da nova agremiação. Deveras, a menos que ocorra mudança substancial, desvio reiterado do programa partidário ou grave discriminação política pessoal, somente em 2018, ano em que ocorrerão eleições gerais, haveria permissão para que Deputados Federais ou Senadores integrassem os quadros do Partido da Mulher Brasileira.

Como é de todos sabido, a distribuição proporcional dos recursos do Fundo Partidário e a participação na propaganda eleitoral gratuita na TV e no rádio dependem de representação do Partido Político na Câmara dos Deputados, nos termos do art. 47, § 2º da Lei 9.504/1997 e do art. 41-A da Lei 9.096/1995.

Soma-se, ainda, a circunstância de que o Partido da Mulher Brasileira, ao ingressar com o pedido de registro do respectivo estatuto, o fez sob a égide da lei anterior, preenchendo, naquela ocasião, todos os requisitos, de modo a ser legítima a sua expectativa quanto à possibilidade de filiação partidária aos seus quadros de detentores de mandato político, nos termos da Res.-TSE 22.610/2007.

Em caso análogo, este Tribunal Superior, ao apreciar o RPP 843-68, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 20.10.2015, consignou que, apesar de não existir direito adquirido a regime jurídico, alterações legislativas incidem imediatamente aos Partidos Políticos que pretendem ter o registro de estatuto deferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, todavia, se, ao tempo da edição da lei instituidora do novo regime jurídico, a agremiação já preenchia todos os requisitos para o registro nos termos da regra normativa anterior, é imperioso o seu deferimento nos moldes desta.

Naquela oportunidade, ao acompanhar o i. relator, assentei que a matéria se resolve no plano da principiologia constitucional, ou seja, hoje não se pode mais aplicar a legislação infraconstitucional sem passar pela lente da Constituição. Prossegui salientando que nenhum cidadão pode ser prejudicado por um fato imputável ao Poder Judiciário, de sorte que se a parte, no momento em que ingressou no Judiciário, preenchia todos os requisitos que a lei exigia tudo mais que se exigir posteriormente não pode ser imputável à parte.

Além disso, conforme já assinalado, o Min. Luís Roberto Barroso deferiu provimento cautelar nos autos da ADI 5.398, para determinar a devolução integral do prazo de 30 dias para filiações aos Partidos recém-criados com registro deferido no Tribunal Superior Eleitoral até a data da entrada em vigor da Lei 13.165/2015, assim decidindo, com a maestria que lhe é peculiar:

Mais do que isso, ainda que não se pudesse caracterizar cabalmente a existência de um direito adquirido neste caso, entendo que seria necessário proteger as situações estabilizadas pela previsão normativa anterior, assegurando uma transição razoável, em respeito às legítimas expectativas geradas nas novas agremiações e também em parlamentares que estivessem em vias de se filiarem a elas. A proteção das legítimas expectativas criadas em particulares por atos do próprio poder público decorre da obrigação estatal de agir com boa-fé.

Trata-se, logicamente, de uma exigência do Estado democrático de direito. A boa-fé demanda às autoridades públicas que protejam a confiança e as legítimas expectativas suscitadas, inclusive frente a alterações legislativas posteriores, sempre que estas estejam fortemente amparadas em comportamentos objetivos do Estado.

In casu, parece estreme de dúvidas que a incidência do art. 22-A sobre situações jurídicas dos partidos políticos recém-criados ultraja o direito adquirido dessas legendas. Isso porque, após o advento da recente minirreforma eleitoral, o TSE deferiu o registro de 3 novas legendas, as quais, a rigor, ainda estavam amparadas a receber novos filiados no prazo de 30 dias, sem que isso configurasse perda de mandato eletivo sem justa causa, ex vi da Res. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral (REDE, PMB e NOVO). Portanto, o aludido direito foi incorporado ao patrimônio jurídico das greis partidárias, tornando-se um direito adquirido que não pode, em hipótese alguma, ser afetado por lei ulterior. Admitir a aplicação da Lei 13.165/2015 a estas situações jurídicas pendentes vulnera frontalmente o art. 5º, XXXVI da Lei Fundamental de 1988, a fulminar o direito adquirido destas novas agremiações em receber novos filiados, sem que, com isso, haja a perda do mandato do Parlamentar trânsfuga.

Ad argumentandum tantum, ainda que não se considere que exista direito adquirido na espécie, há outro fundamento substantivo a amparar o *fumus boni iuris*: é preciso tutelar a expectativa legítima criada pelo regime jurídico anterior nos *players* (partidos e parlamentares) atingidos pela novel disciplina normativa.

Não desconheço a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, na esteira da remansosa jurisprudência desta Corte. Sucede que, sem embargo disso, existe alguma expectativa legítima dos partidos políticos recém-criados e dos parlamentares a ser tutelada.

Ao franquear aos partidos políticos e aos candidatos, em um primeiro momento, a possibilidade de migrar de suas legendas para novos partidos sem que isso configurasse perda de mandato por infidelidade

partidária, o STF adotou um comportamento que gerou a expectativa subjetiva em tais atores. E este comportamento restou reforçado, em um segundo momento, com o advento da Res.-TSE 22.610, que estabeleceu critérios objetivos para a migração (art. 20). Ou seja: restou criada a base da confiança nestes atores, através de atos concretos. Ora, se transcorridos alguns anos, e o Congresso Nacional edita uma norma modificando esse regime jurídico, de ordem a não mais considerar como hipótese de justa causa a migração para novas legendas, mister reconhecer *in casu* que eventual incidência do art. 22-A aos Partidos recém-criados encerra exemplo acadêmico de ultraje à legítima expectativa destes parlamentares.

Em suma, encontram-se presentes, no caso vertente, os pressupostos autorizadores da incidência do princípio da proteção da confiança: (1) base da confiança, (ii) existência subjetiva da confiança, (iii) o exercício da confiança através de atos concretos e (iv) o comportamento que frustre a confiança (SCHMEL, Arndt. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Bestands- und Verwaltungsblatt. Köln-Berlin: Carl Heymanns, janeiro de 1999, p. 23, apud ARAÚJO, VALTER SHUENQUENER de. *O Princípio da Proteção da Confiança*. Niterói: Impetus, 2009, p. 82).

Oportuno frisar que nem mesmo razões de interesse público são capazes de ensejar a violação do direito adquirido:

A CF/1988, ao contrário de outras Constituições, regrou a proibição de restrição ao ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Precisamente por isso que sua aplicação é inflexível: havendo uma dessas hipóteses, afastados estão os efeitos retroativos, por obra da incidência da própria regra, sendo impertinentes outras razões, como aquelas atinentes ao interesse público, para efeito de tentar afastar, mediante ponderação, a sua aplicação (AVILA, HUMBERTO. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 31. edição, 2014, p. 363).

Bem vistas às coisas, considerando o fato de o pedido de registro do Partido da Mulher Brasileira ter sido formulado anteriormente à vigência da Lei 13.165/2015 e cujos requisitos já haviam sido preenchidos, apesar de seu registro ter sido deferido no mesmo dia do início da vigência da Lei 13.165/2015, deve-se afastar a incidência do art. 22-A da Lei 9.096/1995 a este caso concreto, de modo a permitir, em respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica, que lhe seja aplicada a previsão contida no art. 10 da Res.-TSE 22.610/2007, quanto a considerar-se justa causa a desfiliação partidária em razão de criação de novo Partido, no prazo de 30 dias.

10. Portanto, na linha do que decidido pelo insigne jurista e professor Luiz Fux, nos autos da referida Petição, mister se faz, efetivamente, em respeito ao princípio da segurança jurídica preconizado pelo STF para o caso presente, afastar a incidência do art. 22-A da Lei 9.096/1995 e aplicar o regime anterior à Lei 13.165/2015, qual seja, o que admitia como justa causa para a desfiliação partidária a criação de novo partido, o que ensejava a formação deste, especialmente tendo em vista que o parlamentar migrante conservava o seu mandato eletivo. Essa foi a técnica usada para viabilizar o PMB, que surgiu no cenário partidário do país com um expressivo contingente de deputados: mais de 20, como se viu.

11. Não bastasse isso, vale ressaltar que o próprio Ministro Roberto Barroso, ao deferir a liminar na ADI 5.398, expressamente mencionou o PMB como uma das três agremiações recém-criadas que, na data em que a Lei 13.165/2015 foi editada – 29.9.2015 –, estavam com o prazo de 30 dias correndo para receber em seus quadros parlamentares detentores de mandato eletivo, ao abrigo da justa causa de desfiliação; tudo a corroborar a assertiva de que a expressão *até a data da entrada em vigor da Lei 13.165/2015*, constante do dispositivo do *decisum*, inclui o registro realizado por aquela grei.

II – Da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de antena ao PMB proporcionalmente aos parlamentares que migraram para os seus quadros no momento de sua fundação ou no prazo legal subsequente e que não mais se encontram filiados à nova legenda

12. Asseveram, no ponto, tanto as agremiações requeridas quanto o órgão ministerial, a impossibilidade de permanência com o PMB, dos tempos de rádio e TV, bem como das cotas do Fundo Partidário oriundos da representatividade política dos parlamentares que para ele migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos, conservando os seus mandatos populares, mas que, logo em seguida, deixaram os seus quadros, por ocasião da janela criada pela EC 91/2016.

13. Nos autos da AC 0600923-12.2016.6.00.0000, de autoria do MPE, que tramita no PJe com registro de conexão à Pet 278-36.2016. 6.00.0000, a douta Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora à época, houve por bem deferir a liminar para obstar o acesso do PMB aos recursos do

Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na televisão com base na representatividade política advinda dos parlamentares que migraram para a referida legenda no momento de sua criação, mas que saíram durante a janela prevista na EC 91/2016.

14. Com o advento da EC 91/2016, surgiu situação fática que fez minguar a expressão política numérica dos deputados filiados aos quadros do PMB, limitando-se, inicialmente, a permanência de um único parlamentar na referida grei, mas que também veio a se desfilar em seguida. Consignou Sua Excelência, na ocasião, que não cabe atribuir ao PMB o acesso ao Fundo Partidário e ao chamado direito de antena com a consideração de parlamentares que, não tendo sido por ele eleitos, não mais integram suas fileiras, na medida em que inexistente a situação fática que lhe garantia a transferência da representatividade política, mediante a portabilidade dos votos e dos mandatos desses parlamentares.

15. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da referida decisão liminar:

A análise sobre a probabilidade do direito invocado, no caso, deve ter como premissa inicial a constatação de que a política não é estática. E é precisamente por esse motivo que o Poder Judiciário tem sido convocado, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a se pronunciar mais de uma vez sobre a mesma matéria quando confrontado com diferentes realidades fáticas em torno de semelhantes premissas jurídicas.

Digo isso porque a aparente tensão existente entre os princípios da isonomia, do pluralismo político – com a correspondente garantia de livre criação de Partidos novos – e da representatividade política que decorre dos votos obtidos nas urnas, considerado pela lei (art. 41-A, II da Lei 9.096/1995 e art. 47, I da Lei das Eleições) como fator de discrimen para a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de antena, já foi objeto de apreciação judicial diversas vezes neste Tribunal Superior e também no âmbito de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, é preciso registrar que o panorama jurídico normativo atual sobre o tema constitui-se, no plano legal, das seguintes regras:

Quanto à distribuição dos recursos do Fundo Partidário – Lei 9.096/1995:

Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os Partidos que atendam aos requisitos

constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e (redação dada pela Lei 13.165/2015).

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos Partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (Incluído pela Lei 12.875/2013) (Vide ADI-5.105.)

Parág. único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. (Redação dada pela Lei 13.107/2015.)

Quanto à distribuição do tempo de propaganda – Lei 9.504/1997:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57, reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo (redação dada pela Lei 13.165/2015).

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (redação dada pela Lei 12.875/13) (vide ADI-5.105).

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei 13.165/2015.)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente. (Redação dada pela Lei 13.165/2015.)

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição. (Redação dada pela Lei 11.300/2006.)

§ 4º O número de representantes de partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponderá à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior.

Daí já se vê que a lei estabelece, tanto para o acesso aos recursos do Fundo Partidário quanto para o chamado tempo de antena um

sistema binário de divisão: uma parte deve ser dividida de forma igual, considerando todos os partidos que participarão do pleito, e outra de forma proporcional à representatividade de cada partido obtida na última eleição para deputado federal.

Tal critério de divisão foi referendado pelo STF no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795 (rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 19.9.2013), quando aquela Corte assentou que:

(a) solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria CF, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, “a”; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, § 2º e § 3º; art. 58, § 1º).

Naquele mesmo julgamento, o Supremo Tribunal, confrontado com a problemática relativa à hipótese de criação de Partido novo – e por isso destituído de representatividade com base em eleição anterior – decorrente da manifesta impossibilidade da nova legenda ter acesso ao critério de divisão proporcional ao número de deputados anteriormente eleitos, entendeu, com base no princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos, que:

Na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos Partidos pelos quais

foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, *caput* CF/1988), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

No julgamento da ADI 5.105 (rel. Min. LUIZ FUX, *DJe* 4.4.2014), o STF voltou a discutir a matéria (sob o prisma das alterações promovidas pela Lei 12.875/2013) e além de confirmar o entendimento quanto à adequação do critério legal de divisão, reafirmou a possibilidade de a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, bem como aos recursos do Fundo Partidário, levar consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos Partidos pelos quais foram eleitos, ostentando o status de fundadores do novo Partido.

Na Petição 572-25 (sob minha relatoria), proposta aos 10.12.2015, o Partido da Mulher Brasileira veicula pedido de manutenção do repasse do percentual de 5% [...] dos recursos do Fundo Partidário que é distribuído igualmente a todos os partido políticos e de repasse dos 95% [...] restantes de forma proporcional aos 1.689.714 [...] votos recebidos pelos seus filiados que concorreram à Câmara dos Deputados na última eleição, com fundamento justamente no citado entendimento da Suprema Corte.

Ocorre que o entendimento do STF quanto à possibilidade de o Partido recém-criado ter acesso ao critério proporcional de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de antena está alicerçado num fundamento primordial, que é justamente a representatividade do Parlamentar migrante.

Nesse exato sentido, trecho do voto do Min. Dias Toffoli, relator da citada ADI 4.430 e ADI 4.795:

Não haverá autêntica liberdade de criação de partidos políticos se não se admitir que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato Parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda, desiguando esses Parlamentares de seus pares, com a exclusão do direito de propaganda proporcionalmente à representatividade de seus quadros.

Para concluir, no meu sentir, declarar a inconstitucionalidade da interpretação questionada pelos autores da ADI 4.795, seria deixar de lado a representatividade de Partidos que já nascem, ao receber Parlamentares oriundos de outros Partidos, com

força política nacional, frustrando, assim, sua participação nos processos eleitorais de forma compatível e condizente com a representatividade política que ostentam e com a legitimidade popular de seus membros advinda das urnas.

Tal fundamento, entretanto, não parece se encontrar presente no caso do Partido da Mulher Brasileira. Primeiro, porque é fato público e notório (noticiado por toda a imprensa nacional e alegado na petição inicial pelo MPE) que a representatividade atual da agremiação é de apenas 1 (um) deputado federal, pois todos os outros que migraram naqueles 30 (trinta) dias após a sua criação fizeram uso da janela criada pela EC 91, de 18.2.2016, que assim dispôs:

Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta emenda constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Apesar de não estar em discussão neste processo a legalidade das migrações perpetradas pelos mandatários que estavam filiados ao PMB, o próprio texto da norma indica que a autorização foi para que o detentor de mandato eletivo se desligasse do partido pelo qual foi eleito, o que não se vislumbra no presente caso.

Ou seja, nessa hipótese de desligamento, o legislador constituinte derivado expressamente estabeleceu que a representatividade para fins de acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de propaganda permaneceria com a legenda pelo qual o Parlamentar fora eleito, merecendo registro o fato de também essa norma haver sido submetida ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade através da ADI 5.497 (rel. Min. Dias Toffoli), proposta sob o fundamento principal de violação aos princípios da proporcionalidade, soberania popular, igualdade do voto e sistema representativo.

Além disso, fora noticiado ao MPE (fls. 24-32) que as migrações iniciais para o PMB se deram mediante fraude, com o único intuito de obter o Fundo Partidário e o tempo de rádio e televisão (fls. 30), havendo indícios de que nem sequer a representatividade inicialmente obtida decorreu de movimentações partidárias legítimas, o que não se coaduna com o ideário subjacente democrático que informa, no ponto, a CF/1988, a própria Lei 9.504/1997 e a Lei dos Partidos Políticos, bem como as decisões tomadas em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 117-120).

16. Como se vê, a sempre louvada Ministra Maria Thereza de Assis Moura consignou que não cabe atribuir ao PMB o acesso ao Fundo Partidário e ao chamado direito de antena com a consideração de parlamentares que, não tendo sido por ele eleitos, não mais integram suas fileiras, na medida em que inexistente a situação fática que lhe garantia a transferência da representatividade política mediante a portabilidade dos votos e dos mandatos desses parlamentares.

17. O STF, ao apreciar os Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, firmou o entendimento de que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos e às coligações, corolário do sistema proporcional e da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, nos termos do art. 14, § 3º, V, e art. 45 da CF, do que resultou na diminuição das hipóteses de movimentação dos parlamentares para outros partidos políticos já existentes, com fortalecimento da fidelidade partidária.

18. Ao julgar as ADIs 4.430/DF e 4.795/DF, o STF prestigiou a liberdade de criação e transformação de partidos políticos, conforme prevê o art. 17, *caput*, da Constituição, assegurando a portabilidade dos votos, com transferência da representatividade dos deputados federais para a nova grei, entendimento que não se aplica ao caso *em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido* (ADI 4.430/DF, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 18.9.2013).

19. Ao promulgar a EC 91/2016, o Congresso Nacional externou a opção de o poder constituinte derivado flexibilizar o princípio constitucional da fidelidade partidária. Facultou ao detentor de mandato eletivo o desligamento do partido pelo qual foi eleito, sem prejuízo do mandato, em janela única criada nos 30 dias seguintes à promulgação da referida emenda constitucional. Em contrapartida, como forma de salvaguardar a soberania popular e o sistema eleitoral representativo proporcional, a referida desfiliação não foi considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao

tempo de rádio e televisão, assegurados aos partidos políticos, e não aos parlamentares, na forma da lei, conforme expresso pela Constituição da República (art. 17, § 3º).

20. O entendimento consolidado no julgamento das ADIs 4.430/DF, 4.795/DF e 5.105/DF não se aplica ao disposto na EC 91/2016, visto que nas ADIs é tratada a hipótese de criação de um novo partido e, na EC 91/2016, foi criada hipótese excepcional de migração, independentemente da criação de novo partido ou da causa da desfiliação.

21. A EC 91/2016 configurou causa nova, excepcional, que possibilitou a saída dos parlamentares que se encontravam recém-filiados ao novo Partido, PMB, transformando-o em mera rota de passagem. Dessa forma, o PMB não se enquadra na hipótese prevista na emenda constitucional de *partido pelo qual foi eleito* o parlamentar, mas unicamente intermediário para se chegar a partido já existente, sem que a referida transferência pudesse resultar em prejuízo ao seu mandato parlamentar.

22. No caso, a orientação que deve prevalecer é aquela que valoriza – tal como defendido pela eminente Ministra Maria Thereza em seu *decisum* liminar – a permanência da representatividade política com as agremiações que elegeram os parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram, pela janela da EC 91/2016, cuja redação, vale ressaltar, de fato não resguarda o partido que correspondeu a uma rota de passagem, mas, tão somente, aquele pelo qual o parlamentar realmente se elegeu. Confira-se:

EC 91/2016: Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do Partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta emenda constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

23. A propósito, conforme bem ponderado pelo ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral em manifestação nos autos:

[...] a Corte Suprema, ao apreciar as ADIs 4.430/DF, 4.795 e 5.105/DF, assegurou a participação das novas agremiações na distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do direito de antena, consignando que deve ser levado em conta a representatividade dos Deputados que

para elas migrarem no prazo de trinta dias imediatamente posteriores à data de seus registros perante o Tribunal Superior Eleitoral.

No entanto, não se pode ignorar que com a promulgação da EC 91/2016, o agravante (PMB) viu-se privado da representatividade da quase totalidade dos Deputados que migraram para seus quadros à época de seu registro.

Essa desfiliação em massa dos Deputados Federais que haviam migrado para o PMB revelou que a aludida agremiação nada mais era do que uma rota de passagem para os trânsfugas, pois praticamente todos os Deputados, com exceção de apenas um, debandaram de suas fileiras, nelas permanecendo por pouquíssimos meses.

Aliás, [...] até mesmo o Deputado WELITON AZEVEDO FERNANDES, que não havia se desligado do PMB no prazo estabelecido pela EC 91/2016, dele também se desfiliou.

Nesse cenário, o Partido não faz jus aos recursos do Fundo Partidário com base no número de Deputados que migraram para os seus quadros à época de seu registro.

A mudança partidária com escala em outro Partido não gera direito algum ao Partido usado como trampolim para a passagem não sancionada pela perda de mandato. O ingresso em novel Partido é uma exceção à regra da perda de mandato, mas quando ele se dá apenas para a mudança posterior a um terceiro Partido, sem consequências para o eleito, não resta ao Partido que se presta como via de acesso nenhum impacto em suas cotas de rateio do Fundo Partidário.

Ademais, a EC 91/2016, em seu art. 1º, é expressa ao estabelecer que a migração por ela permitida não seria considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão. Porém, tal prerrogativa somente seria aplicada em relação ao Parlamentar que se desfiliasse do Partido pelo qual foi eleito.

Portanto, ainda que se pudesse desconsiderar o quadro fático delineado nos autos, que demonstra que o PMB foi mera rota de passagem para os Deputados que a ele se filiaram, não seria aplicável ao caso concreto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à portabilidade da representatividade daqueles Parlamentares.

Essa conclusão decorre da circunstância de o Legislador constituinte somente ter ressalvado a manutenção de tal prerrogativa, quando da promulgação da EC 91/2016, aos casos em que o Deputado tenha sido eleito pelo Partido do qual se desfiliou (fls. 783v.-784).

24. Com efeito, diante da realidade fática erigida nos autos, não se mostra possível a invocação do entendimento jurisprudencial sufragado pela Corte Suprema para albergar as distorções verificadas na espécie

quanto ao acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao chamado direito de antena, logo após a desfiliação em massa dos parlamentares que para ele haviam migrado por ocasião de sua criação.

25. Em outras palavras, muito embora fosse possível proceder a um balanceamento de valores constitucionais de inegável e sobrelevada importância, especialmente sob o prisma da liberdade de atuação parlamentar, postulado este que, entre outras atuações, possibilita a criação e o desenvolvimento de agremiações partidárias, a referida lógica não tem incidência na espécie, porquanto a desconsideração dos efeitos da desfiliação (acesso a recursos e tempo de rádio e TV) estava condicionada, como visto, às hipóteses em que o desligamento se deu quanto ao partido ao qual o parlamentar se elegeu.

26. Em tal raciocínio jurídico, o parlamentar que invoca o direito de fundar agremiações e efetuar sucessivas movimentações derivadas de janelas de migração franqueadas pela legislação eleitoral se encontra na contingência de não obter nem recursos nem antena, se e quando o desligamento não for adveniente da legenda para a qual foi sufragado nas urnas – que bem foi caso dos autos.

27. A nova desfiliação – expressão que passou a ser usada para exprimir a dinâmica que se operou quanto a consecutivos ingressos e saídas partidárias franqueadas pelas janelas eleitorais (dinâmica esta nem sequer vislumbrada pelos experimentados próceres que regulamentaram a matéria no TSE) – consubstancia a perda de reconhecimento de representatividade da legenda, por não mais haver a ligação primitiva com o partido ao qual o deputado se elegeu, sobretudo na hipótese, em que se verificou o esvaziamento do rol de componentes do PMB, circunstância que, se não é uma prova, ao menos é um indício de reticência, isto é, ter-se efetuado a engenharia partidária como rota de passagem aos parlamentares, visando ao mero alcance dos efeitos de verba e de antena – uma perversão ao sistema representativo.

28. Nesse sentido, aplica-se ao caso o entendimento sufragado na Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, de que, se o parlamentar não mais compõe os quadros do partido novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma, uma vez que a nova desfiliação,

como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito. Confirma-se, por pertinente, o seguinte trecho do luminoso voto proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes na referida Resolução:

Na hipótese da divisão do tempo de televisão, o § 3º do art. 47 da Lei 9.504/1997 estabelece que, para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

A regra de divisão, portanto, considera o resultado da última eleição para a Câmara dos Deputados e tem como exceção as transferências de filiação para formação de novos partidos políticos, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre, porém, que, ante o novo quadro gerado, alguns Parlamentares que deixaram as legendas pelas quais foram eleitos para constituir novos partidos políticos também se desligaram de tais Partidos e transferiram suas filiações para outras agremiações, com base no permissivo constante da EC 91.

Essa situação não foi expressamente contemplada nas resoluções deste Tribunal, nem foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Aliás, consoante as premissas e os fundamentos constantes do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 4.430, o Supremo Tribunal Federal considerou que a representatividade do parlamentar seria levada em conta apenas na primeira migração, naquela destinada à criação de um novo partido, como acentuado na parte final de seu voto:

Esclareço, por fim, que o entendimento aqui defendido se restringe aos casos de Deputados Federais que migram diretamente dos Partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda, criada após as últimas eleições para a Câmara Federal. Nesses casos, embora o Partido recém-criado não tenha sido submetido às eleições, conta com representantes eleitos. Desse modo, ocorrida a migração legítima de Parlamentares para o novel Partido, devem eles levar consigo parte da outorga democrática expressa pelo eleitorado: a representatividade dos seus membros, circunstância essa que impõe novo fator de divisão do tempo de rádio e TV.

Situação diversa é aquela em que Parlamentares migram de seus Partidos de origem para agremiações que já tenham

participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o Deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de Partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de Partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de Partido.

Da mesma forma, o próprio texto da EC 91 registra que a desfiliação por ela autorizada não deve ser computada para efeito da distribuição do acesso ao rádio e à televisão e de recursos do Fundo Partidário.

Assim, sem maior dificuldade, pode-se afirmar que a desfiliação dos parlamentares que se filiaram aos novos partidos no momento da sua criação não transfere para as outras agremiações a que se tenham filiado a representatividade originalmente conquistada para efeito da distribuição do tempo de propaganda eleitoral.

Subsiste, contudo, a análise da situação do partido novo que recebeu a representatividade dos parlamentares que a ele se filiaram no momento da sua criação, mas que, em momento seguinte, deixaram a agremiação.

Nessa situação, é forçoso reconhecer que a representatividade do partido político está necessariamente atrelada à representatividade dos seus filiados que disputaram as eleições anteriores, ainda que por partidos diversos, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, se o parlamentar não mais compõe os quadros do partido novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma.

Nesse caso, a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito.

Assim, se não é possível reconhecer a representatividade do partido que contou com a filiação do parlamentar no momento de sua criação e, ao mesmo tempo, não se pode transferir tal representatividade ao outro partido para o qual ele transferiu sua filiação, a única solução possível é reconhecer que a representatividade deve ser atribuída de acordo com a regra geral, ou seja, a apurada no momento da eleição (Lei 9.504/1997, art. 47, § 3º), computando-se os votos recebidos no último pleito em favor do partido pelo qual o candidato foi originalmente eleito.

Por essas razões e para elucidar a matéria, a regra do § 1º do art. 39 da Res.-TSE 23.457/2015 deve ser mantida, porém completada com o acréscimo de um novo parágrafo, nos seguintes termos:

§ 1º-A. A ressalva constante do § 1º não se aplica no caso do parlamentar que migrou para formação do novo partido não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, sendo que nessa hipótese a representatividade política será computada para o partido pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.

29. Ressalte-se que o referido entendimento foi encampado pela novel Res.-TSE 23.551/2017, de 18.12.2017, que, ao versar sobre a distribuição dos horários reservados à propaganda de cada eleição, também fez consignar que a referida hipótese de transferência da representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos políticos pelos quais foram eleitos para o novo partido, no momento de sua criação, não se aplica no caso de o citado parlamentar migrante *não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, hipótese na qual a representatividade política será computada para o partido político pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito* (art. 48, § 4º).

30. Com efeito, por se cuidar a hipótese de excepcional causa de migração de Parlamentares para Partido recém-criado – consagrada na versão originária da Res.-TSE 22.610/2007 –, a nova desfiliação dessa agremiação, como fato superveniente, tem, conforme assentado por esta Corte Superior na já referida Res.-TSE 23.485/2016, de 1º.7.2016, o condão de anular os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para a novel grei, restabelecendo-se, por conseguinte, o *statu quo ante*, ou seja, o retorno integral da representatividade política para a agremiação que elegeu o parlamentar que migrou para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixou, pela janela da EC 91/2016.

31. Portanto, assim como na divisão do tempo de rádio e TV (parte variável – 90%), o acesso aos recursos do Fundo Partidário, em sua cota mais expressiva (parte variável – 95%), também deve levar em conta a respectiva representatividade parlamentar, não cabendo contemplar agremiações desprovidas de tal elemento representativo – situação do PMB, o que converteria a atribuição de tais valores em aparente doação ou premiação *ex gratia*.

32. Nem se diga que o referido entendimento configuraria ameaça à subsistência do PMB no cenário político-partidário nacional, pois, mesmo não dispondo de representatividade parlamentar atual na Câmara dos Deputados, a lei assegura à referida grei, em pé de igualdade com as demais agremiações, um direito mínimo de acesso tanto ao tempo de rádio e TV, como também aos recursos do Fundo Partidário, nos termos do disposto, respectivamente, nos arts. 47, § 2º, inciso II, da Lei 9.504/1997 e 41-A, inciso I, da Lei 9.096/1995, *in verbis*:

Lei 9.504/1997:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

[...].

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

Lei 9.096/1995:

Art. 41-A Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário;

33. Ante todo o exposto, julga-se improcedente o pedido formulado pelo PMB, em consonância com o pronunciamento ministerial, a fim de declarar que a parcela do fundo partidário referente à representatividade política por ele obtida com base no número de deputados que migraram para os seus quadros à época de sua criação, mas que dele já se desfilaram, pertence, proporcionalmente, às respectivas agremiações pelas quais foram eleitos para os cargos na Câmara dos Deputados.

34. Fica prejudicado, outrossim, o agravo interno interposto do *decisum* que indeferiu o requerimento de tutela de evidência formulado pelo PMB nos presentes autos.

35. É o voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

Pet nº 572-25.2015.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Requerente: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional (Advogados: Karina de Paula Kufa – OAB: 245404/SP e outros). Requerido: Partido dos Trabalhadores (PT) – Nacional (Advogados: Eugênio José Guilherme de Aragão – OAB: 4935/DF e outros). Requerido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – Nacional. Requerido: Partido Verde (PV) – Nacional (Advogados: Vera Lúcia da Motta – OAB: 59837/SP e outros). Requerido: Partido Republicano Progressista (PRP) – Nacional (Advogada: Fernanda Cristina Caprio – OAB: 148931/SP). Requerido: Partido Social Democrata Cristão (PSDC) – Nacional (Advogado: Caio Silva Martins – OAB: 109864/SP). Requerido: Partido Republicano da Ordem Social (PROS) – Nacional (Advogados: Alex Duarte Santana Barros – OAB: 31583/DF e outros). Requerido: Partido Trabalhista Cristão (PTC) – Nacional. Requerido: Partido da Mobilização Nacional (PMN) – Nacional (Advogados: Lucas Albano Ribeiro dos Santos – OAB: 91538/SP e outra). Requerido: Solidariedade (SD) – Nacional. Requerido: Partido Social Liberal (PSL) – Nacional (Advogados: Enio Siqueira Santos – OAB: 49068/DF e outra). Requerido: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Nacional (Advogados: Ian Rodrigues Dias – OAB: 10074/DF e outro). Requerido: Partido Trabalhista do Brasil (PT do B) – Nacional. Requerido: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – Nacional (Advogado: Luiz Gustavo Pereira da Cunha – OAB: 137677/RJ).

Decisão: Após o voto do relator, julgando improcedente o pedido do Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional e prejudicado o agravo regimental, antecipou o pedido de vista o Ministro Admar Gonzaga.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Luís Felipe Salomão, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, trata-se de petição (fls. 2-18) por meio da qual o Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional requer que o rateio e a distribuição dos recursos do Fundo Partidário sejam realizados de forma proporcional à representatividade política oriunda dos parlamentares eleitos em 2014 por outras agremiações e que migraram para os seus quadros amparados por justa causa consistente na criação de nova legenda.

Na sessão administrativa de 27.3.2018, o relator votou no sentido de julgar improcedente o pedido formulado e de considerar prejudicado o agravo regimental.

Na ocasião, antecipei pedido de vista dos autos e, após examiná-los, trago-os para a continuidade do julgamento.

Ressalto que as alegações do requerente e a própria solução jurídica do relator muito se assemelham com o objeto do AgR-Pet 278-36, cujo voto-vista também trago nessa oportunidade.

Isso posto, inicialmente verifico que Sua Excelência reconhece a representatividade política, para fins de acesso ao Fundo Partidário e à propaganda no rádio e na televisão, das agremiações que elegeram os parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram pela janela da EC 91/2016.

O relator registra que não se tratou de assentar a presunção de fraude das filiações partidárias ao PMB, mas de reconhecer a aplicação da realidade fática e jurídica advinda com a promulgação da EC 91/2016 e a efetiva desfiliação em massa sucedida.

O Tribunal, inclusive, já tinha assim decidido no âmbito da Res.-TSE 23.485, ao acrescentar o § 1º-A no art. 39 da Resolução 23.457, resolução esta que dispôs sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016.

Eis como ficou a redação do citado §§ 1º e 1º-A da Res.-TSE 23.457:

Art. 39. Os juízes eleitorais distribuirão os horários reservados à propaganda em rede, para o cargo de prefeito, e à propaganda em inserções, para ambos os cargos, entre os partidos e as coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios (Lei nº 9.504/1997, art. 47, §§ 2º a 7º):

[...]

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, ressalvada a hipótese de criação de nova legenda, quando prevalecerá a representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, no momento de sua criação (Lei nº 9.504/1997, art. 47, § 3º; STF ADI nº 4430/DF, DJe de 19.9.2013, e ADI nº 5105/DF, 1º.10.2015).

§ 1º-A A ressalva constante do § 1º não se aplica no caso do parlamentar que migrou para formação do novo partido não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, sendo que nessa hipótese a representatividade política será computada para o partido pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito. Grifo nosso.

Na ocasião da apreciação da mudança da resolução que disciplinou o horário eleitoral gratuito do pleito de 2016, o relator das instruções, Ministro Gilmar Mendes, igualmente ponderou:

Subsiste, contudo, a análise da situação do partido novo que recebeu a representatividade dos parlamentares que a ele se filiaram no momento da sua criação, mas que, em momento seguinte, deixaram a agremiação.

Nessa situação, é forçoso reconhecer que a representatividade do partido político está necessariamente atrelada à representatividade dos seus filiados que disputaram as eleições anteriores, ainda que por partidos diversos, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, se o parlamentar não mais compõe os quadros do partido novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma.

Nesse caso, a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito.

Assim, se não é possível reconhecer a representatividade do partido que contou com a filiação do parlamentar no momento de sua criação e, ao mesmo tempo, não se pode transferir tal representatividade ao outro partido para o qual ele transferiu sua filiação, a única solução possível é reconhecer que a representatividade deve ser atribuída de acordo com a regra geral, ou seja, a apurada no momento da eleição (Lei nº 9.504/1997, art. 47, § 3º), computando-se os votos recebidos no último pleito em favor do partido pelo qual o candidato foi originalmente eleito.

Ademais, idêntico entendimento foi manifestado pelo Tribunal também quanto à regra dos debates, conforme assim aduzido na Consulta 106-94, rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 9.5.2016, em que se respondeu que: “Para aferição da obrigatoriedade de ser convidado o candidato de partido político ou de coligação que possuam mais de nove representantes na Câmara dos Deputados (Lei nº 9.504/1997, art. 46), *somente devem ser consideradas as mudanças de filiação realizadas com justa causa até a data da convenção de escolha do candidato, não computadas as transferências realizadas com fundamento na EC nº 91/2016*” (grifo nosso).

Essa solução também foi adotada na edição da Res.-TSE 23.551, alusiva às eleições de 2018, cujo art. 48, §§ 3º e 4º, prevê o seguinte:

Art. 48. [...]

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, ressalvada a hipótese de criação de nova legenda, quando prevalecerá a representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos políticos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, no momento de sua criação (Lei nº 9.504/1997, art. 47, § 3º; STF ADI nº 4430/DF, *DJe* de 19.9.2013, e ADI nº 5105/DF, 1º.10.2015).

§ 4º A ressalva constante do § 3º deste artigo não se aplica no caso de o parlamentar que migrou para formação do novo partido político não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, hipótese na qual a representatividade política será computada para o partido político pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito. Grifo nosso.

No caso concreto, não obstante o acerto das ponderações do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e de todos os fundamentos lançados nos precedentes acima, há aspecto relevante que deve ser considerado por esta Corte: *a aparente violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança*, na perspectiva – *mutatis mutandis* – inserta no escólio do Ministro Edson Fachin e da professora Christine Peter da Silva em artigo publicado em recente obra em homenagem ao Ministro Celso de Mello¹, de que as “propostas de reforma política não deveriam ser capturadas por sistema de ideias de ocasião, nem por vieses conjecturais, devendo ser

¹ FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Cristine Peter da. *Democracia Representativa no Brasil: Breves Reflexões sobre a Participação do Povo como Sujeito Político*. In: PEREIRA, Erick Wilson. *Reforma Política Brasil república*. Brasília: OAB, 2017, p. 115-130.

enfrentadas com o cuidado exigido pelas suas múltiplas complexidades, a serviço do interesse maior da Nação e dentro dos quadros da segurança jurídica, da responsabilidade e do respeito à ordem jurídica”.

Faço esse destaque porquanto, no caso em apreço, verifica-se que houve período, entre a criação do partido, em 29 de setembro de 2015 e a publicação da Emenda Constitucional 91, de 18 de fevereiro de 2016, em que o partido tinha a justa expectativa de acesso aos recursos do Fundo Partidário, de acordo com a representatividade dos parlamentares que migraram para a legenda no referido período.

Com efeito, estava o PMB, até esse ponto, resguardado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI's 4.430, 4.795 e 5.398, as quais, em resumo, estabeleceram:

a) em princípio, alteração legislativa que subtrair, de forma significativa, o direito de novos partidos criados ao acesso do Fundo Partidário e do tempo de televisão estará em conflito com o disposto no art. 47, § 2º, da Constituição Federal;

b) o novo regime jurídico mais restritivo inaugurado pela Lei 13.165/2015 não se aplica aos partidos criados antes da sua entrada em vigor, o que alcança, inclusive, o Partido da Mulher Brasileira.

Ademais disso, na linha da jurisprudência – parcialmente desnaturada com o advento da Emenda Constitucional 91/2016 –, o partido tinha a expectativa de que as desfiliações imotivadas seriam alcançadas pelas regras da Res.-TSE 22.610, ou seja, que eventual ato de infidelidade partidária redundaria na indeclinável perda do mandato do trãnsfuga.

No entanto, por razões insindicáveis pela Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 91/2016, na qual se previu: “é facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, *não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão*” (grifo nosso).

Tal previsão inédita – e, de certo modo, heterodoxa –, associada ao óbice de acesso aos recursos pela agremiação em relação ao período que manteve quadro de representação parlamentar, traduz inegável surpresa e quebra da confiança que a agremiação tinha a respeito da observância

do quadro normativo de outrora, que – repita-se – lhe garantia o acesso a esses recursos em virtude da migração motivada de parlamentares para os seus quadros.

Ressalto que esta Corte Superior, em julgamento de processo que envolvia bem jurídico ainda mais relevante, atinente ao exercício do mandato, aplicou o princípio da proteção da confiança e afastou a cassação do candidato que agiu secundado em pronunciamento da própria Justiça Eleitoral. Eis a ementa do referido julgado:

Eleições 2008. Recurso especial. Intempestividade. Não ocorrência. Recurso contra expedição de diplomação. Suspensão da diplomação. Alegação. Inelegibilidade. Quarto mandato. Domicílio diverso. Ausência de má-fé. Princípio da proteção à confiança. Candidato amparado por decisão monocrática que deferiu o registro de candidatura. Precedente. Provimento.

[...]

4. *O ora recorrente agiu em estrita observância ao que fora decidido pela Justiça Eleitoral, caracterizando a sua boa-fé, não devendo ser surpreendido com a cassação, no âmbito de RCED, referente ao mesmo pleito, sob pena de violação aos princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica.*

5. Inexiste vedação na Constituição Federal relativa à alteração do domicílio para que o candidato concorra em município diverso do mandato anterior (no qual tenha vínculos econômicos, profissionais, etc.), criando uma hipótese de inelegibilidade inexistente (artigo 14, § 5º, CF).

6. *Em razão do princípio da proteção à confiança, também aplicado na atividade jurisdicional, devem-se proteger situações já consolidadas no tempo, notadamente, se o candidato agiu com boa-fé, como é o caso, não havendo falar em tentativa de fraudar a lei constitucional no que tange à transferência do domicílio eleitoral.*

7. Recurso especial a que se dá provimento.

(REspe nº 31-11, rel. Min. Gilson Dipp, redator para o acórdão Min. Arnaldo Versiani, DJe de 26.10.2012, grifo nosso.)

Não é diferente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que permite desconsiderar certa situação jurídica decorrente de mudança jurisprudencial que contrarie os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança².

² Cito, por exemplo: "A mudança jurisprudencial solapou projeção razoavelmente nutrida pelo impetrante e descortinou cenário suscetível de afastar, de modo pontual e excepcional, considerados os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança, a regra do art. 46, § 3º, da Lei nº 8.112/1990.

Da mesma forma, aquela Corte já decidiu que “a boa-fé e a proteção da confiança como projeções específicas do postulado da segurança jurídica – Situação de fato já consolidada no tempo que deve ser mantida em respeito à boa-fé e à confiança” (AgR-MS 27.006, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJe* de 8.4.2016).

Desse modo, sem maior aprofundamento – tendo em vista se tratar de processo administrativo –, entendo que a aplicação estrita dos dispositivos descritos nas resoluções desta Corte e do texto da Emenda Constitucional 91/2016 acabaria por afetar a segurança jurídica, dada a expectativa do partido em acessar, ainda que parcialmente, os recursos financeiros a que tinha direito, segundo o regime jurídico à época, tendo em vista as filiações válidas ocorridas entre a sua criação e a efetiva desfiliação dos parlamentares.

É bem verdade que a inicial traz alegação de que o partido teria servido como mero instrumento de passagem de parlamentares, o que afastaria a necessidade de distribuição dos recursos do Fundo Partidário. Não ignoro o dado da realidade, de que a agremiação tem diminuta representação parlamentar no momento.

No entanto, vedada a presunção de má-fé dos atos da agremiação e à míngua de provas do elemento subjetivo que motivou, por primeiro, as filiações ao recém-criado PMB e, meses depois, as desfiliações em massa, entendo que não há como prejudicar o partido que, ao menos durante certo período de tempo, tinha o direito de acessar quotas do Fundo Partidário e que foi surpreendido.

Aliás, à falta de alegação mais qualificada nesse sentido e de produção de provas a esse respeito, não tenho como aferir se a alegada fraude teria partido da agremiação ou dos parlamentares que nela ingressaram. Se foi o partido que se deixou usar como verdadeiro trampolim partidário ou se ele foi usado, sem o seu consentimento, como instrumento de burla à regra da fidelidade partidária.

Nesse cenário, o que se tem de objetivo é que o partido teve obstado, liminarmente, o acesso ao Fundo Partidário em relação a período no

Precedentes: MS 25.430, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 12.5.2016; MS 31543 AgR, Primeira Turma, rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 8.11.2016; e MS 26132 AgR, Segunda Turma, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 1º.12.2016” (AgR-MS 30.556, rel. Min. Rosa Weber).

qual ele tinha direito, ainda em 2017, o que me leva a propor solução intermediária, a saber: que o acesso proporcional aos recursos do Fundo Partidário fique restrito ao período compreendido entre a entrada em vigor da liminar proferida na ADI 5.398 e a efetiva desfiliação dos filiados que outrora compuseram a sua representação parlamentar.

Por outro lado, entendo prejudicado o pedido de acesso ao tempo de televisão nas eleições de 2016, bem como improcedente esse pleito específico quanto às eleições de 2018, visto que, nesse caso, se trata apenas de expectativa de direito, ainda não exercido, não albergada pelo fundamento alusivo à quebra do princípio da confiança decorrente da promulgação da Emenda Constitucional 91/2016.

Pelo exposto, com as mais respeitosas vênias ao eminente relator, voto no sentido de acolher parcialmente o pedido, a fim de permitir ao Partido da Mulher Brasileira (PMB) o acesso proporcional dos recursos do Fundo Partidário, apenas quanto ao montante correspondente ao período compreendido entre o dia 13.11.2015, data da entrada em vigor da decisão liminar proferida na ADI 5.398, e o dia da desfiliação dos parlamentares.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, mantenho meu voto pelos mesmos fundamentos deduzidos no julgamento anterior, o Agravo Regimental na Petição nº 278-36.

VOTO (VENCIDO EM PARTE)

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, eu peço vênias ao eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho para acompanhar o Ministro Admar Gonzaga.

Na minha percepção, enquanto os trânsfugas compuseram os quadros do Partido da Mulher Brasileira (PMB), não há falar em fraude, que, aliás, não se presume, e se tivesse havido fraude, não está descartada a hipótese de o próprio partido ter sido vítima dessa fraude, levada a efeito pelos trânsfugas.

Parece-me que a decisão salomônica proposta pelo Ministro Admar Gonzaga, nesse caso concreto, adere mais ao conteúdo de justiça material. É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, peço vênica à divergência para acompanhar o voto do eminente relator, como eu já havia me manifestado.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

Pet nº 572-25.2015.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Requerente: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional (Advogados: Karina de Paula Kufa – OAB: 245404/SP e outros). Requerido: Partido dos Trabalhadores (PT) – Nacional (Advogados: Eugênio José Guilherme de Aragão – OAB: 4935/DF e outros). Requerido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – Nacional. Requerido: Partido Verde (PV) – Nacional (Advogados: Vera Lúcia da Motta – OAB: 59837/SP e outros). Requerido: Partido Republicano Progressista (PRP) – Nacional (Advogada: Fernanda Cristina Caprio – OAB: 148931/SP). Requerido: Partido Social Democrata Cristão (PSDC) – Nacional (Advogado: Caio Silva Martins – OAB: 109864/SP). Requerido: Partido Republicano da Ordem Social (PROS) – Nacional (Advogados: Alex Duarte Santana Barros – OAB: 31583/DF e outros). Requerido: Partido Trabalhista Cristão (PTC) – Nacional. Requerido: Partido da Mobilização Nacional (PMN) – Nacional (Advogados: Lucas Albano Ribeiro dos Santos – OAB: 91538/SP e outra). Requerido: Solidariedade (SD) – Nacional. Requerido: Partido Social Liberal (PSL) – Nacional (Advogados: Enio Siqueira Santos – OAB: 49068/

DF e outra). Requerido: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Nacional (Advogados: Ian Rodrigues Dias – OAB: 10074/DF e outro). Requerido: Partido Trabalhista do Brasil (PT do B) – Nacional. Requerido: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – Nacional (Advogado: Luiz Gustavo Pereira da Cunha – OAB: 137677/RJ).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Admar Gonzaga, acolhendo parcialmente o pedido, a fim de permitir ao Partido da Mulher Brasileira (PMB) o acesso proporcional dos recursos do Fundo Partidário, apenas quanto ao montante correspondente ao período compreendido entre o dia 13.11.2015, data da entrada em vigor da decisão liminar proferida na ADI 5.398, e o dia da desfiliação dos parlamentares, no que foi acompanhado pelo Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, e o voto da Ministra Rosa Weber, acompanhando o relator, pediu vista o Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, trata-se de requerimento formulado pelo Partido da Mulher Brasileira (PMB) em face do Partido dos Trabalhadores (PT) e de outras agremiações, no sentido de que o acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário seja balizado pela representação que passou a deter após as migrações ocorridas por ocasião de sua criação.

2. O eminente relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em decisão monocrática de fls. 705-708, indeferiu o pedido de tutela da evidência formulado pelo Partido da Mulher Brasileira (PMB), ao fundamento de que o acolhimento de sua pretensão estava atrelado ao deslinde do requerimento do Ministério Público Eleitoral na Petição nº 278-36.

3. O Partido da Mulher Brasileira (PMB) interpôs agravo interno contra essa decisão. O Min. relator, contudo, trouxe a julgamento diretamente o mérito da pretensão do PMB, votando no sentido de sua improcedência,

para determinar que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário ao Partido da Mulher Brasileira (PMB) considere sua representatividade após as migrações realizadas com fundamento na Emenda Constitucional nº 91/2016. Julgou prejudicado o agravo interposto. Votou, então, o eminente Min. Admar Gonzaga, inaugurando divergência no sentido de se acolher parcialmente a pretensão da agremiação, assegurando-lhe “o acesso proporcional dos recursos do Fundo Partidário, apenas quanto ao montante correspondente ao período compreendido entre o dia 13.11.2015, data da entrada em vigor da decisão liminar proferida na ADI nº 5.398, e o dia da desfiliação dos parlamentares”. Pedi vista dos autos, para melhor exame da controvérsia.

4. Para análise das pretensões deduzidas pelo Ministério Público Eleitoral (Pet nº 278-36) e pelo Partido da Mulher Brasileira (Pet nº 572-25), é necessário rememorar o histórico de eventos que precederam a criação da agremiação e influenciaram as migrações de parlamentares para as suas fileiras, os quais, posteriormente, dela se desligaram.

5. O Supremo Tribunal Federal fixou, em 2007, a tese de que a mudança de agremiação por parlamentar eleito pelo sistema proporcional confere ao partido o direito de reter sua vaga (Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604). Essa decisão confirmou interpretação realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral em resposta à Consulta nº 1.398/2007. Firmou-se, assim, o entendimento de que é possível a perda de mandato parlamentar, em decorrência de ato de infidelidade partidária. Nessas ocasiões, tanto o TSE quanto o STF reconheceram a existência de hipóteses excepcionais em que a mudança de partido político não acarretaria a perda do cargo pelo parlamentar, tais como mudança significativa de orientação programática do partido e prática odiosa de perseguição.

6. Em decorrência desse entendimento, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/2007, que regulamentou o procedimento de perda de mandato por infidelidade partidária. Essa resolução previu expressamente a criação de nova legenda como causa legitimadora (justa causa) da desfiliação partidária (art. 1º, § 1º, II)³. Posteriormente, em

³ Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

[...]

II) criação de novo partido;

2.6.2011, o TSE definiu, na Consulta nº 755-35, que o prazo razoável para a filiação no novo partido, com amparo na justa causa prevista na Resolução nº 22.610/2007, seria de 30 dias, contados do registro do estatuto partidário pelo TSE. Ainda como consequência do reconhecimento da “criação de novo partido” como causa legitimadora da desfiliação partidária, o STF, ao apreciar as ADIs nºs 4.430 e 4.795 (j. em 29.6.2012) e a ADI nº 5.105 (j. em 1º.10.2015), assentou a inconstitucionalidade de impedir que partidos novos aproveitem a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado, para fins de acesso proporcional ao direito de antena e aos recursos do fundo partidário.

7. Esse contexto não foi alterado pela edição da Lei nº 13.107/2015, que deu nova redação aos arts. 29, § 6º⁴, e 41-A, parágrafo único⁵, da Lei nº 9.096/1995 e ao art. 47, §7º⁶, da Lei nº 9.504/1997. Essa lei, na essência, reproduziu o regramento da Lei nº 12.875/2013, cuja inconstitucionalidade foi declarada na ADI nº 5.105. Por essa razão, no voto que proferi nessa ação direta de inconstitucionalidade, entendi que a superveniência da Lei nº 13.107/2015 não trazia prejuízo à análise do mérito da ação direta, apesar da ausência de aditamento da petição inicial, a fim de que as alterações promovidas fossem consideradas:

No curso do processo, os dispositivos legais impugnados foram parcialmente alterados pela Lei nº 13.107/2015. [...]

Ressalto, ainda, que o fato de não ter havido aditamento à petição inicial para inserir, expressamente como objeto da ação, a nova

⁴ Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro.

§ 6º No caso de incorporação, o instrumento respectivo deve ser levado ao Ofício Civil competente, que deve, então, cancelar o registro do partido incorporado a outro.

⁵ Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

⁶ Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

redação dada pela Lei nº 13.107/2015 aos dispositivos impugnados não abala a conclusão a que cheguei. A exigência de aditamento visa a garantir a atualidade do debate processual e do exercício jurisdicional nas ações de controle abstrato, conferindo, a este último, a maior efetividade possível. A ideia é que o STF se dedique a analisar a validade em abstrato apenas de normas ainda em vigor. Para atingir essa finalidade é que se exige do requerente a emenda da inicial em caso de alteração das normas impugnadas; ou seja, para assegurar que a discussão judicial tome por base o quadro normativo atual e se promova, assim, o exercício mais efetivo possível do controle de constitucionalidade. Nos casos, porém, em que a mudança legislativa não seja substancial, não impactando as discussões já realizadas no processo, não há motivo para se exigir a formalidade de aditamento. Nessas hipóteses, o Tribunal pode, de ofício, considerar a mudança nos dispositivos impugnados e controlar, ainda assim, com a atualidade devida, as normas impugnadas na ação, que são, substancialmente, as mesmas.

8. Esse regime foi substancialmente modificado, contudo, pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, que incluiu na Lei nº 9.096/1995 o art. 22-A⁷, com novo elenco de hipóteses justificadoras da desfiliação partidária, substituindo aquele constante da Res.-TSE nº 22.610/2007. Esse novo rol de justas causas não incluiu, porém, a criação de novo partido. A limitação ensejou a propositura da ADI nº 5.398, na qual proferi decisão cautelar em 11.11.2015, *ad referendum* do Plenário, a fim de assegurar aos partidos cujo prazo de 30 (trinta) dias para migração partidária estava em curso (Partido Novo, Rede Sustentabilidade e Partido da Mulher Brasileira) a devolução integral deste prazo para filiações de parlamentares. Entendi, na ocasião, que a aplicação retroativa do art. 22-A da Lei nº 9.096/1995 violava a segurança jurídica e, mais especificamente, o direito adquirido e as legítimas expectativas das agremiações recém-fundadas, criando obstáculos ao seu desenvolvimento e fortalecimento. Essa cautelar foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em

⁷ Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfilia, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

9.5.2018. Como decorrência da cautelar concedida em 11.11.2015, cerca de 20 deputados federais migraram de outras agremiações para o Partido da Mulher Brasileira (PMB).

9. Após tais eventos, foi promulgada a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016, autorizando o detentor de mandato eletivo a se desligar do partido pelo qual foi eleito, nos 30 (trinta) dias seguintes à sua promulgação. Essa migração não caracteriza infidelidade partidária e não acarreta, portanto, a perda do mandato eletivo. Criou-se, assim, uma “janela” excepcional e única para a migração partidária. Em contrapartida, as migrações realizadas não modificam a participação no Fundo Partidário e o acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, que considerarão a representatividade do partido pelo qual o parlamentar foi eleito (art. 1º)⁸.

10. Com a abertura dessa nova “janela” para migrações, os deputados federais que migraram para o Partido da Mulher Brasileira (PMB), quando de sua criação, amparados pela cautelar proferida na ADI nº 5.398, vieram a, logo em seguida, migrar para outras agremiações partidárias. Dessa forma, dos cerca de 20 parlamentares que migraram para o PMB por ocasião de sua criação, apenas um permaneceu filiado, vindo este posteriormente a também se desfiliar. Desta forma, atualmente, o partido não conta com representantes na Câmara dos Deputados.

11. É nesse contexto normativo e fático que as pretensões deduzidas pelo Ministério Público Eleitoral (Pet nº 278-36) e pelo Partido da Mulher Brasileira (Pet nº 572-25) devem ser apreciadas. A controvérsia, com efeito, consiste em determinar se o acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao direito de antena será definido, para o PMB, com base no número de deputados que passou a ter imediatamente após sua criação, ou em consideração à sua representatividade atual, após as desfiliações realizadas com base na EC nº 91/2016.

12. Destaco, de início, que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário é regulada pelo art. 41-A da Lei nº 9.096/1995. O direito de antena, no que diz respeito à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, é regulado pelo art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/1997.

⁸ Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

13. O art. 41-A da Lei 9.096/1995, com a redação dada pela Lei nº 12.875/2013 e pela Lei nº 13.165/2015⁹, prescreve que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário observará o seguinte regramento: (i) 5% (cinco por cento) são distribuídos de forma igualitária a todos os partidos políticos que atendam aos requisitos constitucionais para acesso aos seus recursos; e (ii) 95% (noventa e cinco por cento) são distribuídos aos partidos políticos, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

14. A distribuição do tempo de rádio e televisão na propaganda eleitoral gratuita, por sua vez, é disciplinada pelo art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 12.875/2013 e pela Lei nº 13.165/2015¹⁰, segundo o qual: (i) 90% (noventa por cento) do tempo será distribuído de forma proporcional ao número de representantes na Câmara dos Deputados; e (ii) 10% (dez por cento) do tempo será distribuído igualmente entre todos os partidos e coligações que tenham candidato.

15. O legislador, portanto, privilegiou a representatividade do partido político, aferida pelo número de parlamentares a ele vinculados na Câmara dos Deputados, tanto no regramento do acesso aos recursos do Fundo Partidário, quanto no do direito de antena. Estabeleceu-se, contudo, que parcela dos recursos do Fundo e do acesso aos meios de comunicação seria distribuída igualmente entre todos os partidos, independentemente de terem ou não representação na Câmara dos Deputados. Essa parcela, embora de menor dimensão, assegura o surgimento de novas forças

⁹ Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

¹⁰ Art. 47, § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013.) (Vide ADI-5105.)

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

políticas e ideológicas na sociedade, cumprindo o disposto no art. 17, § 3º, da Constituição Federal, na sua redação original¹¹.

16. Esse modelo de distribuição contou também com o respaldo do Supremo Tribunal Federal, nas ADIs nºs 4.430 e 4.795 (j. em 29.6.2012). A Corte Suprema, com efeito, ao analisar a constitucionalidade do art. 47, §2º, II, da Lei nº 9.504/1997¹², em sua redação original, entendeu que era constitucional o rateio parcial do tempo de propaganda eleitoral gratuita, com fundamento na representação dos partidos na Câmara dos Deputados. Esse formato de repartição assegura, a um só tempo, espaço às minorias políticas, sem desconsiderar a diferente representatividade política das agremiações partidárias, aferida por seus resultados nas urnas.

17. A representatividade política das agremiações partidárias foi, portanto, o norte que orientou o regramento legal do acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão. Além disso, como bem ressaltou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, na decisão liminar proferida na AC nº 0600923-12, foi também o “fundamento primordial” que permeou, no Supremo Tribunal Federal e nesta própria Corte, os julgamentos relativos à possibilidade de migração de parlamentares para partidos recém-criados, dentre os quais as ADIs nºs 4.430 e 4.795.

18. Com efeito, as decisões proferidas pelo STF nas ADIs nºs 4.430 e 4.795 e, ainda, na ADI nº 5105 (j. em 1º.10.2015) buscaram prestigiar a representação política da nascente agremiação partidária, fomentando seu desenvolvimento. Se, aproveitando-se da “janela” criada pela EC nº 91/2016, os deputados se desfiliam do partido recém-criado, inexistente representatividade política a ser protegida para essa agremiação. Como ressaltou o Min. relator, “a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o Partido recém-criado, pois a vinculação daquele com a grei deixa de existir de fato e de direito”.

¹¹ Art. 17, § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei

¹² Art. 47, § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios;
[...]

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

19. Por essa razão, a Res.-TSE nº 23.457/2015, que tratou da propaganda eleitoral gratuita nas eleições de 2016, foi alterada pela Res.-TSE nº 23.485/2016. Introduziu-se regra segundo a qual a representatividade política dos deputados federais que migraram para um partido novo apenas aproveita à nova agremiação, para fins de distribuição do tempo de rádio e televisão, se os parlamentares ainda integrarem as suas fileiras no momento da convenção para a escolha dos candidatos. Se houverem se desfilado do novo partido, a representatividade dos parlamentares será considerada para o partido pelo qual originalmente eleitos (art. 39, §1º-A)¹³. Essa orientação foi também adotada, por iguais razões, no art. 48, §4º¹⁴, da Res.TSE nº 23.551/2017, que dispõe sobre a propaganda eleitoral em campanhas eleitorais nas eleições.

20. A legislação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, portanto, evoluíram no sentido de prestigiar a representatividade política do partido pelo qual o parlamentar se elegeu para fins de distribuição do Fundo Partidário e do tempo de antena. A transferência dessa legitimidade política para outro partido, em razão da migração do parlamentar para legenda criada no curso da legislatura, tem caráter excepcional e assim deve ser interpretada. Quando o STF, nas ADIs nºs 4.430, 4.795 e 5.105, entendeu que a representatividade política do parlamentar se transferia para as novas agremiações partidárias, a premissa subjacente era a de que essas novas agremiações trazem ao contexto político um novo viés programático ou ideológico com o qual se identificam os parlamentares que para elas se transferem. Essa identificação legitima o novo partido – logicamente destituído de representatividade com base no pleito anterior – a incorporar a representatividade política dos parlamentares que migrarem diretamente para ele, quando de sua fundação, em atenção à liberdade de criação de partidos.

21. Constatando-se, porém, que esses mesmos parlamentares, em brevíssimo período, migraram para outras agremiações, aproveitando-se

¹³ Art. 39, §1º-A. A ressalva constante do § 1º [criação de nova legenda] não se aplica no caso do parlamentar que migrou para formação do novo partido não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, sendo que nessa hipótese a representatividade política será computada para o partido pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.

¹⁴ Art. 48, § 4º A ressalva constante do § 3º [criação de nova legenda] deste artigo não se aplica no caso de o parlamentar que migrou para formação do novo partido político não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, hipótese na qual a representatividade política será computada para o partido político pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.

da “janela” criada pela Emenda Constitucional nº 91/2016, não há sentido em manter no novo partido criado a representatividade política conferida aos parlamentares que já não mais integram seus quadros, para fins de acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão.

22. A conclusão possível é a de que, no presente cenário, em que a permanência dos parlamentares na nova legenda se deu por brevíssimo período e em que houve desfiliação em massa após a abertura da janela criada pela Emenda Constitucional nº 91/2016, a transferência da representatividade desses parlamentares ao novo partido perde seu fundamento. Não se trata, portanto, de discutir a existência de fraude, simulação ou qualquer outro tipo de ilícito nas migrações realizadas. Trata-se simplesmente da constatação, no plano fático, de que a representatividade política da nova agremiação não subsiste quando há uma rápida e massiva migração de parlamentares para outros partidos. Nesse cenário, não há justificativa legítima para retirar do partido originário o acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de antena correspondente aos parlamentares que saíram de suas fileiras.

23. Somam-se a esses fundamentos os limites semânticos da Emenda Constitucional nº 91/2016. Essa, com efeito, expressamente dispôs que o acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão é mantido no partido pelo qual foi eleito o parlamentar. A Emenda se alinha, dessa forma, à interpretação aqui defendida, no sentido de que, se a nova agremiação passou a não mais deter, de fato, a representatividade obtida por ocasião da migração de parlamentares no momento da sua criação, o acesso ao Fundo Partidário e aos meios de comunicação deve ser mantido com a agremiação pela qual eleito o parlamentar. Essa é a regra decorrente do reconhecimento da fidelidade partidária como um valor caro à democracia.

24. Por essas razões, com a devida vênia à divergência inaugurada pelo eminente Min. Admar Gonzaga, acompanho integralmente o voto do Min. relator no sentido de julgar improcedente o pedido formulado pelo Partido da Mulher Brasileira. Dessa forma, fica definido que a representatividade política, para fins de acesso ao Fundo Partidário, pertence aos partidos pelos quais foram eleitos os parlamentares que migraram para o PMB, por ocasião de sua criação, mas posteriormente dele se desfiliam, em razão da EC nº 91/2016. Como resultado, fica

determinado que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário levará em consideração a atual representação política do PMB na Câmara dos Deputados e não a soma dos votos obtidos, quando da migração dos parlamentares para a legenda na sua criação.

25. É como voto.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, informo que no AgR-Pet nº 278-36 acrescento ao meu voto o prejuízo à Ação Cautelar nº 0600923-12, que o Ministro Luís Roberto Barroso incluiu no item 26 do seu voto. E no item 34 da Pet nº 572-25, Vossa Excelência traz: “Fica prejudicado, outrossim, o agravo interno interposto do *decisum* que indeferiu o requerimento de tutela de evidência”.

Acrescento essas duas observações do Ministro Luís Roberto Barroso ao meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Na verdade, eu acompanho o voto do ministro relator, inclusive quanto a considerar prejudicada a ação cautelar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, acompanho os votos dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Luís Roberto Barroso, que negam provimento ao pedido de reconsideração do Partido da Mulher Brasileira (PMB) e mantêm a procedência dos pedidos formulados pelo Ministério Público Eleitoral quanto ao acesso proporcional pela legenda ao direito de antena e ao Fundo Partidário.

EXTRATO DA ATA

Pet nº 572-25.2015.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Requerente: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional

(Advogados: Karina de Paula Kufa – OAB: 245404/SP e outros). Requerido: Partido dos Trabalhadores (PT) – Nacional (Advogados: Eugênio José Guilherme de Aragão – OAB: 4935/DF e outros). Requerido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – Nacional. Requerido: Partido Verde (PV) – Nacional (Advogados: Vera Lucia da Motta – OAB: 59837/SP e outros). Requerido: Partido Republicano Progressista (PRP) – Nacional (Advogada: Fernanda Cristina Caprio – OAB: 148931/SP). Requerido: Partido Social Democrata Cristão (PSDC) – Nacional (Advogado: Caio Silva Martins – OAB: 109864/SP). Requerido: Partido Republicano da Ordem Social (PROS) – Nacional (Advogados: Alex Duarte Santana Barros – OAB: 31583/DF e outros). Requerido: Partido Trabalhista Cristão (PTC) – Nacional. Requerido: Partido da Mobilização Nacional (PMN) – Nacional (Advogados: Lucas Albano Ribeiro dos Santos – OAB: 91538/SP e outra). Requerido: Solidariedade (SD) – Nacional. Requerido: Partido Social Liberal (PSL) – Nacional (Advogados: Enio Siqueira Santos – OAB: 49068/DF e outra). Requerido: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Nacional (Advogados: Ian Rodrigues Dias – OAB: 10074/DF e outro). Requerido: Partido Trabalhista do Brasil (PT do B) – Nacional. Requerido: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – Nacional (Advogado: Luiz Gustavo Pereira da Cunha – OAB: 137677/RJ).

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido do Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional e prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator. Vencidos parcialmente os Ministros Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

**AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO
Nº 278-36.2016.6.00.0000**

BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional

Advogados: Antonio César Bueno Marra – OAB: 1766-A/DF e outros

Agravado: Ministério Público Eleitoral

Agravo regimental em petição. Decisão administrativa. Recebimento como pedido de reconsideração. Direito Constitucional e Eleitoral. PMB. Requerimento do MPE de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do direito de antena com base na atual representação política da agremiação nas casas do Congresso Nacional, com o descarte da densidade originária, verificada no momento da criação do novel partido político. Admissibilidade, à luz do disposto na EC 91/2016 e no entendimento firmado por esta Corte na RES.-TSE 23.485/2016. Procedência integral dos pedidos formulados pelo MPE. Alegada inobservância ao posicionamento firmado pelo STF nas ADIs 4.430, 4.795 e 5.105. Inocorrência. Realização de *distinguishing*, levando-se em conta a situação fática delineada nos autos, bem como a expressa vontade do legislador constituinte derivado, materializada na EC 91/2016. Agravo interno recebido como pedido de reconsideração, em ordem a indeferi-lo. Prejuízo da Ação Cautelar 0600923-12 (PJe), conexa ao presente feito, tornando-se sem efeito a liminar concedida.

1. O agravo regimental interposto contra decisão em processo de natureza administrativa é recebido como pedido de reconsideração (PP 13-34/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 3.4.2017).

2. Pretende o MPE, em suma, que seja reconhecido que a representatividade política, com acesso ao Fundo Partidário e à propaganda no rádio e na TV, pertence aos partidos pelos quais foram eleitos os parlamentares que migraram para o PMB após sua criação e que dele já se desfilaram, bem como

que se determine que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao tempo de rádio e TV do PMB, para fins de propagandas eleitoral e partidária, não leve em consideração, respectivamente, a soma dos votos obtidos pelos parlamentares que se desfilaram do PMB e o número de deputados federais que migraram para essa legenda, e a ela não mais pertencem, mas apenas sua atual representação política nas Casas do Congresso Nacional.

3. Consoante consignado no *decisum* agravado, na AC 0600923-12 (PJe), conexa com a presente Petição, a douta Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora à época, houve por bem deferir a liminar para obstar o acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na televisão com base na representatividade política advinda dos parlamentares que migraram para a referida legenda no momento de sua criação, mas que saíram durante a janela prevista na EC 91/2016. Com o advento da EC 91/2016, surgiu situação fática que fez minguar a expressão política numérica dos deputados filiados aos quadros do PMB, limitando-se, inicialmente, à permanência de um único parlamentar na referida grei, mas que também veio a se desfilar em seguida. Consignou Sua Excelência, na ocasião, que não cabe atribuir ao PMB o acesso ao Fundo Partidário e ao chamado direito de antena com a consideração de parlamentares que, não tendo sido por ele eleitos, não mais integram suas fileiras, na medida em que inexistente a situação fática que lhe garantia a transferência da representatividade política, mediante a portabilidade dos votos e dos mandatos desses parlamentares.

4. O STF, ao apreciar os Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, firmou o entendimento de que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos e às coligações, corolário do sistema proporcional e da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, nos termos dos arts. 14, § 3º, inciso V, e 45 da CF, do que resultou a diminuição das hipóteses de movimentação dos parlamentares para outros partidos políticos já existentes, com o fortalecimento da fidelidade partidária.

5. Ao julgar as ADIs 4.430/DF e 4.795/DF, o STF prestigiou a liberdade de criação e transformação de partidos políticos, conforme prevê o art. 17, *caput*, da Constituição, assegurando a portabilidade dos votos, com transferência da representatividade dos deputados federais para a nova grei, entendimento que não se aplica ao caso em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido (ADI 4.430/DF, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 19.9.2013).

6. Ao promulgar a EC 91/2016, o Congresso Nacional externou opção do poder constituinte derivado de flexibilizar o princípio constitucional da fidelidade partidária. Facultou ao detentor de mandato eletivo o desligamento do Partido pelo qual foi eleito, sem prejuízo do mandato, em janela única criada nos trinta dias seguintes à promulgação da referida Emenda Constitucional. Em contrapartida, como forma de salvaguardar a soberania popular e o sistema eleitoral representativo proporcional, a aludida desfiliação não foi considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, assegurados aos partidos políticos, e não aos parlamentares, na forma da lei, conforme expresso pela Constituição da República (art. 17, § 3º).

7. O entendimento consolidado no julgamento das ADIs 4.430/DF, 4.795/DF e 5.105/DF não se aplica ao disposto na EC 91/2016, visto que, nas ADIs, é tratada a hipótese de criação de novo partido, sendo que, na EC 91/2016, foi criada hipótese excepcional de migração, independentemente da criação de novo partido ou de causa da desfiliação.

8. A EC 91/2016 configurou causa nova, excepcional, que possibilitou a saída dos parlamentares que se encontravam recém-filiados ao novo Partido, PMB, transformando-o

em mera rota de passagem. Dessa forma, o PMB não se enquadra na hipótese prevista na Emenda Constitucional de partido pelo qual foi eleito o parlamentar, mas unicamente intermediário para se chegar a partido já existente, sem que a referida transferência pudesse resultar em prejuízo ao seu mandato parlamentar.

9. No caso, deve prevalecer a orientação – tal como defendida pela eminente Ministra Maria Thereza em seu *decisum* liminar – de que permanece a representatividade política com as agremiações que elegeram os parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram pela janela da EC 91/2016. Não se trata de presunção de fraude das filiações partidárias ao PMB, mas de reconhecimento e aplicação da realidade fática e jurídica advinda com a promulgação da EC 91/2016 e a efetiva desfiliação em massa dos parlamentares que inicialmente haviam migrado para o PMB.

10. Aplica-se o entendimento sufragado na Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, de que a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito.

11. Assim como na divisão do tempo de rádio e TV (parte variável – 90%), o acesso aos recursos do Fundo Partidário, em sua cota mais expressiva (parte variável – 95%), também deve levar em conta a respectiva representatividade parlamentar, não cabendo contemplar agremiações desprovidas de tal elemento representativo – situação do PMB –, o que converteria a atribuição de tais valores em aparente doação ou premiação *ex gratia*.

12. Nem se diga que o referido entendimento configuraria ameaça à subsistência do PMB no cenário político-partidário nacional, pois, mesmo não dispondo de representatividade parlamentar atual na Câmara dos Deputados, a lei assegura à referida grei, em pé de igualdade com as demais agremiações, um direito mínimo de acesso tanto ao tempo de rádio e TV como também aos recursos do Fundo Partidário, nos termos

do que disposto, respectivamente, nos arts. 47, § 2º, II, da Lei 9.504/1997 e 41-A, I, da Lei 9.096/1995.

13. Agravo regimental recebido como pedido de reconsideração, em ordem a indeferi-lo, ficando, por conseguinte, prejudicada a Ação Cautelar 0600923-12 (PJe), conexa ao presente feito, tornando-se sem efeito a liminar concedida.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em receber o agravo regimental como pedido de reconsideração e indeferi-lo e julgar prejudicada a Ação Cautelar nº 0600923-12, tornando sem efeito a liminar anteriormente concedida, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de junho de 2018.

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, relator

Publicado no *DJe* de 10.8.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo PMB da decisão deste relator que julgou totalmente procedentes os requerimentos formulados pelo MPE na presente Petição, em virtude das alegadas distorções no acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao chamado direito de antena, considerando as posteriores migrações dos deputados que outrora se filiaram ao PMB imediatamente após sua criação para outras siglas partidárias.

2. A decisão foi assim resumida:

PETIÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. PARTIDO DA MULHER BRASILEIRA (PMB). CRIAÇÃO AMPARADA PELA LIMINAR CONCEDIDA NOS AUTOS DA ADI 5.398, DO COLENDO STF, COMO HIPÓTESE DE JUSTA CAUSA PARA A DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E CONSEQUENTE MIGRAÇÃO DE PARLAMENTARES DE OUTROS PARTIDOS PARA OS SEUS QUADROS, SEM A PERDA DO MANDATO ELETIVO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. REQUERIMENTO DO MPE DE DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO E DO DIREITO DE ANTENA COM BASE NA ATUAL REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DA AGREMIÇÃO

NAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL, COM O DESCARTE DA DENSIDADE ORIGINÁRIA, VERIFICADA NO MOMENTO DA CRIAÇÃO DO NOVEL PARTIDO POLÍTICO. ADMISSIBILIDADE, À LUZ DO DISPOSTO NA EC 91/16 E NO ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE NA RES.-TSE 23.485/16. PROCEDÊNCIA INTEGRAL DOS PEDIDOS FORMULADOS PELO MPE.

1. A criação do PMB foi expressamente contemplada na decisão liminar proferida pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO, nos autos da ADI 5.398, do colendo STF, a qual determinou a devolução integral do prazo de 30 dias para filiações aos Partidos registrados no TSE até a data da entrada em vigor da Lei 13.165/2015. Assim, considerando-se que o pedido de registro do PMB foi formulado anteriormente à vigência da referida lei e que os requisitos já haviam sido preenchidos, mister se faz, em respeito ao princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do art. 22-A da Lei 9.096/1995 e aplicar o regime anterior contido na Res.-TSE 22.610/2007, quanto a considerar-se justa causa a desfiliação partidária em virtude da criação de novo Partido no prazo de 30 dias.

2. Por outro lado, a orientação que deve prevalecer é aquela que valoriza a permanência da representatividade política com as agremiações que elegeram os Parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram pela janela da EC 91/2016, cuja redação, vale ressaltar, de fato não resguarda o Partido que correspondeu a uma rota de passagem, mas, tão somente, aquele pelo qual o Parlamentar realmente se elegeu.

3. A Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016 – que acrescentou o § 1º-A ao art. 39 da Res.-TSE 23.457, de 15.12.2015, a qual dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016 –, estabelece que, na convenção para a escolha de candidatos, os Deputados que migraram no momento da criação do Partido nele deveriam ter permanecido, sob pena de a representatividade de que se revestiam retornar à agremiação de origem. Isso porque a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo Parlamentar para o Partido recém-criado, pois a vinculação daquele com a grei deixa de existir de fato e de direito.

4. Assim como na divisão do tempo de rádio e TV, os recursos do Fundo Partidário também devem ser distribuídos aos Partidos Políticos, com base na respectiva representatividade parlamentar, não cabendo contemplar agremiações desprovidas de tal elemento representativo, o que converteria a atribuição de tais valores em aparente doação ou premiação ex gratia.

5. Pedidos do MPE julgados totalmente procedentes para: (i) declarar que a representatividade política, com acesso ao Fundo Partidário

e à propaganda no rádio e na televisão, pertence aos Partidos pelos quais foram eleitos os Parlamentares que migraram para o PMB, após sua criação, e que dele se desfilaram em virtude da EC 91/2016; e (ii) determinar que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, para fins de propagandas eleitoral e partidária do PMB, não leve em consideração, respectivamente, a soma dos votos obtidos pelos Parlamentares que se desfilaram do PMB e o número de Deputados Federais que migraram para essa legenda, e a ela não mais pertencem, mas apenas sua atual representação política nas Casas do Congresso Nacional (fls. 255-257).

3. Em suas razões (fls. 287-297), o agravante sustenta que o referido *decisum* está em desarmonia com os preceitos constitucionais envolvidos, mormente com o da garantia insculpida no art. 17, *caput*, da CF, que preconiza a liberdade de criação de novas agremiações, mediante, inclusive, a permissão para que *parlamentares eleitos por outras legendas possam para elas migrar, portando a sua representatividade em termos de tempo de rádio e televisão e de acesso ao Fundo Partidário* (fls. 287).

4. Assevera, no tocante ao ponto, com fundamento no voto condutor proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, que o STF houve por bem interpretar o referido dispositivo e lhe emprestar eficácia, relativizando a ideia de que o mandato pertence ao Partido, bem como *reconhecendo a opção constitucional pelo pluripartidarismo, que significa não apenas liberdade abstrata de criação, no sentido formal de não se estabelecerem obstáculos à sua formação, mas, especialmente, no seu sentido material de viabilizar a permanência e o desenvolvimento dessas novas agremiações* (fls. 290).

5. Alega que a posterior investida de reversão legislativa dessa interpretação, por meio da Lei 12.875/2013, teria sido corretamente refutada pela Suprema Corte no julgamento da ADI 5.105, registrando, para tanto, o seguinte:

[...] a aferição da representatividade da nova agremiação deve levar em conta a votação obtida pelos parlamentares que participaram da fundação ou migraram no trintídio inicial de sua existência, sendo irrelevante que esses Deputados, por incompatibilidade superveniente ou por mero oportunismo, venham a se valer de nova janela de migração partidária e abandonem a sigla posteriormente.

O interesse maior é que se viabilizem as novas agremiações, permitindo-lhes acesso ao direito de antena e ao Fundo Partidário de forma proporcional à estatura com que surgiram no cenário político, em atenção à justa expectativa criada na parcela da população que anuiu à sua criação ou mesmo que aderiu ao seu projeto imediatamente depois, considerando, inclusive, a perspectiva de disputar o poder com chances reais de êxito (fls. 292).

6. Reitera que a suposta existência de fraude nas migrações para o PMB não pode ser alegada com base em mera presunção, devendo ser provada em foro próprio. Além disso, mesmo se existente, *ela somente alcançaria a específica migração questionada, não podendo ser utilizada para tisonar a credibilidade de toda a agremiação e, mais que isso, justificar a adoção de medida tão comprometedora da sua subsistência* (fls. 293).

7. Pondera ainda não ser aplicável ao caso, tal como assentado no *decisum* agravado, a diretriz emanada da Res.-TSE 23.485/2016 – segundo a qual, *se o parlamentar não mais compõe os quadros do partido novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma* –, seja porque dissonante da orientação firmada pelo STF quanto ao estímulo dado à Carta Magna para a consolidação de novas legendas, *seja porque a manutenção da representatividade havida na criação não pode ser condicionante do direito de antena e de acesso ao Fundo Partidário, tanto quanto o eventual aumento não seria fato de ampliação* (fls. 294). No ponto, afirma o seguinte:

[...] no caso de desfiliação de Parlamentares que não foram eleitos pela sua legenda, o agravante fica indefeso, não podendo sequer pleitear a perda do mandato do trânsfuga. Não é justo, assim, que seja refém de oportunistas, perdendo, além de seu poder de influenciar as decisões do Congresso Nacional, também a sua participação no horário eleitoral gratuito e no Fundo Partidário, indispensáveis à sua inserção nacional de acordo com a expectativa criada em fundação. Desse modo, o justo e razoável, dentro da perspectiva de fortalecimento real das novas agremiações, é que a diretriz estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal prevaleça independentemente da permanência dos Parlamentares filiados no momento da criação do Partido, sendo incompreensível a restituição desses direitos às agremiações de origem, em relação às quais esses quadros nem sequer são considerados trânsfugas (fls. 295).

8. Corroborar a sua alegação enfatizando, com base no que decidido por esta Corte Superior nos autos do RO 129-50/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 5.11.2014, que a solução expendida na decisão agravada e na Res.-TSE 23.485/2016 revela-se incompatível com o sistema, pois, uma vez autorizada a portabilidade, a vinculação do parlamentar com a agremiação pela qual foi eleito também deixa de existir de fato e de direito, devendo, por esse motivo, prevalecer o direito da nova agremiação para a qual autorizada a migração, evitando-se que, *aí, sim, a criação de novos partidos se torne mera forma de burla ao instituto da fidelidade partidária, com o beneplácito e até o incentivo das agremiações pelas quais os parlamentares tenham sido eventualmente eleitos* (fls. 296).

9. Requer, assim, em caráter sucessivo: (a) a reconsideração da decisão agravada, ao menos para que o julgamento seja realizado pelo Colegiado, inclusive com a possibilidade de ser realizada sustentação oral pelas partes; ou (b) a submissão do presente Agravo Regimental a julgamento pelo Colegiado, a fim de que seja reformado o *decisum* monocrático e julgada integralmente improcedente a Petição.

10. Foram apresentadas contrarrazões pelo MPE (fls. 306-309v.).

11. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, trata-se de Agravo Regimental interposto pelo PMB da decisão deste relator que julgou totalmente procedentes os requerimentos formulados pelo MPE na presente Petição, em virtude das alegadas distorções no acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao chamado direito de antena, considerando as posteriores migrações dos deputados que outrora se filiaram ao PMB imediatamente após sua criação para outras siglas partidárias.

2. De início, recebe-se o presente recurso como pedido de reconsideração, haja vista ser o *meio de impugnação cabível das decisões administrativas, conforme entendimento desta Corte* (AgR-Pet 138-07/DF, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 4.2.2014).

3. Nessa linha, colhe-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

Propaganda partidária. Agravo regimental. Descabimento. Pedido de reconsideração. Mantidas as datas da veiculação. Alteração do horário. Impossibilidade da exibição em outro horário ou data. Situação excepcional. Afasta violação ao art. 46, § 4º, da Lei 9.096/1995 e ao art. 2º, § 2º, da RES.-TSE 20.034.

1. O agravo regimental interposto contra decisão em processo de natureza administrativa é recebido como pedido de reconsideração. Precedentes.

2. Nos feitos de natureza administrativa não se aplica a disciplina dos arts. 300 *et seq* do Código de Processo Civil, atinente à tutela de urgência no processo civil.

3. Mantido o dia previamente designado, a eventual alteração do horário da exibição decorrente de situação excepcional não viola o art. 46, § 4º, da Lei 9.096/1995 nem o art. 2º, § 2º, da Res.-TSE 20.034, mormente quando a medida é tomada, como no caso, em razão da impossibilidade de exibição em outro horário ou data.

Agravo regimental recebido como pedido de reconsideração e indeferido, ficando prejudicado o pedido de tutela de urgência (PP 13-34/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 3.4.2017).

4. Pois bem. Conforme já esclarecido, a presente Petição foi antecedida por Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE) instaurado pelo MPE em razão de notícia apresentada pelo Deputado Federal Sérgio Olímpio Gomes – posteriormente corroborada pelos Deputados Federais Wherles Rocha e Daniel Pires Coelho – acerca da ocorrência de distorções no acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao chamado direito de antena, considerando os parlamentares que migraram para o PMB após sua criação e que dele já se desfilaram.

5. Pretende o MPE, em suma, que seja reconhecida que a representatividade política, com acesso ao Fundo Partidário e à propaganda no rádio e na TV, pertence aos partidos pelos quais foram eleitos os parlamentares que migraram para o PMB após sua criação e que dele já se desfilaram, bem como que se determine que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao tempo de rádio e TV do PMB, para fins de propagandas eleitoral e partidária, não leve em consideração, respectivamente, a soma dos votos obtidos pelos parlamentares que se desfilaram do PMB e o número de deputados federais que migraram para essa legenda, e a ela não mais pertencem, mas apenas sua atual representação política nas Casas do Congresso Nacional.

6. Os pedidos do *Parquet* foram julgados totalmente procedentes por este relator, ensejando, com isso, o manejo do presente Agravo Interno – ora recebido como pedido de reconsideração –, cujas razões, contudo, não merecem prosperar. Senão, veja-se.

7. Consoante consignado no *decisum* impugnado, na AC 0600923-12 (PJe), conexa com a presente Petição, a douta Ministra Maria Thereza de Assis Moura, então relatora, houve por bem deferir a liminar para obstar o acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na televisão com base na representatividade política advinda dos parlamentares que migraram para a referida legenda no momento de sua criação, mas que saíram durante a janela prevista na EC 91/2016.

8. Com o advento da EC 91/2016, surgiu situação fática que fez minguar a expressão política numérica dos deputados filiados aos quadros do PMB, limitando-se, inicialmente, à permanência de um único parlamentar na referida grei, mas que também veio a se desfilar em seguida.

9. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da referida decisão liminar:

A análise sobre a probabilidade do direito invocado, no caso, deve ter como premissa inicial a constatação de que a política não é estática. E é precisamente por esse motivo que o Poder Judiciário tem sido convocado, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a se pronunciar mais de uma vez sobre a mesma matéria quando confrontado com diferentes realidades fáticas em torno de semelhantes premissas jurídicas.

Digo isso porque a aparente tensão existente entre os princípios da isonomia, do pluralismo político – com a correspondente garantia de livre criação de Partidos novos – e da representatividade política que decorre dos votos obtidos nas urnas, considerado pela lei (art. 41-A, II da Lei 9.096/1995 e art. 47, I da Lei das Eleições) como fator de discrimen para a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de antena, já foi objeto de apreciação judicial diversas vezes neste Tribunal Superior e também no âmbito de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, é preciso registrar que o panorama jurídico normativo atual sobre o tema constitui-se, no plano legal, das seguintes regras:

Quanto à distribuição dos recursos do Fundo Partidário – Lei 9.096/1995:

Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os Partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e (Redação dada pela Lei 13.165/2015).

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos Partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (Incluído pela Lei 12.875/2013) (*Vide* ADI-5.105).

Parág. único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. (Redação dada pela Lei 13.107/2015.)

Quanto à distribuição do tempo de propaganda – Lei 9.504/1997:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57, reservarão, no trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo (redação dada pela Lei 13.165/2015).

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os Partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (redação dada pela Lei 12.875/13) (*Vide* ADI-5.105).

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores Partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os Partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei 13.165/2015).

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente. (Redação dada pela Lei 13.165/2015.)

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada Partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição. (Redação dada pela Lei 11.300/2006.)

§ 4º O número de representantes de Partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado

outro corresponderá à soma dos representantes que os Partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior.

Daí já se vê que a lei estabelece, tanto para o acesso aos recursos do Fundo Partidário quanto para o chamado tempo de antena um sistema binário de divisão: uma parte deve ser dividida de forma igual, considerando todos os Partidos que participarão do pleito, e outra de forma proporcional à representatividade de cada Partido obtida na última eleição para Deputado Federal.

Tal critério de divisão foi referendado pelo STF no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795 (rel. Min. DIAS TOFFOLI, *DJe* 19.9.2013), quando aquela Corte assentou que:

(a) solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os Partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria CF, que faz a distinção entre os Partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, “a”; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, § 2º e § 3º; art. 58, § 1º).

Naquele mesmo julgamento, o Supremo Tribunal, confrontado com a problemática relativa à hipótese de criação de partido novo – e por isso destituído de representatividade com base em eleição anterior – decorrente da manifesta impossibilidade da nova legenda ter acesso ao critério de divisão proporcional ao número de deputados

anteriormente eleitos, entendeu, com base no princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos, que:

Na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos Partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, *caput* CF/1988), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

No julgamento da ADI 5.105 (rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 4.4.2014), o STF voltou a discutir a matéria (sob o prisma das alterações promovidas pela Lei 12.875/2013) e além de confirmar o entendimento quanto à adequação do critério legal de divisão, reafirmou a possibilidade de a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão bem como aos recursos do Fundo Partidário, levar consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos, ostentando o *status* de fundadores do novo Partido.

Na Petição 572-25 (sob minha relatoria), proposta aos 10.12.2015, o Partido da Mulher Brasileira veicula pedido de manutenção do repasse do percentual de 5% [...] dos recursos do Fundo Partidário que é distribuído igualmente a todos os partido políticos, e de repasse dos 95% [...] restantes de forma proporcional aos 1.689.714 [...] votos recebidos pelos seus filiados que concorreram à Câmara dos Deputados na última eleição, com fundamento justamente no citado entendimento da Suprema Corte

Ocorre que o entendimento do STF quanto à possibilidade de o Partido recém-criado ter acesso ao critério proporcional de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de antena está alicerçado num fundamento primordial, que é justamente a representatividade do parlamentar migrante.

Nesse exato sentido, trecho do voto do Min. Dias Toffoli, relator da citada ADI 4.430 e ADI 4.795:

Não haverá autêntica liberdade de criação de Partidos Políticos se não se admitir que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda,

desigualando esses Parlamentares de seus pares, com a exclusão do direito de propaganda proporcionalmente à representatividade de seus quadros.

Para concluir, no meu sentir, declarar a inconstitucionalidade da interpretação questionada pelos autores da ADI 4.795 seria deixar de lado a representatividade de Partidos que já nascem, ao receber Parlamentares oriundos de outros Partidos, com força política nacional, frustrando, assim, sua participação nos processos eleitorais de forma compatível e condizente com a representatividade política que ostentam e com a legitimidade popular de seus membros advinda das urnas.

Tal fundamento, entretanto, não parece se encontrar presente no caso do Partido da Mulher Brasileira. Primeiro, porque é fato público e notório (noticiado por toda a imprensa nacional e alegado na petição inicial pelo MPE) que a representatividade atual da agremiação é de apenas 1 (um) deputado federal, pois todos os outros que migraram naqueles 30 (trinta) dias após a sua criação fizeram uso da janela criada pela EC 91, de 18.2.2016, que assim dispôs:

Art. 1 É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do Partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Apesar de não estar em discussão neste processo à legalidade das migrações perpetradas pelos mandatários que estavam filiados ao PMB, o próprio texto da norma indica que a autorização foi para que o detentor de mandato eletivo se desligasse do Partido pelo qual foi eleito, o que não se vislumbra no presente caso.

Ou seja, nessa hipótese de desligamento, o Legislador constituinte derivado expressamente estabeleceu que a representatividade para fins de acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de propaganda permaneceria com a legenda pelo qual o Parlamentar fora eleito, merecendo registro o fato de também essa norma haver sido submetida ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade através da ADI 5.497 (rel. Min. Dias Toffoli), proposta sob o fundamento principal de violação aos princípios da proporcionalidade, soberania popular, igualdade do voto e sistema representativo

Além disso, fora noticiado ao MPE (fls. 24-32) que as migrações iniciais para o PMB se deram mediante fraude, com o único intuito de obter

o Fundo Partidário e o tempo de rádio e televisão (fls. 30), havendo indícios de que sequer a representatividade inicialmente obtida decorreu de movimentações partidárias legítimas, o que não se coaduna com o ideário subjacente democrático que informa, no ponto, a CF/1988, a própria Lei 9.504/1997 e a Lei dos Partidos Políticos, bem como as decisões tomadas em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 117-120).

10. Como se vê, a sempre louvada Ministra Maria Thereza de Assis Moura consignou que não cabe atribuir ao PMB o acesso ao Fundo Partidário e ao chamado direito de antena com a consideração de parlamentares que, não tendo sido por ele eleitos, não mais integram suas fileiras, na medida em que inexistente a situação fática que lhe garanta a transferência da representatividade política mediante a portabilidade dos votos e dos mandatos desses parlamentares.

11. O STF, ao apreciar os Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, firmou o entendimento de que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos e às coligações, corolário do sistema proporcional e da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, nos termos dos arts. 14, § 3º, V, e 45 da CF, do que resultou a diminuição das hipóteses de movimentação dos parlamentares para outros partidos políticos já existentes, com o fortalecimento da fidelidade partidária.

12. Ao julgar as ADIs 4.430/DF e 4.795/DF, o STF prestigiou a liberdade de criação e transformação de partidos políticos, conforme prevê o art. 17, *caput*, da Constituição, assegurando a portabilidade dos votos, com transferência da representatividade dos deputados federais para a nova grei, entendimento que não se aplica ao caso *em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido* (ADI 4.430/DF, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19.9.2013).

13. Ao promulgar a EC 91/2016, o Congresso Nacional externou opção do poder constituinte derivado de flexibilizar o princípio constitucional da fidelidade partidária. Facultou ao detentor de mandato eletivo o

desligamento do partido pelo qual foi eleito, sem prejuízo do mandato, em janela única criada nos trinta dias seguintes à promulgação da referida Emenda Constitucional. Em contrapartida, como forma de salvaguardar a soberania popular e o sistema eleitoral representativo proporcional, a aludida desfiliação não foi considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, assegurados aos partidos políticos, e não aos parlamentares, na forma da lei, conforme expresso pela Constituição da República (art. 17, § 3º).

14. O entendimento consolidado no julgamento das ADIs 4.430/DF, 4.795/DF e ADI 5.105/DF não se aplica ao disposto na EC 91/2016, visto que, nas ADIs, é tratada a hipótese de criação de novo partido, sendo que, na EC 91/2016, foi criada hipótese excepcional de migração, independentemente da criação de novo partido ou da causa da desfiliação.

15. A EC 91/2016 configurou causa nova, excepcional, que possibilitou a saída dos parlamentares que se encontravam recém-filiados ao novo Partido, PMB, transformando-o em mera rota de passagem. Dessa forma, o PMB não se enquadra na hipótese prevista na Emenda Constitucional de *partido pelo qual foi eleito* o parlamentar, mas unicamente intermediário para se chegar a partido já existente, sem que a referida transferência pudesse resultar em prejuízo ao seu mandato parlamentar.

16. No caso, a orientação que deve prevalecer é aquela que valoriza – tal como defendido pela eminente Ministra Maria Thereza em seu *decisum* liminar – a permanência da representatividade política com as agremiações que elegeram os parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram pela janela da EC 91/2016, cuja redação, vale ressaltar, de fato não resguarda o partido que correspondeu a uma rota de passagem, mas, tão somente, aquele pelo qual o parlamentar realmente se elegeu. Confira-se:

EC 91/2016. Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do Partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

17. Não se trata de presunção de fraude das filiações partidárias ao PMB, mas de reconhecimento e aplicação da realidade fática e jurídica advinda com a promulgação da EC 91/2016 e a efetiva desfiliação em massa dos parlamentares que inicialmente haviam migrado para o PMB.

18. A propósito, conforme bem ponderado pelo ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral em sua manifestação:

Ainda que se pudesse desconsiderar o quadro fático delineado nos autos, que demonstra que o PMB foi mera rota de passagem para os Deputados que a ele se filiaram em um primeiro momento, não seria aplicável ao caso concreto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à portabilidade da representatividade daqueles Deputados, na medida em que o Legislador Constituinte somente ressaltou a manutenção de tal prerrogativa quando da promulgação da EC 91/2016, aos casos em que o Parlamentar tenha sido eleito pelo Partido do qual se desfiliou. Frise-se mais uma vez: a decisão agravada não contraria a construção hermenêutica feita pela Corte Suprema, realizando, em verdade, um *distinguishing* em relação àquele posicionamento, levando-se em conta a situação fática delineada nos autos, bem como a expressa vontade do Legislador constituinte derivado, materializada na EC 91/2016 (fls. 309).

19. Com efeito, diversamente do que se argumenta no reclamo dirigido ao Colegiado, o *decisum* impugnado não se desertou do entendimento jurisprudencial sufragado pela Corte Suprema, tendo, ao revés, diante da realidade fática erigida nos autos, apenas consignado a impossibilidade de sua incidência para albergar as distorções verificadas na espécie quanto ao acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao chamado direito de antena, logo após a desfiliação em massa dos parlamentares que para ele haviam migrado por ocasião de sua criação.

20. Noutras palavras, embora fosse possível proceder a um balanceamento de valores constitucionais de inegável e sobrelevada importância, especialmente sob o prisma da liberdade de atuação parlamentar, postulado este que, entre outras atuações, possibilita a criação e o desenvolvimento de agremiações partidárias, a referida lógica não se viu confrontada com a decisão unipessoal que ora é submetida à forja, porquanto a desconsideração dos efeitos da desfiliação (acesso a recursos e tempo de rádio e TV) estava condicionada, como visto, às hipóteses em que o desligamento se deu quanto ao partido ao qual o parlamentar se elegeu.

21. Em tal raciocínio jurídico, o parlamentar que invoca o direito de fundar agremiações e efetuar sucessivas movimentações derivadas de janelas de migração franqueadas pela legislação eleitoral se encontra na contingência de não obter *nem recursos nem antena*, se e quando o desligamento não for adveniente da legenda para a qual foi sufragado nas urnas – que bem foi caso dos autos, consoante registrou a solução unipessoal ora agravada.

22. A *nova desfiliação* – expressão que passou a ser usada para exprimir a dinâmica que se operou quanto a consecutivos ingressos e saídas partidárias franqueadas pelas *janelas eleitorais* (dinâmica esta nem sequer vislumbrada pelos experimentados próceres que regulamentaram a matéria neste Tribunal Superior) – consubstancia a perda de reconhecimento de representatividade da legenda, por não mais haver a ligação primitiva com o partido ao qual o deputado se elegeu, sobretudo e especialmente na hipótese em que se verificou o esvaziamento do rol de componentes do PMB, circunstância que, se não é uma prova, ao menos é um *indício de reticência*, isto é, ter-se efetuado a engenharia partidária como *rota de passagem* aos parlamentares, visando ao mero alcance dos efeitos de verba e de antena – uma perversão ao sistema representacional.

23. Nesse sentido, mostra-se correta a decisão impugnada, ao aplicar o entendimento sufragado na Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, de que, *se o parlamentar não mais compõe os quadros do Partido Novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma*, uma vez que *a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o Partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito*.

24. Confira-se, por pertinente, o seguinte trecho do luminoso voto proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes na referida Resolução:

Na hipótese da divisão do tempo de televisão, o § 3º do art. 47 da Lei 9.504/1997 estabelece que, para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada Partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

A regra de divisão, portanto, considera o resultado da última eleição para a Câmara dos Deputados e tem como exceção as transferências de filiação para formação de novos Partidos Políticos, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre, porém, que, ante o novo quadro gerado, alguns Parlamentares que deixaram as legendas pelas quais foram eleitos para constituir novos partidos políticos também se desligaram de tais Partidos e transferiram suas filiações para outras agremiações, com base no permissivo constante da EC 91.

Essa situação não foi expressamente contemplada nas resoluções deste Tribunal, nem foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Aliás, consoante as premissas e os fundamentos constantes do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 4.430, o Supremo Tribunal Federal considerou que a representatividade do parlamentar seria levada em conta apenas na primeira migração, naquela destinada à criação de um novo partido, como acentuado na parte final de seu voto:

Esclareço, por fim, que o entendimento aqui defendido se restringe aos casos de deputados federais que migram diretamente dos Partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda, criada após as últimas eleições para a Câmara Federal. Nesses casos, embora o partido recém-criado não tenha sido submetido às eleições, conta com representantes eleitos. Desse modo, ocorrida a migração legítima de Parlamentares para o novel Partido, devem eles levar consigo parte da outorga democrática expressa pelo eleitorado: a representatividade dos seus membros, circunstância essa que impõe novo fator de divisão do tempo de rádio e TV.

Situação diversa é aquela em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido.

Da mesma forma, o próprio texto da EC 91 registra que a desfiliação por ela autorizada não deve ser computada para efeito da distribuição do acesso ao rádio e à televisão e de recursos do Fundo Partidário.

Assim, sem maior dificuldade, pode-se afirmar que a desfiliação dos parlamentares que se filiaram aos novos partidos no momento da sua criação não transfere para as outras agremiações a que se tenham filiado a representatividade originalmente conquistada para efeito da distribuição do tempo de propaganda eleitoral.

Subsiste, contudo, a análise da situação do partido novo que recebeu a representatividade dos parlamentares que a ele se filiaram no momento da sua criação, mas que, em momento seguinte, deixaram a agremiação.

Nessa situação, é forçoso reconhecer que a representatividade do partido político está necessariamente atrelada à representatividade dos seus filiados que disputaram as eleições anteriores, ainda que por partidos diversos, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, se o parlamentar não mais compõe os quadros do partido novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma.

Nesse caso, a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito.

Assim, se não é possível reconhecer a representatividade do partido que contou com a filiação do parlamentar no momento de sua criação e, ao mesmo tempo, não se pode transferir tal representatividade ao outro partido para o qual ele transferiu sua filiação, a única solução possível é reconhecer que a representatividade deve ser atribuída de acordo com a regra geral, ou seja, a apurada no momento da eleição (Lei 9.504/1997, art. 47, § 3º), computando-se os votos recebidos no último pleito em favor do partido pelo qual o candidato foi originalmente eleito.

Por essas razões e para elucidar a matéria, a regra do § 1º do art. 39 da Res.-TSE 23.457/15 deve ser mantida, porém completada com o acréscimo de um novo parágrafo, nos seguintes termos:

§ 1º-A. A ressalva constante do § 1º não se aplica no caso do parlamentar que migrou para formação do novo partido não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, sendo que nessa hipótese a representatividade política será computada para o partido pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.

25. Ressalte-se que o referido entendimento foi encampado pela novel Res.-TSE 23.551, de 18.12.2017, que, ao versar sobre a distribuição dos

horários reservados à propaganda de cada eleição, também consignou que a referida hipótese de transferência da representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos políticos pelos quais foram eleitos para o novo partido, no momento de sua criação, não se aplica no caso de o referido parlamentar migrante *não estar a ele filiado no momento da convenção para a escolha dos candidatos, hipótese na qual a representatividade política será computada para o partido político pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito* (art. 48, § 4º).

26. Com efeito, por se cuidar a hipótese de excepcional causa de migração de parlamentares para partido recém-criado – consagrada na versão originária da Res.-TSE 22.610/2007 –, a nova desfiliação dessa agremiação, como fato superveniente, tem, conforme assentado por esta Corte Superior na já referida Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, o condão de anular os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para a novel grei, restabelecendo-se, por conseguinte, o *status quo ante*, ou seja, o retorno integral da representatividade política para a agremiação que elegeu o parlamentar que migrou para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixou pela janela da EC 91/2016.

27. Portanto, assim como na divisão do tempo de rádio e TV (parte variável – 90%), o acesso aos recursos do Fundo Partidário, em sua cota mais expressiva (parte variável – 95%), também deve levar em conta a respectiva representatividade parlamentar, não cabendo contemplar agremiações desprovidas de tal elemento representativo – situação do PMB –, o que converteria a atribuição de tais valores em aparente doação ou premiação *ex gratia*.

28. Nem se diga que o referido entendimento configuraria ameaça à subsistência do PMB no cenário político-partidário nacional, pois, mesmo não dispondo de representatividade parlamentar atual na Câmara dos Deputados, a lei assegura à referida grei, em pé de igualdade com as demais agremiações, um direito mínimo de acesso tanto ao tempo de rádio e TV como também aos recursos do Fundo Partidário, nos termos do que disposto, respectivamente, nos arts. 47, § 2º, II, da Lei 9.504/1997 e 41-A, I, da Lei 9.096/1995.

29. Não merece prosperar, por fim, a alegação trazida pelo requerente de que ficaria indefeso, no caso, por não poder sequer pleitear a perda

dos mandatos dos parlamentares trânsfugas que não foram eleitos sob sua legenda. No ponto, conforme bem assinalado pelo MPE, *se não lhe é possível pleitear o mandato do parlamentar trânsfuga, com maior razão o agravante não pode ter acesso ao Fundo Partidário e ao direito de antena, considerando migrações de parlamentares que não mais integram seus quadros* (fls. 309).

30. Assim, recebe-se o recurso interposto como pedido de reconsideração, em ordem a indeferi-lo, confirmando-se a decisão de fls. 255-277, a qual (i) declarou que a representatividade política, com acesso ao Fundo Partidário e à propaganda no rádio e na televisão, pertence aos partidos pelos quais foram eleitos os parlamentares que migraram para o PMB, após sua criação, e que dele já se desfilaram, em virtude da EC 91/2016; e (ii) determinou que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão não leve em consideração a soma dos votos obtidos pelos parlamentares que se desfilaram do PMB nem o número de deputados federais que migraram para essa legenda, e a ela não mais pertencem, mas apenas sua atual representação política na Câmara dos Deputados.

31. Fica, por conseguinte, prejudicada a análise meritória da AC 0600923-12 (PJe), conexa ao presente feito, tornando-se sem efeito a liminar concedida.

32. É o voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

AgR-Pet nº 278-36.2016.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Agravante: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional (Advogados: Antonio César Bueno Marra – OAB: 1766-A/DF e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Após o voto do relator, recebendo o agravo regimental como pedido de reconsideração e indeferindo-o, antecipou o pedido de vista o Ministro Admar Gonzaga.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Luís Felipe Salomão, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA (VENCIDO EM PARTE)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional (fls. 283-297) em face de decisão individual da lavra do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (fls. 255-277), que julgou integralmente procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Eleitoral nos presentes autos, a fim de (fl. 277):

a) “declarar que a representatividade política, com acesso ao Fundo Partidário e à propaganda no rádio e na televisão, pertence aos Partidos pelos quais foram eleitos os Parlamentares que migraram para o PMB após sua criação, e que dele se desfilaram em virtude da EC 91/2016”; e

b) “determinar que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, para fins de propagandas eleitoral e partidária do PMB, não leve em consideração, respectivamente, a soma dos votos obtidos pelos Parlamentares que se desfilaram do PMB e o número de Deputados Federais que migraram para essa legenda, e a ela não mais pertencem, mas apenas sua atual representação política nas Casas do Congresso Nacional”.

Na sessão administrativa de 27.3.2018, o relator votou no sentido de receber o agravo regimental como pedido de reconsideração, e indeferi-lo.

Na ocasião, antecipei pedido de vista dos autos e, após examiná-los, trago-os para a continuidade do julgamento.

De início, acompanho Sua Excelência quanto ao recebimento do agravo regimental como pedido de reconsideração, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, por se tratar de feito de natureza administrativa.

Na espécie, trata-se de pedido formulado pela Procuradoria-Geral Eleitoral, no qual postulou a distribuição de recursos do fundo partidário e do direito de antena, com base na atual representação política da agremiação no Congresso Nacional (fls. 2-20), o que foi acolhido pelo relator, pelas seguintes razões:

a) na Ação Cautelar 0600923-12, conexa com a presente Petição, a então relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, deferiu o pedido de liminar para obstar o acesso do PMB aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na televisão com base na representatividade política advinda dos parlamentares que migraram para a referida legenda no momento de sua criação, mas que saíram durante a janela prevista na EC 91/2016. Com o advento da EC 91/2016, surgiu situação fática que fez minguar a expressão política numérica dos deputados filiados aos quadros do PMB, limitando-se, inicialmente, à permanência de um único Parlamentar na referida grei, mas que também veio a se desfiliar em seguida;

b) o STF, ao apreciar os Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, firmou o entendimento de que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos e às coligações, corolário do sistema proporcional e da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, nos termos dos arts. 14, § 3º, inciso V, e 45 da CF, do que resultou a diminuição das hipóteses de movimentação dos parlamentares para outros partidos políticos já existentes, com o fortalecimento da fidelidade partidária;

c) o entendimento consolidado no julgamento das ADIs 4.430/DF, 4.795/DF e 5.105/DF não se aplica ao disposto na EC 91/2016, visto que, nas ADIs, é tratada a hipótese de criação de novo partido, sendo que, na EC 91/2016, foi criada hipótese excepcional de migração, independentemente da criação de novo Partido ou de causa da desfiliação;

d) a EC 91/2016 configurou causa nova, excepcional, que possibilitou a saída dos Parlamentares que se encontravam recém-filiados ao novo Partido, PMB, transformando-o em mera rota de passagem. Dessa forma, o PMB não se enquadra na hipótese prevista na emenda constitucional de partido pelo qual foi eleito o parlamentar, mas unicamente intermediário para se chegar a partido já existente, sem que a referida transferência pudesse resultar em prejuízo ao seu mandato parlamentar;

e) no caso, deve prevalecer a orientação de que permanece a representatividade política com as agremiações que elegeram os parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram pela janela da EC 91/2016. Não se trata de presunção de fraude das filiações partidárias ao PMB, mas de reconhecimento e aplicação da realidade fática e jurídica advinda com a promulgação da EC 91/2016 e a efetiva desfiliação em massa dos parlamentares que inicialmente haviam migrado para o PMB;

f) aplica-se o entendimento sufragado na Res.-TSE 23.485, de 1º.7.2016, de que a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o Partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito;

g) assim como na divisão do tempo de rádio e TV (parte variável – 90%), o acesso aos recursos do Fundo Partidário, em sua cota mais expressiva (parte variável – 95%), também deve levar em conta a respectiva representatividade parlamentar, não cabendo contemplar agremiações desprovidas de tal elemento representativo – situação do PMB –, o que converteria a atribuição de tais valores em aparente doação ou premiação *ex gratia*.

Isso posto, inicialmente verifico que Sua Excelência reconhece a representatividade política, para fins de acesso ao Fundo Partidário e à propaganda no rádio e na televisão, das agremiações que elegeram os parlamentares que migraram para o PMB no momento de sua criação e, logo em seguida, o deixaram pela janela da EC 91/2016.

O relator registra que não se tratou de assentar a presunção de fraude das filiações partidárias ao PMB, mas de reconhecer a aplicação da realidade fática e jurídica advinda com a promulgação da EC 91/2016 e a efetiva desfiliação em massa sucedida.

O Tribunal, inclusive, já tinha assim decidido no âmbito da Res.-TSE 23.485, ao acrescentar o § 1º-A no art. 39 da Resolução 23.457, resolução esta que dispôs sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016.

Eis como ficou a redação do citado §§ 1º e 1º-A da Res.-TSE 23.457:

Art. 39. Os juízes eleitorais distribuirão os horários reservados à propaganda em rede, para o cargo de prefeito, e à propaganda em inserções, para ambos os cargos, entre os partidos e as coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios (Lei nº 9.504/1997, art. 47, §§ 2º a 7º):

[...]

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, ressalvada a hipótese de criação de nova legenda, quando prevalecerá a representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, no momento de sua criação (Lei nº 9.504/1997, art. 47, § 3º; STF ADI nº 4430/DF, DJe de 19.9.2013, e ADI nº 5105/DF, 1º.10.2015).

§ 1º-A. *A ressalva constante do § 1º não se aplica no caso do parlamentar que migrou para formação do novo partido não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, sendo que nessa hipótese a representatividade política será computada para o partido pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.* (Grifo nosso.)

Na ocasião da apreciação da mudança da resolução que disciplinou o horário eleitoral gratuito do pleito de 2016, o relator das Instruções, Ministro Gilmar Mendes, igualmente ponderou:

Subsiste, contudo, a análise da situação do partido novo que recebeu a representatividade dos parlamentares que a ele se filiaram no momento da sua criação, mas que, em momento seguinte, deixaram a agremiação.

Nessa situação, é forçoso reconhecer que a representatividade do partido político está necessariamente atrelada à representatividade dos seus filiados que disputaram as eleições anteriores, ainda que por partidos diversos, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, se o parlamentar não mais compõe os quadros do partido novo, deve ser compreendido que não se pode, por consequência lógica, reconhecer à agremiação uma representatividade que, no mundo fático, não se confirma.

Nesse caso, a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo parlamentar para o partido recém-criado, pois a vinculação do parlamentar com a agremiação deixa de existir de fato e de direito.

Assim, se não é possível reconhecer a representatividade do partido que contou com a filiação do parlamentar no momento de sua criação e, ao mesmo tempo, não se pode transferir tal representatividade ao outro

partido para o qual ele transferiu sua filiação, a única solução possível é reconhecer que a representatividade deve ser atribuída de acordo com a regra geral, ou seja, a apurada no momento da eleição (Lei nº 9.504/1997, art. 47, § 3º), computando-se os votos recebidos no último pleito em favor do partido pelo qual o candidato foi originalmente eleito.

Ademais, idêntico entendimento foi manifestado pelo Tribunal também quanto à regra dos debates, conforme assim aduzido na Consulta 106-94, rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 9.5.2016, em que se respondeu que: “Para aferição da obrigatoriedade de ser convidado o candidato de partido político ou de coligação que possuam mais de nove representantes na Câmara dos Deputados (Lei nº 9.504/1997, art. 46), *somente devem ser consideradas as mudanças de filiação realizadas com justa causa até a data da convenção de escolha do candidato, não computadas as transferências realizadas com fundamento na EC nº 91/2016*” (grifo nosso).

Essa solução também foi adotada na edição da Res.-TSE 23.551, alusiva às eleições de 2018, cujo art. 48, §§ 3º e 4º, prevê o seguinte:

Art. 48. [...]

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, ressalvada a hipótese de criação de nova legenda, quando prevalecerá a representatividade política conferida aos parlamentares que migraram diretamente dos partidos políticos pelos quais foram eleitos para o novo partido político, no momento de sua criação (Lei nº 9.504/1997, art. 47, § 3º; STF ADI nº 4430/DF, *DJe* de 19.9.2013, e ADI nº 5105/DF, 1º.10.2015).

§ 4º *A ressalva constante do § 3º deste artigo não se aplica no caso de o parlamentar que migrou para formação do novo partido político não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, hipótese na qual a representatividade política será computada para o partido político pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.* (Grifo nosso.)

No caso concreto, não obstante o acerto das ponderações do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e de todos os fundamentos lançados nos precedentes acima, há aspecto relevante que deve ser considerado por esta Corte: *a aparente violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança*, na perspectiva – *mutatis mutandis* – insere no escólio do Ministro Edson Fachin e da professora Christine Peter da Silva em artigo publicado em recente obra em homenagem ao Ministro

Celso de Mello¹, de que as “propostas de reforma política não deveriam ser capturadas por sistema de ideias de ocasião, nem por vieses conjecturais, devendo ser enfrentadas com o cuidado exigido pelas suas múltiplas complexidades, a serviço do interesse maior da nação e dentro dos quadros da segurança jurídica, da responsabilidade e do respeito à ordem jurídica”.

Faço esse destaque porquanto, no caso em apreço, verifica-se que houve período, entre a criação do partido, em 29 de setembro de 2015 e a publicação da Emenda Constitucional 91, de 18 de fevereiro de 2016, em que o partido tinha a justa expectativa de acesso aos recursos do Fundo Partidário, de acordo com a representatividade dos parlamentares que migraram para a legenda no referido período.

Com efeito, estava o PMB, até esse ponto, resguardado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI's 4.430, 4.795 e 5.398, as quais, em resumo, estabeleceram:

a) em princípio, alteração legislativa que subtrair, de forma significativa, o direito de novos partidos criados ao acesso do Fundo Partidário e do tempo de televisão estará em conflito com o disposto no art. 47, § 2º, da Constituição Federal;

b) o novo regime jurídico mais restritivo inaugurado pela Lei 13.165/2015 não se aplica aos partidos criados antes da sua entrada em vigor, o que alcança, inclusive, o Partido da Mulher Brasileira.

Ademais disso, na linha da jurisprudência – parcialmente desnaturada com o advento da Emenda Constitucional 91/2016 –, o partido tinha a expectativa de que as desfiliações imotivadas seriam alcançadas pelas regras da Res.-TSE 22.610, ou seja, que eventual ato de infidelidade partidária redundaria na indeclinável perda do mandato do trãnsfuga.

No entanto, por razões insindicáveis pela Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 91/2016, na qual se previu: “É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, *não sendo essa desfiliação*

¹ FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Cristine Peter da. *Democracia Representativa no Brasil: Breves Reflexões sobre a Participação do Povo como Sujeito Político*. In: PEREIRA, Erick Wilson. *Reforma Política Brasil república*. Brasília: OAB, 2017, p. 115-130.

considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão" (grifo nosso).

Tal previsão inédita – e, de certo modo, heterodoxa –, associada ao óbice de acesso aos recursos pela agremiação em relação ao período que manteve quadro de representação parlamentar, traduz inegável surpresa e quebra da confiança que a agremiação tinha a respeito da observância do quadro normativo de outrora, que – repita-se – lhe garantia o acesso a esses recursos em virtude da migração motivada de parlamentares para os seus quadros.

Ressalto que esta Corte Superior, em julgamento de processo que envolvia bem jurídico ainda mais relevante, atinente ao exercício do mandato, aplicou o princípio da proteção da confiança e afastou a cassação do candidato que agiu secundado em pronunciamento da própria Justiça Eleitoral. Eis a ementa do referido julgado:

Eleições 2008. Recurso especial. Intempestividade. Não ocorrência. Recurso contra expedição de diplomação. Suspensão da diplomação. Alegação. Inelegibilidade. Quarto mandato. Domicílio diverso. Ausência de má-fé. Princípio da proteção à confiança. Candidato amparado por decisão monocrática que deferiu o registro de candidatura. Precedente. Provimento.

[...]

4. *O ora recorrente agiu em estrita observância ao que fora decidido pela Justiça Eleitoral, caracterizando a sua boa-fé, não devendo ser surpreendido com a cassação, no âmbito de RCED, referente ao mesmo pleito, sob pena de violação aos princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica.*

5. Inexiste vedação na Constituição Federal relativa à alteração do domicílio para que o candidato concorra em município diverso do mandato anterior (no qual tenha vínculos econômicos, profissionais, etc.), criando uma hipótese de inelegibilidade inexistente (artigo 14, § 5º, CF).

6. *Em razão do princípio da proteção à confiança, também aplicado na atividade jurisdicional, devem-se proteger situações já consolidadas no tempo, notadamente, se o candidato agiu com boa-fé, como é o caso, não havendo falar em tentativa de fraudar a lei constitucional no que tange à transferência do domicílio eleitoral.*

7. Recurso especial a que se dá provimento.

(REspe nº 31-11, rel. Min. Gilson Dipp, redator para o acórdão Min. Arnaldo Versiani, DJe de 26.10.2012, grifo nosso.)

Não é diferente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que permite desconsiderar certa situação jurídica decorrente de mudança jurisprudencial que contrarie os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança².

Da mesma forma, aquela Corte já decidiu que “a boa-fé e a proteção da confiança como projeções específicas do postulado da segurança jurídica – Situação de fato já consolidada no tempo que deve ser mantida em respeito à boa-fé e à confiança” (AgR-MS 27.006, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJe* de 8.4.2016).

Desse modo, sem maior aprofundamento – tendo em vista se tratar de processo administrativo –, entendo que a aplicação estrita dos dispositivos descritos nas resoluções desta Corte e do texto da Emenda Constitucional 91/2016 acabaria por afetar a segurança jurídica, dada a expectativa do partido em acessar, ainda que parcialmente, os recursos financeiros a que tinha direito, segundo o regime jurídico à época, tendo em vista as filiações válidas ocorridas entre a sua criação e a efetiva desfiliação dos parlamentares.

É bem verdade que a inicial traz alegação de que o partido teria servido como mero instrumento de passagem de parlamentares, o que afastaria a necessidade de distribuição dos recursos do Fundo Partidário. Não ignoro o dado da realidade, de que a agremiação tem diminuta representação parlamentar no momento.

No entanto, vedada a presunção de má-fé dos atos da agremiação e à míngua de provas do elemento subjetivo que motivou, por primeiro, as filiações ao recém-criado PMB e, meses depois, as desfiliações em massa, entendo que não há como prejudicar o partido que, ao menos durante certo período de tempo, tinha o direito de acessar quotas do Fundo Partidário e que foi surpreendido.

Aliás, à falta de alegação mais qualificada nesse sentido e de produção de provas a esse respeito, não tenho como aferir se a alegada fraude teria

² Cito, por exemplo: “A mudança jurisprudencial solapou projeção razoavelmente nutrida pelo impetrante e descortinou cenário suscetível de afastar, de modo pontual e excepcional, considerados os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança, a regra do art. 46, § 3º, da Lei nº 8.112/1990. Precedentes: MS 25.430, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 12.5.2016; MS 31543 AgR, Primeira Turma, rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 8.11.2016; e MS 26132 AgR, Segunda Turma, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 1º.12.2016” (AgR-MS 30.556, rel. Min. Rosa Weber).

partido da agremiação ou dos parlamentares que nela ingressaram. Se foi o partido que se deixou usar como verdadeiro trampolim partidário ou se ele foi usado, sem o seu consentimento, como instrumento de burla à regra da fidelidade partidária.

Nesse cenário, o que se tem de objetivo é que o partido teve obstado, liminarmente, o acesso ao Fundo Partidário em relação a período no qual ele tinha direito, ainda em 2017, o que me leva a propor solução intermediária, a saber: que o acesso proporcional aos recursos do Fundo Partidário fique restrito ao período compreendido entre a entrada em vigor da liminar proferida na ADI 5.398 e a efetiva desfiliação dos filiados que outrora compuseram a sua representação parlamentar.

Por outro lado, entendo prejudicado o pedido de acesso ao tempo de televisão nas eleições de 2016, bem como improcedente esse pleito específico quanto às eleições de 2018, visto que, nesse caso, se trata apenas de expectativa de direito, ainda não exercido, não albergada pelo fundamento alusivo à quebra do princípio da confiança decorrente da promulgação da Emenda Constitucional 91/2016.

Por essas razões, acompanho o eminente relator quanto ao conhecimento do agravo regimental como pedido de reconsideração e, com as mais respeitosas vênias a Sua Excelência, acolho parcialmente o pedido, a fim de permitir ao Partido da Mulher Brasileira (PMB) o acesso proporcional dos recursos do Fundo Partidário, apenas quanto ao montante correspondente ao período compreendido entre o dia 13.11.2015, data da entrada em vigor da decisão liminar proferida na ADI 5.398, e o dia da desfiliação dos parlamentares.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, não tentarei persuadir nenhum dos eminentes pares, nem o eminente Ministro Admar Gonzaga.

Quando foi feita a partilha, o Partido da Mulher Brasileira (PMB) tinha 22 deputados e, logo em seguida, esse número foi reduzido para dois parlamentares; logo após, para um deputado e, finalmente, para zero.

Então, acabou completamente a presença de parlamentares nesse partido. Não estou afirmando que houve fraude na filiação, mas essa

filiação estratégica ao PMB permitiu que a partilha o favorecesse e depois o partido murchou, digamos assim, esvaziou-se por completo.

Com todo o respeito ao Ministro Admar Gonzaga, reafirmo que a realidade é outra: o partido não existe mais, pelo menos em termos de presença de parlamentares federais.

Por isso peço vênia ao eminente Ministro Admar Gonzaga para manter o meu voto nesse sentido.

VOTO (VENCIDO EM PARTE)

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, eu peço vênia ao eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho para acompanhar o Ministro Admar Gonzaga.

Na minha percepção, enquanto os trãsfugas compuseram os quadros do Partido da Mulher Brasileira (PMB), não há falar em fraude, que, aliás, não se presume, e se tivesse havido fraude, não está descartada a hipótese de o próprio partido ter sido vítima dessa fraude, levada a efeito pelos trãsfugas.

Parece-me que a decisão salomônica proposta pelo Ministro Admar Gonzaga, nesse caso concreto, adere mais ao conteúdo de justiça material.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o voto do eminente relator, como eu já havia me manifestado.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

AgR-Pet nº 278-36.2016.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Agravante: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional (Advogados: Antonio César Bueno Marra – OAB: 1766-A/DF e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Admar Gonzaga, acompanhando o relator quanto ao recebimento do agravo regimental como pedido de reconsideração, mas dele divergindo quanto ao mérito, acolhendo parcialmente o pedido, a fim de permitir ao Partido da Mulher Brasileira (PMB) o acesso proporcional dos recursos do Fundo Partidário, apenas quanto ao montante correspondente ao período compreendido entre o dia 13.11.2015, data da entrada em vigor da decisão liminar proferida na ADI 5.398, e o dia da desfiliação dos parlamentares, no que foi acompanhado pelo Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, e o voto da Ministra Rosa Weber, acompanhando o relator, pediu vista o Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, trata-se de requerimento formulado pelo Ministério Público Eleitoral em face do Partido da Mulher Brasileira (PMB), no sentido de que o acesso da agremiação aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão seja balizado por sua atual representação na Câmara dos Deputados, após as migrações decorrentes da Emenda Constitucional nº 91/2016, e não por aquela que passou a deter após as migrações ocorridas por ocasião de sua criação.

2. O eminente Min. relator Napoleão Nunes Maia Filho, em decisão monocrática de fls. 255-277, acolheu o requerimento formulado pelo

Ministério Público Eleitoral, de forma a determinar que a distribuição dos recursos do fundo partidário e do tempo de rádio e televisão ao Partido da Mulher Brasileira (PMB) leve em consideração a sua representatividade após as migrações realizadas com fundamento na Emenda Constitucional nº 91/2016.

3. Essa decisão deu ensejo à interposição de agravo interno pelo Partido da Mulher Brasileira (PMB), recebido pelo Min. relator como pedido de reconsideração, ora trazido a julgamento. O Min. relator votou no sentido de se negar provimento ao pedido de reconsideração, ratificando integralmente os termos de sua decisão monocrática. Votou, então, o eminente Min. Admar Gonzaga, inaugurando divergência no sentido de se acolher apenas em parte a pretensão do Ministério Público Eleitoral, de forma a assegurar ao Partido da Mulher Brasileira “o acesso proporcional dos recursos do Fundo Partidário, apenas quanto ao montante correspondente ao período compreendido entre o dia 13.11.2015, data da entrada em vigor da decisão liminar proferida na ADI nº 5.398, e o dia da desfiliação dos parlamentares”. Pedi vista dos autos, para melhor exame da controvérsia.

4. De início, acompanho integralmente o Min. relator, no sentido de receber o agravo interno como pedido de reconsideração, meio adequado para impugnação de decisões administrativas, conforme precedentes desta Corte Superior.

5. Para análise das pretensões deduzidas pelo Ministério Público Eleitoral (Pet nº 278-36) e pelo Partido da Mulher Brasileira (Pet. nº 572-25), é necessário rememorar o histórico de eventos que precederam a criação da agremiação e influenciaram as migrações de parlamentares para as suas fileiras, os quais, posteriormente, dela se desligaram.

6. O Supremo Tribunal Federal fixou, em 2007, a tese de que a mudança de agremiação por parlamentar eleito pelo sistema proporcional confere ao partido o direito de reter sua vaga (Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604). Essa decisão confirmou interpretação realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral em resposta à Consulta nº 1.398/2007. Firmou-se, assim, o entendimento de que é possível a perda de mandato parlamentar em decorrência de ato de infidelidade partidária. Nessas ocasiões, tanto o TSE quanto o STF reconheceram a existência de hipóteses excepcionais em que a mudança de partido político não acarretaria a

perda do cargo pelo parlamentar, tais como mudança significativa de orientação programática do partido e prática odiosa de perseguição.

7. Em decorrência desse entendimento, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Res.-TSE nº 22.610/2007, que regulamentou o procedimento de perda de mandato por infidelidade partidária. Essa Resolução previu expressamente a criação de nova legenda como causa legitimadora (justa causa) da desfiliação partidária (art. 1º, § 1º, II)³. Posteriormente, em 2.6.2011, o TSE definiu, na Consulta nº 755-35, que o prazo razoável para a filiação no novo partido, com amparo na justa causa prevista na Res.-TSE nº 22.610/2007, seria de 30 dias, contados do registro do estatuto partidário pelo TSE. Ainda como consequência do reconhecimento da criação de novo partido como causa legitimadora da desfiliação partidária, o STF, ao apreciar as ADIs nºs 4.430 e 4.795 (j. em 29.6.2012) e a ADI nº 5.105 (j. em 1º.10.2015), assentou a inconstitucionalidade de impedir que partidos novos aproveitem a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado, para fins de acesso proporcional ao direito de antena e aos recursos do fundo partidário.

8. Esse contexto não foi alterado pela edição da Lei nº 13.107/2015, que deu nova redação aos arts. 29, § 6º⁴ e 41-A, parágrafo único⁵, da Lei nº 9.096/1995, bem como ao art. 47, § 7º⁶, da Lei nº 9.504/1997. Essa

³ Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

II) criação de novo partido;

⁴ Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro.

§ 6º No caso de incorporação, o instrumento respectivo deve ser levado ao Ofício Civil competente, que deve, então, cancelar o registro do partido incorporado a outro.

⁵ Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

⁶ Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

lei, na essência, reproduziu o regramento da Lei nº 12.875/2013, cuja inconstitucionalidade foi declarada na ADI nº 5.105. Por essa razão, no voto que proferi nessa ação direta de inconstitucionalidade, entendi que a superveniência da Lei nº 13.107/2015 não trazia prejuízo à análise do mérito da ação direta, apesar da ausência de aditamento da petição inicial, a fim de que as alterações promovidas fossem consideradas:

No curso do processo, os dispositivos legais impugnados foram parcialmente alterados pela Lei nº 13.107/2015. [...]

Ressalto, ainda, que o fato de não ter havido aditamento à petição inicial para inserir, expressamente como objeto da ação, a nova redação dada pela Lei nº 13.107/2015 aos dispositivos impugnados não abala a conclusão a que cheguei. A exigência de aditamento visa a garantir a atualidade do debate processual e do exercício jurisdicional nas ações de controle abstrato, conferindo, a este último, a maior efetividade possível. A ideia é que o STF se dedique a analisar a validade em abstrato apenas de normas ainda em vigor. Para atingir essa finalidade é que se exige do requerente a emenda da inicial em caso de alteração das normas impugnadas; ou seja, para assegurar que a discussão judicial tome por base o quadro normativo atual e se promova, assim, o exercício mais efetivo possível do controle de constitucionalidade. Nos casos, porém, em que a mudança legislativa não seja substancial, não impactando as discussões já realizadas no processo, não há motivo para se exigir a formalidade de aditamento. Nessas hipóteses, o Tribunal pode, de ofício, considerar a mudança nos dispositivos impugnados e controlar, ainda assim, com a atualidade devida, as normas impugnadas na ação, que são, substancialmente, as mesmas.

9. Esse regime foi substancialmente modificado, contudo, pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, que incluiu na Lei nº 9.096/1995 o art. 22-A⁷, com novo elenco de hipóteses justificadoras da desfiliação partidária, substituindo aquele constante da Res.-TSE nº 22.610/2007. Esse novo rol de justas causas não incluiu, porém, a criação de novo partido.

⁷ Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

A limitação ensejou a propositura da ADI nº 5.398, na qual proferi decisão cautelar em 11.11.2015, *ad referendum* do Plenário, a fim de assegurar aos partidos cujo prazo de 30 (trinta) dias para migração partidária estava em curso (Partido Novo, Rede Sustentabilidade e Partido da Mulher Brasileira) a devolução integral deste prazo para filiações de parlamentares. Entendi, na ocasião, que a aplicação retroativa do art. 22-A da Lei nº 9.096/1995 violava a segurança jurídica e, mais especificamente, o direito adquirido e as legítimas expectativas das agremiações recém-fundadas, criando obstáculos ao seu desenvolvimento e fortalecimento. Essa cautelar foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 9.5.2018. Como decorrência da cautelar concedida em 11.11.2015, cerca de 20 deputados federais migraram de outras agremiações para o Partido da Mulher Brasileira (PMB).

10. Após tais eventos, foi promulgada a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016, autorizando o detentor de mandato eletivo a se desligar do partido pelo qual foi eleito, nos 30 (trinta) dias seguintes à sua promulgação. Essa migração não caracteriza infidelidade partidária e não acarreta, portanto, a perda do mandato eletivo. Criou-se, assim, uma “janela” excepcional e única para a migração partidária. Em contrapartida, as migrações realizadas não modificam a participação no Fundo Partidário e o acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, que considerarão a representatividade do partido pelo qual o parlamentar foi eleito (art. 1º)⁸.

11. Com a abertura dessa nova “janela” para migrações, os deputados federais que migraram para o Partido da Mulher Brasileira (PMB), quando de sua criação, amparados pela cautelar proferida na ADI nº 5.398, vieram a, logo em seguida, migrar para outras agremiações partidárias. Dessa forma, dos cerca de 20 parlamentares que migraram para o PMB por ocasião de sua criação, apenas um permaneceu filiado, vindo este posteriormente a também se desfiliar. Desta forma, atualmente, o partido não conta com representantes na Câmara dos Deputados.

12. É nesse contexto normativo e fático que as pretensões deduzidas pelo Ministério Público Eleitoral (Pet. nº 278-36) e pelo Partido da Mulher Brasileira (Pet. nº 572-25) devem ser apreciadas. A controvérsia,

⁸ Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

com efeito, consiste em determinar se o acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao direito de antena será definido, para o PMB, com base no número de deputados que passou a ter imediatamente após sua criação, ou em consideração à sua representatividade atual, após as desfiliações realizadas com base na EC nº 91/2016.

13. Destaco, de início, que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário é regulada pelo art. 41-A da Lei nº 9.096/1995. O direito de antena, no que diz respeito à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, é regulado pelo art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/1997.

14. O art. 41-A da Lei nº 9.096/1995, com a redação dada pela Lei nº 12.875/2013 e pela Lei nº 13.165/2015⁹, prescreve que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário observará o seguinte regramento: (i) 5% (cinco por cento) são distribuídos de forma igualitária a todos os partidos políticos que atendam aos requisitos constitucionais para acesso aos seus recursos; e (ii) 95% (noventa e cinco por cento) são distribuídos aos partidos políticos, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

15. A distribuição do tempo de rádio e televisão na propaganda eleitoral gratuita, por sua vez, é disciplinada pelo art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 12.875/2013 e pela Lei nº 13.165/2015¹⁰, segundo o qual: (i) 90% (noventa por cento) do tempo será distribuído de forma proporcional ao número de representantes na Câmara dos Deputados; e (ii) 10% (dez por cento) do tempo será distribuído igualitariamente entre todos os partidos e as coligações que tenham candidato.

⁹ Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

¹⁰ Art. 47, § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013) (*Vide* ADI-5105).

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente.

16. O legislador, portanto, privilegiou a representatividade do partido político, aferida pelo número de parlamentares a ele vinculados na Câmara dos Deputados, tanto no regramento do acesso aos recursos do Fundo Partidário, quanto no do direito de antena. Estabeleceu-se, contudo, que parcela dos recursos do Fundo e do acesso aos meios de comunicação seria distribuída igualitariamente entre todos os partidos, independentemente de terem ou não representação na Câmara dos Deputados. Essa parcela, embora de menor dimensão, assegura o surgimento de novas forças políticas e ideológicas na sociedade, cumprindo o disposto no art. 17, § 3º, da Constituição Federal, na sua redação original¹¹.

17. Esse modelo de distribuição contou também com o respaldo do Supremo Tribunal Federal, nas ADIs nºs 4.430 e 4.795 (j. em 29.6.2012). A Corte Suprema, com efeito, ao analisar a constitucionalidade do art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/1997¹², em sua redação original, entendeu que era constitucional o rateio parcial do tempo de propaganda eleitoral gratuita, com fundamento na representação dos partidos na Câmara dos Deputados. Esse formato de repartição assegura, a um só tempo, espaço às minorias políticas, sem desconsiderar a diferente representatividade política das agremiações partidárias, aferida por seus resultados nas urnas.

18. A representatividade política das agremiações partidárias é, portanto, o norte que orientou o regramento legal do acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão. Além disso, como bem ressaltou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, na decisão liminar proferida na AC nº 0600923-12, é também o fundamento primordial que permeou, no Supremo Tribunal Federal e nesta própria Corte, os julgamentos relativos à possibilidade de migração de parlamentares para partidos recém-criados, dentre os quais as ADIs nºs 4.430 e 4.795.

¹¹ Art. 17, § 3º. Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

¹² Art. 47, § 2º. Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

[...]

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

19. Com efeito, as decisões proferidas pelo STF nas ADIs nºs 4430 e 4795 e, ainda, na ADI nº 5105 (j. em 1º.10.2015) buscaram prestigiar a representação política da nascente agremiação partidária, fomentando seu desenvolvimento. Se, aproveitando-se da “janela” criada pela EC nº 91/2016, os deputados se desfilaram do partido recém-criado, inexistente representatividade política a ser protegida para essa agremiação. Como ressaltou o Min. relator, “a nova desfiliação, como fato superveniente, anula os motivos autorizadores da transferência da representatividade dos votos conquistados pelo Parlamentar para o Partido recém-criado, pois a vinculação daquele com a grei deixa de existir de fato e de direito”.

20. Por essa razão, a Res.-TSE nº 23.457/2015, que tratou da propaganda eleitoral gratuita nas eleições de 2016, foi alterada pela Res.-TSE nº 23.485/2016. Introduziu-se regra segundo a qual a representatividade política dos deputados federais que migraram para um partido novo apenas aproveita à nova agremiação, para fins de distribuição do tempo de rádio e televisão, se os parlamentares ainda integrarem as suas fileiras no momento da convenção para a escolha dos candidatos. Se houverem se desfilado do novo partido, a representatividade dos parlamentares será considerada para o partido pelo qual foram originalmente eleitos (art. 39, § 1º-A)¹³. Essa orientação foi também adotada, por iguais razões, no art. 48, § 4º¹⁴, da Res.-TSE nº 23.551/2017, que dispõe sobre a propaganda eleitoral em campanhas eleitorais nas eleições.

21. A legislação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, portanto, evoluíram no sentido de prestigiar a representatividade política do partido pelo qual o parlamentar se elegeu para fins de distribuição do fundo partidário e do tempo de antena. A transferência dessa legitimidade política para outro partido, em razão da migração do parlamentar para legenda criada no curso da legislatura, tem caráter excepcional e assim deve ser interpretada. Quando o STF, nas ADIs nºs 4.430, 4.795 e 5.105,

¹³ Art. 39, § 1º-A A ressalva constante do § 1º [criação de nova legenda] não se aplica no caso do parlamentar que migrou para formação do novo partido não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, sendo que nessa hipótese a representatividade política será computada para o partido pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.

¹⁴ Art. 48, § 4º A ressalva constante do § 3º [criação de nova legenda] deste artigo não se aplica no caso de o parlamentar que migrou para formação do novo partido político não estar a ele filiado no momento da convenção para escolha dos candidatos, hipótese na qual a representatividade política será computada para o partido político pelo qual o parlamentar foi originariamente eleito.

entendeu que a representatividade política do parlamentar se transferia para as novas agremiações partidárias, a premissa subjacente era a de que essas novas agremiações trazem ao contexto político um novo viés programático ou ideológico com o qual se identificam os parlamentares que para elas se transferem. Essa identificação legitima o novo partido – logicamente destituído de representatividade com base no pleito anterior – a incorporar a representatividade política dos parlamentares que migrarem diretamente para ele, quando de sua fundação, em atenção à liberdade de criação de partidos.

22. Constatando-se, porém, que esses mesmos parlamentares, em brevíssimo período, migraram para outras agremiações, aproveitando-se da “janela” criada pela Emenda Constitucional nº 91/2016, não há sentido em manter no novo partido criado a representatividade política conferida aos parlamentares que já não mais integram seus quadros, para fins de acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão.

23. A conclusão possível é a de que, no presente cenário, em que a permanência dos parlamentares na nova legenda se deu por brevíssimo período e em que houve desfiliação em massa após a abertura da “janela” criada pela Emenda Constitucional nº 91/2016, a transferência da representatividade desses parlamentares ao novo partido perde seu fundamento. Não se trata, portanto, de discutir a existência de fraude, simulação ou qualquer outro tipo de ilícito nas migrações realizadas. Trata-se simplesmente da constatação, no plano fático, de que a representatividade política da nova agremiação não subsiste quando há uma rápida e massiva migração de parlamentares para outros partidos. Nesse cenário, não há justificativa legítima para retirar do partido originário o acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de antena correspondente aos parlamentares que saíram de suas fileiras.

24. Somam-se a esses fundamentos os limites semânticos da Emenda Constitucional nº 91/2016. Essa, com efeito, expressamente dispôs que o acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão é mantido no partido pelo qual foi eleito o parlamentar. A emenda se alinha, dessa forma, à interpretação aqui defendida, no sentido de que, se a nova agremiação passou a não mais deter, de fato, a representatividade obtida por ocasião da migração de parlamentares no momento da sua

criação, o acesso ao Fundo Partidário e aos meios de comunicação deve ser mantido com a agremiação pela qual foi eleito o parlamentar. Essa é a regra decorrente do reconhecimento da fidelidade partidária como um valor caro à democracia.

25. Por essas razões, com a devida vênia à divergência inaugurada pelo eminente Min. Admar Gonzaga, acompanho o Min. relator, Napoleão Nunes Maia Filho, para negar provimento ao pedido de reconsideração do Partido da Mulher Brasileira e confirmar a decisão de fls. 255-277. Dessa forma, fica definido que a representatividade política, para fins de acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão, pertence aos partidos pelos quais foram eleitos os parlamentares que migraram para o PMB, por ocasião de sua criação, mas posteriormente dele se desfilaram, em razão da EC nº 91/2016. Como resultado, fica determinado que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso ao tempo de rádio e televisão levará em consideração a atual representação política do PMB na Câmara dos Deputados e não a soma dos votos obtidos, quando da migração dos parlamentares para a legenda na sua criação.

26. Por fim, acompanho também o relator e voto por considerar prejudicada a Ação Cautelar nº 0600923-12.2016.6.00.0000, conexas ao presente processo, extinguindo-a sem o julgamento do mérito e tornando sem efeito a liminar concedida.

27. É como voto.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, informo que no AgR-Pet nº 278-36 acrescento ao meu voto o prejuízo à Ação Cautelar nº 0600923-12, que o Ministro Luís Roberto Barroso incluiu no item 26 do seu voto. E no item 34 da Pet nº 572-25, Vossa Excelência traz: “Fica prejudicado, outrossim, o agravo interno interposto em *decisum* que indeferiu o requerimento de tutela de evidência”.

Acrescento essas duas observações do Ministro Luís Roberto Barroso ao meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Na verdade, eu acompanho o voto do ministro relator, inclusive quanto a considerar prejudicada a ação cautelar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, acompanho os votos dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Luís Roberto Barroso, que negam provimento ao pedido de reconsideração do Partido da Mulher Brasileira (PMB) e mantêm a procedência dos pedidos formulados pelo Ministério Público Eleitoral quanto ao acesso proporcional pela legenda, ao direito de antena e ao Fundo Partidário.

EXTRATO DA ATA

AgR-Pet nº 278-36.2016.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Agravante: Partido da Mulher Brasileira (PMB) – Nacional (Advogados: Antonio César Bueno Marra – OAB: 1766-A/DF e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, recebeu o agravo regimental como pedido de reconsideração e o indeferiu e julgou prejudicada a Ação Cautelar nº 0600923-12, tornando sem efeito a liminar anteriormente concedida, nos termos do voto do relator. Vencidos parcialmente os Ministros Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 9-24.2016.6.26.0242**

VÁRZEA PAULISTA – SP

Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Agravante: Ministério Público Eleitoral

Agravados: Nilson Solla e outro

Advogados: Christopher Rezende Guerra Aguiar – OAB: 203028/SP e outros

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Propaganda eleitoral antecipada. Placas de plástico. Pedido explícito de votos. Ausência. Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Incidência. Desprovisionamento.

1. Este Tribunal Superior, em julgamento recente, assentou que, “com a regra permissiva do art. 36-A da Lei nº 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, desde que não haja pedido expresso de voto” (Rp nº 294-87/DF, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 9.3.2017 – grifei).

2. A veiculação de mensagens com menção a possível candidatura, sem pedido explícito de votos, como ocorreu na espécie, não configura propaganda eleitoral extemporânea, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015.

3. Agravo regimental desprovido.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 26 de junho de 2018.

Ministro TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, relator

Publicado no *DJe* em 22.8.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra a decisão que implicou o provimento do recurso especial manejado pelos ora agravados em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP) no qual se manteve sentença de procedência em representação por propaganda eleitoral antecipada, ajuizada pelo *Parquet*, com aplicação de multa a cada um dos representados, no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais).

Eis a ementa do acórdão regional:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. Sentença. Procedência. Mínimo acima do limite legal em razão do número de placas distribuídas na cidade e determinação de retirada de toda a propaganda irregular. Preliminar: impossibilidade jurídica do pedido afastada. Mérito. Artigos 36 e 36-A da Lei nº 9.504/1997. Características do artefato que revelam a utilização de propaganda irregular. Recurso desprovido. 1. Trata-se de recurso eleitoral interposto em face da r. sentença que julgou procedente representação por propaganda eleitoral antecipada, condenando cada um dos representados ao pagamento de multa no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), além da retirada de toda a propaganda irregular no prazo de 48 horas. 2. Recurso dos recorrentes suscitando preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em relação a Nilson Solla, pelo princípio do *bis in idem*, uma vez que já responde outras ações pela prática de propaganda eleitoral antecipada. No mérito alegam que não se trata de propaganda antecipada, já que não houve pedido explícito de voto, sendo respaldada pela legislação eleitoral. Requerem a reforma da r. sentença com o provimento do recurso. 3. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento que Nilson Solla responde a outras ações em decorrência de propaganda eleitoral irregular que não merece prosperar. Sem razão o recorrente, uma vez que as propagandas realizadas devem ser consideradas em cada caso concreto porque variam as “dobradinhas”, não havendo, portanto, identidade de causa de pedir nem o alegado *bis in idem*. 4. No mérito, a matéria está disciplinada nos artigos 36 e 36-A da Lei nº 9.504/1997. Pelas provas coligidas aos autos denota-se que os recorrentes fizeram propaganda eleitoral, extrapolando os limites impostos pela legislação eleitoral. 5. Manutenção da r. sentença de procedência. 6. Afastada a preliminar e, no mérito, desprovido o recurso. (fls. 96-97)

Nas razões recursais, Nilson Solla e Alcimar Militão de Araújo apontaram, preliminarmente, violação aos arts. 114 e 115, I, ambos do Código de Processo Civil; ao art. 241 do Código Eleitoral; e aos arts. 17, 20 e 40-B, todos da Lei nº 9.504/1997, aduzindo ser imprescindível a formação de litisconsórcio passivo na hipótese dos autos, tendo em vista a inequívoca existência de responsabilidade solidária entre os candidatos e a agremiação pela qual concorreram (Partido Trabalhista Brasileiro – PTB).

No mérito, sustentaram ser indevida a multa a eles aplicada, porquanto, na propaganda em questão, não houve nenhuma menção a pedido expresso de voto, mas apenas promoção pessoal autorizada pelo art. 36-A da Lei nº 9.504/1997.

Acrescentaram que o rol do dispositivo supracitado seria taxativo e somente mediante perícia técnica seria possível atestar se a dimensão do material impugnado estaria superior ao permitido pela legislação vigente, o que inexistia nos autos.

Defenderam a inaplicabilidade da multa, visto que houve o devido cumprimento da determinação legal de retirada da propaganda supostamente irregular no prazo de quarenta e oito horas.

Alternativamente, pugnaram pela redução dessa sanção pecuniária, porquanto imposta em um patamar elevado e desproporcional, sobretudo, considerando que a sua individualização, como ocorreu na espécie, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Apontaram dissídio jurisprudencial entre o acórdão regional e julgado do TSE quanto à existência de omissão e contradição.

O Presidente do Tribunal *a quo*, por decisão de fls. 143-144, inadmitiu o apelo, sob os seguintes fundamentos: a) inexistência de afronta aos arts. 275 do CE e 1.022, I, do CPC; b) ausência de demonstração da alegada ofensa aos arts. 5º da CF; 114 e 115, I, do CPC; e 36-A e 40-B, da Lei nº 9.504/1997; c) impossibilidade do reexame da matéria fático-probatória; e d) falta do devido cotejo analítico, apto a demonstrar a similitude fática entre os julgados.

Contra essa decisão, sobreveio agravo (fls. 149-160), no qual alegou-se a não incidência da Súmula nº 24/TSE na espécie, uma vez que não se buscou com a interposição do apelo o reexame do acervo fático-probatório dos autos, mas a correta valoração dos critérios jurídicos.

Afirmou-se, ainda, que o presidente do Tribunal *a quo*, ao denegar seguimento ao apelo, adentrou no mérito, ultrapassando os limites do mero exame das condições de admissibilidade do recurso, em patente usurpação da competência deste Tribunal Superior.

No mais, reiterou-se as razões do apelo nobre.

Em contrarrazões (fls. 163-164), o Ministério Público Eleitoral defendeu, preliminarmente, a incidência da Súmula nº 182/STJ, em virtude da reprodução literal das alegações apresentadas no apelo. Já no mérito, aponta ser evidente a pretensão dos agravantes no re julgamento da causa mediante o reexame de provas, o que atrai a aplicação das Súmulas nºs 24/TSE e 279/STF.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 168-176).

Em 1º de agosto de 2017, dei provimento ao agravo, com base no art. 36, § 4º, do RITSE, para, desde logo, examinar o recurso especial, haja vista estarem devidamente instruídos os autos e infirmados os fundamentos da decisão agravada.

Naquela oportunidade, dei provimento ao recurso especial, a fim de reformar o acórdão regional e julgar improcedente a representação, afastando a multa imposta aos recorrentes.

Na sequência, houve a interposição do presente agravo regimental (fls. 191-195), no qual o *Parquet* aponta o desacerto da decisão agravada, sob o argumento de que as mensagens veiculadas nas referidas placas não se enquadram em nenhuma das exceções legais, porquanto presente o pedido explícito de votos, ainda que inexistente a menção desse vocábulo, porém mascarado na forma de apoio político.

Invoca precedente deste Tribunal Superior – AI nº 29-47, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – aduzindo estar evidenciado o dissídio jurisprudencial, pois no referido precedente assentou-se, sobretudo, que “o pedido explícito de votos não se configura somente quando veiculada a mensagem vote em mim, uma vez que há a possibilidade de que expressões com conteúdos diversos também possam representar tal pedido, *a depender do contexto em que são veiculadas ou proferidas*” (fls. 194-195).

Sem contrarrazões dos agravados, conforme certidão de fl. 196.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator):
 Senhor Presidente, o presente agravo regimental não traz nenhum argumento apto a modificar a decisão impugnada, a qual apresenta a seguinte fundamentação:

Relativamente à matéria de fundo, o Tribunal *a quo*, a despeito de assentar que a mensagem veiculada pelos recorrentes não continha pedido explícito de votos, entendeu configurada a prática de propaganda eleitoral extemporânea. Confira-se:

Consta da inicial que os representados Nilson Solla – “PADOK” e Alcimar Militão de Araújo “BOCA” teriam afixado em uma série de endereços placas de plástico resistente medindo 55cmx55cm, contendo a seguinte inscrição:

BOCA (Foto)	PADOK (Foto)
PRÉ CANDIDATO VEREADOR CONTATO: FACEBOOK.COM/BOCABRINDES	PRÉ CANDIDATO A PREFEITO WWW.PADOK.COM.BR FACEBOOK/PADOK PTB 14
ESSA FAMÍLIA APOIA	

No caso impõe-se verificar se houve ou não propaganda eleitoral antecipada.

[...]

Com efeito, tendo em vista as inovações trazidas pela Lei nº 13.165/2015, a Lei das Eleições agora permite a divulgação da pré-candidatura, nos moldes fixados no art. 36-A, desde que não haja pedido explícito de voto, sendo que as propagandas eleitorais estão autorizadas desde o dia 15 de agosto do ano da eleição.

In casu, pela análise dos documentos acostados às fls. 09-11 e 35 e auto de constatação de fl. 08, denota-se que não se trata de mera menção de intenções de candidaturas, conforme alegam os recorrentes, eis que constituem artefatos que extrapolam os limites impostos pela legislação eleitoral.

Isso, porque, o seu conteúdo (nome + indicação da pré-candidatura + identificação partido, que por sua vez coincide com o número do candidato ao cargo de Prefeito), somado às

características do artefato (tamanho – 55cm x 55 cm, quantidade de placas distribuídas na cidade + material de boa resistência, vez que afixado em moldura de madeira, conforme se vê na foto de fl. 11) evidenciam que as placas ora em exame tratam-se de verdadeira propaganda eleitoral.

Destaca-se que os recorrentes distribuíram, pelo Município, diversas placas com nítida divulgação de pré-candidatura, em residências e estabelecimentos comerciais, de maneira ostensiva e permanente por todo o município de Várzea Paulista/SP, juntado à fl. 08, as quais poderiam, sim, desequilibrar a campanha eleitoral.

Desta maneira, a publicidade em análise de ser considerada irregular.

Neste sentido, é também o parecer da d. Procuradoria Regional Eleitoral em seu parecer às fl. 70-70v.:

Inferir-se, antes de tudo, que no engenho publicitário em debate constam circunstâncias que façam presumir a intenção dos recorrentes em direcionar o voto dos eleitores em seu benefício. A peça, com o nome em tipografia estilizada, a fotografia características, são todos signos próprios de uma peça de propaganda eleitoral comum, ultrapassando a mera divulgação do nome de um pretendo pré-candidato.

[...]

De fato, pela leitura do artigo 36-A, decorre que a mera menção ao pré-candidatura *[sic]* não é vedada *a priori*. Ocorre que se está diante de divulgação dessa pré-candidatura, modalidade prevista não no *caput* daquele comando, mas no destacado § 2º. A divulgação, então, só é permitida nas hipóteses elencadas nos incisos I a IV.

Esta c. Corte tem entendido como configurada propaganda eleitoral antecipada outros casos semelhantes a este nos quais constam a afixação de placas contendo “dobradinhas” do pré-candidato Nilson Solla (Padok) com outro candidato amplamente distribuídas pela cidade de Várzea Paulista, veja, por exemplo: RE nº 8-39, rel. Des. Cauduro Padin, *DJe*: 14/07/2016; RE nº 7/54, rel. Juiz Silmar Fernandes, *DJe*: 18/07/2016 e RE nº 13-61, Des. Juíza Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, *DJe*: 26/07/2016.

Além disso, considerando que a legislação estabelece a aplicação de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais)

a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para a realização de propaganda antecipada, conforme dispõe o § 3º do art. 36 da Lei das Eleições, adequada está a pena imposta no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos representados, uma vez que se deve considerar a gravidade da conduta concretizada pelos representados e, ainda, conforme observado pelo MM Juízo a quo na r. sentença, as inúmeras placas com o mesmo teor espalhadas pelo Município de Várzea Paulista. (fl. 100-104)

Das premissas fáticas delineadas no *decisum* regional, verifica-se que o TRE/SP considerou, para fins da configuração da propaganda antecipada, os seguintes elementos do material propagandístico: nome, indicação da pré-candidatura, identificação do partido e as características do artefato em questão, tais como tamanho, quantidade de placas e material.

Todavia, em julgado recente, este Tribunal Superior assentou que, “com a regra permissiva do art. 36-A da Lei nº 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, desde que não haja pedido expresso de voto” (Rp nº 294-87/DF, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.3.2017 – grifei).

Na mesma linha, transcrevo, ainda, a ementa dos seguintes julgados:

Eleições 2016. Recurso especial. Representação. Propaganda eleitoral antecipada (Lei das Eleições, art. 36-A). Divulgação de mensagem em Facebook. Enaltecimento de partido político. Menção à possível candidatura. Ausência de pedido explícito de votos. Não configuração. Legítimo exercício da liberdade jusfundamental de informação. Ultraje à legislação eleitoral não configurado. Recurso especial a que se dá provimento.

1. A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado democrático de direito, motivo por que o direito de expressar-se – e suas exteriorizações (informação e de imprensa) – ostenta uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

2. A proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de

assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016 – prelo).

3. A *ratio essendi* subjacente ao art. 36, *caput*, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

4. A ampla divulgação de ideias fora do período eleitoral propriamente dito se ancora em dois postulados fundamentais: no princípio republicano, materializado no dever de prestação de contas imposto aos agentes eleitos de difundirem atos parlamentares e seus projetos políticos à sociedade; e no direito conferido ao eleitor de acompanhar, de forma abrangente, as ideias, convicções, opiniões e plataformas políticas dos representantes eleitos e dos potenciais candidatos acerca dos mais variados temas debatidos na sociedade, de forma a orientar a formação de um juízo mais consciente e responsável, quando do exercício de seu *ius suffragii*.

5. A propaganda eleitoral extemporânea consubstancia, para assim ser caracterizada, ato atentatório à isonomia de chances, à higidez do pleito e à moralidade que devem presidir a competição eleitoral, de maneira que, não ocorrendo *in concreto* qualquer ultraje a essa axiologia subjacente, a mensagem veiculada encerrará livre e legítima forma de exteriorizar seu pensamento dentro dos limites tolerados pelas regras do jogo democrático.

[...]

7. A menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto.

[...]

8. Recurso especial provido.

(REspe nº 51-24/MG, rel. Min. Luiz Fux, PSESS de 18.10.2016 – grifei.)

Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Entrevista. Televisão. Pedido de voto. Ausência. Art. 36-A da Lei 9.504/1997. Precedentes. Desprovimento.

1. Autos recebidos no gabinete em 15.2.2017.
2. *Propaganda extemporânea caracteriza-se apenas na hipótese de pedido expresso de voto ou de ato que venha a afrontar a isonomia de chances e a higidez do pleito, nos termos do art. 36-A da Lei 9.504/1997 e de precedentes desta Corte, em especial o REspe 51-24/MG, rel. Min. Luiz Fux, de 18.10.2016.*
3. Agravo regimental não provido.
(AgR-REspe nº 22-26/MA, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7.3.2017, pendente de publicação – grifei.)

Portanto, nos termos da atual jurisprudência desta Corte Superior, a veiculação de mensagens com menção a possível candidatura, sem pedido explícito de votos, como ocorreu na espécie, não configura propaganda eleitoral extemporânea, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015.

No âmbito doutrinário, as lições contidas na obra *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*¹ traduzem abalizada compreensão acerca da sistemática introduzida pelo art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, com redação dada pela Lei nº 13.165/2015, com base nas seguintes reflexões:

Encorajar eventuais pré-candidatos a disfarçarem as suas posições políticas e projetos para não configurar propaganda antecipada seria, além de demagógico, colidente com a ideia de um debate robusto, desinibido e aberto sobre os fatores de escolha dos representantes. Por isso mesmo, a própria legislação aplicável autoriza, fora do período eleitoral, “a exposição de plataformas e projetos políticos”, a “divulgação de atos parlamentares e debates legislativos”, a “manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas” e a “promoção pessoal”. Não à toa, a minirreforma eleitoral de 2015 buscou evidenciar que salvo pedido explícito de voto, não configuram propaganda eleitoral antecipada a “menção a pretensa candidatura” e “a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”. [...]

Como é fácil perceber, no novo quadro normativo que regulará o pleito municipal de 2016, em que as campanhas terão duração reduzida e os políticos contarão com menor tempo de exposição de propaganda na TV e no rádio, há uma tendência natural ao favorecimento de candidatos já conhecidos do eleitorado, como os detentores de cargos políticos e as celebridades. A renovação política nesse cenário fica seriamente comprometida. Por isso,

¹ OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Ed. Fórum. 2017. Págs. 193-203.

o novo regramento referente aos atos praticados no período anterior ao início da campanha poderá, se interpretado e aplicado corretamente, garantir um maior equilíbrio na disputa, a partir da possibilidade de que, mesmo antes de 16 de agosto, pré-candidatos iniciem a sua promoção pessoal e a divulgação dos seus projetos e concepções políticas (desde que não haja pedido explícito de votos e que não se configure uma ofensa à paridade de armas). Também nesse período, é de se imaginar que os filiados e candidatos de fato com maior proximidade com a mídia tenham maior facilidade para se promoverem. Essa vantagem é, porém, inevitável. A flexibilização da propaganda antecipada poderá, ao menos, garantir ao cidadão comum que deseje participar da disputa eleitoral um tempo maior para tentar se fazer conhecido do público e se aproximar dos eleitores.

Isso não significa que não se possa ter como caracterizada a propaganda eleitoral antecipada em hipóteses nas quais se identifiquem elementos que traduzam o pedido explícito de votos. Mais uma vez recorrendo ao magistério da autora antes citada², à Justiça Eleitoral caberá a análise pormenorizada, à luz da utilização, na peça publicitária, de “palavras mágicas” como “vote em”, “vote contra”, “apoie”, “derrote”, “eleja”, ou outras expressões congêneres, a exemplo do que decidido por esta Corte no julgamento do AgR-AI nº 29-47/MG, de relatoria do e. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Por essas razões, com apoio na moderna interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, não há como impor aos recorrentes a sanção descrita no art. 36, § 3º, do referido diploma legal. (fls. 182-188)

Como assentado na decisão agravada, o entendimento adotado pelo Tribunal Regional, para reconhecer a ocorrência da propaganda eleitoral antecipada e, por conseguinte, afastar a incidência do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 ao caso concreto, encontra-se superado pela jurisprudência desta Corte e pela própria doutrina.

No ponto, reitero que, em julgado recente, este Tribunal Superior assentou que, “com a regra permissiva do art. 36-A da Lei nº 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa

² Obra citada. Pg. 194.

candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, *desde que não haja pedido expresse de voto*" (Rp nº 294-87/DF, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.3.2017 – grifei).

Deveras, o Tribunal *a quo* pautou-se, para fins da verificação da ocorrência de propaganda eleitoral irregular, na existência de determinados elementos no material propagandístico, ignorando, contudo, o fato de inexistir, na referida propaganda, qualquer pedido explícito de votos, requisito fundamental para a configuração da propaganda eleitoral extemporânea, a teor da nova redação do dispositivo legal supracitado e do atual entendimento jurisprudencial fixado por esta Corte acerca do tema.

Dessa forma, reitero que a veiculação de mensagens com menção a possível candidatura, sem pedido explícito de votos, como ocorreu na espécie, não configura propaganda eleitoral extemporânea, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015.

Ademais, consoante pontuado na decisão agravada, isso não significa que não se possa ter como caracterizada a propaganda eleitoral antecipada em hipóteses nas quais se identifiquem elementos que traduzam o pedido explícito de votos. Mais uma vez recorrendo ao magistério da autora antes citada³, à Justiça Eleitoral caberá a análise pormenorizada, à luz da utilização, na peça publicitária, de “palavras mágicas” como “vote em”, “vote contra”, “apoie”, “derrote”, “eleja”, ou outras expressões congêneres, a exemplo do que decidido por esta Corte no julgamento do AgR-AI nº 29-47/MG, de relatoria do e. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

In casu, tendo em vista o contexto em que foi utilizada, nem sequer a expressão “essa família apoia” caracteriza o pedido explícito de votos, como defende o agravante.

Com efeito, nesses casos, não se pode extrair do artefato publicitário uma expressão, ou mesmo uma frase, e analisá-la de forma isolada, como pretende o agravante. Mister que a propaganda seja analisada no todo, ou seja, levando-se em consideração o contexto e a forma como a expressão ou frase foi utilizada na propaganda eleitoral.

Por fim, anoto que melhor sorte não socorre o agravante no que concerne ao alegado dissídio jurisprudencial. Digo isso, porquanto o precedente por

³ Obra citada. Pg. 194.

ele indicado não guarda similitude fática com a hipótese dos autos, haja vista que as expressões utilizadas pelo candidato, naquele caso, tais como: “Posso contar com você? E você, votaria em mim? Poderia contar com [...] apoio?”, evidenciam de forma inequívoca o pedido explícito de voto, diversamente do que ocorreu na hipótese dos autos, como amplamente demonstrado.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, pergunto ao eminente relator se Sua Excelência mantém a decisão agravada, no sentido de compreender que, para configurar propaganda antecipada, há necessidade de pedido expresso de voto.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Eminente Ministro Edson Fachin, esse caso é interessante e não é a primeira vez que o Plenário delibera sobre o tema, que, inclusive, foi muito debatido em decisão recente.

A questão foi flexibilizada pela Lei nº 13.165/2015, que passou a exigir, na linha da nossa jurisprudência para as eleições anteriores, esse elemento objetivo do pedido expresso de voto.

Houve debate bastante acentuado e, salvo engano, o Doutor Nicolao Dino pediu a palavra para trazer achegas a essa questão, mas parece que nem há mais recorrido nessas situações em que não há possibilidade de extrair daquele contexto, com alguma objetividade, a caracterização de propaganda antecipada.

A intenção do Plenário era a de desenvolver a circulação de ideias e fazer um debate muito mais fértil no período pré-eleitoral, sobretudo no contexto de campanhas muito rápidas, curtas, que privilegiam candidatos já conhecidos. Então, o Tribunal optou por esse entendimento e, a partir de então, ajustei várias decisões monocráticas, sendo essa uma delas.

Entendo haver no momento um ambiente muito flexível, em nome da liberdade de expressão, até para viabilizar campanhas um pouco mais justas, em termos de igualdade de armas.

O DOUTOR NICOLAO DINO (Vice-Procurador-Geral Eleitoral): Senhor presidente, eu gostaria de esclarecer, já que o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto fez referência a nossa atuação na Procuradoria.

Efetivamente, tal como Sua Excelência mencionou, temos buscado fazer uma análise bem pontual, caso a caso, para verificar quando há situação de explicitação do pedido e quando a situação fica numa penumbra, em que não se consegue identificar o pedido expresso de voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Vice-Presidente no exercício da presidência): Nossa jurisprudência tem sido pacífica no sentido de que, para haver caracterização, deve haver pedido expresso de voto.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Já era assim, até que a Lei nº 13.165/2015 placitou esse entendimento e hoje o pedido expresso de voto está na lei.

A nossa jurisprudência ainda oscilou por um período e houve debate recente – com a participação da Ministra Rosa Weber e do Ministro Alexandre de Moraes – no sentido de que, com campanhas muito curtas, se o Tribunal não abrir espaço para esses debates antes do período eleitoral, fica muito injusta a competição. Foi nessa linha ideológica que o Tribunal indicou esse caminho, e, como bom soldado, eu o segui.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Vice-Presidente no exercício da presidência): Temos uma ideologia do minimalismo judicial nas eleições, para deixar que a democracia flua naturalmente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Talvez a preocupação seja como os candidatos podem se tornar conhecidos pelos eleitores. Isso é tão difícil, tão afunilado que nem surgem novas ideias. O debate que se travou naquela assentada foi nessa linha – não sei se especificamente no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: No caso concreto, há essa zona de penumbra para a qual o ilustre vice-procurador-geral eleitoral nos chama a atenção, de haver uma zona de interseção entre esses dois mundos que encontre equilíbrio. Isso é próprio de uma sociedade aberta, democrática e plural, com igualdade de possibilidades – ou, pelo menos, propiciando pleitos com essa característica.

Consta da petição inicial que os representados tinham adereços e placas de plástico em que estava escrito o nome, constava a foto e embaixo estava o dizer “pré-candidato a vereador”. A lei se refere à necessidade de pedido explícito, o que é diferente de pedido expresso.

Essa é a dúvida que daqui emergiu.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Ministro Edson Fachin, é interessante esse elemento trazido por Vossa Excelência, porque nossa legislação permite, inclusive, divulgação de pesquisa eleitoral no ano eleitoral, quando não há nem falar em convenções ou candidatura.

Realmente, essa zona de penumbra era gigantesca, e a jurisprudência trouxe esse elemento objetivo, que considero flexível em demasia. Parece que essa foi a régua que o Tribunal trouxe, justamente, para fazer o *discrímen*. Aqui, não há, pelo menos em meu entendimento, esse requisito presente.

VOTO (VENCIDO)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, como havia antecipado, esse tema está a merecer maior reflexão. Porém, diante desses dados fáticos trazidos agora pelo Ministro Edson Fachin, manifesto-me no sentido do entendimento de Sua Excelência, pedindo vênua ao relator.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, ouvi atentamente o brilhante voto do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e lembrava-me aqui da obra de Karl Popper, *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Um dos inimigos da sociedade aberta é a vigilância contra a expressão, contra a manifestação do pensamento. Isso é coisa da democracia também.

As pessoas podem se manifestar livremente, e devemos deixar de imaginar que o eleitor precisa ser tutelado. Ele precisa evoluir e treinar para filtrar as falsas informações e fazer suas escolhas com o maior índice

de liberdade possível. Se não fizermos assim, não chegaremos nunca a uma situação de equilíbrio e tal.

Vejam como o pedido explícito, ou o pedido expresso, é algo muito sutil de significar. Em minha terra, anos atrás, houve um candidato que era militar e, muito antes da campanha, ele dizia assim:

– Olha, este município precisa de um prefeito disciplinado e disciplinador, um homem de formação militar, que seja enérgico, que seja organizado. Eu não estou pedindo voto para ninguém, mas é preciso.

Ele estava ou não estava pedindo voto? Ele dizia que não, mas estava.

A meu ver, temos de flexibilizar esse posicionamento, pois talvez fiquemos amarrados ou restritos a certas concepções paradigmáticas que corresponderam a algo no tempo em que eu sequer tinha cabelos brancos.

Senhor Presidente, apreciei muito a ponderação da Ministra Rosa Weber, a respeito de refletir sobre o tema. E o Ministro Edson Fachin também fez ponderações preciosas. Precisamos mesmo refletir. Mas, sem desprezar essas reflexões importantes, inclino-me a acompanhar o voto do relator, que me parece ser mais receptivo a essas manifestações, mesmo em épocas não eleitorais.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhor Presidente, peço licença à divergência, aqui manifestada pela Ministra Rosa Weber, para acompanhar o relator.

Também eu entendo que, no momento, estamos diante de matéria fronteira e é preciso ser um pouco cartesiano em relação a ela. As decisões referidas pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, assim como a referência jurisprudencial citada do próprio Tribunal, como a da relatoria do Ministro Herman Benjamin, parecem encaminhar nesse sentido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, peço licença à divergência para acompanhar o relator. Preocupa-me o fato de

a Justiça Eleitoral ficar nesse campo do subjetivismo, porque temos de orientar a jurisdição, inclusive municipal e estadual.

Com relação aos atos, também me preocupam aqueles eventos próprios de campanha, que são grandiosos, porque têm percurso grande, o que acaba afetando outra baliza importante para a democracia, que é a igualdade de oportunidades. Assim, os que têm recursos acabam se prevalecendo disso e tendo maior exposição.

Quanto a esses eventos noticiados, eu pretendo ter uma visão um pouco mais atenta, a depender das circunstâncias que sejam trazidas na representação e análise do Ministério Público.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permitir, gostaria de fazer três observações, uma vez que suscitei esse tema e se percebe compreensão majoritária em sentido diverso.

Inspirei-me no que consta do relatório do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, citando precedente deste Tribunal Superior – AI nº 29-47 –, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em que, segundo consta, houve pedido explícito de votos. Teria dito Sua Excelência que:

O pedido explícito de votos não se configura somente quando veiculada a mensagem vote em mim, uma vez que há a possibilidade de que expressões com conteúdos diversos também possam representar tal pedido.

O Ministério Público se utilizou dessa parte na peça e sublinhou: “a depender do contexto em que são veiculadas ou proferidas”.

Eu tomei essa afirmação e fui ver a plaquinha. E lá dizia “pré-candidato”. Portanto, o art. 36-A da Lei nº 13.165/2015 parece que traduz uma mensagem democrática, em face da qual, se não há limite, não há liberdade. Uma liberdade sem limites é própria do voluntarismo do final do século XVIII e começo do século XIX.

O século XX e os albores do século XXI introduziram a responsabilidade ao lado da liberdade para evidenciar que o ser livre é aquele que obedece aos seus limites com consciência dessas limitações.

E, portanto, por essas razões, peço vênia ao eminente ministro relator para manter a divergência, acompanhando, na ordem da votação e com toda a honra, a Ministra Rosa Weber.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Ministro Edson Fachin, há uma plaquinha escrito 'pré-candidato'? Isso é um pedido explicitíssimo de voto!

Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permitir uma brevíssima intervenção, eu assento que pretendo alterar minha manifestação, pois, realmente, nesse contexto, eu penso que dificilmente podemos afirmar que não houve pedido de voto.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Eu também estou inclinado a mudar o meu voto.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Aliás, embaixo dessa placa, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, está escrito "essa família apoia". Provavelmente, onde se afixava a placa continha uma declaração de intenção eleitoral em um período, digamos, de defeso eleitoral, por assim dizer.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Vice-Presidente no exercício da presidência): Senhores Ministros, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: Nilson Solla e outro (Advogados: Christopher Rezende Guerra Aguiar – OAB: 203028/SP e outros).

Decisão: Após o voto do relator, negando provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado pelo Ministro Og Fernandes, e

os votos dos Ministros Luiz Edson Fachin e Rosa Weber, que davam provimento ao agravo, antecipou o pedido de vista o Ministro Luiz Fux.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente no exercício da presidência), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador Geral Eleitoral: Nicolao Dino.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Senhores Ministros, cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão do relator Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto que deu provimento ao recurso especial manejado por Nilson Solla (Padok) e Alcimar Militão de Araújo, para afastar a configuração de propaganda eleitoral extemporânea nas eleições de 2016 – consubstanciada na divulgação, por meio de placas, da pré-candidatura dos ora agravados, contendo nome, foto, número da legenda e a frase “essa família apoia” –, por não vislumbrar na espécie o pedido expresso de votos.

Nas razões do agravo regimental (fls. 191-195), o *Parquet* Eleitoral assevera que “a análise do conteúdo veiculado nas referidas placas, em cotejo com as hipóteses dos incisos I a VI do art. 36-A, indica que a mensagem nelas divulgada pelos agravados não se encontra resguardada por nenhuma das exceções legais, porque presente o pedido de votos mascarado na forma de apoio político” (fls. 194).

Prossegue afirmando que “trata-se de pedido explícito de voto, ainda que não mencionado tal vocábulo, tendo em vista o modo como foi confeccionada a divulgação publicitária, com ampla exposição do nome, fotografia e número de urna do pré-candidato” (fls. 194).

Nessa esteira, pondera que “seria irrazoável limitar a vedação legal a um pedido contido em uma única frase: ‘peço seu voto’. A explicitação do pedido pode ser veiculada por diversas formas, que devem ser examinadas no caso concreto” (fls. 194), como teria entendido esta Corte Superior no julgamento do AgR-AI nº 29-47.

Pleiteia o provimento do agravo, a fim de que o recurso especial eleitoral seja desprovido.

Na Sessão nº 90/2017, realizada em 29.8.2017, o relator negou provimento ao agravo regimental, assentando que a veiculação de mensagens com menção a possível candidatura, sem pedido explícito de votos, como ocorreu na espécie, não configura propaganda eleitoral extemporânea, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015 e da recente jurisprudência firmada por este Tribunal Superior acerca do tema.

Pontuou que cabe à Justiça Eleitoral a análise pormenorizada da publicidade, a fim de identificar elementos que traduzam o pedido explícito de votos, como a utilização de “palavras mágicas” como “vote em”, “vote contra”, “apoie”, “derrote”, “eleja”, ou outras expressões congêneres, a exemplo do que decidido por esta Corte no julgamento do AgR-AI nº 29-47/MG, de relatoria do e. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Após o voto do eminente relator, que foi acompanhado pelo Ministro Og Fernandes, os Ministros Luiz Edson Fachin e Rosa Weber proferiram voto divergente para dar provimento ao agravo regimental, por entenderem que os elementos contidos na peça publicitária consubstanciavam pedido explícito de voto.

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor exame do caso.

Amadurecidas minhas reflexões, trago-as à apreciação dos demais pares.

A questão controvertida que motivou o pedido de vista consiste em definir se a veiculação de pretensa candidatura por meio de peça publicitária, contendo foto e nome do pré-candidato, cargo e número da legenda partidária, pela qual anseia concorrer no futuro pleito, acompanhada da frase “essa família apoia”, configura (ou não) propaganda eleitoral antecipada, considerados os novos limites dispostos no art. 36-A da Lei nº 9.504/1997⁴.

⁴ LE. Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos

Antes, porém, de analisar o caso concreto, convém esclarecer que o art. 36, *caput*, da Lei das Eleições preconiza que a propaganda eleitoral somente é admitida após 15 de agosto do ano das eleições. A *ratio essendi* subjacente à vedação legal é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

A minirreforma eleitoral introduzida pela Lei nº 13.165/2015 amainou o conceito de propaganda eleitoral extemporânea, de modo que, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, “não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet”.

Anteriormente à referida alteração legal, este Tribunal Superior consolidara o entendimento de que haveria propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea quando, ainda que subliminarmente ou implicitamente, sem o pedido expresso de voto, se levasse ao conhecimento do público em geral plataformas, propostas e intenções políticas, se fizesse menção a pré-candidatura, a eleições vindouras e/ou se veiculasse a ideia de que o emissor/beneficiário da propaganda seria a pessoa mais bem preparada para exercer mandato eletivo.

Entretanto, diante da nova realidade normativa inserida pela Lei nº 13.165/2015, tal compreensão não mais prospera. Com efeito, a

de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015.)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do *caput*, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015.)

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015.)

menção a pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto.

Entende-se, pois, que o legislador eleitoral, ao alterar a norma do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 para vincular a configuração da propaganda *ante tempus* à explicitude do pedido de voto, estabeleceu a necessidade de que a manifestação quanto a esse pedido seja expressa, o que pressupõe uma mensagem clara e objetiva, a qual deve ser aferida no caso concreto.

Consentânea a tal entendimento, fixou-se a jurisprudência desta Corte Superior nos feitos referentes às eleições de 2016. Confira-se:

Eleições 2016. Recurso especial. Representação. Propaganda eleitoral antecipada (Lei das Eleições, art. 36-A). Divulgação de mensagem em *Facebook*. Enaltecimento de partido político. Menção à possível candidatura. Ausência de pedido explícito de votos. Não configuração. Legítimo exercício da liberdade jusfundamental de informação. Ultraje à legislação eleitoral não configurado. Recurso especial a que se dá provimento.

1. A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado democrático de direito, motivo por que o direito de expressar-se – e suas exteriorizações (informação e de imprensa) – ostenta uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

2. A proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016 – prelo).

3. A *ratio essendi* subjacente ao art. 36, *caput*, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

4. A ampla divulgação de ideias fora do período eleitoral propriamente dito se ancora em dois postulados fundamentais: no princípio republicano, materializado no dever de prestação de contas imposto aos agentes eleitos de difundirem atos parlamentares e seus projetos políticos à sociedade; e no direito conferido ao eleitor de acompanhar, de forma abrangente, as ideias, convicções, opiniões e plataformas políticas dos representantes eleitos e dos potenciais candidatos acerca dos mais variados temas debatidos na sociedade, de forma a orientar a formação de um juízo mais consciente e responsável, quando do exercício de seu *ius suffragii*.

5. A propaganda eleitoral extemporânea consubstancia, para assim ser caracterizada, ato atentatório à isonomia de chances, à higidez do pleito e à moralidade que devem presidir a competição eleitoral, de maneira que, não ocorrendo *in concreto* qualquer ultraje a essa axiologia subjacente, a mensagem veiculada encerrará livre e legítima forma de exteriorizar seu pensamento dentro dos limites tolerados pelas regras do jogo democrático.

6. O limite temporal às propagandas eleitorais encontra lastro no princípio da igualdade de oportunidades entre partidos e candidatos, de forma a maximizar três objetivos principais: (i) assegurar a todos os competidores um mesmo prazo para realizarem as atividades de captação de voto, (ii) mitigar o efeito da (inobjetável) assimetria de recursos econômicos na viabilidade das campanhas, no afã de combater a plutocratização sobre os resultados dos pleitos; e (iii) impedir que determinados competidores extraiam vantagens indevidas de seus cargos ou de seu acesso aos grandes veículos de mídia, antecipando, em consequência, a disputa eleitoral (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127-128 – prelo).

7. A menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto.

[...]

9. Recurso especial provido.

(REspe nº 51-24/MG, de minha relatoria, PSESS em 18.10.2016.)

In casu, o TRE/SP, debruçando-se sobre o conteúdo fático-probatório dos autos, manteve a condenação de cada um dos ora agravados ao pagamento de multa no valor de R\$15.000,00, por entender que a divulgação de pré-candidatura por meio de placas contendo foto e nome dos pretensos candidatos, com alusão ao número da legenda partidária e inscrição da frase “essa família apoia”, juntamente com as características

dos artefatos, consubstancia propaganda eleitoral antecipada. Eis alguns trechos do aresto regional (fls. 100-103):

Consta da inicial que os representados Nilson Solla “PADOK” e Alcimar Militão de Araújo “BOCA” teriam afixado em uma série de endereços placas de plástico resistente medindo 55cmx55cm, contendo, a seguinte inscrição:

BOCA (Foto)	PADOK (Foto)
PRÉ CANDIDATO VEREADOR CONTATO: FACEBOOK.COM/BOCABRINDES	PRÉ CANDIDATO A PREFEITO WWW.PADOK.COM.BR FACEBOOK/PADOKPK PTB 14
ESSA FAMÍLIA APOIA	

[...]

In casu, pela análise dos documentos acostados às fls. 09-11 e 35 e auto de constatação de fl. 08, denota-se que não se trata de mera menção de intenções de candidaturas, conforme alegam os recorrentes, eis que constituem artefatos que extrapolam os limites impostos pela legislação eleitoral.

Isso, porque, o seu conteúdo (nome + indicação da pré-candidatura + identificação partido, que por sua vez coincide com o número do candidato ao cargo de Prefeito), somado às características do artefato (tamanho – 55cm x 55cm, quantidade de placas distribuídas na cidade + material de boa resistência, vez que afixado em moldura de madeira, conforme se vê na foto de fl. 11) evidenciam que as placas ora em exame tratam-se de verdadeira propaganda eleitoral.

A partir dessas premissas fixadas no acórdão regional, não vislumbro elementos capazes de configurar a existência de propaganda eleitoral extemporânea, máxime porque não houve pedido expresso de votos no teor da publicidade veiculada, não constituindo, bem por isso, ato atentatório à isonomia de chances, à higidez do pleito e à moralidade que devem presidir a competição eleitoral.

Deveras, verifica-se que a divulgação de pretensa candidatura com utilização de foto e alusão ao cargo e ao número de legenda partidária não consubstancia pedido explícito de voto, mas, sim, constitui informação que está albergada pelas liberdades de expressão e informação, as

quais ostentam uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

Realço que a proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016 – prelo).

Nesse contexto, cito o seguinte precedente deste Tribunal no sentido de que, ausente o pedido explícito de voto, a menção à possível candidatura acompanhada de divulgação do número com o qual o pretendo candidato anseia concorrer no futuro pleito não consubstancia propaganda antecipada:

Eleições 2016. Agravo regimental em recurso especial. Representação. Procedência nas instâncias ordinárias. Propaganda eleitoral extemporânea. Art. 36-A da Lei 9.504/1997. Publicação de imagem em mídia social contendo número idêntico ao de futura candidatura. Ausência de pedido explícito de voto. Não configuração. Recurso especial provido para julgar improcedentes os pedidos formulados na representação e afastar a multa imposta. Argumentos do recurso inaptos para afastar os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido.

1. Na linha da recente jurisprudência do TSE, a referência à candidatura e a promoção pessoal dos pré-candidatos, desde que não haja pedido explícito de votos, não configuram propaganda extemporânea, nos termos da nova redação dada ao art. 36-A pela Lei 13.165/2015. Precedente: REspe 51-24/MG, rel. Min. Luiz Fux, publicado na sessão de 18.10.2016.

[...]

3. De acordo com o atual entendimento deste Tribunal Superior, *desde que inexistente pedido expresso de votos, a menção à possível candidatura, acompanhada da divulgação do número com o qual pretende concorrer o pré-candidato em rede social (Facebook), não configura propaganda eleitoral antecipada.* [Grifei.]

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 37-93/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 29.5.2017.)

Outrossim, entendo que a inscrição da frase “essa família apoia”, no contexto em foi utilizada na peça publicitária, não evidencia, de forma direta e inequívoca, o pedido explícito de voto, razão pela qual não se configura a propaganda eleitoral extemporânea.

Destaco que essa situação diverge da hipótese debatida no precedente AgR-AI nº 29-47⁵, de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, citado pelo ora agravante com o intuito de demonstrar similitude com o caso em apreço, haja vista que, naquela hipótese, a publicidade constituía propaganda eleitoral *ante tempus*, na medida em que as expressões utilizadas pelo candidato na publicidade (i.e. “Posso contar com você? E você, votaria em mim? Poderia contar com [...] apoio?”) evidenciavam claramente o pedido explícito de voto.

Ex positis, acompanho o voto do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto para negar provimento ao agravo regimental.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, esse caso, mesmo a partir do critério objetivo, é *borderline*.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Eu me animaria a pedir vista, porque tenho preocupação consequencialista dessa decisão: se com isso não inundaremos o Brasil de propagandas, de placas em residências, em todos os lugares, figurando o nome do candidato, o nome do partido e o número da legenda. E não teremos a aplicação de sanção em função de não haver pedido explícito de votos.

A minha pergunta: É necessário o pedido de voto? Tenho dificuldade de não acolher isso como propaganda eleitoral, porque, em período eleitoral, é o que se faz.

Eu peço vista dos autos para meditar sobre a matéria. Posso escutar outras manifestações a respeito para amadurecer o meu entendimento.

⁵ AgR-AI nº 2947/MT, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 30.6.2017.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Naquele momento, suscitei a divergência porque a compreensão que tenho do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, que incide na matéria, é que esse dispositivo tem determinada baliza e há limite para compreender se efetivamente existe típica manifestação de propaganda eleitoral, ou não.

Nesse caso, como o voto-vista do eminente Presidente acaba de evidenciar, consta uma série de endereços com placas de plástico resistente – há a medida delas – contendo a seguinte inscrição: “Boca – nome eleitoral, na verdade nome próprio –, pré-candidato, vereador – o contato, que era o Facebook – essa família apoia”.

Portanto, a questão aqui está em que verifiquemos do ponto de vista da compreensão do que a Lei nº 13.165/2015, em seu art. 36-A, dirige para essa realidade.

A rigor, no meu modo de ver – por isso abri divergência e deixo essa contribuição –, o *caput* do art. 36-A, apenas para rememorar, reza o que não configura propaganda eleitoral privada e dá um conjunto de circunstâncias.

O que é que não configura propaganda eleitoral antecipada e, portanto, não está vedado: participação em seminários, realização de encontros em ambientes fechados, divulgação de atos parlamentares, prévias partidárias, divulgação de posicionamento pessoal.

Portanto, é um regime de exceções que garante a liberdade de expressão de candidatos, inclusive a divulgação intrapartidária das respectivas convenções. Mas divulgação de placas, no meu modo de ver, desborda imensamente do limite legal fixado.

Então, creio que, neste momento, especialmente neste ano, a contribuição é no sentido de que essa baliza, claramente fixada, trará tranquilidade ao pleito eleitoral, à sanidade da democracia, com os limites que deve ter, porque só há liberdade onde há limite; onde não há limite, a rigor, o que vige mesmo é um difuso abuso de poder.

Portanto, peço todas as vênias à compreensão diversa. Deixo essa manifestação – como, aliás, o eminente ministro vistor já houvera encarecido. Apenas estou reiterando o que houvera dito ao abrir a divergência e expondo o ponto de vista que tenho em relação ao tema.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Além disso, há outra preocupação, o avanço no campo do abuso, porque os candidatos com maior poder aquisitivo terão mais valia nessa exposição antecipada, na fixação dessas placas que supostamente teriam sido produzidas pelo próprio dono da residência. No entanto, não é disso que se trata.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Naquela oportunidade, eu exatamente pedi vista para que fosse criado um critério pelo Tribunal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, nós travamos aqui um debate e fixamos a orientação exatamente na linha do voto que Vossa Excelência está trazendo. Ficamos atentos, nesse debate, à literalidade do pedido expresso de votos, à alteração legislativa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Porque era a jurisprudência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Eu, inclusive, passei a ressaltar meu ponto de vista e aplicar nas minhas decisões monocráticas essa orientação do Plenário – agora estou com os agravos regimentais e no aguardo do julgamento deste processo.

Somente relembro, ainda sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, que o tema voltou ao debate e Sua Excelência se manifestou também no sentido da preocupação com uma interpretação literal – porque nós sabemos que a comunicação se faz com o pedido expresso de votos, muitas vezes não pela palavra, mas pelo gestual, pela foto.

Então, considero muito oportuna a sugestão de Vossa Excelência de que agora definamos em definitivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Então, Ministro Admar Gonzaga, até me permito, depois de Vossa Excelência trazer a vista, debater para criarmos o critério objetivo de alterar a minha posição.

Peço também ao Ministro Edson Fachin, que trouxe um dado interessante, a *contrario sensu*, o que é permitido e o que não, como Vossa Excelência abriu a divergência, se possível, também, no acórdão, estabelecer um critério objetivo para ser utilizado.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, só para contribuir também com o debate, estou disposto, se for o caso, a refluir, mas na linha do que dissera o eminente Ministro Edson Fachin, na cabeça do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, parece-me que há duas situações autônomas, porque está assim disposto:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

Então, parece-me que esses incisos consubstanciam situações autônomas em relação ao restante do *caput*. Essa é a visão que tenho. Mas concordo *ipsis litteris* com o eminente presidente que esse caso não é bom para a fixação do precedente, porque, qualquer que seja a altura do “sarrafo”, o caso está praticamente em cima desse “sarrafo” quando esses elementos da causa indicam alguma explicitude, ainda que não expressa, para usar a expressão do eminente Ministro Edson Fachin.

Mas a lei, de fato, é feita nesse desiderato. Há uma intenção do legislador em permitir, nesse ambiente das pré-candidaturas, uma exposição mais acentuada de pessoas que, se não for assim, não terão condições de competir em igualdades de chances num período eleitoral muito sincrético, muito curto.

Então, todas essas nuances nos animaram, anteriormente, a tentarmos fixar uma baliza objetiva, mas a norma não ajuda e tampouco o caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): São as denominadas “escolhas trágicas”.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, posso fazer uma contribuição extraparte? Ao aludir à vedação de pedido explícito de votos, a norma admite o pedido implícito. Esse termo, esse adjetivo é absolutamente limitador das coisas. O pedido explícito não pode, mas o implícito pode. Porque se não pudesse o implícito, não teria sentido nenhum a propaganda.

Evidente que quando o sujeito aparece, expõe a sua figura, é claro que está pedindo implicitamente apoio. Então, quando dispõe “explícito”, exclui os outros, os implícitos, os subliminares, que não estão proibidos, pelo menos por essa norma. A não ser que uma norma proibitiva, uma norma sancionadora possa ter um dilargamento interpretativo.

Por outro lado, Senhor Presidente, na minha visão, a pré-campanha e a campanha são a festa democrática. Quanto mais pessoas participarem, melhor. Se uma pessoa coloca em sua casa “Apoio fulano de tal”, isso é a integração dele naquela campanha ou naquela pré-campanha – inclusive a pré-campanha se dirige também às convenções partidárias.

A pré-campanha pode não resultar em uma candidatura. Por exemplo, alguém que é inelegível pode fazer pré-campanha? Deixa de ser cidadão? O cidadão pode manifestar a preferência eleitoral em favor de quem ele quiser, o que não pode o candidato fazer é o pedido explícito de voto – explicitamente é um fator limitador do conceito de pedido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Ministro Admar Gonzaga, durma com esse barulho.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Sem problema algum.

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, vamos acolher esse tipo de publicidade quando verificarmos que essa publicidade, que foi espalhada tendo uma padronização não só do ponto de vista material, como também a respeito das expressões ali expostas, aí me parece que teremos uma campanha e não uma manifestação democrática espontânea.

É a preocupação que tenho, é a visão consequencialista, que eu disse, do que vai acontecer com o Brasil após a nossa decisão: quantas placas surgirão por aí de pessoas que têm poder econômico para tirar disso maior proveito e antecipar a sua exposição eleitoral?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): O mais importante, no meu modo de ver também, é a fixação do critério objetivo que defende o Tribunal, porque estamos em sede de recurso especial. Não vamos remexer fatos pacíficos e provas da primeira instância porque isso é o que gera a hiperjudicialização.

Se o documento comprovou que houve, está certo, nós podemos mudar a categorização jurídica dos fatos, mas, se formos avaliar agora se tem naquele bairro ou em outro bairro...

Temos de criar um critério objetivo para dizer o que os tribunais não devem aceitar. Dessa forma, se fixará uma tese que seja orientadora. A nossa função é essa, não analisar os fatos em si. Estamos cumprindo o nosso objetivo, ou seja, uniformizar a jurisprudência eleitoral.

EXTRATO DA ATA

AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: Nilson Solla e outro (Advogados: Christopher Rezende Guerra Aguiar – OAB: 203028/SP e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luiz Fux, acompanhando o relator, negando provimento ao agravo regimental, antecipou pedido de vista o Ministro Admar Gonzaga.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, trata-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 191-195) em face de decisão individual da lavra do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto (fls. 178-188) que deu provimento ao recurso especial apresentado por Nilson Solla e Alcimar Militão de Araújo, para reformar o acórdão regional e julgar improcedente a representação por propaganda eleitoral extemporânea por meio de placas distribuídas no Município de Várzea Paulista/SP.

Em sessão de 29.8.2017, o relator foi acompanhado pelo Ministro Og Fernandes, e, na sequência, os Ministros Luiz Edson Fachin e Rosa Weber

divergiram para dar provimento ao agravo regimental, sob o argumento de que os elementos contidos na peça publicitária consubstanciavam pedido explícito de voto. Na ocasião, sucedeu-se o pedido de vista do Ministro Luiz Fux .

Em sessão do dia 22.2.2018, o Ministro Luiz Fux acompanhou o relator negando provimento ao agravo regimental.

Pedi vista dos autos e, após examiná-los, trago-os para a continuidade do julgamento.

O órgão ministerial alegou, em suma, que:

a) a análise do conteúdo veiculado das peças publicitárias, em cotejo com as hipóteses descritas nos incisos I a VI do art. 36-A da Lei 9.504/1997, indica que a mensagem nelas divulgada pelos agravados não está resguardada pela por nenhuma das exceções legais, em razão do manifesto pedido de votos mascarado na forma de apoio político;

b) o pedido explícito de voto – ainda que não mencionado verbalmente – é evidente, tendo em vista o modo como foi confeccionada a divulgação publicitária, consistente na ampla exposição do nome, da fotografia e do número de urna do pré-candidato;

c) a aferição da existência do pedido de voto não pode ser realizada por critérios objetivos, porque esse procedimento exige trabalho hermenêutico mais criterioso, com a análise das circunstâncias em que a mensagem foi veiculada;

d) no caso, o conteúdo da peça publicitária com o nome, o número do partido, a definição do cargo e o pedido de apoio político consubstanciado em expressão de apoio familiar veiculado em várias placas dirigida a toda a população demonstra o desejo dos candidatos de obter o voto do eleitor;

e) deve ser mantida a condenação dos agravados pela prática de propaganda antecipada, nos termos do § 3º do art.36 da Lei 9.504/1997, pois a liberdade conferida ao pré-candidato não pode ser interpretada em prejuízo da isonomia da disputa, de modo a comprometer a lisura das eleições.

De início, assinalo que a autuação do feito deve ser atualizada, considerando que o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, na decisão de fls. 178-181, proveu, desde logo, o agravo e, ainda, o recurso especial dos representados.

Na anterior sessão em que foi apregoad o feito, os eminentes ministros concluíram pela necessidade da fixação de balizas que pudessem nortear o exame dos casos de propaganda eleitoral antecipada.

Antes de tudo, porém, reafirmo todos os fundamentos do voto que proferi no julgamento da RP 0601161-94, no sentido de que, com o advento da Lei 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei 9.504/1997, bem como considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/1997, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão à plataforma e a projetos políticos.

Também reitero que a decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda eleitoral, inclusive o art. 36-A da Lei 9.504/1997, deve considerar os direitos à livre manifestação de pensamento e à informação, bem como ser fundada em elementos objetivos demonstráveis nos autos. Afinal, trata-se da superação de dispositivo de lei, a qual não pode ocorrer por meio de instrumentos voluntaristas.

No entanto, também naquela ocasião, fui expresso ao consignar:

Não obstante, conforme asseverei no julgamento do AgR-AI 9-24, de relatoria do eminente Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, na sessão de 29.8.2017, *pretendo ter visão bem mais atenta no que se refere aos eventos próprios de campanha, grandiosos e que abrangem grande percurso, os quais afetam a importante baliza da democracia, que é a igualdade de oportunidades, pois aqueles que têm mais recursos acabam prevalecendo e tendo maior exposição.*

Também seriam passíveis de apuração situações de fraude à lei, nas quais o autor da mensagem, conquanto não veicule pedido explícito de voto, vise à burla do comando legal para, por exemplo, veicular propaganda que, mesmo em período eleitoral, seria vedada. Ainda seria possível apurar, sob essa perspectiva, a propaganda massiva, repetida, que se aproxime mais de campanha eleitoral do que de divulgação de ideias.

De igual sorte, além da questão relativa à antecipação da propaganda eleitoral, seria possível, em tese, os fatos serem examinados sob o ângulo do abuso, caso venha a ser constatada situação realmente grave a ponto de acarretar a quebra de igualdade entre candidaturas. (Grifo nosso.)

Nesse sentido, proponho os seguintes critérios que, a meu juízo, permitem a aferição dos casos de propaganda extemporânea de que trata o § 3º do art. 36 da Lei 9.504/1997, seja porque revelam contexto indicativo do caráter explícito do pedido, seja porque se aproximam a manifestação de ato típico de campanha, e não de lícita manifestação do pensamento, em autêntica fraude ao disposto no art. 36-A da mesma lei.

Tais critérios, que não têm necessariamente ordem de precedência, permitem ao julgador concluir, com maior segurança, pela eventual configuração da infração eleitoral. São eles:

i – *O teor e demais elementos extrínsecos da mensagem*, o que pode ser extraído do uso de nomes, *slogans* e expressões, do nome e do número do partido, de símbolos, de cores e de outros elementos identificadores de pré-candidatura.

Nesse ponto, deve-se atentar para o uso de expressões semanticamente similares ao pedido explícito de voto, palavras que remetam à captação de voto para possível candidato, e não à promoção ou à propagação de uma ideia qualquer, tais como: “eleja”, “apoie”, “digite na urna”, “Fulano para tal cargo”, “Beltrano é o melhor para tal local (circunscrição da eleição)”, “em xxyy (ano da eleição) é/vai dar/apoie Fulano”, entre outras expressões.

Assim, o requisito referente ao pedido *explícito de voto*, a que se refere o *caput* do art. 36-A da Lei 9.504/1997, poderá ser inferido não apenas de mensagem direta (“vote em”, “peço o seu voto”), mas também de *contexto conceitual explícito* que não deixe dúvida razoável acerca da intenção de captar voto.

Esse conceito foi mencionado pelo eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho no julgamento do AgR-REspe 10-87, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 1º.3.2018, em que Sua Excelência alertou para o eventual uso de palavras ditas “mágicas” que remetam diretamente à intenção de captar o voto do eleitor.

ii – *O meio em que foi realizada a suposta propaganda*, com maior relevância para hipóteses de uso de adesivos, placas, plotagens, santinhos etc. (meios físicos) e, com ainda mais intensidade, para o uso de modalidades proibidas durante a campanha eleitoral, a exemplo de veiculação de *outdoors* e divulgação mediante uso de brindes para o eleitor (camisetas, canetas, copos, chaveiros etc.).

Isso porque fere a lógica mais comezinha que o potencial candidato disponha de maior liberdade e mais amplitude para impulsionar eventual candidatura, em período dito “não eleitoral”, do que teria a partir do dia 15 de agosto do ano da eleição, em que a propaganda eleitoral é plenamente permitida (art. 36, *caput*, da Lei 9.504/1997).

Também contrasta com a integridade do ordenamento jurídico que práticas peremptoriamente vedadas no período eleitoral sejam permitidas a potenciais candidatos em momento anterior ao marco descrito no dispositivo legal supracitado.

Por outro lado, isso não significa recuo ou reformulação na jurisprudência desta Corte que permite, por exemplo, uso de *outdoors* para a veiculação de mensagens *sem a mínima conotação eleitoral*, ainda que de autoria de candidatos ou ocupantes de mandatos⁶.

Por essa razão, aliás, é necessário que o critério em destaque seja avaliado em conjunto com os demais, notadamente o teor e os demais elementos extrínsecos da mensagem, de modo a aferir se a mensagem se trata efetivamente de propaganda extemporânea ou se é mera circulação de ideias.

iii – *A reiteração da conduta, o período de veiculação, a dimensão, o custo, a exploração comercial (ou confecção rudimentar), o impacto social e a abrangência quanto ao fato apurado.*

Na linha do que esclareci no início deste voto e também por ocasião do julgamento da RP 0601161-94, de minha relatoria, afigura-se possível apurar, sob a perspectiva de eventual propaganda eleitoral extemporânea, a propaganda massiva, repetida, com alto custo e de grande abrangência, que se aproxime mais de campanha eleitoral do que de divulgação de ideias.

Afinal, em regra, os cidadãos sem pretensão eleitoral evidente, conquanto dispostos a demonstrar o apreço ou o desapreço em relação a certo partido ou potencial candidato, não direcionam vultosos recursos ou utilizam meios de divulgação grandiosos para a mera veiculação de uma ideia.

⁶ AgR-REspe 26.065, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 24.10.2006; AgR-AI 7.271, rel. Min. Gerardo Grossi, *DJ* de 2.5.2007; ED-AI 10.010, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 1º.2.2010; AgR-REspe 63-60, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 29.10.2013; AgR-AI 13-05, rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 10.12.2013; e AgR-REspe 1462-56, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 8.8.2017.

O ordinário é que apenas cidadãos diretamente beneficiados pela promoção da própria figura, ou seja, os pretensos pré-candidatos, realizem propagandas de alta dimensão, extremamente custosas e com grande abrangência, de modo a desequilibrar, já antemão, o equilíbrio da disputa.

No ponto, cito o entendimento, no REspe 51-24, de relatoria do Ministro Luiz Fux, PSESS em 18.10.2016, no sentido de que “a *ratio essendi* subjacente ao art. 36, *caput*, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral” (grifo nosso).

Na mesma ocasião, assentou-se: “O limite temporal às propagandas eleitorais encontra lastro no princípio da igualdade de oportunidades entre partidos e candidatos, de forma a maximizar três objetivos principais: (i) *assegurar a todos os competidores um mesmo prazo para realizarem as atividades de captação de voto*, (ii) **mitigar o efeito da (inobjetável) assimetria de recursos econômicos na viabilidade das campanhas**, no afã de combater a plutocratização sobre os resultados dos pleitos; e (iii) **impedir que determinados competidores extraiam vantagens indevidas de seus cargos ou de seu acesso aos grandes veículos de mídia, antecipando, em consequência, a disputa eleitoral** (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127-128 – prelo)”.

Com vistas precisamente a resguardar os objetivos mencionados por Sua Excelência é que se deve ter especial atenção para os artefatos publicitários utilizados em propaganda institucional, ainda que fora do período crítico, ante a sua abrangência, impacto social e potencial de afetar o equilíbrio da disputa.

Por fim, ainda sobre esse critério, importa consignar que não se trata de exigir, para caracterização da propaganda extemporânea, o potencial para desequilibrar o pleito. Afinal, há muito esta Corte já decidiu que, “para fins de caracterização de propaganda eleitoral não se perquire de potencialidade para desequilibrar o pleito” (R-Rp 2955-49, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 1º.8.2011).

A reiteração da propaganda, a massividade, ou mesmo o potencial impacto da propaganda somente são relevantes quando aproximem o magistrado, após a adoção dos parâmetros já explicitados e de outros eventualmente aplicáveis, do juízo de certeza acerca de se se trata de proscrita antecipação de campanha ou se é legítimo exercício do direito à liberdade de expressão.

iv – *A condição do autor do fato*, se pré-candidato ou eleitor que manifesta sua preferência, em ambiente de mera manifestação de pensamento.

Conforme já me manifestei em outras ocasiões, a evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema tem como vetor o direito político à participação, inerente ao regime democrático, e o direito humano e fundamental à liberdade de expressão, de modo a possibilitar à ampla gama de atores políticos (cidadãos, pré-candidatos, órgãos de comunicação social, partidos, entidades sociais diversas etc.) a manifestação acerca de assuntos de interesse político-eleitoral, ainda que na forma de elogios ou críticas a determinadas ações públicas ou a certas pessoas, mandatárias ou não.

No entanto, havendo controvérsia acerca do caráter explícito do pedido de voto constante de certa mensagem, deve ser considerada a condição pessoal do emitente e o respectivo interesse na divulgação do artefato de propaganda. Se esse interesse se aproximar da antecipação de campanha, da captação de votos, decerto haverá o ilícito de que trata o art. 36, § 3º, da Lei 9.504/1997.

É de se dizer: caberá ao magistrado perscrutar qual o interesse imediato e qual o benefício auferível pelo autor da mensagem, a fim de dissociar o mero exercício da liberdade de expressão de manifestações outras, típicas de campanha.

Em primeiro lugar, deve-se conferir papel destacado aos órgãos de imprensa, notadamente os da imprensa escrita, os quais gozam de ampla liberdade, nos termos do art. 220 da Constituição da República.

Com efeito, acerca do tema, esta Corte já decidiu: “Tratando-se de imprensa escrita, admite-se maior liberdade na manifestação a respeito de temas de interesse público, inclusive por meio de críticas ou referências elogiosas a agentes políticos, ressalvando-se, por óbvio, os casos graves ou reveladores de abuso” (AgR-REspe 18-09, rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 13.10.2015).

Além disso, em processo que tratou de ilícito ainda mais grave, em tese mais danoso à normalidade do pleito e à igualdade de chances, este Tribunal assentou que “os veículos impressos de comunicação podem assumir posição favorável em relação a determinada candidatura, inclusive divulgando atos de campanha e atividades parlamentares, sem que isso caracterize por si só uso indevido dos meios de comunicação social, devendo ser punidos pela Justiça Eleitoral os eventuais excessos” (REspe 468-22, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 16.6.2014).

Assim, em regra, os veículos de comunicação, especialmente aqueles não sujeitos a regime de concessão, podem veicular livremente mensagens acerca de fatos político-eleitorais, em qualquer forma.

No entanto, o Poder Judiciário Eleitoral deve ficar atento a situações de captação da liberdade do veículo de imprensa pelo poder econômico ou pelo poder político, situação que evidentemente não está albergada pelos comandos insculpidos nos arts. 5º, IX, e 220 da Constituição Federal.

Além dos órgãos de imprensa, devem ter tratamento privilegiado as entidades da sociedade civil, a exemplo de sindicatos, associações e órgãos desse jaez, de modo a admitir maior liberdade de expressão, desde que a manifestação de cunho político-eleitoral tenha pertinência com suas finalidades.

Nessa linha, seria admissível, por exemplo, que determinada associação de juízes manifeste o seu apreço ou desapeço em relação à atuação de parlamentares que tratassem de temas sensíveis à magistratura. Da mesma forma, associação de contribuintes poderia, em tese, adotar postura abertamente crítica a mandatários que pratiquem atos contrários aos seus interesses.

Enfim, tratando-se de mensagens emitidas por essas entidades, a eventual restrição ao debate por meio da representação de propaganda eleitoral extemporânea deve ser marcada pela autocontenção judicial, ou seja, apenas em contextos explícitos, sem maiores dúvidas, reveladores da ilicitude.

Do mesmo modo, o eleitor, como principal ator do processo político, deve ter ampla possibilidade de participar do debate democrático, ainda que mediante manifestações de apoio diversas (a ideias, candidatos e propostas) ou críticas (mesmo as ácidas).

Por outro lado, no caso de manifestações dos candidatos, sobressai o exame antes delineado, a saber: qual o interesse na divulgação do artefato de propaganda, se está mais próximo da antecipação de campanha ou de mera divulgação de ideia? Ordinariamente, mensagens autopromocionais de candidatos tendem à captação antecipada de votos, e não propriamente à livre manifestação.

Assim, em síntese, entendo que cumpre a este Tribunal sinalizar aos demais órgãos da Justiça Eleitoral que observem os seguintes critérios para a análise da propaganda eleitoral antecipada:

a) seguindo a evolução legislativa e jurisprudencial a respeito do tema, a propaganda eleitoral antecipada somente ocorre quando existente pedido explícito de voto, aferível ainda que no contexto da propaganda;

b) o exame do caráter explícito do pedido de voto pode ser orientado, entre outros critérios, tais como:

- i. o teor e os demais elementos extrínsecos da mensagem;
- ii. o meio em que foi realizada a suposta propaganda;
- iii. a reiteração da conduta, o período de veiculação, a dimensão, o custo, a exploração comercial (ou confecção rudimentar), o impacto social e a abrangência quanto ao fato apurado;
- iv. a condição do autor do fato;

c) atos de mera promoção pessoal, elogios, críticas, exposição de ideias, menção à possível candidatura, entrevistas, entre outros atos, sem pedido explícito de voto, não são suficientes, por si só, para ensejar a extemporaneidade da propaganda;

d) o afastamento da ressalva de que trata o art. 36-A da Lei 9.504/1997, que permite, entre outros atos, a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, demanda exame detido do caso e fundamentação qualificada pelo órgão julgador;

e) a decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda deve considerar os direitos à livre manifestação de pensamento e à informação.

Fixadas essas balizas, passo ao exame do caso dos autos.

Constou do acórdão regional (fls. 100-101):

Consta da inicial que os representados Nilson Solla – “PADOK” e Alcimar Militão de Araújo “BOCA” teriam afixado em uma série de endereços placas de plástico resistente medindo 55cmx55cm, contendo a seguinte inscrição:

BOCA (Foto)	PADOK (Foto)
PRÉ CANDIDATO VEREADOR CONTATO: FACEBOOK.COM/BOCABRINDES	PRÉ CANDIDATO A PREFEITO WWW.PADOK.COM.BR FACEBOOK/PADOK PTB 14
ESSA FAMÍLIA APOIA	

Este Tribunal confirmou a sentença do juízo eleitoral, por entender evidenciada a propaganda eleitoral extemporânea, na qual, inclusive, o relator do Tribunal *a quo* adotou a manifestação da Procuradoria Regional Eleitoral no sentido de que “Nilson Solla elaborou quase uma dezena de modelos de cartazes diferentes, distribuindo-os em vários pontos da cidade” (fl. 100). Anoto, também, que a multa foi imposta acima do mínimo legal, qual seja, R\$15.000,00.

Pelo que se depreende da moldura fática do acórdão, os próprios pré-candidatos (autoria) fizeram veicular uma série de placas de plástico (reiteração e massividade), com mensagem na qual constam símbolos distintivos eleitorais, tais como o possível nome de urna, cargo em disputa, sigla partidária e número do partido, e mensagem reveladora de apoio a essa pretensão de pré-candidatura.

Não há, no caso, mera divulgação de ideias, ou mesmo de propostas, mas o uso reiterado de instrumentos típicos de campanha eleitoral, o que afasta o contexto fático em referência da ressalva de que trata o art. 36-A da Lei 9.504/1997.

Por essas razões, rogando as mais respeitosas vênias ao eminente relator e àqueles que subscreveram o voto de Sua Excelência, acompanho a divergência manifestada pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, nos termos dos fundamentos acima, para dar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público e, por conseguinte, negar provimento ao recurso especial de Nilson Solla e Alcimar Militão de Araújo, mantendo a procedência da representação, por propaganda eleitoral antecipada, e a consequente multa de R\$15.000,00 imposta aos representados pelas instâncias ordinárias.

Voto, ainda, no sentido de que seja atualizada a autuação do feito como recurso especial, em face do teor da decisão do relator às fls. 178-181.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, gostaria de mencionar apenas uma questão.

Estamos correndo um risco real de exarmos decisões contraditórias nos dois processos que estão sendo objeto de apreciação na assentada [AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e AgR-REspe nº 43-46.2016.6.25.0009/SE, rel. Min. Jorge Mussi].

Na realidade, o que está em debate é a interpretação do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. A jurisprudência caminhava no sentido de coibir a chamada propaganda subliminar, no entanto, veio a legislação nova e desfez essa nossa compreensão de maneira bastante clara: o artigo 36-A exclui a caracterização de propaganda antecipada quando não há pedido explícito de voto.

E nós invocamos, no julgamento originário, doutrina da Doutora Aline Osório, dentre outras, no sentido de que encorajar eventuais pré-candidatos a disfarçarem as suas posições políticas e projetos para não configurar propaganda eleitoral seria, além de demagógico, colidente com a ideia de um debate robusto, desinibido e aberto sobre os fatores de escolha dos representantes, mormente nesse período pré-eleitoral, que está relacionado a uma campanha de tiro curto.

Então, há efetivamente duas posições a tomar. Os critérios objetivos do Ministro Admar Gonzaga vêm em boa hora, mas eles não chegam a erradicar o problema, que é o conteúdo jurídico da expressão “pedido explícito de voto”. Se o pedido explícito pode ser exigido somente quando verbalizado totalmente ou quando poderíamos extraí-lo do contexto, o que seria voltar ao período anterior a essa modificação legislativa. Estaríamos produzindo uma jurisprudência reativa a uma lei reativa a nossa jurisprudência original.

Então, estamos diante de uma encruzilhada e, na soma desses dois processos, dos quóruns, pelo que entendo, estamos correndo o risco real de ocorrer um mesmo resultado de quatro votos a três nos dois processos, com teses diametralmente opostas.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Mas as condutas são distintas. Estou divergindo de Vossa Excelência por entender que a propaganda, tal

como produzida, com dísticos de campanha, com o número do candidato, o formato e a produção padronizada, começar a “brotar” das casas das pessoas, quando no período eleitoral, isso não é possível.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eu compreendi, Ministro Admar Gonzaga. Mas, de toda forma, em um ou em outro caso, não há pedido explícito de votos nessa perspectiva literal, que podemos acolher ou não.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Mas eu não trato da perspectiva literal.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Mas, no caso específico, se não me falha a memória, até fiz alusão a não ser um caso bom, porque era uma caso limítrofe.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Eu lembro.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Além dessas expressões todas, havia também a expressão que nos deixava um pouco inseguros, “essa família apoia”.

Então, não era nem um pedido do próprio candidato, e sim de um terceiro. Porque, naquele material, a que Vossa Excelência faz menção – que era um artefato de plástico –, tinha alusão a pré-candidato, a partido, etc., como tinha também em letras bem grandes “essa família apoia”, como se fosse uma manifestação pessoal de um pré-eleitor, e não uma propaganda antecipada de um pré-candidato.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Mas isso é um engodo. É um “passa moleque” na Justiça Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Mas, de toda forma, acredito que nossa intenção, como tribunal superior, não é a de resolver a matéria no varejo.

O importante é fixar a tese. As teses estão colocadas e seria importante padronizarmos uma decisão que não fosse por quatro votos a três nos dois processos, na mesma sessão. A mensagem de uniformização de jurisprudência seria nenhuma.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Senhores Ministros, eu, na qualidade de Presidente, e tendo responsabilidade sobre a fixação dessa tese, peço vista dos dois processos [AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e AgR-REspe nº 43-46.2016.6.25.0009/SE, rel. Min. Jorge Mussi].

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Temos de definir se “pedido explícito de voto” pode ser interpretado a partir de outros elementos, que não apenas mensagens como “vote em fulano”, “por favor, vote em mim”.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto tem um critério de inferência de expressões.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA CARVALHO NETO: Por lealdade, eu devo dizer que a expressão não é minha, é da doutrina da eminente Professora Aline Osório, que tem uma obra de referência sobre liberdade de expressão. Ela usa a doutrina das palavras mágicas, relaciona algumas palavras como mágicas para inferir essa explicitação.

O que é muito importante assinalar é que essa lei é “dolosa”. É uma lei para permitir, em uma campanha de tiro curto, a geração de candidaturas viáveis. Em 45 dias, espaço que antecede o período eleitoral, se esse não for um espaço de liberdade, plena, total e irrestrita, não haverá competição. Nesse período é impossível bater um candidato que seja conhecido por outros meios de comunicação. Esse é o ponto.

Se não me falha a memória, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Alexandre de Moraes já desenvolveram votos brilhantes nessa linha. A lei trouxe uma linguagem inequívoca, justamente para desfazer a ambiguidade da nossa jurisprudência. E então criamos uma nova ambiguidade em reação a essa lei? Esse é o problema.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Esse é o motivo que levou o Ministro Herman Benjamin, na decisão monocrática, a negar seguimento – decisão que depois foi referendada pelo Ministro Jorge Mussi. Não havia pedido explícito. Em um primeiro momento, nós fomos bastante rígidos, exigindo pedido explícito de voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Em uma deferência, o Legislativo pronunciou qual é a regra do jogo. É preciso saber, sem declarar a inconstitucionalidade, se é aplicável essa regra.

No meu modo de ver, a melhor solução é pedir vista dos dois processos.

EXTRATO DA ATA

AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: Nilson Solla e outro. Advogados: Christopher Rezende Guerra Aguiar – OAB: 203028/SP e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos do Ministro Admar Gonzaga e do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, dando provimento ao agravo regimental, acompanhando o Ministro Edson Fachin, que iniciou a divergência, pediu vista o Ministro Luiz Fux.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, cuida-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público Eleitoral em face de decisão mediante a qual o eminente Ministro Relator Tarcisio Vieira de Carvalho Neto deu provimento ao recurso especial de Nilson Solla e Alcimar Militão de Araújo, para reformar o acórdão do TRE/SP e julgar improcedente a representação por propaganda eleitoral extemporânea, afastando a multa imposta.

Em sua decisão, o relator assentou que o Tribunal Regional contrariou a jurisprudência desta Corte Superior, ao considerar configurada a prática de propaganda eleitoral extemporânea, a despeito da mensagem veiculada pelos recorrentes não conter pedido explícito de votos. Nesse sentido, sustentou que, “nos termos da atual jurisprudência desta Corte Superior, a veiculação de mensagens com menção a possível candidatura,

sem pedido explícito de votos, como ocorreu na espécie, não configura propaganda eleitoral extemporânea, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015” (fls. 186-187).

No agravo, o Ministério Público afirma que “o TRE/SP acertadamente concluiu tratar-se de verdadeira propaganda eleitoral extemporânea, uma vez que a publicidade veiculada, além de não consistir em mera menção de intenções de candidaturas, poderia, sim, desequilibrar a campanha eleitoral, em razão do conteúdo divulgado e das características do artefato impugnado” (fls. 193).

Sustenta haver, na espécie, “[...] pedido explícito de voto, ainda que não mencionado tal vocábulo, tendo em vista o modo como foi confeccionada a divulgação publicitária, com ampla exposição do nome, fotografia e número de urna do pré-candidato. A rigor, a aferição de que houve ou não pedido de voto não pode ser realizada por critérios objetivos. Exige-se um trabalho hermenêutico mais criterioso, com a análise das circunstâncias em que a mensagem foi veiculada” (fls. 194).

Ainda nesse sentido, defende que “seria irrazoável limitar a vedação legal a um pedido contido em uma única frase: ‘peço o seu voto’. A explicitação do pedido pode ser veiculada por diversas formas, que devem ser examinadas no caso concreto” (fls. 194).

Sobre o caso, afirma que “o nome, o número do partido, a definição do cargo, e o pedido de apoio político, consubstanciado na expressão ‘essa família apoia’, em uma propaganda veiculada em várias placas, dirigida a toda população, não demonstra outra finalidade senão o desejo dos candidatos de obter o voto do eleitor” (fls. 195).

Em sessão realizada no dia 29.8.2017, o voto encaminhado pelo eminente relator foi acompanhado pelo Ministro Og Fernandes. Em seguida, os Ministros Luiz Edson Fachin e Rosa Weber divergiram, para dar provimento ao agravo regimental, por acreditarem que os elementos contidos na peça publicitária caracterizavam pedido explícito de votos. Apresentei, então, um pedido de vista.

Na sessão do dia 22.2.2018, acompanhei o relator, surgindo, então, um novo pedido de vista por parte do Ministro Admar Gonzaga Neto.

Atento à necessidade de fixação de balizas tendentes ao norteamento do exame dos casos de propaganda eleitoral extemporânea, o Ministro Admar Gonzaga encaminhou, na sessão de 24.5.2018, voto alinhado à

tese divergente, do qual consta um conjunto de critérios para a aferição da existência de propaganda prematura, nos termos da legislação vigente. São eles, em síntese:

a) a propaganda eleitoral antecipada somente ocorre quando existente pedido explícito de voto, o qual pode ser aferido pelo contexto em que se desenvolve o ato ou estratégia de propaganda;

b) o exame do caráter explícito do pedido de voto pode ser orientado, entre outros critérios, a partir:

- i. do teor e demais elementos extrínsecos da mensagem;
- ii. do meio em que foi realizada a suposta propaganda;
- iii. da reiteração da conduta, do período de veiculação, da dimensão, do custo, da existência de exploração comercial (ou confecção rudimentar), do impacto social ou da abrangência da divulgação apurada; e
- iv. da condição do autor do fato.

c) atos de mera promoção pessoal, elogios, críticas, exposição de ideias, menção à possível candidatura, entrevistas, entre outros atos, sem pedido explícito de voto, não são suficientes, por si só, para ensejar a extemporaneidade da propaganda;

d) o afastamento da ressalva de que trata o art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, que permite, entre outros atos, a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos demanda exame detido do caso e fundamentação qualificada pelo órgão julgador; e

e) a decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda deve considerar os direitos à livre manifestação do pensamento e à informação.

Amadurecidas minhas reflexões, trago-as à apreciação dos pares.

Ab initio, *antecipo a intenção de ratificar o voto anteriormente proferido*, por meio do qual acompanho o eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

Esclareço, a propósito, que meu pedido de vista guarda a intenção específica de examinar, com maior parcimônia, os critérios aventados pelo Min. Admar Gonzaga Neto, a fim de assegurar que a discussão em torno da propaganda eleitoral antecipada a ser travada no seio deste Tribunal mantenha um estrito respeito ao arranjo normativo ordinário

posto e, especialmente, ao modelo constitucional vigente, propiciando, ademais, a necessária uniformização da jurisprudência acerca do tema, evitando o indesejável estado de insegurança derivado da aplicação de uma hermenêutica oscilante.

Com esse espírito, consigno que, sob uma perspectiva constitucional, a questão relativa à propaganda prematura pode ser vista a partir de altas garantias *aparentemente* antagônicas: de um lado, a *liberdade de expressão* e o *direito à informação*; de outro, a *igualdade de oportunidades entre os candidatos* e a *competitividade das eleições*.

Acredito que a solução da hipótese em discussão demanda um exame mais profundo a respeito de tais temas, inclusive para que se vençam percepções equivocadas que sugerem que os preceitos apontados se encontram em confronto.

Proponho-me a fazê-lo trazendo à baila, *com o esboço de qualificar o debate*, algumas considerações sobre o direito e a jurisprudência inter e transnacionais, as quais subsidiam as *premissas teóricas* subsequentes.

1. A liberdade de expressão no contexto das campanhas eleitorais

Em minha atuação como Ministro desta Corte, tenho constantemente destacado que, no Direito Eleitoral, o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência às liberdades de expressão e de pensamento. Neste cenário, recomenda-se a *intervenção mínima do Judiciário nas manifestações próprias da vida democrática e do embate eleitoral*, sob pena de se tolher, substancialmente, o conteúdo da liberdade de expressão.

Deveras, a Justiça Eleitoral deve se abster de impedir “que os indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas convicções políticas”, notadamente porque toda visão paternalista, nesse campo, revela-se “intrinsecamente incompatível com a democracia, uma vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como ‘eternas crianças imaturas’” (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 221, com referência ao parecer de Sepúlveda Pertence, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral, nos Mandados de Segurança nº 984, 997 e 1.008, de 26.10.1988).

Nesse diapasão, data de quase dois séculos a ainda pertinente argumentação de *Tocqueville*, colhida de suas indispensáveis observações acerca de um modelo demo-liberal em construção. Em suas palavras:

Quando se concede a cada um o direito de governar a sociedade, é preciso reconhecer a capacidade de escolher entre as diversas opiniões que agitam os seus contemporâneos, e de apreciar os diferentes fatos, cujo conhecimento pode guiá-lo no desempenho de suas funções. A soberania do povo e a liberdade da palavra são, pois, duas coisas inteiramente correlativas; a censura e o sufrágio universal, pelo contrário, são duas coisas que se contradizem e não podem coexistir por muito tempo nas instituições políticas de um povo (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 161).

No âmbito político-eleitoral, a proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada por óbvias razões: *os cidadãos devem ser informados da variedade e da riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a paridade da disputa* (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-119).

No campo da comunicação política, então, a livre circulação de ideias e opiniões deve prosperar, em definitivo, porque *a democracia se desenvolve sob a crença no valor do diálogo* e sob a premissa de que os sujeitos participantes gozam de capacidade intelectual para tomar parte, em condições de igualdade, das circunstâncias relativas aos assuntos que conclamam uma atenção comum (PERROUX, citado por BURGUERA AMEAVE. *Democracia Electoral: Comunicación y Poder*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 33)⁷.

⁷ Nessa trilha: "Uma sociedade justa deve tratar igualmente todos os seus cidadãos com capacidade eleitoral ativa, não sendo mais concebível – para uma democracia já mais desenvolvida – uma tutela exacerbada do eleitor. 'O Estado ofende os seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convecções perigosas ou desagradáveis' [Dworkin]. A decisão final sobre o voto e a avaliação do candidato é sempre definida pelo eleitor, é ele quem realiza o processo decisório, cabendo à justiça eleitoral investigar, cessar e punir abusos da liberdade, mas não restringir a propaganda eleitoral". GONÇALVES, Guilherme de Salles. "A defesa da igualdade de chances e da legitimidade do exercício do sufrágio passivo, o direito à disputa justa e um (novo?) prazo para a interposição da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) diante da reforma eleitoral da Lei n. 13.165/2015: uma questão de respeito à democracia". In: COSTA, Daniel Castro G. da; ROLLEMBERG, Gabriela; KUFA, Karina; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Tópicos Avançados de Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 441.

Como consequência, a lógica da disputa democrática conduz à conclusão de que o *Poder Judiciário só pode “[...] interferir na relação direta que deve existir entre o eleitor e o candidato quando isso se fizer realmente necessário”*, inclusive porque *a autocontenção judicial colabora com “o processo de formação da vontade livre do povo”* (GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. As eleições municipais e o processo da democracia. *Revista Consultor Jurídico*, 17.9.2012, coluna “Constituição e Poder”).

Nesse diapasão, chamo a atenção para o fato de que o *Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera violadoras da liberdade de expressão interpretações excessivamente rígidas sobre as normas de propaganda*, para o fim de rechaçar a aplicação de punições em virtude de atos publicitários que, pela dimensão, não alterem o necessário equilíbrio entre as oportunidades dos diversos candidatos (TEDH, *Bowman vs. Reino Unido*, de 19 de fevereiro de 1998). Com efeito, o Tribunal de Estrasburgo sugere que, em geral, “[...] um maior nível de liberdade de expressão redunde em eleições mais livres, enquanto que, ao inverso, restrições excessivas ou injustificadas sobre o discurso soem ensejar processos com mais baixa qualidade democrática” (tradução livre).

Bem a propósito, a importância da liberdade de expressão para os fins do processo democrático é frequentemente salientada pela jurisprudência das cortes internacionais, valendo mencionar, entre tantos, os casos *Ricardo Canese vs. Paraguai*⁸ (*Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2004), *Lingens vs. Áustria*, *Mathieu-Mohin e Clerfayt vs. Bélgica* e *Partido Comunista Unido da Turquia vs. Turquia*⁹ (*Tribunal*

⁸ “El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí” (CIDH – Ricardo Canese vs. Paraguai, 2004 – grifo nosso).

⁹ “Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático (Cfr. sentencia del caso Lingens c. Austria de 8 de

Europeu de Direitos Humanos, 1986, 1987 e 1998, respectivamente), todos em favor da livre circulação de ideias como premissa básica para a condução do processo democrático.

Também assim, a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* opina que *a liberdade de expressão é de ser amplamente protegida não somente em função de sua dimensão individual, por servir de base para o exercício da autonomia pessoal, mas ainda em razão de sua dimensão coletiva, plena de relevância em virtude da centralidade que essa liberdade assume para um adequado funcionamento do regime democrático de governo, abrindo vias para um debate público vigoroso e para uma participação informada da cidadania, submetendo-se a constante escrutínio a ação das autoridades.* Nesse diapasão, a CIDH constata, com inegável lucidez, que:

A liberdade de expressão é uma pedra angular para a existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas e culturais e, em geral, todos aqueles que desejem influir sobre a sociedade possam desenvolver-se plenamente. É, enfim, uma condição para que a comunidade, no momento de exercer as suas opiniões, esteja suficientemente informada. Portanto, é possível afirmar que *uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.* (CIDH, Opinião Consultiva – OC nº 5/1985, § 70)¹⁰.

Na esteira dos éditos acima mencionados, *cumpra às cortes eleitorais o papel de assegurar a máxima amplitude do debate, somente intervindo em hipóteses estritas, inevitáveis e excepcionais quando as atividades de comunicação representem, sem margem para dúvidas, riscos concretos*

julio 1986, Serie A no. 103, p. 26, párrs. 41-42). Los dos derechos están interrelacionados y se refuerzan el uno al otro: por ejemplo, como ha indicado la Corte en el pasado, *la libertad de expresión es una de las "condiciones" necesarias para "asegurar la libre expresión de opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo"* (ver la sentencia mencionada más arriba del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt, p. 24, párr. 54). Por esta razón[,] *es particularmente importante que las opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a las elecciones*" (CEDH – Partido Comunista Unido da Turquia vs. Turquia, 1988 – grifo nosso).

¹⁰ Em par com essa perspectiva, Owen Fiss, reportando-se à tradição inaugurada por Kalven e Meiklejohn, fórmula o propósito subjacente à Primeira Emenda da Constituição norte-americana em termos políticos ou sociais, para afirmar que "o propósito da liberdade de expressão não é tanto a autorrealização individual, mas em verdade a preservação da democracia e do direito de um povo, enquanto povo, a decidir que tipo de vida deseja viver. A autonomia é protegida, não por seu valor intrínseco, como poderia insistir um kantiano, mas como um meio ou instrumento de autodeterminação coletiva. Permitimos às pessoas que falemos para que outras possam votar. A expressão de opiniões permite às pessoas votar inteligente e livremente, conhecendo todas as opções e possuindo toda a informação relevante" (FISS, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Coyoacán: Fontamara, 1997, p. 23 – tradução livre).

(i) para a autodeterminação na formação da opinião eleitoral ou, em última instância, (ii) para a própria integridade da disputa.

Isso porque as regras do jogo democrático supõem, sem dúvida, que a preferência eleitoral se desenvolva à luz de um ambiente comunicativo qualificado pela presença de uma opinião pública livre, condição somente possível em sistemas simpáticos ao desenvolvimento de “estruturas policêntricas”¹¹ na atividade de compartilhamento de mensagens, ideias e informações.

Ademais, acresço que a liberdade para o exercício do sufrágio “não é garantida unicamente pela ausência de qualquer tipo de pressão ou coação durante o seu exercício, exigindo [também] que o eleitor disponha da informação necessária sobre as opções eleitorais”, o que faz com que surja, para o Estado, inclusive para os seus órgãos jurisdicionais, o dever de

[...] zelar para que todos os cidadãos possam ter os elementos necessários para votar de maneira consciente, depois de haver recebido de forma apropriada as informações referentes ao seu meio social e político, assim como às alternativas políticas existentes (HOLGADO HERNÁNDEZ, María, apud ALVIM, Frederico Franco. *Cobertura Política e Integridade Eleitoral*. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 136).

É sabido, contudo, que mesmo as democracias mais liberais desconhecem a existência de direitos absolutos. Como sugere Gregorio Badeni, se alguma liberdade jurídica fosse absoluta seria impossível concretizar uma vida social em liberdade. Por essa razão, as liberdades constitucionais encontram-se condicionadas à adequação do indivíduo à ordem jurídica da comunidade global (BADENI, Gregorio. *Tratado de Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Lexis Nevis, 2002, p. 21).

Nessa medida, o espírito constitucional admite que aos direitos fundamentais sejam impostas restrições razoáveis, assim consideradas aquelas vocacionadas à harmonização dos interesses individuais rumo à satisfação do interesse comum. Nessa esteira, Robert Alexy reputa impossível a existência de um “estado global de liberdade”, não apenas em função dos

¹¹ SARTORI, Giovanni, citado por: LIMA, Venício A. de. *Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa. Direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil, 2010, p. 32.

choques entre direitos subjetivos e competências que condicionam a sua existência, mas ainda em função de inúmeras características presentes na organização estatal e na sociedade (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379).

Por esse prisma, não há negar que mesmo *liberdades preferenciais*, como a liberdade de expressão, podem ser limitadas por atividades de ponderação, máxime quando o seu modo de exteriorização redunde em um menoscabo de outro princípio prioritário segundo o quadro da Constituição. Nessa direção, a própria doutrina eleitoral admite:

[...] que os princípios que resguardam a liberdade de comunicação e informação não são os únicos a figurarem na Constituição. [...] A rigor, a Lei Maior constitui uma carta de valores e princípios. Na dinâmica da vida social, não é incomum que princípios detentores de igual *status* constitucional colidam entre si. Cumpre, pois, definir quais dos princípios colidentes deverá prevalecer no exame de cada caso concreto. A esse respeito, é assente que se deve realizar um juízo de ponderação. Tenha-se presente inexistir, *a priori*, hierarquia entre os princípios constitucionais, embora a liberdade de comunicação ocupe lugar destacado. Somente a pesquisa dos valores em jogo e das circunstâncias concretas poderá revelar a preponderância de um ou de outro no caso a ser resolvido. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: GEN, 2016, p. 512.)

Nessa trilha, recorro que alguns dos principais diplomas transnacionais em matéria de direitos humanos são claros em ressaltar que a liberdade de expressão, embora ocupe lugar de destaque no plexo de garantias fundamentais asseguradas pelo direito comunitário, encontra limites quando o seu exercício importe em um menoscabo dos direitos alheios.

Vejam-se, no particular, as ressalvas expressas encontradas no art. 13, item 2, *a*, do Pacto de San José da Costa Rica¹², bem como no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹³.

¹² Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. [...] 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: [...] a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; [...].

¹³ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Artigo 10. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

Na espécie, o *ponto-chave da celeuma* gira em torno de saber se o espectro da liberdade de expressão pode ser limitado em nome da preservação da igualdade de oportunidades entre as forças políticas que participam da disputa.

Em uma análise abstrata, a resposta é certamente positiva, não apenas porque *a máxima da igualdade ostenta o status de princípio constitucional estruturante da disciplina eleitoral* (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 189), como também pelo fato de que *a paridade da disputa, enquanto componente fundamental para a noção da legitimidade das eleições*¹⁴, *pode – desde que atendidas determinadas condições*¹⁵ – *justificar, em tese, a identificação de limitações implícitas à liberdade de expressão*.

Eis a razão pela qual, no julgamento do REspe nº 5.124, tive o cuidado de ressaltar a possibilidade de aplicação de sanções diante de práticas de propaganda aptas ao comprometimento da paridade de armas entre os *players*.

Sem embargo, no presente caso *julgo necessário submeter o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos a uma maior reflexão*, sobretudo por levar em conta os prováveis impactos projetados por uma eventual fixação de tese no desenvolvimento das seguintes eleições.

1. *A igualdade de oportunidades entre os candidatos nas disputas eleitorais*

A regulamentação temporal da propaganda encontra amparo na premissa de que a busca pela igualdade deve inspirar todos os planos do

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

¹⁴ Isso porque “a ideia de legitimidade não se resume ao respeito aos regulamentos previamente estabelecidos; pelo contrário, engloba a qualidade da produção legislativa [...], assim como as condições de justiça (fairness) do jogo” (CARVALHO, Volgane Oliveira; ALVIM, Frederico Franco. *A igualdade de oportunidades entre os candidatos e a dessimetria do horário eleitoral gratuito*. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 288).

¹⁵ No particular, remeto à posição assumida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para o qual as restrições à liberdade de expressão são, em tese, admitidas, contudo somente quando (i) estejam previstas em lei; (ii) objetivem a perseguição de uma finalidade legítima; e (iii) demonstrem-se necessárias em uma sociedade democrática (TEDH. *Piermont vs. França*, Acórdão de 27 de abril de 1995; *Incal vs. Turquia*, Acórdão de 9 de junho de 1998; *Vogt vs. Alemanha*, Acórdão de 23 de setembro de 2004).

espectro normativo, afetando sobremaneira o cenário eleitoral, tendo em vista que os preceitos que justificam a existência do Estado e inspiram a organização comunitária devem também incidir sobre a técnica de legitimação da governança popular.

Nessa senda, assenta a doutrina que a imposição de fronteiras cronológicas às atividades de proselitismo tem o triplo propósito de: “a) garantir a todos os competidores um mesmo prazo para realizarem as atividades de captação de voto; b) mitigar o efeito da assimetria de recursos econômicos na viabilidade das campanhas, combatendo a influência do poder econômico sobre os resultados dos pleitos; e c) impedir que determinados competidores extraiam vantagens indevidas de seus cargos ou do acesso à mídia para iniciar a disputa eleitoral mais cedo” (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 188-189).

Indo além, pontuo que “a centralidade da igualdade de oportunidades decorre de ser ela um pressuposto para a concorrência livre e equilibrada entre os competidores do processo político, motivo por que a sua inobservância não afeta apenas a disputa eleitoral, mas amesquinha a essência do próprio processo democrático” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119).

De fato, a igualdade de condições entre os postulantes habita o substrato ético das competições eleitorais, havendo de ser estritamente observada em todas as consultas populares, sob pena de sujeitá-las a um flagrante e inescapável processo de deslegitimação. Afinal, Gonçalves Figueiredo assenta que “em um processo [realmente] democrático, os contendores devem ter um grau razoável de igualdade de oportunidades, para que se estabeleça uma competição livre e equilibrada, para que possam participar na formação da vontade política do eleitoral”.

Na visão do autor argentino, é por isso que se afirma que “um dos aspectos fundamentais para a celebração de ‘eleições livres e democráticas’ é que seja observada uma série de práticas que permitam assegurar a igualdade de oportunidades e a equidade eleitoral” (GONÇALVES FIGUEIREDO, Hernán. *Manual de Derecho Electoral. Principios y reglas*. Buenos Aires: Di Lalla, 2013, p. 226 – tradução livre – grifo nosso).

Por tais razões, o princípio da equivalência de condições, atrelado à ideia de eleições competitivas, encontra-se – explícita ou implicitamente –

insculpido em inúmeros diplomas domésticos, cabendo elencar, a título de ilustração, a *Constituição da República Portuguesa* (arts. 47º e 113º, 3, “b”) e a *Constituição Espanhola* (art. 23), além de importantes documentos internacionais como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (art. 21º, 2), o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (art. 25º) e a *Carta Democrática Interamericana* (art. 23, “c”).

Quanto ao Brasil, ressalto que o silêncio da Carta Política:

[...] não significa que o preceito esteja dissociado do *zeitgeist* constitucional. Como mencionado, *a estrutura do edifício constitucional brasileiro apresenta claros indícios sobre a necessidade de se respeitar a isonomia eleitoral* (princípio democrático, princípio republicano, sufrágio igualitário¹⁶) não apenas de forma conceitual, mas também através de ações. Demais disso, é evidente que *uma alusão expressa à “igualdade de oportunidades entre os candidatos” pode, de certa forma, ser vista como uma “medida supérflua”, haja vista que seu conteúdo certamente habita o espectro do direito geral de igualdade previsto no caput do art. 5º da Carta Maior*¹⁷.

A ideia decorre, também, do fato de o legislador constitucional claramente ter optado pela defesa intransigente da legitimidade das eleições (art. 14, § 9º) e, de forma ainda mais contundente, pela ampliação do plexo de direitos fundamentais operada pelo art. 5º, §2º, que incorpora ao ordenamento jurídico interno normas oriundas de tratados que tenham entre os signatários o Estado brasileiro, hipótese que abarca os pactos internacionais alhures mencionados [Declaração Universal de Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto de San José da Costa Rica] (CARVALHO, Volgane Oliveira; ALVIM, Frederico Franco. A igualdade de oportunidades entre os candidatos e a dessimetria do horário eleitoral gratuito. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 289-290).

Em síntese, é certo que a igualdade de oportunidades entre os competidores eleitorais integra a ordem constitucional brasileira, não

¹⁶ Como anota Canotilho, o princípio da igualdade de voto “[...] não se limita ao ato eleitoral em si, antes envolve todo o procedimento de sufrágio, refletindo na igualdade das candidaturas e, sobretudo, na igualdade na concorrência eleitoral” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 305).

¹⁷ Com essa exata visão, o Tribunal Constitucional espanhol chegou a afirmar que o direito de acesso às funções públicas em condições equivalentes decorre naturalmente do axioma geral da igualdade, de sorte que, ainda que a constituição espanhola não contemplasse, em termos expressos, a igualdade de oportunidades na competição eleitoral, ela por isso não deixaria de figurar como um inegável direito fundamental (TCE, STC nº 293/1993).

apenas porque “o postulado de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar ou restringir a sua aplicação a determinadas situações ou atividades”, mas ainda porque “a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático” (MENDES, *in* Mendes; Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 797-799).

Empós de afirmar o seu caráter constitucional, friso que, *no âmbito particular da propaganda*, a aplicação do indigitado preceito impele à conclusão de que *as regras do jogo democrático supõem que as campanhas eleitorais sejam espaços onde se ofereçam, em igualdade de condições, informações aos votantes sobre as diversas opções políticas*.

Nessa quadra, atua como pressuposto do sistema a concepção de que *os eleitores devem tomar as suas decisões munidos dos melhores “elementos de juízo”, depois de um escrutínio crítico estimulado pela existência de uma opinião pública livre* (PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar. *Libertad de expresión y discurso político. Propaganda negativa y neutralidad de los medios en campañas electorales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 19).

Ao fim e ao cabo, a regulação das campanhas – e a hermenêutica conferida a essas normas – deve “*conferir visibilidade às distintas opções eleitorais* e dotá-la de garantias especiais com o fim de que a decisão dos eleitores seja formada sob condições mínimas de liberdade”. Em última instância, o princípio da igualdade de oportunidades deve atuar como um “*mandado de otimização da visibilidade das forças políticas que concorrem nas eleições*”, mandado esse que, em sua “dimensão negativa”, afiança a impressão de leituras jurisprudenciais tendentes à diminuição de “situações de superioridade fática” que prejudiquem a competitividade da disputa (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 243 e p. 72, respectivamente – tradução livre).

Nada obstante, chamo a atenção para a afirmação de que **o telos subjacente ao comando em análise tem em mira a busca de uma igualdade material**, em especial porque a busca por uma igualdade meramente formal, em um quadro marcado pela evidente distância entre os pontos de partida dos diferentes players, deporia contra o índice ideal de competitividade do pleito.

Posto de outra forma, a aplicação de uma exegese fria, no particular, não faria sentido, sobretudo porque teria como produto inarredável a perpetuação de um flagrante sistema de vantagens, absolutamente adverso

à oxigenação ínsita ao ideal republicano, que apela à construção de uma ordem política constantemente renovável¹⁸.

Nessa quadra, concluo que *uma hermenêutica compatível com a manutenção da paridade de armas entre as forças confrontantes deve primar pela amenização dos desníveis, com o fito de prestigiar leituras que excluam do ambiente em que se enfrentam os candidatos as características de campo inclinado (uneven playing fields)*¹⁹, de sorte a que se assegure o “direito a uma disputa justa”²⁰.

Assim, é óbvio que a concessão de uma leitura adequada aos possíveis alcances da propaganda regulamentada pelo art. 36-A da Lei das Eleições não pode se desprender da solução *pro domo* trazida pela Lei nº 13.165/2015, concernente ao encurtamento do período de campanha, *supostamente* direcionado à preservação da igualdade pela via do barateamento das campanhas.

*Sendo, pois, perceptível que a limitação do tempo de campanha privilegia, em medidas extensas, um conjunto de candidatos em detrimento dos demais, urge, como decorrência, dotar de garantias a liberdade antecipada do discurso*²¹, *sob pena de se reduzir o sentido da celebração dos pleitos, transformando-os em meros instrumentos de transferência de poder a*

¹⁸ Recorde-se que a alternância é um dos princípios políticos da democracia constitucional, e que a continuidade indefinida nos cargos, ainda no caso hipotético de que seja resultado de um pronunciamento eleitoral livre do povo é, em princípio, um “fator negativo” para a democracia (AMAYA, Jorge. *Los Derechos Políticos*. Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 20-21).

¹⁹ Expressão comumente utilizada no âmbito da Ciência Política, para designar contextos que se caracterizam pela existência de desequilíbrio na competição entre agentes opositores (ALVIM, Frederico Franco. *Cobertura Política e Integridade Eleitoral. Efeitos da Mídia sobre as Eleições*. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 38).

²⁰ GONÇALVES, Guilherme de Salles. “A defesa da igualdade de chances e da legitimidade do exercício do sufrágio passivo, o direito à disputa justa e um (novo?) prazo para a interposição da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) diante da reforma eleitoral da Lei n. 13.165/2015: uma questão de respeito à democracia”. In: COSTA, Daniel Castro G. da; ROLLEMBERG, Gabriela; KUFA, Karina; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Tópicos Avançados de Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 441.

²¹ “A limitação do período destinado à campanha eleitoral privilegia aqueles que são detentores do mandato eletivo e buscam a reeleição, bem como aquelas pessoas com exposição na mídia e alta penetração na sociedade, como jornalistas, radialistas, apresentadores de programas e artistas, que pela natureza de suas atividades possuem enorme exposição midiática” (PREZOTTO, Mauro Antonio. “Propaganda eleitoral negativa como instrumento de convencimento do eleitor”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 38). Por isso, toma-se por certa a afirmação de que, no tratamento da propaganda eleitoral, “a jurisprudência deve buscar um equilíbrio ideal entre as candidaturas, tendo por pressuposto a vantagem natural de exposição – quantitativa e qualitativa – daqueles que já exercem mandato eletivo em relação aos postulantes ao acesso na vida pública” (ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 337).

figuras políticas favorecidas pela inércia ou pela extremada visibilidade inerente²².

É palmar, nessa linha de pensamento, a constatação de que as “limitações exacerbadas e a redução do tempo de propaganda” agem, em conjunto, “a favor de quem já é conhecido, dificultando a renovação política inerente à periodicidade das eleições” (SILVA, Henrique Neves da. Propaganda eleitoral na imprensa escrita e a liberdade editorial de apoio político. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204). Por isso, ensina a doutrina que “a permissividade do art. 36-A da Lei 9.504/97 é intencional, destinada a compensar a redução do tempo de campanha” (GRESTA, Roberta Maia; ANDRADE NETO, João. “O que é propaganda eleitoral antecipada ilícita? Três filtros para levar a liberdade de expressão a sério”. Disponível em: [https://www.jota.info/

²² No caso dos mandatários investidos, as vantagens quanto à visibilidade decorrem de uma mecânica bem explicada por María Canel. A especialista espanhola considera ser habitual que o governo esteja em “campanha permanente”, pois, depois de chegar ao poder, precisa, para manter a popularidade, seguir manejando as mesmas técnicas de cálculo estratégico e de criação de imagem utilizadas durante o período eleitoral. Essa necessidade de estar em constante campanha para conseguir que os governados mantenham a adesão é consequência do crescente desenvolvimento dos meios de comunicação, que permitem uma maior acessibilidade do público às atuações governamentais e proporcionam ao governante a possibilidade de estar em constante comunicação com os cidadãos. Para a autora, essa acessibilidade mútua entre cidadãos e líderes políticos faz com que os governantes se convertam em “seres públicos”, isto é, em “indivíduos cujas ações estão constantemente submetidas à publicidade”. Como consequência, a “campanha permanente” transforma os detentores de mandato em sujeitos muito visíveis nos meios de comunicação, sendo certo que essa característica é capitalizada em termos eleitorais, na medida em que os torna “claramente reconhecíveis e identificáveis pelos votantes” (CANEL, María. *Comunicación Política. Técnicas y Estrategias para la Sociedad de la Información*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 102-103 – grifo nosso). À vista dessa realidade, com o propósito de realçar a necessidade de equiparação entre as forças políticas, Burguera Ameave lança uma relevante questão: “Se os governantes realizam uma campanha política permanente, por que não a oportunidade não seria estendida à oposição, isto é, ao todos os outros partidos políticos?” (BURGUERA AMEAVE, Leyre. *Democracia Electoral: Comunicación y Poder*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 63 – tradução livre). Muito lúcida, portanto, a advertência de Aline Osorio que, na trilha de Arthur Rollo, pontua que não se deve esquecer “que as atividades de proselitismo são uma constante na vida dos políticos e dos partidos. São de sua própria essência. Assim, não se pode, a pretexto de garantir a igualdade de oportunidades na disputa, sufocar a atividade política e a liberdade de expressão desses atores em períodos não eleitorais. Até mesmo porque isso também implica a criação de vantagens indevidas aos detentores de cargos políticos e outras figuras públicas, como atores e músicos, já que estes, em razão de suas atividades, mantêm-se constantemente no centro das atenções da mídia e da população. Desse modo, impedir que os demais políticos possam se apresentar e buscar obter visibilidade junto ao público fora dos períodos eleitorais, apresentando suas ideias, objetivos, trajetória e formação, constitui verdadeira mácula à igualdade de chances e, ainda mais profundamente, à liberdade de expressão” (OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 189).

opinioao-e-analise/artigos/o-que-e-propaganda-eleitoral-antecipada-ilicita-24062018]. Acesso: 25.06.2018).

E se, por hipótese, quiser-se argumentar que uma liberação extremada poderia contribuir para um aumento das distâncias, em função de uma hipótese de abertura de espaço para abusos, recorro que o arcabouço normativo eleitoral dispõe de instrumentos aptos a essa frenagem, entre os quais as técnicas processuais relativas à Ação de Investigação Eleitoral (AIJE) e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), inclusive com a possibilidade de determinação judicial da suspensão do ato, mediante a concessão de tutela provisória (art. 22, inciso I, b, da Lei Complementar nº 64/1990).

Por outro lado, em uma perspectiva adicional, assinalo *que a máxima da igualdade, tantas vezes violada, no país, por uma arraigada cultura de transgressão, é de ser defendida justamente com a ampliação do discurso, sendo, portanto, ilógica e falaciosa a visão de que uma extremada liberalização da comunicação, no plano das campanhas políticas, daria ensejo a abusos, quanto mais porque, como sugere a doutrina:*

É imprescindível [...] para a democratização das sociedades que o eleitor esteja informado, para que possa assumir posições, promover ideias, decidir sobre o programa político ou candidato que melhor representa ou defende os valores de um dado contexto social e está mais apto a gerir a coisa pública; portanto, escolher quem pode, em nome do povo, promover o alcance das finalidades para as quais o Estado, como ideologia que é, foi concebido, quais sejam: administrar os bens públicos e satisfazer as necessidades sociais (FREITAS, Juliana Rodrigues; CARVALHO, Paulo Victor Azevedo. A liberdade à informação do eleitor e o seu núcleo de questionamentos: Por quê? Para quê? Por quem? In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 334).

Não me parece adequado, por fim, provir de um tribunal democrático, notadamente um tribunal eleitoral, qualquer decisão que empobreça o livre embate de ideias e, via de consequência, atrofie ou desestime o talante participativo, mormente porque a tarefa de celebrar as eleições implica, por arrastamento, a tarefa de levar a cabo todas as suas funções, entre as quais figura, com elevado destaque, a promoção do engajamento cívico.

Bastante pertinente, a propósito, o alerta realizado por Eneida Desiree Salgado, quando afirma que o protagonismo da Justiça Eleitoral no desenrolar das consultas populares deve ser visto com reservas, sobretudo porque dele deriva, entre outros riscos, o de se “afastar o cidadão do debate, a partir de uma excessiva tutela ou de uma desconsideração total de sua capacidade para fazer escolhas” (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 36).

Na mesma senda, Ronald Dworkin é preciso em apontar *que excluir as pessoas dos processos democráticos, inclusive da batalha dialética, é algo que só pode gerar o desinteresse pela política*, lançando a sociedade em um estado letárgico, muito próximo da apatia. *O ideal democrático, então, depende da adoção de uma postura radicalmente contrária, tendente à construção de uma rede de incentivos que permita que os cidadãos dialoguem, estendendo à política as suas impressões, assim como as suas experiências morais e de vida* (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e Prática da Igualdade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 273).

A partir dessas premissas, passo a analisar alguns aspectos relativos aos critérios para a aferição da existência de propaganda eleitoral antecipada, sugeridos pelo eminente Ministro Admar Gonzaga Neto em seu laborioso voto.

Em primeiro lugar, não adiro à pretensão de se conferir ao conceito de “pedido explícito de voto” uma interpretação extensiva, a avançar sobre “elementos extrínsecos da mensagem”, por três fundamentos principais.

Primeiro, porque *a comunicação política, na medida em que materializa o exercício de direitos fundamentais* (liberdade de expressão e direito a informação), *atrai a incidência de uma hermenêutica protetiva*.

Com efeito, é lição elementar na dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais que *as restrições ao âmbito de proteção dessas liberdades devem ser interpretadas restritivamente* (sobre o tema, NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003).

Tal compreensão insta o intérprete a conferir o maior elastério hermenêutico possível às cláusulas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de maneira a permitir a fruição pelos seus titulares.

É precisamente o que doutrina Konrad Hesse, quando afirma que o *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais* significa que, “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, [deve] ser dada preferência àqueles pontos de vista que [...] proporcionem às normas da Constituição uma força de efeito ótima” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 68).

Referido axioma deve ser trasladado a fortiori ao microssistema da propaganda eleitoral, de modo que, *sempre que se deparar com uma alternativa de fala não vedada expressamente pela lei, deve-se prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental de se expressar*, assim como o direito fundamental de acesso a toda informação potencialmente relevante para a formação da opinião eleitoral.

Segundo, porque o Código Eleitoral, em seu art. 219, prestigia a técnica de interpretação teleológica, na medida em que determina que as autoridades judiciais observem, na aplicação da lei eleitoral, os fins e os resultados a que ela se destina. Nesse diapasão, por considerar que as normas eleitorais devem ser vistas como “técnicas a serviço da democracia”²³, *torna-se primaz a adoção de leituras que prestigiem os seus cânones fundamentais, máxime quando posta a possibilidade de uma máxima harmonização*. No âmbito particular de exame, *volto a frisar que a liberdade de expressão vem ao encontro da igualdade material e do estímulo à participação por meio de um debate mais franco, aberto, contínuo e plural*.

Terceiro, porque a punição a partir de “elementos extrínsecos da mensagem” revela-se, *concessa venia*, triplamente equivocada, seja porque (i) *é inequívoca a mensagem legislativa quanto à opção da proibição exclusiva do pedido de voto explícito*, seja porque (ii) *o intento implica a assunção de uma postura acentuadamente intrusiva e tutelar por parte da Justiça Eleitoral*, incompatível com o espírito da autodeterminação do eleitor, seja, finalmente, porque (iii) *a postura parte de uma percepção falaz quanto à real capacidade de convencimento assumida por nuances e símbolos comunicativos*, amparando-se, de consequência, em uma evidente *sobrevalorização da determinância cognitiva* atribuída a cores, palavras de ordem, *slogans* e *brandings* políticos.

²³ ARAGÓN, Manuel, apud NOHLEN, Dieter; SABSAY, Daniel. *Derecho Electoral*. In: NOHLEN, Dieter et al. *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 31.

Em conclusão, empós de assentar (i) a ausência de previsão legal e (ii) a falta de espaço interpretativo apto à legitimação de uma posição contrária, julgo que *por “explícito” deve-se entender, apenas e tão somente, o pedido formulado “de maneira clara e não subentendida”*²⁴, e, como consequência, excluo do espectro de alcance do comando proibitivo toda a sorte de mensagens indiretas ou equívocas, dessa forma admitindo como lícito o uso dos chamados símbolos eleitorais distintivos.

Em termos mais claros, considero *válida* a proscrição de “expressões semanticamente similares ao pedido explícito do voto”, porquanto certamente compreendidas pelo espírito da norma; entretanto *descarto* o uso de “elementos extrínsecos ao conteúdo” como parâmetro apto à determinação da ilicitude da linguagem verificada, tendo em vista que *a noção de “pedido explícito” opõe-se, conceitualmente, à lógica das insinuações*, tendo em vista que *pressupõe a existência de um ato de comunicação frontal e retilíneo*, o que exclui o sugerido, o denotado, o pressuposto, o indireto, o latente, o sinuoso e o subentendido.

A propósito, com o fim de enriquecer o rol de exemplos trazidos pelo eminente Ministro Admar Gonzaga, aponto que a diferenciação entre pedido explícito e implícito de votos já foi, *mutatis mutandis*, *incidentalmente* enfrentada pela Suprema Corte norte-americana, entre outros, no paradigmático caso *Buckley vs. Valeo*, no qual o tribunal termina por diferenciar a propaganda eleitoral (*express advocacy*) das demais mensagens de propagação de ideias políticas (*issue advocacy*), a partir da clara identificação da presença de candidatos e, principalmente, do uso de oito expressões veiculantes das denominadas “palavras mágicas” (*magic words*), a saber: (i) vote em (*vote for*); (ii) eleja (*elect*); (iii) apoie (*support*); (iv) marque sua cédula (*cast your ballot for*); (v) Fulano para o Congresso (*Smith for Congress*); (vi) vote contra (*vote against*); (vii) derrote (*defeat*); e (viii) rejeite (*reject*).

Note-se que as sugestões, embora oportunas, não resolvem em definitivo o tema, que é demasiado complexo, inclusive porque os sentidos da linguagem são sensíveis a diversas variáveis, entre as quais o modo de colocação e o contexto. Reparo, a título ilustrativo, que a aplicação do verbo “apoiar” pode tanto indicar um pedido direto (com

²⁴ ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 302.

o uso do imperativo “apoie-me”) como uma mera referência indireta, como na simples sugestão de que um determinado candidato conta com alguma base específica de apoio (“a comunidade x apoia o candidato y”). A linha entre o lícito e o ilícito, reconheça-se, é demasiado tênue, de sorte que a técnica casuística será, inevitavelmente, recorrente no particular.

O segundo parâmetro proposto (“o meio em que foi realizada a suposta propaganda”), de outra banda, traz à baila uma discussão essencial, qual seja, a de *saber se a liberdade de expressão no contexto pré-eleitoral carrega, implicitamente, a autorização para despesas com as diversas atividades discursivas*.

Há, sobre o tema, duas linhas doutrinárias retamente conflitantes.

Uma *primeira corrente*, de *viés liberal*, pugna pela impossibilidade de sanção pela realização de gastos na pré-campanha, ante a ausência de proibição expressa. Segundo os seus defensores, a liberdade para a manifestação do pensamento englobaria os gastos que lhes são subjacentes. Nessa direção, entende-se que:

A omissão legislativa não pode significar proibição, mas, ao contrário, permissão, conforme se extrai do princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB).

Ora, se o legislador entende que os atos de promoção pessoal são legais, não são atos de propaganda extemporânea e não têm o condão de ferir a isonomia entre os postulantes a cargo público, estes não podem ser punidos e proibidos apenas por possuírem um custo.

O homem público pode escolher gastar os seus recursos como bem entender, desde que não sejam atividades ilícitas, inclusive com atos para promover e projetar a sua imagem. Entender de maneira diversa é esvaziar o conteúdo da norma e, mais uma vez, trazer para o âmbito da propaganda eleitoral um ativismo judicial infundado e que o legislador vem, sucessivamente, rechaçando (MENDES, Anna Paula Oliveira. “Breves comentários sobre o novo conceito de propaganda eleitoral antecipada”. *Revista Consultor Jurídico*, 16.4.2018).

Em perspectiva oposta, uma *segunda corrente*, de *viés garantista*, reúne um grande número de especialistas que têm em consideração a possibilidade de que a realização de gastos vultosos possa redundar em um aumento das distâncias entre os contendores, firmando, portanto, a ideia de que a plena autorização para a antecipação da candidatura

não ensaja, automaticamente, uma ampla liberação para o dispêndio antecipado de recursos. Nesse sentido:

[...] acerca dos gastos, argumenta-se que o novo modelo de comunicação, embora marcado pela garantia de uma ampla liberdade de expressão, admite-a em um contexto de igualdade de condições. *O laissez-faire comunicativo surge como contrapartida à redução do tempo de propaganda oficial cujo mote é o barateamento, em favor da equivalência entre candidatos mais e menos abastados.* Nesse diapasão, admitir a realização de gastos prematuros com publicidade seria aumentar a distância entre os concorrentes, em flagrante desrespeito à intenção legal. A eleição se converteria em uma corrida de longa distância, com pódio somente acessível a competidores com fôlego financeiro diferenciado. O que se admite, pois, é a realização de atividades diretas de comunicação com o público, é dizer, o resgate de um proselitismo que, nos tempos da internet, surge em uma “versão 2.0”, o que é absolutamente saudável.

A confecção e a distribuição de materiais publicitários, no entanto, mantêm-se proibidas, atraindo sanções de propaganda antecipada, ou mesmo configurando ilícitos previstos no art. 30-A, LE – nesse último caso, obviamente, em hipóteses bastante extremas, visto que quanto mais distante o pleito e quanto menos os valores envolvidos e o nível de penetração (amplitude alcançada), mais difícil será o juízo de gravidade exigido para a aplicação de sanções além daquela de ordem pecuniária, próprias do ilícito em apreço. (ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 301-302 – grifo nosso.)

[...] excluída a vedação ao pedido de votos, *inexiste impedimento da prática de propaganda eleitoral, desde que sem a utilização de recursos eleitorais ou de material de propaganda de campanha* (AGRA, Walber de Moura. *Manual prático de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 148 – grifo nosso).

Outra situação que merece atenção é o fato de que para que haja gastos em uma campanha eleitoral é preciso que o indivíduo já esteja como *status* de candidato e não de pré-candidato, pois necessita ter passado pela convenção, ter o seu registro deferido pela Justiça Eleitoral, ter inscrito seu CNPJ e aberto conta corrente para, somente nesta situação, arrecadar fundos para sua campanha.

Não se pode olvidar que quase toda movimentação durante a pré-campanha ensaja a aplicação de recursos e como ainda não há candidato com essa situação consolidada, os gastos eleitorais realizados neste período não são contabilizados nas prestações de contas, o que inviabiliza a fiscalização pela Justiça Eleitoral.

Em razão da vedação de gastos anteriores ao prazo para campanhas eleitorais, recomenda-se que atos pré-campanha sejam nas modalidades

possíveis, como a realização de reuniões permitidas para a divulgação dos pré-candidatos, das propostas que a agremiação possui, divulgar a exposição de plataformas e projetos políticos, sempre custeados pelos partidos (SILVA FILHO, Lídio Modesto da. *Propaganda Eleitoral*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 58-59 – grifo nosso).

Assim, a partir de uma interpretação sistemática do art. 36-A deve-se concluir que os aspirantes a um mandato eletivo não podem realizar despesas com atos de pré-campanha.

Como se sabe, apenas com o requerimento de registro de candidatura pode ser aberta a conta da campanha, captados recursos e realizadas despesas, tudo sob o escrutínio da Justiça Eleitoral (art. 22 da Lei 9.504/1997). Consectário lógico dessa regra é que *os candidatos não poderão realizar, de forma lícita, despesas com atos de pré-campanha, pois elas passariam ao largo do controle estatal, sem fontes e valores conhecidos do sistema de Justiça Eleitoral*. Permitir que um aspirante a um cargo eletivo despenda recursos antes das eleições não é, sem dúvida, a melhor interpretação do art. 36-A [...].

Aliás, coerente com o sistema, o referido dispositivo, em seus incisos permissivos, indica as balizas em que são admitidas a exposição do pré-candidato, dentre elas a de que não deverá ocorrer realização de gastos pelo interessado, ao mencionar ser possível “a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet” (inciso I); “a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos;” (inciso II); “a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias”.

Além do mais, de nada adiantaria o TSE estipular limite de gastos para a campanha com o fim de combater o abuso de poder econômico se vier a admitir que antes de 15 de agosto o candidato poderia gastar ilimitadamente e sem ter que prestar contas à Justiça Eleitoral.

A interpretação sistemática da lei leva à *outra conclusão: não se pode admitir atos de pré-campanha por meios de publicidade vedados pela legislação no período permitido da propaganda eleitoral, ou seja, tais atos devem seguir as regras da propaganda*. Não poderão, por exemplo, ser fixadas faixas em postes públicos, colocação de placas maiores que meio metro quadrado, contratação de *outdoor* e impulsionamento de páginas nas redes sociais para alcançar um público além dos seguidores/amigos que não seriam atingidos se a página não fosse impulsionada.

Entendimento contrário levaria à seguinte situação hipotética absurda: um pretenso candidato arrecada recursos de pessoas jurídicas (vedado

pela nova legislação) e impulsiona seu perfil nas redes sociais por meio de diversas publicações, até o dia 15 de agosto. Seria esse ato de pré-campanha lícito tão somente porque não conteria pedido explícito de voto? Evidentemente que não.

Com efeito, as mesmas razões que levaram o legislador a proibir determinados meios de exposição do candidato no período eleitoral encontram-se presentes no período de pré-campanha: abuso de poder econômico na veiculação de *outdoor*; deterioração e uso indevido de bens públicos; poluição ambiental; mobilidade urbana etc.

(CAMPELLO, Cristiane Cavalcanti Barreto. A propaganda eleitoral antecipada após a Lei 13.165/2015 e a ferramenta de impulsionamento de publicações nas redes sociais. *Estudos Eleitorais*, n. 1, 2017, p. 56-57 – grifo nosso.)

[...] numa óptica também constitucional, *há de se fazer uma ponderação entre a posição preferencial da liberdade de expressão* (preferred position of freedom speech) *e a necessidade de influência do poder econômico sobre a normalidade e legitimidade das eleições, proibindo qualquer monetização das manifestações antes do período oficial de campanha eleitoral* trazido pelo texto da Lei nº 9.504/1997, alterado pela 13.165/2015, que dispõe que a propaganda eleitoral só é possível a partir de 15 de agosto do ano eleitoral.

Com isso, vencida a teoria clássica da propaganda eleitoral defensora de que só a palavra “voto” tipifica uma propaganda eleitoral antecipada, aplicaríamos uma teoria coerente com a constituição e com a própria função da propaganda, restringindo, tão somente, a influência do poder econômico nos pleitos. (COURA, Alexandre Basílio. Propaganda eleitoral antecipada: teoria funcionalista sistêmica *versus* teoria clássica da propaganda eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo IV. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 192).

Em minha visão, a celeuma relativa à possibilidade de realização de gastos no período referente à pré-campanha deve ser solucionada à luz da necessidade de concessão da máxima eficácia aos direitos fundamentais postos em suposto antagonismo: se as eleições democráticas têm de ser livres, autênticas e disputadas, é preciso garantir que *todos* os candidatos, assim como suas ideias e projetos políticos, possam ser igualmente conhecidos por todos. Como consequência, *é dever do sistema (e de seus intérpretes) cuidar para que todos os competidores “disponham, em igualdade de condições, de garantias suficientes para o exercício da liberdade de comunicação política”* (BURGUERA AMEAVE, Leyre.

Democracia Electoral: Comunicación y Poder. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 63 – tradução livre)²⁵.

Não se trata, obviamente, de uma tarefa fácil; mas é preciso enfrentá-la.

Por um lado, *a proibição total e apriorística de gastos*, pleiteada pela corrente garantista, *teria o condão de suplantar o direito à liberdade de expressão*, notadamente porque *seria contraditório entoar loas à garantia do discurso, vedando o uso de ferramentas que o tornem, de fato, efetivo*. Quanto mais porque, nesse contexto, o discurso nada mais é do que um instrumento para o exercício de influência, com vistas ao estímulo da participação e do engajamento político e, principalmente, ao incremento do índice de competitividade do pleito.

Não há negar que *a completa exclusão do dinheiro acarretaria graves limitações fáticas ao exercício da liberdade de expressão, máxime porque mesmo as formas mais mezinhas de propaganda carregam, naturalmente, os seus respectivos custos intrínsecos*.

Em síntese, a posição pela completa proibição de realização de gastos não me parece apropriada, não apenas por (i) veicular uma visão irreal da política, mas principalmente por (ii) reduzir a liberdade de expressão a um conceito meramente formal, órfão tanto de eficácia como de substância.

Não ignoro, contudo, que uma posição liberal, absolutamente tolerante com a injeção de recursos financeiros em momento anterior à campanha, teria o condão de comprometer a igualdade de oportunidades entre os candidatos, frustrando a expectativa de que o discurso antecipado funcione como um instrumento para a equiparação das chances de cada postulante na disputa.

Isso porque uma concepção talhada para a proteção do túbio “orador da esquina” (o pré-candidato em situação de desvantagem) pode ser utilizada pelos sujeitos privilegiados no mercado da comunicação, fazendo com que a proteção da autonomia, ao invés de enriquecer, empobreça a qualidade do debate público (FISS, Owen. *Libertad de Expresión e Discurso Social*. Coyoacán: Fontamara, 1997, p. 24).

²⁵ A esse respeito, Eneida Desiree Salgado afirma que “as campanhas eleitorais não podem prescindir da liberdade de propaganda, mas isso tem de ser combinado com a exigência de igualdade entre os concorrentes, como corolário do ideal republicano e do princípio democrático” (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 203).

De consequência, uma *análise realista do problema*, como a que proponho, precisa lidar com a hipótese de que o *laissez-faire* absoluto acarrete um irrecuperável aumento das distâncias entre as alternativas políticas em confronto.

É preciso, portanto, buscar meio-termo, isto é, uma forma de acomodar as garantias constitucionais em evidência, tendo-se como parâmetro, obviamente, o quadro normativo posto, com o fim de evitar a imposição de restrições *contra legem*, estipuladas para além das alternativas de coibição permitidas pelo sistema.

Nessa quadra, relembro que a atividade de comunicação entre partidos, candidatos e eleitores é regida pelo *princípio da liberdade de propaganda*, na esteira do qual são consideradas permitidas todas as estratégias discursivas não expressamente vedadas por lei²⁶. Como consequência, toda e qualquer restrição a ser imposta sobre suas formas de manifestação deve encontrar respaldo em princípios ou normas cogentes.

Por outro lado, o arcabouço conformador do denominado *direito eleitoral sancionador* encontra-se subordinado ao *princípio da legalidade*, cuja lógica recusa tanto (i) a imposição de reprimendas sem um devido (e prévio) anteparo legal, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, como (ii) a impressão imponderada de leituras exegéticas ampliativas.

Frente ao exposto, à vista das flagrantes diferenças ontológicas entre a propaganda eleitoral propriamente dita e o diálogo político travado entre atores políticos e cidadãos, nos demais momentos da vida democrática, considero que as limitações atinentes à realização de gastos de campanha não incidem absolutamente sobre as atividades desenvolvidas no cenário pré-eleitoral.

²⁶ “A liberdade de propaganda é um corolário do princípio da competitividade das eleições. Nesse diapasão, eleições verdadeiramente competitivas pressupõem possam os contendores divulgar, com a maior amplitude possível, as suas plataformas políticas, os seus planos de governo. [...] Em conclusão, malgrado encontre-se minuciosamente regulamentada, a propaganda eleitoral desenrola-se em marcos bastante extensos: quanto à forma, no que não se encontre proibida, é permitida; quanto ao conteúdo, no que não afete direitos alheios também” (ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 290). “Pelo princípio da liberdade, a propaganda é livre, na forma posta na lei. Entende-se também que tudo o que a lei não veda é livre” (CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 78). Como se nota, o arranjo brasileiro acerca da publicidade eleitoral é regido por uma lógica libertária, contraposta à de arquétipos mais restritivos, como o modelo francês, erigido sobre a premissa de que “a propaganda oficial é sempre restritiva, principalmente porque é teoricamente exclusiva: de fato, durante o período de campanha oficial, tudo o que não é permitido está, em princípio, proibido” (RAMBAUD, Romain. *Le Droit des Campagnes Électorales*. Paris: LGDJ, 2016, p. 108).

Volto a frisar, nesse compasso, que a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, atrai a aplicação de uma hermenêutica restritiva, e que a contenção de prerrogativas estruturantes, como esta, somente é cabível quando superado o multicitado *teste tripartite*, cujo primeiro passo, como lembra Aline Osorio, remete à necessidade de que a restrição esteja prevista “de forma clara, geral e taxativa”, o que, obviamente, não ocorre no caso (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 118).

Ademais, uma proposta de interpretação tendente à estipulação de proibições *a priori*, como a veiculada nos autos, esbarra, *data venia*, em uma das três *máximas parciais* a que se refere Robert Alexy, notadamente a *necessidade*, a impor que os direitos fundamentais, quando tenham de ser limitados, sejam-no sempre por intermédio do mandamento menos gravoso possível (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 117).

A esse respeito, entendo desnecessário que a salvaguarda da igualdade de condições seja feita mediante a completa exclusão do dinheiro no momento da pré-campanha, tanto (i) porque o dinheiro é elemento imprescindível para a plena realização da liberdade de expressão, como ainda (ii) pelo fato de que os casos de abuso podem ser examinados e eventualmente sancionados *a posteriori* por esta Justiça Especializada, inclusive em sede de ação de investigação judicial eleitoral, nas hipóteses de abuso de poder.

Em vista do exposto, abstenho-me de avançar sobre garantias fundamentais, como a liberdade de expressão, por acreditar que “as decisões judiciais só serão democráticas e constitucionalmente legítimas quando tornem possíveis a plena vigência das pré-condições da democracia” (AMAYA, Jorge. *Los Derechos Políticos*. Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 30 – tradução livre)²⁷.

Com essas considerações, julgo inexistir fundamento legal para que se repute absolutamente proscrito, *v.g.*, o uso de adesivos e materiais impressos durante o período da pré-campanha eleitoral.

²⁷ Sobre a liberdade de expressão como condição democrática, reporto-me às lições de Carlos Santiago Nino, que a apresenta como um “direito *a priori*”, cujo desconhecimento ou menoscabo retira da democracia o seu “valor epistêmico” (NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 74).

Sem embargo, pontuo que a inexistência de proibição expressa direcionada à realização de despesas por ocasião da pré-campanha não representa um óbice intransponível ao estabelecimento de limites às atividades de publicidade antecipada, mormente pelo fato de que o modelo constitucional submete o arranjo ordinário ao princípio da legitimidade das eleições.

Assim é que a realização de gastos, conquanto não esteja, de antemão, condenada, pode ser coibida, sempre que assuma dimensões extraordinárias ou contornos abusivos.

Para essa análise, soam-me, sem dúvida, válidos os critérios de “reiteração da conduta”, “período de veiculação” e “abrangência”, sabiamente sugeridos pelo eminente Ministro Admar Gonzaga, os quais, entretanto, podem ser complementados.

Nesse caminho, esses parâmetros devem ser examinados à luz de uma comparação hipotética, mostrando-se toleráveis todas as ações de publicidade que estejam ao alcance das possibilidades do “pré-candidato médio”²⁸. Assim, entendem-se lícitas as ações publicitárias não extraordinárias, isto é, aquelas possíveis de ser realizadas pelos demais virtuais concorrentes.

Na mesma linha, acato a sugestão de que se considere vedado no período pré-eleitoral o uso de formas e instrumentos de campanha igualmente proscritos no período em que se inicia a proteção qualificada do discurso, o que faço a partir de uma leitura sistêmica.

Saliento, no entanto, que esse entendimento deve prosperar *somente no que tange a mensagens eleitorais lícitas*, é dizer, sem pedido explícito de voto, para o que recobram valor os critérios outrora fixados por este Tribunal para a identificação da propaganda prematura.

Em termos mais claros, sugiro que os conteúdos que estampem (i) *a ampla divulgação da candidatura, ainda que de maneira disfarçada ou subliminar*; (ii) *o rol de qualidades que conduzam o eleitorado a acreditar*

²⁸ Perspectiva partilhada pela doutrina, como se vê: “Ainda não há regulamentação de gastos para esse período e nem mesmo decisões sobre vários temas, de maneira que o pior dos problemas seria coibir o abuso nos meios de comunicação, em razão de sua abrangência. Privar o pré-candidato de usar adesivo com o seu nome seria o mínimo que a Justiça Eleitoral teria que se preocupar, uma vez que todos podem ter acesso a esse tipo de propaganda” (SILVA FILHO, Lídio Modesto. *Propaganda Eleitoral*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 59).

ser o candidato qualificado para o desempenho das funções inerentes ao cargo que almeja; ou (iii) a divulgação de plano de governo ou plataforma de campanha sejam a partir de agora aplicados com uma nova finalidade: não para a identificação do que se pune (porque a punição, como regra, depende do pedido de voto explícito), mas para a identificação do que possui conteúdo eleitoral apto a atrair a aplicação das restrições de forma que incidem sobre a propaganda eleitoral no período oficial.

Em contrapartida, as mensagens de cunho político estrito (não eleitoral) ou de mera promoção pessoal, como notas laudatórias, homenagens, declarações de apoio, exposição de ideias e princípios abstratos, assim como pensamentos afins, na medida em que não constituem propaganda eleitoral propriamente dita, remanescem amplamente livres, não enfrentando, em princípio, quaisquer interdições formais²⁹.

Por fim, acolho *in totum* a sugestão de análise da condição do autor do fato, especialmente com o fito de possibilitar que os órgãos jurisdicionais eleitorais confirmem uma maior deferência às manifestações surgidas espontaneamente do cidadão-eleitor, a quem o modelo constitucional assegura, nos limites mais amplos, o poder-dever de vigilância e de crítica, assim como o direito de realimentar o espírito cívico e o credo democrático mediante o exercício da política como um instrumento de transformação.

Em conclusão, no que diz com a proposta de fixação de tese, voto: (i) pelo *acolhimento in totum do terceiro e do quarto critérios* propostos pelo Ministro Admar Gonzaga Neto, bem ainda pela recepção parcial do segundo, no ponto específico em que atrai para as manifestações tipicamente eleitorais as contenções de forma incidentes sobre a publicidade autorizada no período oficial; e, em contrapartida, (ii) pela *rejeição integral do primeiro critério proposto, assim como pela recusa parcial*

²⁹ Em par com essa visão, opina a doutrina que a pretensão dirigida ao controle dos atos de promoção pessoal é equivocada, já que “[...] se o legislador entende que os atos de promoção pessoal são legais, não são atos de campanha extemporânea e não têm o condão de ferir a isonomia entre os postulantes a cargo público, estes fogem do espectro de atuação da Justiça Eleitoral. O homem público pode gastar os seus recursos como bem entender, desde que não seja em atividades ilícitas, inclusive com atos para promover a sua imagem. Entender de maneira diversa é esvaziar o conteúdo da norma e, mais uma vez, trazer para o âmbito da propaganda eleitoral um ativismo judicial infundado e que o legislador vem, sucessivamente, rechaçando” (MENDES; Anna Paula Oliveira; SILVA, Renan Luiz dos Santos. “O conceito de propaganda eleitoral antecipada: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional”. In: OLIVEIRA, Armando Albuquerque et al. *Teorias da Democracia e Direitos Políticos*. Florianópolis: Conpedi, 2017, p. 68).

do segundo, no ponto específico em que pretende atribuir, *a priori*, algum desvalor para o uso de materiais típicos de campanha (como adesivos e materiais impressos).

Ao teor do exposto, com o propósito de amainar a insegurança imperante em torno do tema, consigno que as questões fundamentais relativas à (i)licitude das manifestações públicas no momento pré-eleitoral podem, em meu sentir, ser assim resumidas:

- (i) no que tange ao conteúdo discursivo, resguardada a preservação de prerrogativas fundamentais, como o direito à honra e à intimidade, o falar é livre, sendo somente limitado pela realização de pedido *explícito* de voto;
- (ii) insere-se no conceito de pedido explícito o uso de expressões que lhes sejam, a toda evidência, semanticamente semelhantes, mas não o recurso a *brandings*, signos políticos distintivos ou quaisquer outros elementos extrínsecos à mensagem;
- (iii) a liberdade de expressão no período pré-eleitoral enseja consigo, em linha de princípio, a possibilidade de realização de gastos *moderados*, em ordem a possibilitar o seu exercício em termos minimamente efetivos;
- (iv) esses gastos podem ser suportados pelo próprio pré-candidato;
- (v) não obstante, reserva-se à Justiça Eleitoral a competência para a análise e punição em face de eventuais desbordes, inclusive em sede de ação de investigação judicial eleitoral, visando à proteção da legitimidade das eleições em face de casos de abuso de poder político, econômico ou midiático;
- (vi) a permissão para a execução de despesas razoáveis, no entanto, não implica a liberação para o uso de métodos de propaganda proibidos durante o período da propaganda oficial, quando tais instrumentos sirvam à divulgação de conteúdo eleitoral (a ampla divulgação da candidatura, ainda que de maneira disfarçada ou subliminar; qualidades que conduzam o eleitorado a acreditar ser o candidato o mais qualificado para o desempenho das funções inerentes ao cargo que almeja; ou a divulgação de plano de governo ou plataforma de campanha);
- (vii) de outro lado, as restrições instrumentais dirigidas à propaganda eleitoral no período oficial não incidem sobre

manifestações de cunho político ou de mera promoção pessoal, como notas laudatórias, homenagens, declarações de apoio, exposição de ideias e princípios abstratos, etc;

(viii) a extrapolação do limite do razoável, no que diz com os aspectos financeiros da comunicação política, pode ser aferida a partir do índice de reiteração da conduta, do período de exposição das mensagens pagas, assim como de seus respectivos custos, capilaridade ou abrangência;

(ix) nessa análise, incide sobre as atividades organizadas por candidatos e partidos políticos um maior rigor do que o reservado para as manifestações espontâneas provenientes do eleitorado, tendo em vista que o arquétipo democrático confere aos cidadãos o sagrado direito de opinar sobre quaisquer temas públicos que lhes pareçam relevantes.

Vistos em conjunto, esses critérios, caso aceitos, ensejariam o seguinte quadro:

(a) o pedido explícito de votos, entendido em termos estritos, caracteriza a realização de propaganda antecipada irregular, independentemente da forma utilizada ou da existência de dispêndio de recursos;

(b) os atos publicitários não eleitorais, assim entendidos aqueles sem qualquer conteúdo direta ou indiretamente relacionados com a disputa, consistem em “indiferentes eleitorais”, situando-se, portanto, fora da alçada desta Justiça Especializada; e

(c) o uso de elementos classicamente reconhecidos como caracterizadores de propaganda, desacompanhado de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade *per se*; todavia, a opção pela exaltação de qualidades próprias para o exercício de mandato, assim como a divulgação de plataformas de campanha ou planos de governo acarreta, sobretudo quando a forma de manifestação possua uma expressão econômica minimamente relevante, os seguintes ônus e exigências: (i) impossibilidade de utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda (*outdoor*, brindes, etc); e (ii) respeito ao alcance das possibilidades do pré-candidato médio.

Dessa forma, cria-se, com estrito respeito aos arranjos constitucional e legal, um quadro propício à máxima efetivação de todas as garantias

fundamentais envolvidas: liberdade de expressão, direito à informação, igualdade (substancial) de oportunidades, e competitividade das eleições.

Ex positis, quanto ao exame da espécie, ratifico o voto anteriormente proferido, acompanhando o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

Paralelamente, no que tange à proposta de fixação de tese, submeto à apreciação dos pares um padrão alternativo, parcialmente coincidente com o brilhantemente construído pelo Ministro Admar Gonzaga Neto.

É como voto.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, eu já votei e peço vênia a Vossa Excelência para manter o voto na mesma linha do Ministro Edson Fachin que naquela assentada abriu a divergência.

A minha dificuldade, já expus a Vossa Excelência, é entender que pedido explícito de voto se resume a “Vote em mim” ou “Vote no candidato”. Penso que o pedido explícito de voto pode se expressar não por palavras dessa ordem, bastando, por exemplo, a imagem ou o número do candidato.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Senhores Ministros, eu quero apenas compartilhar com os eminentes pares que numa democracia vigora o princípio da liberdade de propaganda, diferentemente do que ocorre no Direito Público, em que somente se pratica aquilo que é autorizado por lei.

No prélio eleitoral, em razão da necessidade de pré-campanha, o indivíduo tem de se apresentar como pré-candidato, pois não há como numa pré-campanha não se apresentar como pré-candidato.

Então, vigora o princípio da legalidade, no sentido de que é possível praticar todos os atos, salvo aquilo que for proibido. É exatamente a legalidade inversa do que ocorre no Direito Público, sendo certo que aqui não há influxo da liberdade de manifestação, da liberdade de expressão, da igualdade de chances, por exemplo, de renovação política. A renovação

ética, como se assenta hodiernamente, só ocorrerá se os novos *players* puderem aparecer e, nessa pré-campanha, que é uma campanha prévia, os *players* necessariamente têm de se apresentar como pré-candidatos a um determinado cargo.

Por isso faço essas ponderações no campo da propaganda.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, eu reajusto o meu voto aos critérios trazidos agora na proposta de Vossa Excelência, posto que entendo em conformidade com a *ratio* fixada pelo legislador.

E vejo que o voto de Vossa Excelência também abre espaço para que verifiquemos situações extravagantes.

Entendo que o caso das placas é uma dessas situações extravagantes, porque essas placas são padronizadas. Todas essas famílias trazem os mesmos dizeres: “eu apoio esse candidato”.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Mas não é propaganda feita pelo pré-candidato, e sim feita por terceiros.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Mas é difícil crer que essa propaganda tenha sido produzida de forma espontânea pelas família, e digo isso em face da padronização, inclusive dos dizeres e por estarem espalhadas pela cidade.

Neste caso, mantenho meu voto, porque entendo que é uma dessas situações extravagantes.

O único critério que Vossa Excelência implementa no seu voto, e que eu gostaria de verificar a possibilidade de reajustarmos, é que esses valores da pré-campanha sejam necessariamente incluídos como despesa da campanha eleitoral. Não entendo razoável retirar da campanha mais esse valor.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Nessa parte, eu reajusto.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Então, acompanho Vossa Excelência integralmente. Mas entendo que este caso é um desses

extravagantes e fico vencido, se for o caso, com a Ministra Rosa Weber e o Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Eu pedi vista no processo relatado pelo Ministro Jorge Mussi [AgR-REspe nº 43-46. 2016.6.25.0009/SE].

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Eu pedi vista do processo relatado pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto [AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP], que tinha um voto muito semelhante ao de Vossa Excelência, e adotei uma postura mais rigorosa, juntamente com a Ministra Rosa Weber e o Ministro Edson Fachin.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, Vossa Excelência nunca me surpreende, mas sempre me causa admiração quando sintetiza o vosso pensamento, cristalizando em uma frase: “tudo o que não é proibido, é permitido”.

Acompanho Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

AgR-AI nº 9-24.2016.6.26.0242/SP. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: Nilson Solla e outro Advogados: Christopher Rezende Guerra Aguiar – OAB: 203028/SP e outros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Admar Gonzaga.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

Notas de julgamento do Ministro Og Fernandes e do Vice-Procurador-Geral Eleitoral sem revisão.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 752-31.2016.6.20.0006

CEARÁ-MIRIM – RN

Relator: Ministro Admar Gonzaga

Recorrente: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira

Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN
e outros

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

AÇÃO CAUTELAR Nº 0604236-44.2017.6.00.0000

CEARÁ-MIRIM – RN

Relator: Ministro Admar Gonzaga

Autora: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira

Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN
e outro

Réu: Ministério Público Eleitoral

PETIÇÃO Nº 0600267-84.2018.6.00.0000

CEARÁ-MIRIM – RN

Relator: Ministro Admar Gonzaga

Requerente: Randiere Ribeiro Martins

Advogado: Diego de Moraes Diógenes – OAB: 9330/RN

Requerida: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira

Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN
e outro

Direito Eleitoral. Recurso especial eleitoral. Eleições 2016. Representação por captação ou gasto ilícito de recursos. Extrapolação do limite de gastos. Cassação do diploma. Desprovento.

1. Recurso especial eleitoral interposto contra acórdão do TRE/RN que manteve a cassação do diploma de vereadora da

recorrente, com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, em razão da extrapolação, em 39,22%, do limite legal de gastos de campanha.

2. A imposição de um limite de gastos de campanha uniforme para todos os candidatos para cada cargo em disputa foi novidade introduzida pela Lei nº 13.165/2015, aplicada a partir das eleições de 2016. Até então, vigorava um sistema de autorregulação de gastos eleitorais, no qual os próprios partidos políticos fixavam os limites a que seus candidatos estariam sujeitos.

3. A partir dessa alteração legislativa, os limites de gastos de campanha, regulados pelo art. 18 da Lei nº 9.504/1997, passaram a desempenhar o relevantíssimo papel de assegurar a paridade de armas entre os candidatos, evitando que candidatos mais ricos ou com maior acesso a recursos financeiros fiquem em posição de vantagem em relação aos demais competidores. Além disso, trata-se de medida eficaz para frear a escalada dos custos de campanha.

4. O art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 incide sobre a captação ou o gasto de recursos, para fins eleitorais, que se dê em desacordo com as normas legais aplicáveis. O descumprimento do limite previsto para despesas de campanha configura, portanto, gasto ilícito de recursos, sujeito à aplicação do art. 30-A, *caput* e § 2º.

5. Para a procedência do pedido formulado na representação pelo art. 30-A, é preciso, ainda, aferir a gravidade da conduta reputada ilegal, que pode ser demonstrada tanto pela relevância jurídica da irregularidade, quanto pela ilegalidade qualificada, marcada pela má-fé do candidato. Precedentes.

6. Considerando-se a nova feição do teto de gastos, o dispêndio de recursos de campanha em montante que ultrapassa em quase 40% o limite legal estabelecido ostenta gravidade e relevância jurídica para justificar a condenação. O candidato que, em violação à lei, tem um dispêndio de recursos em campanha superior ao teto legal tem uma vantagem ilegítima em relação aos demais competidores. Trata-se de uma quebra patente e grave da paridade de armas, apta a desequilibrar a disputa e, assim, ferir a legitimidade do pleito.

7. Afastar a cassação do diploma em caso de extrapolação significativa do teto de gastos imposto por lei significaria, na prática, o fim dos limites de gastos de campanha. Nessa hipótese, candidatos, sobretudo os mais abastados, teriam incentivos a efetuar despesas acima dos limites legais para serem eleitos, arcando apenas com o risco de eventual aplicação de multa.

8. Recurso especial desprovido. Ação cautelar e petição julgadas prejudicadas.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial de Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, julgar prejudicadas a Ação Cautelar nº 0604236-44 e a Petição nº 0600267-84, nos termos do voto reajustado do relator.

Brasília, 28 de junho 2018.

Ministro ADMAR GONZAGA, relator

Publicado no *DJe* de 3.8.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, vereadora eleita pelo Município de Ceará-Mirim/RN, interpôs recurso especial (fls. 209-215) em face do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (fls. 189-196) que, por unanimidade, negou provimento ao recurso eleitoral e manteve a sentença do Juízo da 6ª Zona Eleitoral daquele Estado que julgou procedente representação, ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral, com fundamento no art. 30-A da Lei 9.504/1997.

Eis a ementa do acórdão regional (fls. 189-190):

RECURSO ELEITORAL – ELEIÇÕES 2016 – VEREADOR – ILICITUDE NA CAPTAÇÃO E GASTOS DE RECURSOS DE CAMPANHA – ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/1997 – INOBSERVÂNCIA AO PRESCRITO NO ART. 18 DA LEI DAS ELEIÇÕES E NA RESOLUÇÃO/TSE Nº 23.459 – UTILIZAÇÃO DE RECURSOS EM MONTANTE SUPERIOR AO ESTABELECIDO – CONDUTA ILÍCITA – INDEVIDA VANTAGEM EM FACE DE SEUS CONCORRENTES NO

PLEITO ELEITORAL – GASTOS EXCEDENTES – RECURSOS ESTIMÁVEIS – FATOS JULGADOS À LUZ DO ART. 30-A DA LEI 9.504, E NÃO DO ABUSO DE PODER PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990 – DUPLA PENALIZAÇÃO – PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – MULTA APLICADA – INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – PEDIDO DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DESTE TRE – RATIO DECIDENDI INAPLICÁVEL – SITUAÇÕES EM QUE INEXISTIA A IMPOSIÇÃO LEGAL QUANTO AO TETO DE GASTOS – MODIFICAÇÃO TRAZIDA APENAS PELA LEI Nº 13.165/2015 – FATOS OSTENTADORES DE RELEVÂNCIA JURÍDICA – EXCESSIVO GASTO ACIMA DO LIMITE LEGAL – SITUAÇÃO GRAVE DESEQUILÍBRIO DA CAMPANHA – MORALIDADE E ISONOMIA FERIDOS – BENEFÍCIO INDEVIDO EM FACE DOS DEMAIS CANDIDATOS – CONDUTAS PERPETRADAS À MARGEM DA FISCALIZAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL – FALTA DE LISURA E REGULARIDADE QUANTO ÀS RECEITAS MOVIMENTADAS E ÀS DESPESAS REALIZADAS – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Na espécie, a recorrente excedeu o limite legal a que tinha direito, o que representa uma extrapolação de 39,22% em relação à baliza imposta por lei (e regulamentada pelo TSE). Logo, a conduta foi ilícita, e inexoravelmente concedeu indevida vantagem à recorrente em face de seus concorrentes no pleito eleitoral.

Também não merece amparo o argumento de que os gastos excedentes foram todos feitos em recursos estimáveis e que jamais poderiam ensejar abuso de poder econômico. Primeiro porque é possível, sim, o seu reconhecimento (TSE RO 1453, rel. Min. Felix Fisher, de 25/02/2010). Segundo porque, como já dito, a sentença não condenou a recorrente por abuso de poder econômico, mas sim pela arrecadação e gastos ilícitos de recursos, nos moldes previstos no art. 30-A da Lei das Eleições. Também não procede a alegação da dupla penalização. É que o processo de prestação de contas, onde foi aplicada multa (PC 527-11.2016) com fundamento no art. 5º da Resolução/TSE nº 23.463 é instrumento autônomo relativamente à presente representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, e possuem objetos absolutamente distintos (nesse sentido, RESPE nº 2641-64, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 28/02/2014). Não há, portanto, se falar em *bis in idem* na condenação. Invocação indevida de precedente deste TRE, porquanto o caso tratado naquele feito não é idêntico à hipótese destes autos. No tal precedente, tratava-se de ação de impugnação de mandato eletivo referente às Eleições 2012, quando sequer existia a imposição legal quanto ao teto de gastos (trazida apenas pela Lei nº 13.165/2015).

No caso dos autos, os fatos ostentam relevância jurídica. É que gasto de campanha em mais de 51% acima do limite legal estabelecido revela situação grave, a ponto de desequilibrar a campanha eleitoral para o cargo de vereador no município, de modo a ferir a moralidade e a isonomia do pleito no município. Ao exceder sobremaneira o limite

de gastos imposto pela norma eleitoral, a candidata se sobressaiu, de modo ilegítimo, aos demais candidatos que, ao revés, tiveram suas despesas de campanha limitadas pela norma, havendo, assim, patente quebra na isonomia do pleito.

Também deve se levar em consideração que os fatos ocorridos revelaram transações de arrecadação e gastos de campanha que configuraram condutas perpetradas à margem da fiscalização da Justiça Eleitoral, e, sem a lisura e a regularidade das receitas movimentadas e das despesas realizadas pela candidata, há sério atentado à moralidade que deve ser a tônica da disputa eleitoral.

Improvemento do recurso.

A recorrente alega, em suma, que:

a) ao manter incólume a sentença de primeiro grau, o Tribunal de origem reconheceu que a recorrente incorreu em abuso do poder econômico e praticou gasto ilícito de recursos, em razão de ter ultrapassado o limite legal imposto pelo TSE;

b) o acórdão regional violou os arts. 30-A da Lei 9.504/1997 e 22, XVI, da Lei Complementar 64/1990, pois os gastos que extrapolaram o limite da campanha eleitoral não podem ser considerados abuso do poder econômico, nem mesmo gastos ilícitos;

c) o abuso do poder econômico e o gasto ilícito previsto no art. 30-A da Lei 9.504/1997 se configuram quando o dispêndio é ilegal, efetuado com o objetivo de desvirtuar a eleição;

d) os dispêndios realizados na campanha eleitoral não são ilícitos, tanto que a prestação de contas foi desaprovada por ter extrapolado o limite de gastos permitido;

e) os gastos que excederam o limite não foram ocultados, foram pagos com recursos que transitaram pela conta de campanha e devidamente declarados à Justiça Eleitoral;

f) a contabilidade da candidata se equivocou, tendo em vista que entendeu as doações estimáveis não entrariam no limite de gastos;

g) os gastos que ultrapassaram o limite foram custeados com recursos estimáveis, e não em espécie, o que jamais poderia ensejar abuso do poder econômico e muito menos ser considerado dispêndio ilícito;

h) o acórdão regional sancionou a ora recorrente duas vezes pelo mesmo fato, pois a penalidade da extrapolação do limite de gastos é a aplicação de multa, conforme já foi estabelecido na sentença do juízo de piso;

i) entender que ultrapassar o limite estabelecido é abuso do poder econômico e gasto ilícito é inaceitável, caracterizando *bis in idem*;

j) o TRE/RN julgou caso idêntico nos autos da AIME 1-07, em que foi considerada a boa-fé, em face de o impugnado ter informado todos os seus gastos na sua prestação de contas. Diante de casos similares, deve ser dada a mesma interpretação;

k) o acórdão regional considerou que exceder o limite de gastos é conduta grave o suficiente para possibilitar a aplicação do art. 22, XVI, da Lei Complementar 64/1990;

l) a jurisprudência é firmada no sentido de que a gravidade da conduta deve vir acompanhada de provas robustas do abuso.

Requer a admissão do recurso especial com efeito suspensivo e o provimento do apelo para reformar o acórdão recorrido e manter incólume o mandato, bem como as suas condições de elegibilidade.

O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões (fls. 225-229v.), nas quais pugnou pelo “não conhecimento do recurso quanto a alínea “b” inciso I do art. 276, do Código Eleitoral e, no mérito, em relação ao ponto conhecido (art. 275, I, *a*, do Código Eleitoral), requer o seu desprovimento” (fl. 229v.).

A douta Procuradoria-Geral Eleitoral, às fls. 248-253, opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

AC 0604236-44 (PJE)

Jumaria Souza Fernandes ajuizou a AC 0604236-44.2017.6.00.0000 (Documento 172.181), na qual deferi o pedido de liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial nos autos do Recurso Eleitoral 752-31 e, por conseguinte, suspender a execução dos acórdãos regionais, determinando a manutenção da autora no exercício do mandato eletivo de vereadora, ou a sua recondução, caso já tivesse sido afastada (Documento 172.381).

O Ministério Público Eleitoral apresentou contestação aos termos do pedido de tutela antecipada ajuizado pela autora, requerendo a improcedência da demanda, visto que, nas razões do pedido, não havia elementos capazes de demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conforme determina o art. 300 do CPC (Documento 177.758).

Na sequência, o *Parquet* Eleitoral interpôs agravo interno, pugnando pela reconsideração da decisão proferida ou pela apreciação do recurso pelo órgão colegiado, a fim de que a decisão liminar seja reformada (Documento 177.759).

O então Presidente desta Corte Superior, Ministro Gilmar Mendes, mediante a decisão proferida em 2.1.2018, revogou a tutela de urgência antes deferida e negou seguimento à ação cautelar para reforma da decisão liminar (Documento 182.175).

Por conseguinte, a autora interpôs agravo regimental, requerendo o imediato restabelecimento da liminar por mim deferida até que fosse apreciado o recurso especial, ou, subsidiariamente, a apreciação do agravo regimental em mesa, a fim de que fosse deferida ou restabelecida a liminar concedida até o julgamento do apelo (Documento 190.933).

O Ministério Público Eleitoral apresentou contraminuta ao agravo interno, no qual pleiteia o não provimento do apelo e postula o julgamento conjunto das Ações Cautelares 0604236-44.2017.6.00.0000 e 0604235-59.2017.6.00.0000 (Documento 193.314).

Em decisão de 27.2.2018, indeferi o pedido de reconsideração formulado pela autora e, quanto ao pedido do Ministério Público, ressaltei que o julgamento conjunto e definitivo dos Recursos Especiais 752-31 e 751-46 ocorreria brevemente (Documento 195.568).

Na oportunidade, determinei que os autos aguardassem em Secretaria até que os pareceres dos aludidos recursos especiais fossem ofertados, ocasião em que ambos os feitos deveriam ser conclusos.

Em 28.2.2018, Jumaria Souza Fernandes opôs embargos de declaração, aduzindo que a embargante jamais foi afastada do cargo de vereador, pois este Tribunal Superior não comunicou o Juízo da 6ª Zona Eleitoral a respeito da decisão que negou seguimento à ação cautelar, da lavra do Ministro Gilmar Mendes. Requereu novamente o restabelecimento da medida liminar para evitar a indesejável alteração de cargos na Câmara Municipal até o julgamento do RESpe 752-31 (Documento 195.568).

Randiere Ribeiro Martins, segundo suplente eleito pela Coligação Avante Ceará-Mirim: Retroceder Jamais!, apresentou petição, na qual informa que Luciano Moraes, primeiro suplente da vereadora Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, já tomou posse em outro cargo de vereador (Documento 197.750).

Aduz que o Juízo da 6ª Zona Eleitoral não foi informado da revogação da tutela de urgência que manteve a requerente no cargo.

Por fim, requer a expedição de ofício àquela zona eleitoral informando acerca da decisão que negou seguimento à ação cautelar e, via de consequência, determinou o afastamento da vereadora do cargo.

Por sua vez, o *Parquet* Eleitoral apresentou impugnação aos embargos de declaração opostos pela autora, pleiteando a rejeição dos aclaratórios (Documento 201.746)

Jumaria Souza Fernandes de Oliveira apresentou petição informando que Randiere Ribeiro Martins, suplente da autora, requereu ao Juízo da 6ª Zona Eleitoral que fosse empossado no cargo de vereador. No entanto, o seu pedido foi julgado improcedente e a vereadora foi mantida no cargo (Documento 201.922).

Pet 0600267-84 (PJE)

De outro lado, Randiere Ribeiro Martins, suplente da vereadora Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, apresentou petição reiterando o pedido para que seja oficiado ao Juízo da 6ª Zona Eleitoral informando a revogação da decisão liminar que manteve a vereadora no cargo (Documento 204.399).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA (relator): Senhor Presidente, o recurso especial é tempestivo. O acórdão regional foi publicado no *DJe* em 10.11.2017, sexta-feira, conforme certidão à fl. 203, e o apelo foi interposto em 13.11.2017, segunda-feira (fl. 209), por procurador habilitado nos autos (procuração à fl. 119).

De início, anoto que a controvérsia se refere à condenação por gasto ilícito de recursos financeiros em campanha eleitoral, em representação proposta pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor de Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, eleita vereadora do Município de Ceará-Mirim no pleito de 2016.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso eleitoral para manter a sentença do juízo de primeiro grau, nos seguintes termos (fls.192-196):

Como relatado, trata a presente ação de representação por captação ou gasto ilícito de recursos financeiros de campanha eleitoral cujo pedido, na origem, foi julgado procedente.

Na espécie, Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, que teve seu diploma cassado, recorre de decisão do juízo a quo que reconheceu a extrapolação do limite de gastos de campanha legalmente estabelecido e, ainda em decorrência disso, terminaria por configurar a ilicitude na captação e gastos de recursos de campanha previstos no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Para uma melhor compreensão, transcrevo o artigo alegadamente violado:

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para *apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos*.

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

§ 2º *Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos*, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no *Diário Oficial*.

No caso em apreço, a ilicitude aventada seria a inobservância ao prescrito no art. 18 do mesmo diploma normativo, novidade legislativa trazida pela lei nº 13.165/2015, cuja redação, vigente por ocasião das eleições 2016, transcrevo:

Art. 18. *Os limites de gastos de campanha, em cada eleição, são os definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral com base nos parâmetros definidos em lei.*

Por sua vez, a Resolução-TSE nº 23.459, que dispôs sobre os limites de gastos para os cargos de vereador e prefeito nas eleições municipais de 2016, estabeleceu, conforme tabela anexada à norma, a baliza de R\$13.702,50 (treze mil, setecentos e dois reais e cinquenta centavos) para o município de Ceará-Mirim/RN, atualizada monetariamente pela Portaria-TSE nº 704/2016, consoante determinou o art. 2º da Resolução,

valor que restou fixado em R\$18.328,63 (dezoito mil, trezentos e vinte e oito reais e sessenta e três centavos).

Assim, a partir dessas normas, é de se concluir pela ilicitude da conduta daqueles que se utilizaram de recursos em montante superior ao estabelecido, em manifesta afronta à norma eleitoral (art. 18 da Lei nº 9.504/1997 c.c. art. 1º da Resolução-TSE nº 23.459).

Na espécie, a candidata prestou contas declarando gastos na ordem de R\$25.518,32 (vinte e cinco mil, quinhentos e dezoito reais e trinta e dois centavos), como se observa da Prestação de Contas nº 615-49.2016.6.20.0006, extrapolando, assim o limite de gastos em R\$7.189,69 (sete mil cento e oitenta e nove reais e sessenta e nove centavos). Na sua prestação de contas, a candidata omitiu gastos estimáveis em dinheiro, referentes a doações de veículos e serviços de motorista mencionados na prestação de contas inicial da ora recorrente, os quais, segundo alega, foram lançados erroneamente nas suas contas, quando em realidade seriam doações feitas ao candidato a prefeito Renato Martins. Ocorre, todavia, que tais doações não constaram da prestação de contas deste último e, ainda, acresce-se o fato de que houve pagamento de combustível feito com cheques da conta eleitoral da candidata, em ordem a caracterizar doação não contabilizada.

Importa mencionar, desde logo, que a prestação de contas da candidata foi desaprovada pelo juízo *a quo*, pelos mesmos motivos aqui apreciados: *a extrapolação do limite legal de gastos estabelecido pelo art. 18 da Lei nº 9.504/1997*.

Ainda preliminarmente, cabe uma observação, bem ressaltada pelo douto Procurador Regional Eleitoral em seu parecer (fls. 180-v.). Com efeito, não obstante a recorrente, no recurso, insurja-se contra o reconhecimento de abuso de poder econômico, a decisão aqui impugnada somente reconhece essa conduta obiter dictum, conforme se vê do dispositivo da sentença (fls. 146). Até mesmo porque, quando do seu ajuizamento (em 20/12/2016) o prazo para apuração de abuso de poder econômico já havia transcorrido, configurando hipótese de decadência. Assim, inócuas as razões do recurso quanto a esse fundamento.

Dito isto, analiso as demais razões da recorrente.

Em relação à extrapolação, não há insurgência da recorrente. Há inclusive reconhecimento expresso desse fato. Com efeito, como relatado, ela reconhece que excedeu o teto dos gastos estabelecido pela norma de regência. Nessa perspectiva, não é válido o seu argumento de que esse excesso não seria ilegal ou ilícito porquanto declarado, pois houve patente desrespeito à vedação imposta pela norma, do que recai, indubitavelmente, o reconhecimento da ilicitude na arrecadação e gastos de recursos de campanha.

Na espécie, repito, a recorrente excedeu em R\$7.189,69 o limite legal a que tinha direito, o que representa uma extrapolação de 39,22% em relação à baliza imposta por lei (e regulamentada pelo TSE). Logo, a conduta foi ilícita, e inexoravelmente concedeu indevida vantagem a recorrente em face de seus concorrentes no pleito eleitoral.

Também não merece amparo o argumento de que os gastos excedentes foram todos feitos em recursos estimáveis, o que jamais poderia ensejar abuso de poder econômico. Primeiro porque é possível, sim, o seu reconhecimento (TSE RO 1453, rel. Min. Felix Fisher, de 25/02/2010). Segundo porque, como já dito, a sentença não condenou a recorrente por abuso de poder econômico, mas sim pela arrecadação e gastos ilícitos de recursos, nos moldes previstos no art. 30-A da Lei das Eleições. Em rigor, o caso em exame traz fatos que ocorreram à margem da norma eleitoral de regência, tal qual reconhecida em sentença prolatada nos autos da prestação de contas da candidata. Nessa ordem de ideias, a alegação de que a ora recorrente na verdade teria recebido doação de combustível do candidato a prefeito Renato Martins não parece verossímil, na medida em que esse combustível foi pago mediante Cheques (850002, 0850004, 850007, da agência 1042-1 e conta corrente 39956-6, referente à conta bancária de campanha da candidata), e não através de cheques da conta pessoal da ora recorrente. Ao fazer a retificação na sua prestação de contas, a ora recorrente deixa de explicar por que motivo excluiu gastos com motorista e veículos, sob a alegação de que teriam sido serviços prestados a Renato Martins, mas deixou constando ainda em suas contas a doação deste relativa a combustíveis (para nenhum veículo!). Portanto, a argumentação de defesa se revela frágil, não crível.

Acerca da dupla penalização, também não assiste razão à recorrente. É que o processo de prestação de contas, onde foi aplicada multa (PC 615-49.2016) com fundamento no art. 5º da Resolução/TSE nº 23.463 é instrumento autônomo relativamente à presente representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, e possuem objetos absolutamente distintos (nesse sentido, REspe nº 2641-64, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 28/02/2014). Não há, portanto, se falar em bis in idem na condenação.

Em relação ao precedente invocado nas razões, advindo da 20ª Zona Eleitoral (RE 1-03.2013), o caso tratado naquele feito não é idêntico à hipótese destes autos. No tal precedente, tratava-se de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo referente às eleições 2012, quando sequer existia a imposição legal quanto ao teto de gastos (trazida apenas pela Lei nº 13.165/2015). Ou seja, a norma desrespeitada no presente processo não era vigente nas eleições 2012, razão pela qual se pode afirmar com segurança que o caso não é idêntico ao ora tratado, não devendo ser aplicada à espécie a *ratio decidendi* de tal precedente.

Reconhecida, pois, a ilicitude da conduta, finalmente analiso a incidência do § 2º da norma que, para procedência da representação, exige seja comprovada a gravidade da conduta, a ponto de comprometer a moralidade da eleição, consoante entende o e. Tribunal Superior Eleitoral (RO 393-22.2011, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1708/2014). É que a Representação Eleitoral lastreada no artigo 30-A da Lei nº 9.504/1997 visa não só assegurar a higidez das normas pertinentes à arrecadação e gastos de recursos eleitorais, mas, também, a própria moralidade e a isonomia no processo Eleitoral.

Não se deve perder de vista que a captação ilícita prevista no tipo legal remete tanto à fonte quanto à forma de obtenção de recursos, isto é, abrange não só o recebimento de recursos de fontes ilícitas e vedadas, como também sua obtenção de modo ilícito, embora nesse último caso a fonte seja legal.

No caso dos autos, encontro presente relevância jurídica na conduta da recorrente.

É que, a meu sentir, gasto de campanha em mais de 39% acima do limite legal estabelecido, revela situação grave, a ponto de desequilibrar a campanha eleitoral para o cargo de vereador em Ceará-Mirim/RN, de modo a ferir a moralidade e a isonomia do pleito no município.

Ao exceder sobremaneira o limite de gastos imposto pela norma eleitoral, a candidata se sobressaiu, de modo ilegítimo, aos demais candidatos que, ao revés, tiveram suas despesas de campanha limitadas pela norma, havendo, assim, patente quebra na isonomia do pleito. Sob esta ótica, inteligível concluir que aqueles que respeitaram a norma seriam prejudicados, na medida em que não puderam arrecadar e gastar mais recursos, justamente por respeitá-la, incoerência que não encontra amparo em nosso ordenamento.

Outrossim, não reconhecer como grave a conduta aqui ora analisada seria, por vias transversas, fomentar o desrespeito à norma, na medida em que abre precedente para outros candidatos, a partir de então, agirem da mesma forma, à margem da lei. Dito em termos mais claros: caso a candidata, nas circunstâncias destes autos, seja penalizada somente com a multa aplicada em sede de prestação de contas, esta Corte deixaria implícita a indesejável mensagem para as eleições vindouras no sentido de que, para gastar a mais do que o limite, basta contabilizar nos gastos de campanha eventual aplicação da multa do art. 18-B da Lei nº 9.504/1997, que não lhe serão impostas outras sanções.

Também deve se levar em consideração que os fatos ocorridos revelaram transações de arrecadação e gastos de campanha que configuraram condutas perpetradas à margem da fiscalização da Justiça Eleitoral, e, sem a lisura e a regularidade das receitas movimentadas e das despesas realizadas pela candidata, há serio atentado à moralidade que deve ser a tônica da disputa eleitoral.

Com base em todas essas considerações, reconheço a conduta descrita nestes autos como ostentadora de gravidade suficiente para malferir o necessário equilíbrio nas eleições proporcionais ocorridas no município de Ceará-Mirim/RN, de modo a fazer incidir na espécie a normatividade do 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, uma vez reconhecida a gravidade das circunstâncias, na forma do art. 22, XVI, da Lei Complementar nº 64/1990. Forte nesses fundamentos, VOTO, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Regional Eleitoral, pelo *conhecimento* e *desprovemento* do recurso manejado, mantendo, por conseguinte, a sentença em todos os seus termos.

A recorrente sustenta que o acórdão recorrido violou os arts. 30-A da Lei 9.504/1997 e 22, XVI, da Lei Complementar 64/1990, porquanto os gastos que extrapolaram o limite da campanha eleitoral não podem ser considerados ilícitos ou resultarem em abuso do poder econômico.

No que tange ao alegado abuso do poder econômico, a Corte de origem asseverou que, “não obstante a recorrente, no recurso, insurja-se contra o reconhecimento de abuso de poder econômico, *a decisão aqui impugnada somente reconhece essa conduta obiter dictum, conforme se vê do dispositivo da sentença (fls. 146). Até mesmo porque, quando do seu ajuizamento (em 20/12/2016) o prazo para apuração de abuso de poder econômico já havia transcorrido, configurando hipótese de decadência.* Assim, inócuas as razões do recurso quanto a esse fundamento” (fl. 193, grifo nosso).

Diante dessas conclusões, é forçoso reconhecer que a sentença condenatória mencionou a prática de abuso do poder econômico apenas para ressaltar com eloquência a gravidade que, no sentir do julgador, tem a conduta da recorrente.

Em outros termos, o único ilícito apurado na espécie foi o descrito no art. 30-A da Lei 9.504/1997, porquanto essa foi a única alegação deduzida na inicial e que, em tese, seria cabível no momento do ajuizamento da ação, o qual ocorreu apenas após a diplomação.

Nesse ponto, vale lembrar que este Tribunal já firmou entendimento de que “a Ação de Investigação Judicial Eleitoral pode ser intentada até a data da diplomação dos candidatos eleitos. Precedente: AgR-RMS 53-90/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 29.5.2014” (RO 797-22, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 1º.12.2017).

Portanto, quanto a esse ponto, não há o que ser examinado.

A recorrente argumenta que a extrapolação do limite da campanha eleitoral não teve por finalidade desvirtuar a eleição, tanto que os gastos não foram ocultados, pois foram declarados em sua prestação de contas.

Aduz ainda que os gastos excedentes foram realizados com recursos estimáveis em dinheiro, o que não poderia caracterizar abuso do poder econômico.

Transcrevo o prescrito no art. 30-A da Lei 9.504/1997, *in verbis*:

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no *Diário Oficial*.

É certo que a infração prevista no supracitado artigo consiste na captação ou nos gastos ilícitos de recursos no decorrer da campanha eleitoral em desacordo com a legislação vigente, ou seja, à margem do controle da Justiça Eleitoral, constituindo o que se denomina “caixa dois”.

Nessa linha, tem-se que o bem jurídico tutelado pelo aludido dispositivo é a transparência e a higidez da campanha eleitoral, isso porque, como se sabe, de campanha viciada, jamais poderá resultar mandato legítimo.

Nesse sentido, destaco as palavras de José Jairo Gomes:

O bem jurídico protegido é a lisura da campanha eleitoral. *Arbor ex fructu cognoscitur*, pelo fruto se conhece a árvore. Se a campanha é alimentada com recursos de fontes proibidas ou obtidos de modo ilícito ou, ainda, realiza gastos não tolerados, ela mesma acaba por contaminar-se, tornando-se ilícita, pois árvore malsã não produz senão frutos doentios.

Também é tutelada a igualdade que deve imperar no certame. A afronta a esse princípio fica evidente, por exemplo, quando se compara uma campanha em que houve emprego de dinheiro oriundo de “caixa dois” ou de fonte proibida e outra que se pautou pela observância da legislação. Em virtude do ilícito aporte pecuniário, a primeira contou com mais recursos, oportunidades e instrumentos não cogitados na outra¹.

Na mesma linha, preleciona Rodrigo López Zilio:

O bem jurídico protegido pela norma prevista no art. 30-A da LE é a higidez das normas relativas à arrecadação e gastos eleitorais. O legislador se preocupa em elevar à proteção específica a matéria relativa ao aporte de recursos e gastos de campanha, dado que as ilicitudes havidas na arrecadação e dispêndio de valores consistem em uma das maiores causas de interferência na normalidade do processo eleitoral, desvirtuando a vontade do eleitor².

Cito, ademais, trecho do voto proferido pelo Ministro Félix Fischer no julgamento do RO 1.453, ocorrido em 25.2.2010, *in verbis*:

Em primeiro lugar, insta salientar que o bem jurídico tutelado pela norma do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 é a moralidade e a lisura das eleições. Ainda, mesmo antes da análise das irregularidades, convém destacar os possíveis objetos da ação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. [...]

Em resumo, podem ser objeto da investigação: a) a movimentação dos recursos financeiros fora da conta bancária específica para campanha, exceto nos casos previsto na legislação eleitoral; b) o recebimento de doações sem a emissão do recibo eleitoral; c) o recebimento de doações das fontes vedadas do art. 24 da Lei nº 9.504/1997; d) a realização de gastos eleitorais distintos do rol taxativo do art. 26 da mesma Lei.

Em razão disso, na análise do ilícito em referência, não basta indagar se há ilicitude da arrecadação ou do gasto; é necessário que tal conduta ilícita tenha afetado a higidez, a lisura e a moralidade do processo eleitoral de tal sorte que a drástica medida de cassação do diploma seja proporcional.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu que, “na representação instituída pelo art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, deve-se comprovar a existência de

¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 574.

² ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, pp. 644-645.

ilícitos que possuam relevância jurídica para comprometer a moralidade da eleição” (RO 393-22, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 21.8.2014).

Cito, ainda: “A tipificação do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 exige não apenas ilegalidade na forma de arrecadação e gasto, mas a ilegalidade qualificada, marcada pela má-fé do candidato, apta a macular a necessária lisura do pleito” (RO 16-62, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 30.9.2016).

Ainda sobre o tema, cito trecho do percuciente voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento conjunto dos REspes 11-75, 12-60, 9-08 e 10-90, do MS 69-04 e das ACs 1071-43, 1074-95 e 825-47, ocorrido em 25.5.2017, *in verbis*:

Já no que respeita ao ilícito do art. 30-A da Lei das Eleições, a jurisprudência iterativa da Corte exige a presença da “relevância jurídica da conduta imputada” (RO nº 2622-47, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 24.2.2017; REspe nº 1-91, de minha relatoria, *DJe* de 19.12.2016) ou a comprovação de “ilegalidade qualificada, marcada pela má-fé do candidato, suficiente a macular a lisura do pleito” (REspe nº 1-72, rel. Mm. Gilmar Mendes, *DJe* de 3.2.2017) para a configuração da captação ou arrecadação ilícita de recursos para campanhas eleitorais.

Eis a conclusão inelutável: conquanto sejam adotadas diferentes nomenclaturas, sobressai o postulado da proporcionalidade, notadamente em sua dimensão de vedação ao excesso (*Übermaßverbot*) como parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade ou a relevância jurídica (ou a ilegalidade qualificada) dos ilícitos em processos em que se apuram a prática de abuso de poder econômico ou político, em AIJE, AIME e RCED, e de captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais, em representações do art. 30-A da Lei das Eleições. Não é por outra justificativa que este Tribunal Superior entende, precisamente, repisa-se, que não é qualquer lesão causada aos bens jurídicos tutelados pelos tipos eleitorais que dá azo à procedência (ou não) do pedido deduzido em AIME, AIJE, RCED e nas representações do art. 30-A. É assente na Corte que apenas aquelas violações que possuam gravidade, enquanto elemento indissociável à configuração dos referidos tipos dos ilícitos eleitorais, possuem idoneidade para cassar registro ou diploma de candidato eleito ou determinar a perda de seu mandato eletivo. Ausente a gravidade, compreendida dentro da dogmática de restrição a direitos fundamentais como vedação ao excesso, descabe cogitar da procedência dos pedidos veiculados.

Precisamente por essa razão, ou seja, pelo fato de que não é suficiente a ilegalidade *lato sensu* para a procedência da representação fundada

no art. 30-A da Lei 9.504/1997, é que esta Corte firmou o entendimento de que “a prestação de contas de campanha e a representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 são ações autônomas, *de modo que o resultado de uma não vincula necessariamente o provimento a ser proferido na outra*” (AgR-REspe 1741-77, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 18.4.2016).

Com base nessa compreensão, esta Corte já afastou a caracterização do ilícito do art. 30-A da Lei 9.504/1997 mesmo diante das seguintes irregularidades averiguadas nas prestações de contas: a) recebimento de recurso de fonte vedada, em montante superior a R\$50.000,00, o que correspondeu a 36,09% dos valores arrecadados³; b) realização de despesas de pessoal, com saque diretamente na sua conta bancária, e utilização de 12.000 litros de combustível sem o aparente lastro na realidade da campanha⁴; c) doação de bens que não constituem a propriedade dos doadores, no total de R\$46.229,41, o que correspondeu a 27% dos recursos da campanha do candidato⁵; d) falta de esclarecimento suficiente sobre a origem de parte dos recursos arrecadados, da ordem de R\$41.277,45⁶; e) ausência de identificação do doador de recursos de campanha, da ordem de R\$20.000,00⁷; f) ausência de contabilização de gastos relativos à utilização de veículos e de carro de som, à realização de *jingle* de campanha, à contratação de locutor de comício e à distribuição de DVDs⁸; g) doação estimável em dinheiro, em forma de jantar e showmício, não contabilizada na prestação de contas⁹; e h) apuração posterior de falsidade de assinatura em recibo de doação de veículo, sem prova de que o candidato tinha conhecimento do fato¹⁰.

Aliás, não obstante se trate de simples decisão monocrática – inservível para a comprovação do dissídio pretoriano ou mesmo para vinculação

³ RO 1947-10, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 11.10.2013.

⁴ AgR-RO 2745-56, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 9.11.2012.

⁵ REspe 11-39, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 18.12.2014.

⁶ AgR-REspe 1671-76, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 4.11.2014.

⁷ AgR-AI 1588-72, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 5.8.2014.

⁸ REspe 1-91, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 19.12.2016.

⁹ RO 1.662, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30.9.2016.

¹⁰ AgR-REspe 3-04, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15.6.2016.

deste Colegiado –, é relevante notar o entendimento adotado pelo eminente Ministro Herman Benjamin, no REspe 1-07 (Currais Novos/RN), segundo o qual a mera extrapolação do limite de gastos de campanha, em aproximadamente 50%, não ensejaria o abuso do poder econômico, para o qual, segundo Sua Excelência, se exige o “emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou privados, de forma a comprometer legitimidade do pleito”.

Pois bem.

Da análise desses julgados, é possível reafirmar, com segurança, que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que nem todo ilícito na prestação de contas é passível de ser enquadrado no tipo do art. 30-A da Lei 9.504/1997, mas somente aqueles que revelem ilegalidade qualificada, com relevância suficiente para afetar a moralidade do pleito.

Postas tais premissas teóricas, passo ao exame do caso dos autos.

Da moldura fática do acórdão, extrai-se que a condenação da recorrente teve por fundamento a desaprovação de sua prestação de contas, em decorrência da extrapolação do limite legal de gastos estabelecidos no art. 18 da Lei 9.504/1997.

Assim como consignei na análise da tutela de urgência pleiteada, está correta a premissa do Tribunal de origem de que há vedação ao descumprimento do limite legal de gastos, conduta para a qual, segundo a lei de regência, a única sanção imediata e inafastável é a multa de 100% do valor que sobejar (art. 18-B da Lei 9.504/1997), sem prejuízo de apuração da ocorrência de abuso do poder econômico.

No entanto, apesar de se tratar de ilegalidade *lato sensu*, o mero descumprimento do limite legal não enseja necessariamente a caracterização da infração descrita no art. 30-A da Lei 9.504/1997, para a qual se exige a ilegalidade qualificada que tenha relevância jurídica para afetar, a um tempo, a moralidade do pleito e a igualdade de chances.

Nesse ponto, de acordo com o trecho supratranscrito, o Tribunal de origem considerou grave a conduta com base nos seguintes elementos: a) o percentual do excesso, da ordem de 39%; b) a intelecção, assim qualificada pelo Tribunal Regional, de que o descumprimento do limite legal pela recorrente acarretaria necessariamente vantagem em relação aos demais candidatos; c) efeito preventivo geral da condenação, a fim de evitar a repetição da mesma conduta em pleitos vindouros; e d)

existência de transações de arrecadação e gastos de campanha à margem da fiscalização da Justiça Eleitoral.

Com relação aos itens “b” e “c”, entendo que a Corte de origem não se desincumbiu do ônus argumentativo de demonstrar as razões **concretas e objetivas**, discutidas nos autos, que levaram a tão graves conclusões. Com efeito, não se apontam elementos indicativos de que (i) a candidata efetuou gastos que a colocaram em posição de privilégio em relação a outros candidatos, e nem sequer se sabe se respeitaram ou não os limites de gastos; e (ii) a candidata ou mesmo outros candidatos voltariam a incorrer na mesma conduta em eleições posteriores.

Vale lembrar que, nos termos do art. 489, § 1º, III, do Código de Processo Civil, não se considera devidamente fundamentada a decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, tal qual se verifica no caso, visto que, em qualquer outro caso de extrapolação de limite legal de gastos, poder-se-ia sustentar que invariavelmente haveria quebra da isonomia eleitoral e que, em qualquer hipótese, a não cassação importaria em reiteração da conduta em pleitos vindouros.

Sobre o tema dos requisitos da fundamentação da decisão judicial, destaco trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento do REspe 1-91, da relatoria de Sua Excelência, *in verbis*:

Noutros termos, o ônus argumentativo de comprovar a violação a tais bens eleitorais recai sobre o magistrado, que não pode aplicar as gravosas sanções eleitorais ancoradas em meras ilações ou presunções. É insuficiente a alusão genérica, tal como se verifica no acórdão recorrido, à (suposta) relevância jurídica do ilícito. Raciocínio diverso, se encampado por esta Corte, macularia, a mais não poder, o exercício legítimo do *ius honorum* e, no limite, a própria vontade popular soberana. Ausente esse desenvolvimento analítico da (suposta) correlação entre conduta reputada como ilegal e a ofensa a tais bens jurídicos, penso não ser possível cogitar da aplicação da (gravosa) sanção de inelegibilidade.

Em outra oportunidade, esta Corte já assentou, a propósito dos deveres do magistrado no tocante à fundamentação, ser necessário evitar que “as decisões judiciais se transformem em afirmações apodíticas e desassociadas da realidade processual” (AgR-REspe 764-40, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 23.5.2014).

Por essa razão, não basta aludir às consequências jurídicas do ilícito ou ao descumprimento do limite de gastos em si; é necessário analisar descritivamente quais são os elementos fáticos concretos que dão suporte à conclusão acerca da relevância jurídica da conduta.

A meu juízo, muito mais importante que essas questões genéricas – e até mesmo que o percentual do excesso –, é a análise do contexto exurgente da prestação de contas, se ele é revelador de ofensa frontal aos bens jurídicos tutelados, nomeadamente a moralidade do pleito e a igualdade de chances.

No ponto, há um aspecto extremamente relevante e que – a meu sentir – indica um caminho para a resolução da controvérsia: consta do acórdão recorrido que “a candidata prestou contas declarando gastos na ordem de R\$25.518,32 (vinte e cinco mil, quinhentos e dezoitos reais e trinta e dois reais), como se observa da Prestação de Contas nº 615-49.2016.6.20.0006, extrapolando, assim, o limite de gastos em R\$7.189,69 (sete mil cento e oitenta e nove reais e sessenta e nove centavos)” (fl. 193).

Além disso, também ficou registrado no aresto recorrido que “a prestação de contas da candidata foi desaprovada pelo juízo *a quo*, pelos mesmos motivos aqui apreciados: a extrapolação do limite legal de gastos estabelecidos pelo art. 18 da Lei nº 9.504/1997” (fl. 193).

Dessa maneira, a despeito de haver menção pontual acerca de supostas omissões na prestação de contas, o real motivo da desaprovação, *que constitui o único objeto da representação subjacente ao presente apelo*, foi a extrapolação de limite de gastos, averiguada a partir – frise-se – *da própria declaração da candidata*.

Por essa singela razão, não vislumbro má-fé nem mácula à moralidade da campanha quando a própria candidata informou à Justiça Eleitoral todos os gastos de campanha, ainda que em montante maior do que o limite legal.

Outro aspecto que deve ser considerado é a alegação (rejeitada, é bem verdade) de que a candidata não tinha conhecimento do enquadramento de despesas estimáveis em dinheiro nos limites globais de gastos descritos no art. 18 da Lei 9.504/1997.

Conquanto o desconhecimento da lei não seja escusável, é de se ponderar que a adoção dos limites legais de campanha foi uma das muitas novidades do contexto normativo aplicável às eleições de 2016,

o qual ainda causa certa dúvida e insegurança até mesmo no seio da melhor doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores.

Nessa linha, se não há comando legal expresso acerca da caracterização do ilícito do art. 30-A da Lei 9.504/1997 a partir do mero descumprimento do limite de gastos, se não há doutrina convergente ou jurisprudência pacificada acerca de todas as consequências desse ilícito eleitoral, é razoável aceitar a premissa de que a candidata, ao informar à Justiça Eleitoral gastos superiores ao parâmetro legal, o fez *com o intento de dar maior transparência à sua campanha, de privilegiar a realidade*, ainda que tal sinceridade lhe rendesse pesada multa.

De outra banda, segundo se colhe do aresto recorrido, os gastos que teriam desbordado do limite tinham correlação com a cessão de veículos e serviços de motoristas, *atividades que, em regra, estão presentes em todas as campanhas eleitorais e não interferem diretamente na captação de votos*, razão pela qual afasto a suposta quebra de igualdade entre os contendores.

Nesse contexto, mesmo considerando o montante do excesso (R\$7.189,69), entendo não vulnerados os bens jurídicos tutelados pela representação prevista no art. 30-A da Lei 9.504/1997, muito menos com gravidade e proporcionalidade suficientes para justificar a grave sanção de cassação do diploma e a negativa do resultado soberano das urnas.

Ressalto que a conclusão aqui defendida aplica-se a *este caso concreto*, julgado a partir das balizas fixadas no acórdão recorrido e tendo em conta as peculiaridades antes aventadas em relação à contabilização dos gastos glosados, *não ensejando, bem por isso, fixação de tese aplicável a todo e qualquer feito em que se discutam ilícitos decorrentes da extrapolação dos limites de gastos*.

Por essas razões, voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto por *Jumaria Souza Fernandes de Oliveira*, a fim de reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente a representação.

Ademais, voto no sentido de julgar procedente a Ação Cautelar 0604236-44.2017.6.00.0000, ajuizada pela recorrente, determinando a sua manutenção no cargo para a qual foi eleita, bem como de julgar prejudicada a Petição 0600267-84.2018.6.00.0000, apresentada por *Randiere Ribeiro Martins*, suplente da vereadora *Jumaria Souza Fernandes de Oliveira*.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 752-31.2016.6.20.0006/RN. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Recorrente: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

AC nº 0604236-44.2017.6.00.0000/RN. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Autora: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outro). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Pet nº 0600267-84.2018.6.00.0000/RN. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Requerente: Randiere Ribeiro Martins (Advogado: Diego de Moraes Diógenes – OAB: 9330/RN). Requerida: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira.

Usaram da palavra, pela recorrente, Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, o Dr. Sidney Neves e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: Após o voto do relator, dando provimento ao recurso especial eleitoral de Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, para julgar improcedente a representação, e julgando procedente a Ação Cautelar nº 0604236-44.2017.6.00.0000 e prejudicada a Petição nº 0600267-84.2018.6.00.0000, apresentada por Randiere Ribeiro Martins, antecipou o pedido de vista o Ministro Luís Roberto Barroso. Aguardam os Ministros Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Luiz Fux.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. No acórdão, o TRE/RN, mantendo sentença que julgou procedente o pedido do Ministério Público Eleitoral, determinou a cassação do diploma de vereadora de Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, ora recorrente, com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997¹¹, em razão da extrapolação, em 39,22% do limite legal de gastos de campanha. O acórdão foi assim ementado:

RECURSO ELEITORAL – ELEIÇÕES 2016 – VEREADOR – ILICITUDE NA CAPTAÇÃO E GASTOS DE RECURSOS DE CAMPANHA – ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/1997 – INOBSERVÂNCIA AO PRESCRITO NO ART. 18 DA LEI DAS ELEIÇÕES E NA RESOLUÇÃO/TSE Nº 23.459 – UTILIZAÇÃO DE RECURSOS EM MONTANTE SUPERIOR AO ESTABELECIDO – CONDUTA ILÍCITA – INDEVIDA VANTAGEM EM FACE DE SEUS CONCORRENTES NO PLEITO ELEITORAL – GASTOS EXCEDENTES – RECURSOS ESTIMÁVEIS – FATOS JULGADOS À LUZ DO ART. 30-A DA LEI 9.504, E NÃO DO ABUSO DE PODER PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990 – DUPLA PENALIZAÇÃO – PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – MULTA APLICADA – INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – PEDIDO DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DESTE TRE – *RATIO DECIDENDI* INAPLICÁVEL – SITUAÇÕES EM QUE INEXISTIA A IMPOSIÇÃO LEGAL QUANTO AO TETO DE GASTOS – MODIFICAÇÃO TRAZIDA APENAS PELA LEI Nº 13.165/2015 – FATOS OSTENTADORES DE RELEVÂNCIA JURÍDICA – EXCESSIVO GASTO ACIMA DO LIMITE LEGAL – SITUAÇÃO GRAVE DESEQUILÍBRIO DA CAMPANHA – MORALIDADE E ISONOMIA FERIDOS – BENEFÍCIO INDEVIDO EM FACE DOS DEMAIS CANDIDATOS – CONDUTAS PERPETRADAS À MARGEM DA FISCALIZAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL – FALTA DE LISURA E REGULARIDADE QUANTO ÀS RECEITAS MOVIMENTADAS E ÀS DESPESAS REALIZADAS – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Na espécie, a recorrente excedeu o limite legal a que tinha direito, o que representa uma extrapolação de 39,22% em relação à baliza imposta por lei (e regulamentada pelo TSE). Logo, a conduta foi ilícita,

¹¹ Lei 9.504/1997, art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. [...] § 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

e inexoravelmente concedeu indevida vantagem à recorrente em face de seus concorrentes no pleito eleitoral.

Também não merece amparo o argumento de que os gastos excedentes foram todos feitos em recursos estimáveis e que jamais poderiam ensejar abuso de poder econômico. Primeiro porque é possível, sim, o seu reconhecimento (TSE RO 1453, rel. Min. Felix Fisher, de 25/02/2010). Segundo porque, como já dito, a sentença não condenou a recorrente por abuso de poder econômico, mas sim pela arrecadação e gastos ilícitos de recursos, nos moldes previstos no art. 30-A da Lei das Eleições. Também não procede a alegação da dupla penalização. É que o processo de prestação de contas, onde foi aplicada multa (PC 527-11.2016) com fundamento no art. 5º da Resolução/TSE nº 23.463 é instrumento autônomo relativamente à presente representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, e possuem objetos absolutamente distintos (nesse sentido, REspe nº 2641-64, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 28/02/2014). Não há, portanto, se falar em *bis in idem* na condenação.

Invocação indevida de precedente deste TRE, porquanto o caso tratado naquele feito não é idêntico à hipótese destes autos. No tal precedente, tratava-se de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo referente às eleições 2012, quando sequer existia a imposição legal quanto ao teto de gastos (trazida apenas pela Lei nº 13.165/2015).

No caso dos autos, os fatos ostentam relevância jurídica. É que gasto de campanha em mais de 51% acima do limite legal estabelecido revela situação grave, a ponto de desequilibrar a campanha eleitoral para o cargo de vereador no município, de modo a ferir a moralidade e a isonomia do pleito no município. Ao exceder sobremaneira o limite de gastos imposto pela norma eleitoral, a candidata se sobressaiu, de modo ilegítimo, aos demais candidatos que, ao revés, tiveram suas despesas de campanha limitadas pela norma, havendo, assim, patente quebra na isonomia do pleito.

Também deve se levar em consideração que os fatos ocorridos revelaram transações de arrecadação e gastos de campanha que configuraram condutas perpetradas à margem da fiscalização da Justiça Eleitoral, e, sem a lisura e a regularidade das receitas movimentadas e das despesas realizadas pela candidata, há sério atentado à moralidade que deve ser a tônica da disputa eleitoral.

Improvemento do recurso.

2. No recurso especial, a recorrente alega, em síntese, que: (i) os gastos efetuados em excesso ao limite legal não foram ilícitos, uma vez que foram abertamente declarados à Justiça Eleitoral, transitaram pela conta de campanha, e não houve a incidência de “caixa dois”; (ii) os gastos efetuados

em excesso ao limite legal não configuram abuso do poder econômico ou gasto ilícito previsto no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, pois não foram capazes de ferir o equilíbrio do pleito nem suficientemente graves para justificar a cassação do mandato; (iii) a conduta decorreu de erro de boa-fé, tendo em vista que seu contador teria entendido que doações estimáveis em dinheiro não seriam consideradas para fins do limite de gastos; (iv) a sentença mantida pelo acórdão regional reconheceu, além da captação ilícita de recursos, o abuso do poder econômico, de modo que teria incorrido em *bis in idem*; (v) o TRE/RN teria julgado caso semelhante (AIME nº 1-07) no qual se reconheceu que o excesso de gastos não constitui fato suficiente à cassação do mandato; e (vi) o acórdão regional sancionou a recorrente duas vezes pelo mesmo fato, pois a penalidade da extrapolação do limite de gastos é a aplicação de multa, que já havia sido estabelecida na sentença que rejeitou as suas contas.

3. O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões pelo não conhecimento parcial do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

4. A recorrente, Jumaria Souza Fernandes de Oliveira, ajuizou a Ação Cautelar nº 0604236-44.2017.6.00.0000, na qual o eminente Ministro relator Admar Gonzaga deferiu o pedido de liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, e, assim, suspender a execução do acórdão regional. O Ministério Público Eleitoral então interpôs agravo interno, requerendo a reconsideração da decisão proferida ou a apreciação do recurso pelo órgão colegiado, de modo que a liminar fosse reformada. Na sequência, em decisão de 2.1.2018, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente desta Corte, revogou a tutela de urgência deferida e negou seguimento à ação cautelar para reforma da decisão liminar.

5. A recorrente então interpôs agravo, requerendo o restabelecimento da liminar ou, subsidiariamente, a sua apreciação em mesa. Em decisão de 27.2.2018, porém, o Min. relator Admar Gonzaga inferiu o pedido de reconsideração. Em 28.2.2018, Jumaria Souza Fernandes opôs embargos de declaração, aduzindo que a ela permanece no cargo até o momento, tendo em vista que o Juízo da 6ª Zona Eleitoral não foi informado a respeito da revogação da decisão liminar que manteve a vereadora no cargo, e requereu novamente o restabelecimento da medida liminar. Randiere Ribeiro Martins, segundo suplente eleito pela Coligação Avante Ceará-Mirim: Retroceder Jamais!, apresentou petição, na qual informa

que o primeiro suplente da vereadora já tomou posse em outro cargo de vereador. Na petição, requereu a expedição de ofício ao Juízo da 6ª Zona Eleitoral informando acerca da decisão que negou seguimento à ação cautelar e determinou o afastamento da vereadora do cargo. A Vereadora então apresentou petição informando que Randiere Ribeiro Martins requereu ao Juízo da 6ª Zona Eleitoral que fosse empossado no cargo de vereador, mas teve seu pedido julgado improcedente, de modo que a Vereadora foi mantida no cargo.

6. Iniciado o julgamento, o Min. relator Admar Gonzaga proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, a fim de reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente a representação, determinando a manutenção da vereadora no cargo para o qual foi eleita. Em seu voto, o Ministro primeiramente reconheceu que o único ilícito apurado no caso foi o descrito no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, e que a sentença condenatória mencionou a prática de abuso do poder econômico apenas como *obiter dictum* para ressaltar a gravidade da conduta da recorrente.

7. Na sequência, considerou que a representação do 30-A da Lei nº 9.504/1997 deve estar fundada em ilegalidade qualificada, com relevância jurídica suficiente para justificar a proporcionalidade dessa grave sanção e a consequente negação da vontade popular emergente das urnas, conforme estabelecido em precedentes do Tribunal (RO nº 393-22, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 1º.8.2014; RO nº 16-62, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.9.2016; REspes nºs 11-75, 12-60, 9-08 e 10-90, rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.5.2017). Apontou que, por esse fundamento, esta Corte já afastou a caracterização do ilícito do art. 30-A diante de diversas irregularidades (*e.g.*, doações não contabilizadas, ausência de identificação de doador de campanha; doação de fontes vedadas). Citou, ainda, a decisão monocrática do eminente Ministro Herman Benjamin no REspe nº 1-07, referente às Eleições de 2012, em que o Ministro entendeu que a mera extrapolação do limite de gastos de campanha, em cerca de 50%, não caracterizaria abuso de poder econômico, que exigiria o “emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou privados, de forma a comprometer legitimidade do pleito”.

8. O Ministro Admar Gonzaga entendeu, porém, que, no caso, o descumprimento dos limites legais da campanha eleitoral não ostentaria relevância jurídica e proporcionalidade, nem seria capaz de afetar a

moralidade do pleito e a igualdade de chances, conforme exigido para a procedência da representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Isso porque: (i) a própria candidata teria informado o excesso de gastos espontaneamente para dar maior transparência à campanha, não havendo má-fé; (ii) o excesso teria sido referente a bens estimáveis em dinheiro com cessão de veículos e de motorista, atividades que “estão presentes em todas as campanhas eleitorais e não interferem diretamente na captação de voto”; e (iii) a candidata não tinha conhecimento da necessidade de cômputo dos bens estimáveis em dinheiro para os fins do art. 18 da Lei nº 9.504/1997, uma vez que esta foi uma novidade legislativa aplicável às eleições de 2016. Por fim, o Min. relator entendeu que a Corte de origem não se desincumbiu do ônus argumentativo de demonstrar as razões concretas e objetivas que a levaram a concluir que o descumprimento do limite legal colocou a candidata em posição de privilégio em relação a outros candidatos e que outros candidatos passariam a gastar mais do que o teto legal em pleitos vindouros.

9. Após o voto do relator, pedi vista antecipada dos autos para uma análise mais detida da questão.

10. De início, gostaria de salientar que o presente caso trata de uma questão ainda não debatida por este Superior Tribunal Eleitoral: a possibilidade de aplicação do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, para fins de cassação de diploma, pelo descumprimento do limite de gastos em campanha imposto de forma uniforme aos candidatos, a partir da edição da Lei nº 13.165/2015. Com efeito, a sujeição de todos os candidatos para cada cargo em disputa a um mesmo teto de gastos foi uma novidade aplicada pela primeira vez nas eleições de 2016 e que também vigorará nas eleições de 2018.

11. A Lei nº 9.504/1997, em sua redação original, previa apenas que os partidos políticos deveriam fixar os limites para os gastos eleitorais dos candidatos nos diversos cargos em disputa, nos seguintes termos: “juntamente com o pedido de registro de seus candidatos, os partidos e coligações comunicarão à Justiça Eleitoral os valores máximos de gastos que farão por candidatura em cada eleição em que concorrerem” (art. 18). Em 2006, a Lei nº 11.300 acrescentou o art. 17-A, que previa que “[a] cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os

cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral [...]”. No entanto, essa lei nunca era editada, de modo que, até as eleições de 2014, vigorou um sistema de autorregulação dos gastos de campanha.

12. Por óbvio, nesse sistema de autorregulação, o limite de gastos de campanha não servia para tutelar a igualdade entre os candidatos. Como cada candidato estava sujeito a um limite diverso, a comunicação dos valores máximos de gastos à Justiça Eleitoral funcionava quase que apenas como uma medida de transparência. No exemplo de Bruno Speck, a regra tinha eficácia comparável “com uma regra de trânsito que sugerisse a cada motorista declarar, com um adesivo no carro, a qual limite de velocidade quer se submeter¹²”. Na prática, portanto, não havia verdadeiro limite de gastos de campanha. Até mesmo porque o Tribunal Superior Eleitoral admitia que partidos alterassem referidos limites durante o pleito, por solicitação justificada, com base na ocorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis¹³.

13. Somente em 2015, foi editada a Lei nº 13.165, que estabeleceu parâmetros para a definição do teto de gastos de campanha em relação a cada um dos cargos em disputa (arts. 5º e 6º¹⁴), e remeteu ao Tribunal

¹² Bruno Speck, Três ideias para oxigenar o debate sobre dinheiro e política no Brasil. In: *Em Debate*, v.2, n.3, p. 6-13, mar. 2010.

¹³ Cfr. Res.-TSE nº 23.406/2014: Art. 4º [...] § 6º Depois de registrado, o limite de gastos dos candidatos só poderá ser alterado com a autorização do Relator do respectivo processo, mediante solicitação justificada, com base na ocorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis, cujo impacto sobre o financiamento da campanha eleitoral inviabilize o limite de gastos fixado previamente, nos termos do § 1º. [...] § 10. Não será admitida a alteração do limite após a realização do pleito, salvo em decorrência da realização de segundo turno.

¹⁴ Lei 13.165/2015, art. 5º O limite de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos às eleições para presidente da República, governador e prefeito será definido com base nos gastos declarados, na respectiva circunscrição, na eleição para os mesmos cargos imediatamente anterior à promulgação desta Lei, observado o seguinte: I - para o primeiro turno das eleições, o limite será de: a) 70% (setenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve apenas um turno; b) 50% (cinquenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos; II - para o segundo turno das eleições, onde houver, o limite de gastos será de 30% (trinta por cento) do valor previsto no inciso I. (Revogado pela Lei nº 13.488, de 2017.)
Parágrafo único. Nos municípios de até dez mil eleitores, o limite de gastos será de R\$100.000,00 (cem mil reais) para prefeito e de R\$10.000,00 (dez mil reais) para Vereador, ou o estabelecido no *caput* se for maior. (Revogado pela Lei nº 13.488, de 2017.)
Art. 6º O limite de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos às eleições para Senador, deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador será de 70% (setenta por cento) do maior gasto

Superior Eleitoral a definição desses limites, em cada eleição, com base nas regras e índices de atualização monetária estabelecidos em lei (art. 8º¹⁵). Assim, apenas a partir das Eleições de 2016, o teto de gastos passou a garantir a igualdade de oportunidades entre os candidatos e, como consequência, a moralidade e a higidez do pleito. Para as eleições de 2018, com a nova minirreforma introduzida pela Lei nº 13.488/2017, manteve-se o teto de gastos de campanha uniforme para cada cargo em disputa, mas os limites passaram a ser previstos diretamente em lei e divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 18 da Lei nº 9.504/1997). A Lei nº 13.488/2017 previu, *e.g.*, que para 2018 o limite de gastos para campanha de presidente será R\$70 milhões, para deputado Federal será R\$2,5 milhões, e para deputado estadual ou distrital será R\$1 milhão¹⁶.

14. Portanto, a novidade está precisamente nas relevantes funções que os limites de gastos passaram a desempenhar a partir das eleições de 2016. Finalmente criou-se uma regra eficaz para promover a paridade de armas entre os candidatos, evitando que candidatos mais ricos ou com maior acesso a recursos financeiros fiquem em posição de vantagem em relação aos demais competidores. Além disso, trata-se de medida eficaz para frear a escalada dos custos das campanhas. Essas novas finalidades desempenhadas pelo teto de despesas de campanha ampliam enormemente a gravidade da violação aos limites fixados.

15. Considerando-se essa nova feição do art. 18 da Lei nº 9.504/1997, discute-se, neste caso, se o excesso de gastos de campanha configura gasto ilícito de recursos, para fins de aplicação do art. 30-A, *caput* e § 2º, da Lei nº 9.504/1997. O art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 11.300/2006, trata da representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais. Nos termos do *caput*, “[q]ualquer partido

contratado na circunscrição para o respectivo cargo na eleição imediatamente anterior à publicação desta Lei. (Revogado pela Lei nº 13.488, de 2017.)

¹⁵ Lei 13.165/2015, art. 8º Caberá à Justiça Eleitoral, a partir das regras definidas nos arts. 5º e 6º: I - dar publicidade aos limites de gastos para cada cargo eletivo até 20 de julho do ano da eleição; II - na primeira eleição subsequente à publicação desta Lei, atualizar monetariamente, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por índice que o substituir, os valores sobre os quais incidirão os percentuais de limites de gastos previstos nos arts. 5º e 6º; III - atualizar monetariamente, pelo INPC do IBGE ou por índice que o substituir, os limites de gastos nas eleições subsequentes. (Revogado pela Lei nº 13.488, de 2017.)

¹⁶ V. arts. 5º a 8º da Lei nº 13.488/2017.

político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos". A sanção para tais condutas limita-se à negativa ou cassação de diploma, conforme estabelecido pelo § 2º: "[c]omprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado".

16. O § 2º do art. 30-A se refere à ilicitude *lato sensu* da conduta, incidindo sobre a arrecadação ou o dispêndio de recursos que se dê em desacordo com as normas legais aplicáveis. Como destaca Rodrigo López Zilio, o bem jurídico protegido pelo art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 "é a higidez das normas relativas à arrecadação e gastos eleitorais," cuja violação importa tanto "quebra no princípio da isonomia entre os candidatos" quanto "interferência na normalidade das eleições"¹⁷.

17. Por óbvio, a ocorrência do "caixa dois" não é a única conduta que se subsume à regra do art. 30-A. Diversas outras irregularidades podem ser objeto da referida representação. A título exemplificativo: "a) a movimentação dos recursos financeiros fora da conta bancária específica para campanha, exceto nos casos previsto na legislação eleitoral; b) o recebimento de doações sem a emissão do recibo eleitoral; c) o recebimento de doações das fontes vedadas do art. 24 da Lei nº 9.504/1997; d) a realização de gastos eleitorais distintos do rol taxativo do art. 26 da mesma Lei" (RO nº 1453, rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.2.2010).

18. No entanto, conforme este Tribunal já assentou em diversas ocasiões, não é qualquer captação ou gasto ilícito de recursos que pode ensejar a cassação do diploma do candidato, nos termos do art. 30-A. Para a procedência do pedido formulado na representação, é necessária a aferição da gravidade da conduta reputada ilegal, que pode ser demonstrada tanto (i) pela relevância jurídica da irregularidade (REspe nº 1-91, rel. Min. Luiz Fux, j. em 4.10.2016; REspe nº 1175/RN, rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.5.2017), quanto (ii) pela ilegalidade qualificada, marcada pela má-fé do candidato (REspe nº 1-72, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 3.11.2015).

¹⁷ Rodrigo López Zilio, *Direito Eleitoral*, 6. ed., 2018, p. 758.

Trata-se, aqui, da aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. A drástica sanção de negativa ou cassação do diploma deve guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da conduta e a lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma (RO nº 1453, rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.2.2010). Não se exige, porém, potencialidade do dano em relação ao pleito eleitoral (RO nº 1540, rel. Min. Felix Fischer, j. em 28.4.2009).

19. Fixado o sentido e o alcance do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, deve-se verificar a sua incidência no caso em exame. Na hipótese, o limite de gastos para a campanha de vereador do Município de Ceará-Mirim/RN em 2016, fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral com base nos parâmetros legais, foi de R\$18.328,63. Consta do acórdão regional que a recorrente prestou contas declarando gastos na ordem de R\$25.518,32, ultrapassando, portanto, o teto estabelecido em R\$7.189,69, equivalente a 39,22%. Além disso, omitiu despesas com doações de combustível, veículos e serviços de motorista. Segundo o acórdão, a candidata teria retificado a prestação de contas para excluir tais despesas, ao argumento de que estas teriam sido lançadas por equívoco do contador na prestação de contas, mas que se referiam a doações feitas ao candidato a prefeito Renato Martins. Não foi feita, porém, qualquer comprovação idônea da doação.

20. Não há dúvida de que o descumprimento do limite de gastos em campanha, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.504/1997, constitui ilicitude para fins de aplicação do art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997. É preciso, assim, verificar a gravidade da conduta reputada ilegal, demonstrada pela relevância jurídica da irregularidade ou pela ilegalidade qualificada pela má-fé. Em seu voto, o Ministro Admar Gonzaga entendeu que não há, no acórdão recorrido, fundamentação suficiente quanto à gravidade da conduta das recorrentes. No entanto, ao contrário da conclusão do eminente Min. relator, entendo que o acórdão regional concluiu fundamentadamente que o excesso de gastos de campanha, de 39,22%, é grave o suficiente para ensejar a cassação do mandato com fundamento no artigo 30-A. A respeito, citem-se os seguintes trechos do acórdão recorrido:

No caso dos autos, encontro presente relevância jurídica na conduta da recorrente. É que, a meu sentir, gasto de campanha em mais de

39% acima do limite legal estabelecido, revela situação grave, a ponto de desequilibrar a campanha eleitoral para o cargo de vereador em Ceará-Mirim/RN, de modo a ferir a moralidade e a isonomia do pleito no município.

Ao exceder sobremaneira o limite de gastos imposto pela norma eleitoral, a candidata se sobressaiu, de modo ilegítimo, aos demais candidatos que, ao revés, tiveram suas despesas de campanha limitadas pela norma, havendo, assim, patente quebra na isonomia do pleito. Sob esta ótica, inteligível concluir que aqueles que respeitaram a norma seriam prejudicados, na medida em que não puderam arrecadar e gastar mais recursos, justamente por respeitá-la, incoerência que não encontra amparo em nosso ordenamento.

Outrossim, não reconhecer como grave a conduta aqui ora analisada seria, por vias transversas, fomentar o desrespeito à norma, na medida em que abre precedente para outros candidatos, a partir de então, agirem da mesma forma, à margem da lei. Dito em termos mais claros: caso a candidata, nas circunstâncias destes autos, seja penalizada somente com a multa aplicada em sede de prestação de contas, esta Corte deixaria implícita a indesejável mensagem para as eleições vindouras no sentido de que, para gastar a mais do que o limite, basta contabilizar nos gastos de campanha eventual aplicação da multa do art. 18-B da Lei nº 9.504/1997, que não lhe serão impostas outras sanções.

Também deve se levar em consideração que os fatos ocorridos revelaram transações de arrecadação e gastos de campanha que configuraram condutas perpetradas à margem da fiscalização da Justiça Eleitoral, e, sem a lisura e a regularidade das receitas movimentadas e das despesas realizadas pela candidata, há sério atentado à moralidade que deve ser a tônica da disputa eleitoral.

21. Na linha do acórdão regional, considero que o dispêndio de recursos de campanha em montante que ultrapassa em quase 40% o limite legal estabelecido ostenta relevância jurídica e gravidade para justificar a condenação pelo art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997. Como visto, o artigo 30-A da Lei nº 9.504/1997 tem por objetivo garantir o cumprimento das disposições relativas à arrecadação e gastos de recursos na campanha eleitoral, de modo a proteger a isonomia entre os candidatos, a moralidade e a higidez do processo eleitoral. Como se sabe, o dinheiro é um propulsor relevante das campanhas eleitorais, permitindo aumentar a visibilidade dos candidatos e, assim, as suas chances de vitória. Certamente, o candidato que, em violação à lei, gasta mais recursos em campanha do que permitido

tem uma vantagem ilegítima na disputa eleitoral em relação aos demais competidores, submetidos ao teto legal. Trata-se, assim, de uma quebra patente e grave da paridade de armas.

22. É claro que não seria justificada ou razoável a imposição de sanção tão grave como a de cassação do diploma no caso de extrapolação imaterial dos limites de gastos de campanha. No entanto, na situação em discussão, não há dúvida de que a irregularidade se deu em montantes relevantes, sendo, portanto, apta a afetar a isonomia no pleito e desequilibrar a disputa eleitoral.

23. O fato de os gastos excedentes terem sido feitos em recursos estimáveis em dinheiro, com cessão de veículos e serviços de motoristas, que, em regra, estariam presentes em todas as campanhas eleitorais, não afasta a violação da isonomia entre os competidores e a incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Diversamente do que afirmou o Ministro relator, entendo que o fundamento da imposição desse teto é justamente produzir um maior equilíbrio na disputa. Respeitado o teto imposto, os candidatos podem selecionar os meios que entendem mais efetivos para a captação de votos¹⁸. Nada sugere que o extrapolamento do teto com a cessão de veículos e serviços de motoristas não proporciona uma vantagem indevida ao candidato em relação aos seus competidores. Ademais, conforme ficou assentado nos acórdãos recorridos, “o TSE já decidiu pela cassação de diploma com fundamento no art. 30-A da Lei das Eleições diante da omissão de receitas estimáveis em dinheiro (RO nº 1453/PA), o que deixa claro que a natureza do recurso utilizado ilicitamente na campanha, por si só, não define a incidência ou não da norma em questão”.

24. Na verdade, em situações como a deste caso, de extrapolação significativa do teto de despesas de campanha imposto por lei, afastar a cassação do diploma significaria, na prática, o fim dos limites de gastos. Nessa hipótese, candidatos, sobretudo os mais abastados, teriam incentivos a efetuar despesas acima dos limites legais para serem eleitos, arcando apenas com o risco de eventual aplicação de multa. Portanto, com o objetivo de resguardar a isonomia entre os candidatos e a própria legitimidade do pleito, é forçoso concluir que o descumprimento do teto

¹⁸ Ver, a respeito: Aline Osorio, *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*, 2017.

de gastos de campanha tem gravidade e relevância jurídica suficientes para gerar a cassação do diploma, nos termos do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

25. Passo, então, a enfrentar as demais alegações da recorrente. Em primeiro lugar, não procede o argumento da recorrente de que os gastos efetuados em excesso ao limite legal não foram ilícitos, uma vez que foram abertamente declarados à Justiça Eleitoral, transitaram pela conta de campanha, e não houve a incidência de “caixa dois”. Como já esclarecido, os gastos que ultrapassam o limite de gastos em campanha, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.504/1997, são ilícitos para fins de aplicação do art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, ainda que não sejam decorrentes de “caixa dois” e que tenham sido devidamente declarados na prestação de contas.

26. Em segundo lugar, afasto a alegação de que o acórdão regional teria incorrido em *bis in idem*. O presente caso não diz respeito a abuso de poder econômico, mas apenas de gastos de campanha em desacordo com os limites legais, em violação ao art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. A sentença mantida pelo acórdão regional não reconheceu abuso do poder econômico, mas apenas mencionou o abuso como *obiter dictum* para demonstrar a gravidade da irregularidade em questão. Conforme esclareceu o TRE/RN, “não obstante a recorrente, no recurso, insurja-se contra o reconhecimento de abuso de poder econômico, a decisão aqui impugnada somente reconhece essa conduta *obiter dictum*, conforme se vê do dispositivo da sentença” (fls. 146).

27. Em terceiro lugar, não há semelhança ente o presente caso e aquele citado pela recorrente (AIME nº 1-07), em que o TRE/RN teria reconhecido que o excesso de gastos não constitui fato suficiente à cassação do mandato. O caso discute se a extrapolação dos limites de gasto de campanha ensejaria abuso de poder econômico, o que, como se disse, não está em discussão no presente REspe, que trata de representação por captação ou gastos ilícitos de recursos, nos termos do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Ademais, o precedente citado pela recorrente é relativo às Eleições de 2012. Naquela época, como se viu, a Lei nº 9.504/1997 não impunha um limite de gastos uniforme para cada cargo em disputa, de modo que a extrapolação do teto de gastos “auto-imposto” pelos partidos políticos não tinha repercussão tão gravosa no princípio da paridade de armas entre os candidatos.

28. Por fim, afasto a suposta dupla penalização pelo mesmo fato, tendo em vista que a penalidade de multa, aplicável pela extrapolação do limite de gastos, já teria sido estabelecida na sentença que rejeitou as suas contas. Conforme apontou o acórdão regional, o processo de prestação de contas, no qual houve aplicação de multa em razão da rejeição das contas da recorrente (PC nº 527-11), é autônomo e possui objeto distinto em relação à presente representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, razão pela qual não se pode falar em dupla penalização. Conforme jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral, “[a] decisão em processo de prestação de contas não repercute, por si só, na decisão da representação proposta com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, uma vez que tais processos são distintos e autônomos” (REspe nº 265164, rel. Min. José Antônio Dias Toffoli, j. em 6.2.2014; AgR-AC nº 3366, rel. Min. Arnaldo Versiani, j. em 4.2.2010).

29. Por essas razões, com a devida vênia ao eminente Ministro Admar Gonzaga, nego provimento ao recurso especial eleitoral interposto para manter a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte que cassou o mandato da recorrente, com fundamento no art. 30-A da Lei das Eleições, em razão da extrapolação, em 39,22%, do limite legal de gastos de campanha. Como consequência, julgo prejudicada a Ação Cautelar nº 0604235-59.2017.6.00.0000, conexa ao presente processo, extinguindo-a e cassando a liminar concedida. Também julgo prejudicada a Petição nº 0600267-84.2018.6.00.0000, apresentada por Randiere Ribeiro Martins, suplente da Vereadora.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA (relator): Senhora Presidente, independente da novel legislação a respeito do teto de gastos, revelo meu desconforto pela inocuidade da interpretação que foi dada ao artigo 30-A, em eleições pretéritas, desde a introdução desse dispositivo na Lei das Eleições.

O Ministro Luís Roberto Barroso nota não haver precedentes para as eleições de 2016, isso me traz o conforto de reajustar o meu voto, de modo a dar a necessária relevância a esse dispositivo, que se dirige, a

meu sentir – desde que inserido na Lei de Regência das Eleições –, a dar o necessário relevo ao vetor constitucional da isonomia, ainda mais quando está voltado à paridade de oportunidades entre os que se apresentam na disputa voltada à obtenção da outorga política pela expressão majoritária da vontade popular.

Com muito conforto, eu reajusto o meu voto, e adoto, integralmente, o voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 752-31.2016.6.20.0006/RN. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Recorrente: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

AC nº 0604236-44.2017.6.00.0000/RN. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Autora: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outro). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Pet nº 0600267-84.2018.6.00.0000/RN. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Requerente: Randiere Ribeiro Martins (Advogado: Diego de Moraes Diógenes – OAB: 9330/RN). Requerida: Jumaria Souza Fernandes de Oliveira (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial eleitoral de Jumaria Souza Fernandes de Oliveira e julgou prejudicadas a Ação Cautelar nº 060423644.2017.6.00.0000 e a Petição nº 060026784.2018.6.00.0000, apresentada por Randiere Ribeiro Martins, nos termos do voto reajustado do relator.

Composição: Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente no exercício da presidência), Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Luiz Fux. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 1277-61.2014.6.25.0000

ARACAJU – SE

Relator originário: Ministro Luiz Fux

Redator para o acórdão: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Recorrente: Zeca Ramos da Silva

Advogados: Márcio Macedo Conrado – OAB: 3806/SE e outro

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

Eleições 2014. Recursos ordinários e agravos de instrumento. Apreciação conjunta. Voto único. Representação. Conduta vedada. Art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Subvenção social. Emendas parlamentares. Procedência no Tribunal Regional Eleitoral. Matéria preliminar da defesa: nulidade processual. Ausência de litisconsórcio passivo necessário. Decadência. Reconhecimento. Extinção com resolução do mérito de cada um dos feitos. Provimento.

1. *Ab initio*, impõe-se o provimento dos agravos de instrumento para destrancamento dos correspondentes recursos especiais, os quais devem ser recebidos na via ordinária (com reautuação dos respectivos autos), haja vista as peculiaridades que autorizam a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. A conduta apontada como vedada, nos termos do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997, decorre, *in casu*, de ato administrativo de natureza complexa, no qual distintos agentes políticos, cada qual delimitado por sua competência funcional, sempre exercida com autonomia, ex vi do regimento interno da casa legislativa, manifestam isoladamente a sua vontade para, assim, somando-as, alcançar perfectibilidade no campo formal e material.

3. Os agentes públicos, dotados de autonomia, cujas manifestações se revelam essenciais à validade e à concretude do ato complexo são, via de regra, corresponsáveis pela essência da conduta que dele emerge (inquinada, ainda que em tese, de vedada). Nessa perspectiva, nas representações do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, devem figurar, ao lado do beneficiário, no polo passivo, como litisconsortes necessários.

4. O não chamamento desses atores, a tempo e modo, acarreta a nulidade dos atos decisórios e inviabiliza, se ultrapassado o prazo decadencial (*in casu*, aquele estabelecido pelo legislador no art. 73, § 12, da Lei das Eleições), a regularização (ou repetição) processual, desaguando, com supedâneo no art. 487, II, do CPC, na extinção do feito com resolução de mérito.

5. Provimento dos agravos e dos recursos ordinários. Preliminar de nulidade processual acolhida. Decadência reconhecida. Extinção de todos os feitos com resolução de mérito.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em acolher a preliminar de nulidade processual decorrente da deficiente formação do polo passivo e reconhecer a decadência do direito de agir, com a consequente extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Brasília, 28 de junho de 2018.

Ministro TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, redator

Publicado no *DJe* de 19.9.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, trata-se de recurso ordinário interposto por Zeca Ramos da Silva em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral sergipano que julgou procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Eleitoral em representação por conduta vedada, aplicando-lhe as sanções de cassação do mandato e multa.

Na origem, o Ministério Público Eleitoral alegou que o representado, então candidato à reeleição ao cargo de deputado estadual por Sergipe, praticou conduta vedada pelo art. 73, §§ 10 e 11, da Lei das Eleições, consistente na distribuição gratuita de verbas de subvenção a entidades privadas em ano eleitoral.

Em sua petição inicial, o *Parquet* explicou que os elementos de convicção necessários à propositura da representação foram

colhidos no âmbito do Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE) nº 1.35.000.000816/2014-76 e das medidas cautelares de exibição de documentos – Processo nº 1173-69.2014.6.25.0000 – e de quebra do sigilo bancário – Processo nº 1180-61. 2014.6.25.0000 –, os quais revelaram a prática de “distribuição de verba de subvenção para doações assistencialistas pelos Deputados Estaduais, prevista na Lei Estadual nº 5.210/2003, sendo destinado a cada um dos membros R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para tanto” (fls. 10).

Sustentou que o repasse das verbas de subvenção, no caso, não se enquadra no conceito de programa social, pois este pressupõe atividade governamental desenvolvida de modo organizado, com cronograma específico e critérios objetivos, dirigido a pessoas hipossuficientes ou em vulnerabilidade social, objetivando o bem-estar da coletividade por meio de medidas de inclusão social mediante distribuição ou transferência de renda.

Aduziu que, na espécie, essa distribuição não observou tais critérios, pois os recursos foram repassados de forma completamente aleatória e desorganizada a entidades privadas que não possuíam sede e/ou não estavam em funcionamento, algumas vinculadas à família do representado, e destinados ao custeio de atividades dissociadas do interesse público, tais como pagamento de combustível, custeio de entidades privadas detentoras de fonte de renda própria, realização de reformas e *shows*.

Na sequência, afirmou o *Parquet* que, dentre as entidades que receberam subvenções alocadas pelo representado e que foram vistoriadas pelo Ministério Público Eleitoral, constatou-se que tanto a Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula quanto a Associação Sergipana dos Produtores de Eventos receberam recursos públicos da ordem de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) e que a Comunidade Católica Servos e Servas da Santíssima Trindade recebeu valor correspondente a R\$164.000,00 (cento e sessenta e quatro mil reais).

Arguiu que, no endereço cadastral da Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula, localizava-se a residência do prefeito do Município de Riachão do Dantas, Ivanildo Macedo, o qual informara que a entidade se encontrava fechada há mais de seis anos. Alertou que a entidade é presidida por Emanuel Santos Taveira, o qual também

é tesoureiro do Diretório Municipal do PSC de Riachão do Dantas, cujo presidente é o Sr. Laelson Menezes – tio do representado e ex-prefeito do citado Município.

A partir de tal quadro e da análise de documentação bancária da entidade, na qual se apurou a existência de cheques emitidos em favor de pessoas físicas que não possuíam vínculos com a entidade, concluiu que “restou demonstrado que a verba da subvenção foi destinada para associação irregular, pertencente, ainda que de modo informal, ao tio do Deputado, e que não funciona há, pelo menos, seis anos, além de não ter o seu representante apresentado qualquer comprovação de que os valores repassados foram gastos em prol dos objetivos da instituição e da coletividade” (fls. 23-24).

Noticiou que a Associação Sergipana dos Produtores de Eventos, contemplada com R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) pelo representado, tem como presidente o Sr. Márcio José Goes e encontra-se fechada há mais de um ano. Narrou que o Sr. Márcio José Goes teria esclarecido, em depoimento, que a associação em comento recebeu a quantia aproximada de R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais) da Assembleia Legislativa de Sergipe, a título de subvenções, e que tal montante foi utilizado para contratação de bandas, inclusive em período eleitoral, confecção e produção de capas para CDs em benefício de bandas locais.

Assinalou que, da análise dos extratos bancários obtidos com a quebra do sigilo fiscal, verificou-se que foram emitidos pela Associação Sergipana dos Produtores de Eventos os Cheques de nº 0470029 e nº 0470030, ambos no montante de R\$100.000,00 (cem mil reais), em benefício da pessoa jurídica Wave Music Produções e Comercializações, a qual teria como responsável o Sr. Alex Barbosa, que, em depoimento prestado ao MPE, teria declarado não ser proprietário da referida empresa, que as assinaturas dos aludidos cheques não lhe pertenciam e que nunca esteve na agência na qual os cheques foram sacados. Disse, ainda, que o Sr. Alex Barbosa trabalha como maqueiro no Hospital de Itabaiana/SE e que foi utilizado como “laranja” com o intuito de “dar contornos de legalidade aos saques realizados em prol da entidade onde jamais figurou como responsável” (fls. 27).

Asseverou que a mesma situação se configurou em relação à pessoa jurídica Versátil Empreendimentos e Locação Ltda. ME, cujo responsável seria o Sr. Luciano dos Santos, a quem a Associação emitiu o Cheque nominal de nº 047026 no valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Informou que o Sr. Luciano dos Santos, em depoimento, relatou que não conhece a referida empresa, que não recebeu qualquer pagamento realizado pela Associação e que não reconhece a sua assinatura no aludido cheque. Alegou que o referido cheque foi sacado por Alessandra e Edvania, pessoas identificadas pelo gerente da agência do Banco do Estado de Sergipe – Banese.

Afirmou, ainda, que a pessoa jurídica Universal Empreendimentos e Locações Ltda. teria sido beneficiária dos Cheques nº 047018 e nº 047032, no valor, respectivamente, de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e de R\$94.000,00 (noventa e quatro mil reais), emitidos pela Associação Sergipana dos Produtores de Eventos. Narrou que, embora a empresa tivesse como responsáveis Sandro dos Santos Faria e Alessandra Santos Menezes, os cheques foram sacados pelo próprio responsável da Associação, o Sr. Márcio José Goes.

Deduziu existirem “indícios veementes não apenas do desvio de finalidade dos recursos repassados, mas também da apropriação fraudulenta destes por terceiros” (fls. 29).

Já quanto à Comunidade Católica Servos e Servas da Santíssima Trindade – destinatária de subvenções alocadas pelo representado no valor correspondente a R\$164.000,00 (cento e sessenta e quatro mil reais) –, embora funcione de forma regular, tem como presidente a mãe do recorrente, Sra. Maria Lúcia do Prado Meneses Silva.

Concluiu que os valores destinados de forma indevida pelo representado “não foram vertidos em favor das instituições beneficiadas, Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula e Associação Sergipana de Produtores de Eventos e, por conseguinte, *não se converteram em qualquer proveito à coletividade*, motivo agravante e que, por tal razão, justifica a sanção mais severa de cassação do mandato” (fls. 31, grifos no original).

Pleiteou, por fim, a procedência da representação, para aplicar ao representado Zeca Ramos da Silva as sanções de cassação do registro e

de multa em seu valor máximo legal, nos moldes do art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei nº 9.504/1997.

O Tribunal Regional Eleitoral sergipano, por unanimidade, afastou as preliminares suscitadas pela defesa e, no mérito, julgou procedentes os pedidos formulados na representação, conforme se extrai da seguinte ementa (fls. 1.364-1.366):

REPRESENTAÇÃO. DEPUTADO ESTADUAL. SUPLENTE. ELEIÇÕES 2014. CONDUTA VEDADA. ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA CONTIDA EM SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. APRECIÇÃO COMO PRELIMINAR NO FEITO. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. MÉRITO. REPASSE DE VERBAS DE SUBVENÇÃO PARA ENTIDADES ASSISTENCIALISTAS EM ANO ELEITORAL. INSTITUÍDAS PELA LEI ESTADUAL Nº. 5.210/2003. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO TJ/SE. DESCONFIGURAÇÃO DE PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE ENCAIXE NOS PERMISSIVOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA CONTEMPLANDO A AÇÃO. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO ILÍCITO PREVISTO NO ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. CONDUTA VEDADA QUE PRESCINDE DO EFETIVO BENEFÍCIO DE CANDIDATURA. EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DO PARLAMENTAR PELA PRÁTICA DA CONDUTA VEDADA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NA ESCOLHA DAS ENTIDADES AGRACIADAS E NA DEFINIÇÃO DOS VALORES A SEREM REPASSADOS. ANÁLISE QUANTO ÀS ESPECIFICIDADES DA CONDUTA VEDADA PRATICADA PELO(A) REPRESENTADO(A). COMPROVADA APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS PELO REPRESENTADO. PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIMES DE PECULATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS A ENTIDADE ASSISTENCIAL VINCULADA AO REPRESENTADO E POR ELE MANTIDA. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA NO PATAMAR MÁXIMO E IMPEDIMENTO DA EXPEDIÇÃO DE EVENTUAL DIPLOMA, VEZ QUE O REPRESENTADO FIGUROU NA LISTA DE SUPLENÇA DA COLIGAÇÃO.

1. Submetida questão de ordem ao plenário, no sentido de transpor matérias processuais suscitadas em segundo agravo regimental interposto por alguns dos representados (instrução comum para 24 representações com mesmo corte cognitivo em matéria fática e de direito), para exame em passagem reservada à apreciação das preliminares originárias suscitadas pela parte. Deferimento pelo plenário da casa.

2. Revisitado pronunciamento regional contido no Acórdão TRE/SE nº 190/2015, que resolveu, além de ponto referente à conexão

reconhecida entre os 24 processos de representação opostos pelo Ministério Público Eleitoral, contra os Deputados Estaduais de Sergipe (eleitos para a legislatura 2011/2014, considerou que preliminares suscitadas nas peças de defesa ostentavam natureza meritória e para essa ocasião seria trasladada sua apreciação.

3. A preliminar de inadequação da via eleita confunde-se com uma questão meritória na medida em que a avaliação acerca desse aspecto demanda avanço sobre a prova dos autos, inviável, portanto, de análise como questão preliminar.

4. No que tange ao litisconsórcio necessário, trata-se de mais uma alegação a exigir, nos termos em que formulados, exame de prova, ingressando, assim, no mérito. Isto decorre, essencialmente, porquanto a causa de pedir assevera que a figura do agente público que pratica a conduta vedada e o beneficiário se equivalem. Precedentes do TSE.

5. Quanto à ilicitude da prova colhida pelo MPE em sede extrajudicial, nada obstante a inconstitucionalidade do art.105-A, da Lei nº 9.504/1997, há de se ressaltar não ter sido instaurado inquérito civil (em sentido técnico) previamente ao ajuizamento da representação. Demais disso, o lastro que informou a propositura da ação é também composto por dados documentais obtidos mediante autorizações judiciais (Ações Cautelares nºs. 1173-69. 2014.6.25.0000 e 1180-61.2014.6.25.0000 e 121-04. 2015. 6.25.0000).

6. No que se refere à insurgência do trâmite em conjunto das representações, registre-se que a conexão foi reconhecida por este Tribunal, através do Acórdão nº 190/2015, que em nada conflita com a decisão liminar do TSE, a determinar a separação dos processos após a instrução processual. Vale repisar, ainda, que a delimitação de provas pelo MPE e a concessão de novo prazo de memoriais, tudo em cumprimento ao comando oriundo do TSE, em decisão de 23.10.2015, ultimou o conjunto de medidas voltadas a concretizar o desmembramento dos processos na etapa de julgamento, sede natural de valoração de provas

7. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, por falta de degravação dos áudios das audiências, há de se consignar que caso a degravação fosse medida inescapável à concretização do direito fundamental do devido processo legal, seria forçoso concluir pela ilegitimidade constitucional das normas processuais que institucionalizaram, no ordenamento positivado, a admissibilidade plena da documentação de depoimentos em registros audiovisuais. Ausência de motivo concreto capaz de justificar a degravação.

8. Em virtude da diversidade de fatos suscitados num mesmo processo regido pelo art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, é admitida a extrapolação do número de testemunhas previsto no

inciso V do referido dispositivo. Caso contrário, poder-se-ia ensinar que os sujeitos do processo eleitoral ajuizassem demandas distintas, por cada fato, de modo a não sofrer limitação na produção de prova testemunhal, o que compromete a observância do princípio da economia processual. De mais a mais, testemunhas que depõem sobre fatos comuns a mais de um requerido são acolhidas na condição de testemunhas do juízo. Precedentes.

9. Alegação de ausência de intimação de prova documental. A análise detida das cautelares preparatórias e instrumental demonstra justamente o oposto, avizinando-se a preliminar da litigância de má-fé. Demais disso, não se levantou qualquer objeção, em tempo e modo devidos, quanto a perguntas formuladas em audiência acerca de documentos que integravam o acervo probatório e eram exibidos, no ato, em versão digitalizada. Expediente que também caracteriza, portanto, a chamada “nulidade de algibeira”, expediente malicioso que é repellido jurisprudencialmente. Por fim, no caso concreto, não foi apontado efetivo prejuízo.

10. O objetivo da vedação de condutas a agentes públicos em campanhas eleitorais é, regra geral, impedir que a mera possibilidade de utilização da máquina pública possa desequilibrar o pleito em prol dos detentores de poder público. Doutrina.

11. As condutas elencadas nos incisos do artigo 73 da Lei das Eleições são aquelas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

12. A configuração da prática de conduta vedada independe de potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes.

13. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei 9.504/1997, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu.

14. Comprovada a prática da conduta vedada prevista no § 10, art. 73, da Lei 9.504/1997, haja vista que, no ano eleitoral, o representado, por intermédio da ALESE (administração pública), realizou distribuição aleatória e gratuita de valores, consistente nas denominadas “verbas de subvenção”, sem que estivesse aparado por quaisquer das exceções

legais, haja vista a inexistência de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

15. Cada Deputado Estadual de Sergipe teve, à sua exclusiva disposição, o montante de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para utilizar da forma que bem lhe prouvesse, indicando nominal e discricionariamente, as associações e respectivos valores com que, a seu exclusivo juízo, seriam contempladas, não havendo qualquer ato de ingerência da mesa da ALESE quanto ao destino e aos valores do recurso. Premissa corroborada pela prova testemunhal produzida.

16. É despidiendo demonstrar o efetivo emprego da quantia desviada no custeio direto da campanha do requerido para o certame eleitoral de 2014. Em sede de conduta vedada, o critério normativo é o mero risco, a simples possibilidade de desequilibrar [sic] as eleições. Todavia, no presente caso, o desvio de recursos públicos que foram indevidamente distribuídos em ano eleitoral, em proveito direto do candidato ou mesmo em favor dos membros de entidades supostamente “assistenciais” com quem agiu em conluio, preenche com sobras o conceito de “prática tendente a desequilibrar a igualdade entre candidatos”.

17. No presente caso, as condutas imputadas a(o) representado(a) são extremamente graves a ponto de se exigir a aplicação da sanção de multa, em seu patamar máximo, bem como a de impedimento de eventual expedição de diploma, vez que o demandado figurou na lista de suplência da coligação. Registre-se, ainda, que a presente situação fática se amolda à hipótese legal delineada no art.1º, I, “j”, da Lei Complementar nº 64/1990, atraindo para o representado a inelegibilidade pelo prazo de oito anos, a contar da eleição de 2014.

18. Procedência do pedido formulado na representação.

A esse acórdão, foram opostos aclaratórios (fls. 1.510-1.546), os quais foram desprovidos em aresto assim ementado (fls. 1.627-1.628):

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REPRESENTAÇÃO. DEPUTADO ESTADUAL. ELEIÇÕES 2014. CONDUTA VEDADA. ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. REPASSE DE VERBAS DE SUBVENÇÃO PARA ENTIDADES ASSISTENCIALISTAS EM ANO ELEITORAL. DESCONFIGURAÇÃO DE PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE ENCAIXE NOS PERMISSIVOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA CONTEMPLANDO A AÇÃO. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO ILÍCITO PREVISTO NO ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DO PARLAMENTAR PELA PRÁTICA DA CONDUTA VEDADA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS. ARTIGO 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. CONHECIMENTO PARCIAL E DESPROVIMENTO DA PARTE CONHECIDA.

1. Os embargos de declaração são a via processual adequada à colmatação de eventual obscuridade, contradição ou omissão, que viciem provimento judicial (art. 275 do Código Eleitoral).
2. “É pressuposto específico de admissibilidade dos embargos de declaração a existência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, sobre ponto que devia pronunciar-se o órgão colegiado. Por obscuridade, entenda-se a ausência de clareza com prejuízo para a certeza jurídica. De sua vez, há omissão quando deixam de ser apreciadas questões relevantes ao julgamento ou trazidas à deliberação judicial. Finalmente, a contradição se manifesta quando, na sentença ou no acórdão, são inseridas proposições impossíveis. Consequentemente, os embargos declaratórios não se prestam ao reexame de matéria sobre a qual já houve pronunciamento.” (TRF 5ª Região, Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 247975-04/CE, Pleno, relator Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, DJ Data: 11.5.2006, p. 607.)
3. Os embargos de declaração não se prestam à promoção de novo julgamento da causa, principalmente quando fundado em fundamentos novos. Precedentes.
4. Ao deduzir a ocorrência de omissões e contradições na decisão veiculada no Acórdão TRE/SE nº 417/2015, o embargante destaca mesmo é o inconformismo com o resultado consignado no julgado, evidenciando-se o desgosto “entre o que foi decidido e o conteúdo das teses sustentadas”, matéria de todo estranha à seara dos aclaratórios.
5. Não merecem ser conhecidos dos presentes embargos os fundamentos que caracterizam inovação argumentativa em sede recursal, notadamente os itens relacionados à condição jurídica que os representantes das entidades beneficiadas ocupavam e a análise acerca da gratuidade ou não das verbas repassadas às entidades, requisito essencialmente exigido na norma plasmada no artigo 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997);
6. O acórdão embargado deve ser mantido por seus próprios fundamentos, uma vez que solucionou a lide de maneira exauriente, enfrentando todas as questões suscitadas nos autos à luz de todo o arsenal probatório aqui produzido, de toda a legislação pertinente e bem assim de todo o acervo de jurisprudência condizente com o caso concreto.
7. Conhecimento, em parte, dos Embargos de Declaração e, nessa parte, decidido por seu desprovimento.

Nas razões do seu recurso ordinário (fls. 1.647-1.802), Zeca Ramos da Silva suscita, prefacialmente: (i) a necessidade de extinção do processo em virtude da ausência de citação tempestiva dos agentes públicos

responsáveis pela distribuição das verbas, quais sejam, o presidente e o primeiro-secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe; (ii) a ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral e ao art. 535 do Código de Processo Civil, em razão de omissão quanto à análise da gratuidade dos repasses realizados e à “condição jurídica” dos gestores das entidades beneficiadas pelas subvenções, os quais também deveriam ter integrado a lide na condição de litisconsortes passivos necessários, na medida em que a destinação da verba pública por eles realizada foi considerada elemento essencial ao exame da gravidade da conduta; (iii) a ilicitude da prova colhida pelo Ministério Público Eleitoral, nos termos do art. 105-A da Lei das Eleições.

Sustenta, ainda, a nulidade do acórdão por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa mediante: (i) inobservância aos requisitos legais da conexão; (ii) indeferimento do pedido de degravação da prova oral; (iii) extrapolação do número de testemunhas previsto no art. 22, V, da LC nº 64/1990; (iv) descumprimento da determinação deste Tribunal Superior de individualização das provas ao final da instrução processual; e (v) conhecimento tardio (após a contestação) das provas produzidas nas ações cautelares preparatória e incidental ao presente processo.

No mérito, assevera que o pagamento de verbas de subvenção a entidades de caráter assistencial no ano de 2014 ocorreu em estrita observância à Lei estadual nº 5.210/2003, que “só veio a ser declarada inconstitucional no ano de 2015, depois do ajuizamento das Representações Eleitorais, não se podendo macular o que foi realizado com base na sua vigência, muito menos imputar ao parlamentar que somente indica a verba em orçamento para fins de enquadramento de conduta vedada” (fls. 1.735), sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e presunção de constitucionalidade das leis.

Argui que “o parlamentar Recorrente tem a sua posição definida no tema subvenção no tocante a inclusão da verba em orçamento através de emenda coletiva, não participando, não gerindo qualquer pagamento das referidas verbas a entidades sociais, sendo este ato de competência exclusiva do Presidente e do 1º Secretário da ALESE” (fls. 1.738), e que não pode “haver subsunção na conduta prevista no §10, art. 73, da Lei 9.504/1997, *do ato do parlamentar que apenas apresentou emenda (coletiva) ao orçamento, no ano de 2013, para serem distribuídas pelos*

executores do orçamento em 2014, se não praticou qualquer conduta no referido ano” (fls. 1.744, grifos no original).

Aduz que as “entidades que receberam verbas de subvenção são pessoas jurídicas intermediárias em relação ao público alvo” (fls. 1.738) e que o repasse dos valores para instituições de direito privado assemelha-se a convênios, “*não se perfaz[endo] de forma gratuita, desincumbindo-se as entidades de quaisquer ônus*” (fls. 1.744, grifos no original).

Afirma, ainda, que, mesmo se “fosse o autor da doação, não poderia ser apenado, já que calcado em lei específica (5.210/2003) e já executada em diversos orçamentos anteriores, e por previsão orçamentária prévia autorizada por ato do parlamento, durante o período eleitoral” (fls. 1.749).

Acrescenta ter juntado aos autos “*os orçamentos dos exercícios de 2012, 2013 e 2014, denotando-se não se tratar de programa meramente eleitoral, mas há muito executado pela ALESE*” (fls. 1.755, grifos no original).

Demais disso, alega que a gravidade da conduta, a ser sopesada por ocasião do juízo de proporcionalidade na fixação das sanções de inelegibilidade e multa, deve restar cabalmente comprovada, o que não ocorreu no presente caso, já que o julgado combatido se teria baseado em provas indiciárias, além de não ter demonstrado a relação entre o repasse de verbas para associações e sua utilização na campanha eleitoral para o pleito de 2014, a qual aduz não ter existido de forma efetiva.

Explica que não restou comprovado o desvio de recursos públicos ou aplicação eleitoral dos repasses efetivados em prol da Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula e da Associação Sergipana dos Produtores de Eventos – Aspe.

Quanto ao repasse endereçado à Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula, registra que, embora o acórdão combatido levante dúvidas sobre sua existência e idoneidade, a entidade foi criada em meados do ano de 1999 pelo seu tio, Laelson Menezes, com seus irmãos, a fim de fomentar a assistência social à população de Riachão do Dantas, tendo a entidade, inclusive, administrado por muitos anos o único hospital público do município. Sienta que o Presidente da associação, Sr. Emanuel Santos Taveira, deixou claro, em seu depoimento, que as verbas de subvenção alocadas pelo recorrente foram utilizadas para “construção de uma praça no Povoado Carnaibas a pedido da Igreja”, bem como em “eventos festivos,

organização de passeio para idosos, aquisição de mobiliário e utensílios, tudo a justificar a verba de subvenção e demonstrar que a Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula realmente existe e funciona há bastante tempo em prol da população carente do Município de Riachão do Dantas” (fls. 1.773).

Em relação à emissão de cheques em favor de pessoas físicas pela administração da entidade, relata que se “tratava de pagamentos realizados por serviços prestados em favor da entidade de beneficência, como explicado por Dielson Tadeu Barreto Leite e João Bosco de Brito” (fls. 1.778). Afirmo que o acórdão vergastado incorreu em erro ao assentar que os recursos das subvenções destinadas à entidade beneficiaram dois assessores do recorrente – Sr. Dielson Tadeu Barreto Leite e Sr. João Bosco de Brito –, sob a alegação de que: (i) o Sr. João Bosco de Brito foi assessor do recorrente até 2010 e, na ocasião da destinação das verbas, encontrava-se lotado no gabinete da Presidência da Assembleia Legislativa; (ii) “o fato de o Sr. Dilson Tadeu Barreto Leite ser, à época, chefe de Gabinete do Recorrente, e ter prestado serviço para a associação, não demonstra que houve qualquer tipo de favorecimento” (fls. 1.779); e (iii) a questão de que ambos teriam “trabalhado com o Recorrente na Assembleia Legislativa não representa dizer que atuaram a mando ou em conluio com ele, mesmo porque ambos foram enfáticos em detalhar que receberam por serviços prestados, sem participação do Recorrente” (fls. 1.779).

Conclui que não “houve a confirmação de qualquer liame eleitoral entre o valor das subvenções destinado pelo Recorrente para a citada entidade assistencial e a campanha eleitoral de 2014” (fls. 1.784) e que o recorrente “sequer concorreu efetivamente nas eleições de 2014 [...] descabendo falar em benefício eleitoral que macule a isonomia de oportunidade das eleições” (fls. 1.785). Além disso, realça que “não houve qualquer pedido de voto durante os eventos realizados pela associação” (fls. 1.786).

No que tange ao repasse efetuado à Associação Sergipana dos Produtores de Eventos – Aspe, destaca que a existência e as atividades da entidade são de conhecimento público e que foi “declarada de utilidade pública, já que funcionava há mais de 02 anos, conforme declarações de autoridades públicas atestando tais fatos, vindo a receber recursos de subvenção no ano de 2014 por terem desempenhado de forma regular suas atividades em 2013, prestando contas corretamente dos valores

recebidos”, o que afastaria “qualquer indício de negligência por parte do ex-deputado” (fls. 1.792). Argui, ainda, que não há prova de vinculação entre o representado e a referida entidade ou mesmo de que “o Recorrente destinou verbas de subvenção para a Associação Sergipana de Produtores de Eventos com o intuito de se locupletar do patrimônio público ou obter vantagem nas eleições de 2014” (fls. 1.791).

Na sequência, defende que a inelegibilidade que lhe foi imputada não guarda proporcionalidade com as condutas descritas no acórdão vergastado, argumentando que (i) não participou efetivamente do pleito de 2014, somente tendo registrado candidatura por estratégia partidária; (ii) não restou demonstrada a correlação entre destinação das verbas de subvenção e sua candidatura ou a de terceiros; e (iii) não há demonstração de desvio de verbas de subvenção em seu benefício ou de sua candidatura.

Requer, por fim, o acolhimento das preliminares, ou, caso ultrapassadas, que “seja reformada a decisão combatida, para o fim de julgar improcedente a presente Representação por ausência de subsunção do fato à norma prevista no § 10 do art. 73 da Lei 9.504/1997, ou mesmo pela incidência da exceção contida no referido dispositivo, ou, se assim não entender, que se afaste a penalidade de inelegibilidade, por ser incabível ou mesmo pela ausência de gravidade, extirpando as demais penalidades, remanescendo tão somente a multa, rogando pelo patamar mínimo” (fls. 1.802).

Contrarrazões a fls. 1.806-1.993.

Os autos foram distribuídos por prevenção, em razão da existência do MS nº 351-42.2015.6.00.0000, de minha relatoria, e encaminhados à Procuradoria-Geral Eleitoral, que pugnou pelo provimento parcial do presente recurso, apenas para afastar a inelegibilidade do recorrente (fls. 2.011-2.035).

É o relatório.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1277-61.2014.6.25.0000/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Zeca Ramos da Silva (Advogados: Márcio Macedo Conrado – OAB: 3806/SE e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usaram da palavra, pelo recorrente, Zeca Ramos da Silva, o Dr. Márcio Macedo Conrado e, pelo recorrido, Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: Julgamento conjunto dos Recursos Ordinários nºs 1278-46, 1284-53, 1267-17, 1264-62, 1266-32, 1271-54, 1277-61, 1282-83 e 1280-16. Após as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Impedimento do Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhores Ministros, *ab initio*, assento que o recurso foi interposto tempestivamente e está subscrito por advogados regularmente constituídos.

Conheço, pois, do recurso ordinário e passo ao exame das questões prefaciais suscitadas pelo recorrente.

Preliminares

[I]. *Da alegada nulidade em decorrência da ausência de citação de litisconsortes passivos necessários – Presidente e 1º Secretário da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe*

Imputa-se ao recorrente, Deputado Estadual Zeca Ramos da Silva (suplente), a responsabilidade pela distribuição de verbas públicas em 2014, ano eleitoral, a título de “subvenções sociais”, para entidades privadas formalmente atuantes na área de assistência social, o que configuraria a prática da conduta vedada pelo art. 73, § 10, da Lei das Eleições, *in verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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

Alega o recorrente, em sede preliminar, que o Presidente e o 1º Secretário da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe deveriam ter sido chamados a integrar a lide na condição de litisconsortes passivos necessários, pois, segundo o art. 21, VI, j¹ e art. 25, XII², do Regimento Interno daquela Casa, ostentam a qualidade de ordenadores e executores do orçamento da Assembleia.

Aduz que o único ato que praticou foi *“justamente a indicação de emendas ao orçamento de 2014, as quais foram apresentadas e aprovadas no ano de 2013”*, inexistindo a possibilidade, *“ainda que se queira invocar-se uma praxe administrativa, de haver a distribuição de verbas, [...] sem a necessária e imprescindível atuação dos gestores do orçamento, administradores da Casa Legislativa”* (fls. 1.694, grifos no original).

Defende que *“a conduta vedada não seria perpetrada sem que os ordenadores de despesa da ALESE, gestores do orçamento, integrantes da Mesa Diretora, efetuassem a distribuição, não como mera longa manus dos parlamentares, mas como agentes públicos praticantes de atos discricionários, posto que [sic] não existe na Assembleia Legislativa de Sergipe a figura da emenda impositiva”* (fls. 1.694, grifos no original).

Acrescenta que a jurisprudência deste Tribunal Superior já pacificou o entendimento pela necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre o agente público responsável pela prática da conduta vedada e os beneficiários da ação ilícita.

¹ Art. 21. São atribuições do Presidente, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas:

VI - Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

j) autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia;

² Art. 25. São atribuições do 1º Secretário, além de outras conferidas neste Regimento:

XII - assinar, com o Presidente, todos os documentos relativos à movimentação financeira;

No ponto, o Regional sergipano afastou a preliminar por entender que a legitimidade passiva deve tomar por referência a relação jurídico-material deduzida pelo autor, que, no caso, conferiu ao representado a posição de agente público responsável pela conduta.

Por oportuno, transcrevo trecho do acórdão recorrido (fls. 1.406-1.408):

No primeiro agravo regimental (Acórdão nº 190/2015), já mencionei, foi suscitada a hipótese de inobservância de litisconsórcio passivo necessário entre a parte representada e o agente público que atuou como ordenador de despesas na ALESE quando dos fatos em esquadrinho, uma vez que este último – consoante alegou a parte representada – seria o responsável pela liberação de recursos nos moldes em que o MPE assevera caracterizadores do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

Reitero, nesse passo, o alerta de que este Colegiado já se pronunciou a respeito, entendendo que a arguição, tal qual formulada, exigiria exame de provas e, por conseguinte, estaria inserida no debate de mérito pertinente à demanda.

Sem embargo e sem incorrer em qualquer contradição com a posição já firmada, mas sim para reforço e clareza, trago em acréscimo a consideração de que, tomada a causa de pedir tal qual formulada, isto é, abstratamente, verifica-se nitidamente ter sido atribuída à parte representada a posição, concentrada em sua pessoa, de agente público praticante da conduta vedada.

*O TSE vem entendendo ser imponível o litisconsórcio passivo necessário apenas nas hipóteses em que dissociadas as posições de agente público que pratica a conduta vedada e o seu beneficiário, ou seja, quando são eles pessoas distintas. Ocorre que tal dissociação ou distinção **não se faz presente na causa de pedir.***

[...]

Com este singelo reforço ao já decidido por este Colegiado, uma vez mais tenho por ultrapassada a questão em sede preliminar, ratificando a posição sufragada no julgamento regimental no sentido de que à ocasião do enfrentamento de mérito terá espaço a definição de efetiva responsabilidade ou não da parte representada, na alegada posição em que concentraria, em sua própria pessoa, a condição de agente público que teria cometido a suposta conduta vedada. (Grifo nosso.)

Ou seja, o acórdão regional, ao apreciar a questão relativa à legitimidade das partes, considerou a relação jurídica *in statu assertionis*, isto é, à vista do que pelo autor foi afirmado na peça inicial. Tal entendimento encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Com efeito, Alexandre Freitas Câmara (2005) assim preleciona sobre o tema:

As condições da ação são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tem do direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo carecedor de ação? Ao afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores desta teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade, em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as condições da ação quem fizer jus a um pronunciamento jurisdicional favorável. Parece-nos, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como fazemos. As condições da ação, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquerir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.

Esta Corte Superior também já se manifestou diversas vezes pela aplicação da teoria da asserção na aferição das condições da ação.

Por exemplo:

Eleições 2012. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico e político. Representante de coligação. Ilegitimidade ativa. Teoria da asserção.

1. A legitimidade *ad causam* extraordinária depende de previsão legal, de acordo com o art. 18 do CPC.

2. O art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 concede legitimidade ativa para propor ação de investigação judicial eleitoral ao Ministério Público Eleitoral, ao partido político, ao candidato ou à coligação. Representante de coligação não tem legitimidade para ajuizar ação de investigação judicial eleitoral em nome próprio, por ausência de fundamento legal.

3. *Segundo a teoria da asserção, as condições da ação devem ser verificadas no momento da propositura, de acordo com as alegações do autor em sua petição inicial.* O autor não trouxe nenhum elemento que lhe conferisse legitimidade *ad causam*, nos termos da legislação eleitoral.

4. Não se trata de defeito de representação processual, como sustenta a agravante em suas razões, mas de ausência de legitimidade ativa. Para isso, não importa se o autor é ou não o representante legal da coligação, mas se preenche os requisitos legais do art. 22 da Lei Complementar LC 64/1990.

5. Decisão agravada mantida por seus fundamentos. Agravo regimental desprovido. (Grifo nosso.)

(AgR-REspe nº 297-55/PI, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 24.8.2016);

Recurso especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Decisões. Instâncias ordinárias. Extinção sem julgamento de mérito. Fato. Tipificação. Crime eleitoral. Apuração. Eventual abuso de poder. Possibilidade.

1. A configuração da conduta relativa à destruição de material de propaganda de adversário como crime eleitoral não afasta a possibilidade de os fatos serem examinados no âmbito da ação de investigação judicial eleitoral, para proteção da lisura do pleito e do equilíbrio da disputa entre os candidatos, bens jurídicos protegidos pelos arts. 14, § 9º, da Constituição Federal e 22 da Lei Complementar nº 64/1990, os quais não podem ficar à margem da tutela jurisdicional.

2. As condições da ação, segundo a teoria da asserção, devem ser aferidas em abstrato, com base nas alegações apresentadas na inicial, sem que seja necessário o exame de provas e a existência de direito material do autor. *Nessa linha, a conformação do direito com base nos fatos narrados na inicial encerra questão típica de mérito.*

Recurso especial parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que processe e julgue a AIJE como entender de direito. [Grifo nosso.]

(REspe nº 1004-23/MG, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 20.11.2014); e

Representação. Conduta vedada. Agente público. Utilização de aparato estatal. Correio eletrônico pessoal. Solicitação de informações a agremiação partidária. Atipicidade. Premissa fática

1. De acordo com a peça vestibular, baseada em fato noticiado pelo jornal *O Globo* (fls. 28-29), o primeiro representado, assessor da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República, teria telefonado à assessoria de imprensa do Diretório do PMDB do Estado do Rio de Janeiro, no dia 12 de junho, e requerido cópia da lista de presença dos prefeitos que compareceram ao almoço de formalização de apoio do partido ao movimento Aezão formado a partir de aliança

política entre as candidaturas de Aécio Neves, à presidência da República, e de Luiz Fernando Pezão, ao governo do Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, enviou *e-mail* (doc. de fl. 27), em horário de expediente, àquele Diretório solicitando a referida lista.

[...].

Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse processual

[...]

Legitimidade passiva da representada Dilma Viana Rousseff

6. As condições da ação (legitimidade passiva, no caso), segundo a Teoria da Asserção, devem ser aferidas em abstrato, sem exame de provas, em consonância com as (simples) alegações postas na inicial. No caso, alega-se que a representada Dilma Vana Rousseff sabia e foi beneficiária da suposta conduta vedada. Isso é o que basta para fins de reconhecer legitimidade passiva. Todo o mais é juízo de mérito.

[...]

Análise de mérito sobre o prévio conhecimento/participação da representada Dilma Vana Rousseff

8. Os dados dos autos indicam que tudo foi praticado no âmbito da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República. Quando muito, o assunto chegou ao Ministro das Relações Institucionais, Ricardo Berzoini, que se pronunciou sobre o episódio na imprensa (*vide* fl. 28-30) e se manifestou oficialmente nos autos do procedimento Investigatório que tramitou no Ministério Público Eleitoral (fls. 213-221). Diante disso, não há elemento que possa indicar participação da representada Dilma Vana Rousseff nos fatos.

[...]

Conclusão

15. Voto pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela integral improcedência dos pedidos veiculados na representação.

(RP nº 665-22/DF, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 3.12.2014.)

Assim, considerando que a petição inicial imputa exclusivamente ao recorrente a *responsabilidade* pela conduta tida por ilícita, e que não se verifica, *in casu*, nenhum dos pressupostos inscritos no art. 114 do Código de Processo Civil³, não há que se falar em nulidade processual por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário.

Ainda a propósito, registrem-se entendimentos desta Corte no sentido de que não existe litisconsórcio necessário quando os agentes

³ Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

públicos excluídos da inicial não são os verdadeiros responsáveis pelo ilícito investigado, isto é, quando não praticaram *sponte propria* os verbos nucleares da conduta (REspe nº 762-10, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.3.2015). O mesmo ocorrendo quando o agente público não atua com total independência em relação ao candidato beneficiário da conduta vedada (AgR-REspe nº 31.108/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 3.9.2014).

In casu, o eixo do ilícito reside na distribuição, é dizer, na oferta organizada com base em uma ordenação de favorecidos e montantes promovida única e exclusivamente pelos agentes parlamentares, por ocasião da indicação realizada no ano anterior ao do pleito. Por esse prisma, entende-se por “distribuidor” o agente a quem cabe definir quem são os beneficiários e a quanto remontam os seus respectivos quinhões, excluindo-se do conceito os agentes que simplesmente conferem o *exequatur*.

Como se não bastasse, acresço que a consequência da não citação de eventuais responsáveis pela prática de ilícitos para a composição do polo passivo em ações eleitorais nas quais o resultado pode ser diverso, em relação aos potenciais imputados, resume-se à impossibilidade de que os efeitos da sentença os alcancem, em virtude da impossibilidade de que se submetam à autoridade da *res iudicata* (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral. Teoria da Inelegibilidade. Direito Processual Eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 389). É cristalina, nesse caminho, a solução determinada pelo art. 115 do novo Código de Processo Civil⁴.

A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

No atual regime legal, há diferença para os efeitos da sentença proferida em processo no qual o litisconsórcio necessário não foi integralizado. Tratando-se de litisconsórcio *necessário-simples*, isto é, de formação obrigatória determinada por lei, onde a sentença não precisa ser dada de maneira uniforme para todos os litisconsortes, a sentença é *válida e eficaz* para as *partes*, isto é, para os que participaram do processo, mas *ineficaz* para os *terceiros*, aqueles que poderiam ter sido litisconsortes necessários-simples, mas não foram. Quando se tratar de

⁴ Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - Nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

não integração de *litisconsórcio-unitário*, isto é, de formação obrigatória determinada pela relação jurídica, onde todos os litisconsortes devem receber o mesmo tratamento no plano do direito material, vale dizer, cuja sentença deverá ser uniforme para todos os litisconsortes necessários-unitários, essa sentença é nula, nos termos do CPC, art. 115 (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Anotado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 575-576).

Na espécie, afigura-se óbvio, em meu sentir, que os agentes apontados como responsáveis pela defesa e os atores beneficiados possivelmente teriam sortes diferentes no desfecho do processo, sobretudo quando se percebe que a atividade de autorização para a execução das emendas parlamentares era, na *praxis* da Assembleia Legislativa de Sergipe, eminentemente ordinatória e protocolar.

Assim, considerando que, em uma análise puramente hipotética e abstrata, não se pode descartar, de plano, uma possível exclusão da responsabilidade do Presidente e do Primeiro Secretário da Alesse quanto aos eventos em tela, segue-se a conclusão de que a relação jurídica discutida em juízo é de caráter cindível, o que afasta a existência de litisconsórcio unitário e, via de consequência, a presença de uma mandatória união entre agentes e beneficiário no campo passivo da angulação processual. Isso porque, na forma do art. 114 da legislação civil adjetiva, o litisconsórcio necessário somente acontece como resultado da imposição de lei (no caso, inexistente) ou em decorrência de aspectos intrínsecos à relação jurídica controvertida, tendo ficado demonstrado que, *in casu*, esses aspectos certamente não se apresentam.

Nessa direção, José Jairo Gomes opina que nas representações contra condutas vedadas é “certamente conveniente que o agente público e o candidato beneficiado ocupem o polo passivo do mesmo processo, pois isso permite a otimização do debate acerca daquela conduta”. Nada obstante, destaca que essa percepção não faz com que se afigure “necessário ou imprescindível [...] que a Justiça Eleitoral conheça e julgue adequadamente os fatos tão só em relação ao candidato beneficiado”, simplesmente porque o litisconsórcio, nesses casos, é do tipo “facultativo simples” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 883).

Os demais argumentos trazidos pelo recorrente quanto ao ponto serão analisados mais à frente, por se confundirem com o mérito da causa.

[II] Da alegada nulidade do acórdão por ofensa ao art. 275 do código eleitoral e ao art. 535 do Código de Processo Civil

Alega o recorrente a nulidade do acórdão por ofensa ao art. 275 do CE e ao art. 535 do CPC (1973), sob o fundamento de que o Regional, apesar de provocado por embargos de declaração, teria deixado de se manifestar sobre a gratuidade dos repasses e sobre a “condição jurídica” dos gestores das entidades cuja atuação na destinação da verba pública fora considerada essencial ao exame da gravidade da conduta.

Aduz que a gratuidade da distribuição é essencial à configuração do tipo previsto no art. 73, § 10, da Lei Eleitoral, e que, por isso, o acórdão deveria ter se manifestado expressamente sobre a existência (ou não) de tal elemento típico, independentemente de qualquer alegação desconstitutiva por parte da defesa.

Sustenta que as verbas de subvenção eram repassadas pela Alese “para que fossem realizadas, através das pessoas jurídicas, funções estatais, sendo obrigação legal, ainda, a prestação de contas escoreita” (fls. 1.684).

Quanto aos gestores das entidades beneficiadas pelo repasse de verbas, sustenta que o acórdão falhou ao não informar se ostentavam a condição de agentes privados – e, nesse caso, a conduta vedada restaria afastada – ou de agentes públicos, hipótese em que deveriam ter integrado a lide na condição de litisconsortes passivos necessários.

Afirma que tal omissão é relevante, pois a “segregação fática entre os que tiveram seus mandatos cassados e aqueles que foram condenados apenas à multa, longe de se embasar em atos perpetrados pelo recorrente, plasmou-se em atos realizados pelos gestores das entidades” (fls. 1.681).

Sobre tais questões, o acórdão regional que julgou os aclaratórios assim se manifestou (fls. 1.632-1.634):

A leitura das razões recursais denuncia o desvelado intuito do embargante, de agitar, em sede de embargos declaratórios, matérias nunca antes aventadas durante todo o transcorrer da marcha processual, arrimando-se em supostas omissões e contradições para efetivamente buscar o rejuízo do feito em função de inovação nos argumentos.

Por certo, *buscar nesta nova fase processual esclarecimentos acerca do momento no qual a conduta vedada é considerada praticada, se apenas com o repasse efetuado pela ALESE ou se com o adimplemento da distribuição dessa verba pelas instituições contempladas* ou mesmo lançar argumentação no sentido de que este Tribunal, ao entender que os dirigentes das entidades exercem funções públicas, importaria reconhecer que sobreditas pessoas, atuando como agentes públicos, teriam que participar da relação processual, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, isso tomando como exemplo alguns dos pontos suscitados, é tentar modificar o pronunciamento de mérito já realizado por esta Corte, amparando-se em fundamentos nunca antes agitados. Também *no tocante à suposta gratuidade ou não do repasse das verbas de subvenção, esse aspecto nunca foi objeto de controvérsia nos autos, motivo pelo qual não se pode falar em omissão da decisão embargada e, ainda, motivo também pelo qual a arguição sequer merece guarida. Apenas por exercício argumentativo, seria completamente descabido falar em obrigatoriedade/existência de contrapartida para o “recebimento de verbas de subvenção”* porque:

a) como registrado no tópico 4.3., por mera exigência formal as entidades apresentavam um “projeto de aplicação” restrito a rubricas contábeis genéricas (cf. prova testemunhal, em especial Maria de Lourdes Motta, José Hunaldo, Valmir dos Passos, Adriano José Barboza Reis, Magner Clark e tantos outros “representantes” de entidades ouvidos ao longo da instrução conjunta). *Além de genérico, o plano de aplicação era modificável a critério dos beneficiados e, para ser mais direto, ficou claro que nunca significou nada além de uma mera formalidade despida de efeito prático, a se esvair no vão propósito de conferir sofrível aparência – e só aparência – de seriedade no trato da coisa pública. Não era imposto um objetivo ou o desenvolvimento de atividade específica como condição para que se recebesse o dinheiro, pois era a própria entidade a unilateralmente decidir no que gastá-lo, em termos do que bem entendesse, com liberdade tamanha que causa espécie a qualquer um que esteja familiarizado com o manejo de recursos públicos.*

b) As entidades consideradas relevantes pelas partes para o julgamento de cada um dos 24 processos referente às “verbas de subvenção” como regra geral tinham sua vida financeira integralmente atrelada [sic] ao referido aporte de recursos públicos, não dispondo de receita própria. *Ou seja, não havia dispêndio suportado pelas entidades para a realização de qualquer atividade.* Nas hipóteses pontuais em que a entidade dispunha de fonte própria de recursos – particularmente a Assomise – foi

confessado que verbas públicas e privadas foram “misturadas” e utilizadas indiferentemente nas mais variadas finalidades classistas (e não assistenciais, nem públicas, nem sociais) que à entidade bem aprouve ou não concretizar, segundo seu exclusivo querer.

c) Fora isso, conforme minudente [sic] demonstrado nos autos, *o único retorno que várias dessas entidades proporcionaram foi o desvio de recursos, a apropriação ilícita por mãos privadas de dinheiro público.*

d) *Mesmo nos casos em que não foi comprovado desvio, é simplesmente impossível ter plena certeza acerca do destino dado para os recursos* ou ao menos parte deles, justamente pela frouxidão absurda de controles.

Ainda, verifica-se na peça embargante a tentativa de aqui buscar promover um novo pronunciamento de ponto já exaustivamente enfrentado por esta relatoria no acórdão combatido. Refere-se ao *modus operandi* do repasse das verbas de subvenção.

E para que dúvidas não parem, reproduzo a seguir toda a longa fundamentação utilizada, a fim de fazer demonstrar o alcance da responsabilidade dos parlamentares envolvidos com o repasse da verba pública e o real papel desenvolvido pela Mesa Diretora da Alese. Nesse sentido, confira-se:

[...]

Como o direito é instrumento pensado para intervenção na realidade para solucionar conflitos no mundo real, a versão a merecer respaldo, no meu sentir, não pode ser a que se sustenta em uma ficção jurídica, em uma fábula, mas sim a arrimada no mundo dos fatos tais quais ocorridos. *Em resumo: Diante da conformação das “subvenções da ALESE”, a escolha de entidades e a fixação dos valores a elas destinados no âmbito de decisão individual de cada Parlamentar pode ser, a princípio, subsumida ao tipo descritivo da conduta vedada que consta do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Ou seja, **aperfeiçoa-se a conduta vedada com a destinação em si.** Reitero colocação anterior: se além da destinação, os recursos são efetivamente utilizados em outras práticas espúrias ou ilegais, as consequências repercutirão na definição das sanções, como já dito, devendo-se perquirir se as provas demonstram ou não o **concurso** da parte representada para o aperfeiçoamento dessas circunstâncias agravadoras da infração eleitoral.*

[...]

Depreende-se, portanto, que toda a matéria ventilada em sede de embargos declaratórios como se omissa ou contraditória estivesse no acórdão aqui fustigado ou nunca foi objeto de argumentação anterior a atual fase processual ou encontra-se, em extensão e profundidade, amplamente analisada, conformada em argumentos e conclusões, que foram seguidos, por este colegiado, à unanimidade, na sessão plenária realizada no dia 03.12.2015. (Grifos originais e adicionais.)

Vê-se, portanto, que, ao contrário do alegado pelo recorrente, o Tribunal de origem examinou a questão relativa à gratuidade da distribuição e entendeu, diante das provas dos autos, que as entidades beneficiadas pelos repasses não precisavam desenvolver qualquer atividade específica como condição para o recebimento do recurso público.

No mais, o Regional concluiu restar configurada a conduta vedada pelo art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 pela simples remessa de verbas públicas a entidades privadas, escolhidas por decisão individual de cada parlamentar, sem a necessária observância aos permissivos legais, importando a destinação posterior desses recursos – realizada pelos gestores em concurso com o próprio parlamentar – apenas para o fim de dosimetria das sanções.

Nesse contexto, não há que se falar em omissão relevante sobre a “condição jurídica” dos gestores das entidades.

Assim, a despeito de as conclusões terem sido no sentido contrário aos interesses do ora recorrente, inexistente vício de fundamentação que enseje a nulidade do julgado.

[III] Ilícitude da prova colhida em investigação prévia realizada pelo MPE – (Lei das Eleições, art. 105-A)

No ponto, o recorrente aduz que, “como o Ministério Público Eleitoral pode se valer da ação de investigação judicial eleitoral para apurar os ilícitos eleitorais, fica vedado o uso de quaisquer procedimentos previstos na Lei 7.347/1985, dentre eles o Inquérito Civil Público, sendo esta a mensagem do artigo 105-A” (fls. 1.708). Afirma, ainda, que este Tribunal Superior, no julgamento do RO nº 474642, “decidiu pela nulidade de provas colhidas em procedimento prévio à ação realizada pelo Ministério Público Eleitoral” (fls. 1.709), sendo nula toda a matéria probatória colhida em razão do princípio dos frutos da árvore envenenada.

Rejeito, de plano, a alegação.

É que, diversamente do que sustentado, a procedência parcial da ação de investigação judicial eleitoral não decorreu de provas oriundas de inquérito civil público, mas, sim, da análise do complexo fático-probatório carreado aos autos, em especial de provas documentais e testemunhais devidamente submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Ainda que assim não fosse, reputo que a proscrição legislativa encartada no art. 105-A da Lei das Eleições se afigura manifestamente inconstitucional, vilipendiando os arts. 127, *caput*, e 129, III, ambos da Constituição da República.

Deveras, ao restringir o exercício de funções institucionais do Ministério Público, o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 desafia a decisão política do constituinte de 1988, quando expressamente atribuiu ao *Parquet* a prerrogativa de tutela da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Neste pormenor, não se objeta que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral (normalidade e legitimidades das eleições, igualdade de chances, moralidade e probidade eleitorais etc.) se situa no espectro constitucional de atribuições do Ministério Público, porquanto impactam na coletividade.

A partir de 1988, a legitimação do *Parquet* para promover o inquérito civil e a ação civil pública passou a constituir prerrogativa constitucional da instituição, assegurada pelo citado dispositivo. Conquanto se trate de ação de cunho civil, nada impede que os elementos que embasaram a propositura da referida ação, colhidos no bojo de um inquérito civil, sejam utilizados para subsidiar a atuação do Ministério Público no combate a ilícitos de natureza diversa, seja penal (RE nº 464.893, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 1º.8.2008) ou mesmo eleitoral.

Assim, esta investida normativa arbitrária e desarrazoada acaba por vulnerar também os princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso dos poderes político e econômico. Por isso, pondera a doutrina que:

Uma interpretação gramatical e isolada desse dispositivo [art. 105-A, da Lei das Eleições] poderia levar à conclusão de que o IC [inquérito civil] não poderia ser utilizada nos domínios do Eleitoral.

No entanto, tal leitura não é autorizada pela Constituição Federal, porque sem aqueles instrumentos o *Parquet* ficaria impedido de agir e de cumprir o seu papel constitucional. É irracional que a Constituição tenha prescrito uma finalidade ao Ministério Público sem autorizar os meios necessários para atingi-lo. Afinal, o objetivo dos referidos instrumentos [IC e PPE] é apenas ensinar a reunião de elementos de informação para subsidiar a atuação séria e prudente do *Parquet* perante a jurisdição, de sorte que suas ações sejam devidamente fundamentadas e justificadas. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: GEN, 2018, p. 780.)

Demais disso, ressalto que a intenção do legislador, ao afastar os procedimentos previstos na Lei nº 7.347/1985, em matéria eleitoral, era a de impedir que a atuação do Ministério Público nos procedimentos previstos naquela norma – inquérito civil e ação civil pública – pudesse acarretar reflexos prejudiciais à campanha eleitoral de candidatos, bem como à sua atuação política, o que revela evidente abuso do exercício do poder de legislar.

Nesse exato sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Agravos regimentais. Recurso especial. Eleições 2014. Deputados estadual e federal. Senador. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE). Art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. Interpretação conforme a constituição. Retorno dos autos. Desprovidimento.

1. O art. 105-A da Lei 9.504/1997 que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei nº 7.347/1985 deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/1988, no qual se atribui ao Ministério Público prerrogativa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses sociais individuais indisponíveis, e o art. 129, III, que prevê inquérito civil e ação civil pública para proteger interesses difusos e coletivos. Precedentes.

2. A instauração de Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE) é lícita e não ofende os mencionados dispositivos legais e constitucionais.

3. Retorno dos autos que se impõe para que a Corte Regional processe e julgue a representação.

4. A suposta deficiência do recurso especial do Ministério Público no tocante à alegação de dissídio é irrelevante, tendo em vista que o provimento também ocorreu por afronta ao art. 129 da CF/1988.

5. Agravos regimentais desprovidos, confirmando-se formação de autos suplementares para imediata remessa ao TRE/PI.

(REspe nº 1312-16/PI, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 7.6.2016);

Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Representação. Conduta vedada aos agentes públicos. Art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Preliminares rejeitadas. Art. 105-A da Lei 9.504/1997. Aplicabilidade às ações eleitorais. Mérito. Programa social. Ausência de previsão em lei prévia. Multa. Desprovemento.
[...]

2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 pretendida pelo recorrente no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber:

2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, ressalte-se que (i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; (ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu *munus* constitucional; (iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e Dias Toffoli).

2.2. Ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: (i) ser adotado o procedimento preparatório eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou (ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei 7.347/1985 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes).

2.3. O art. 105-A da Lei 9.504/1997 é inconstitucional, pois: (i) o art. 127 da CF/1988 atribuiu expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; (ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/1988, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; (iii) houve evidente abuso do exercício do poder

de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura).

3. Inexiste, no caso dos autos, violação aos arts. 275, I e II, do Código Eleitoral, 93, IX, da CF/1988 e 165 e 458, II, do CPC, pois (a) a Corte Regional manifestou-se expressa e fundamentadamente acerca das provas em tese derivadas do inquérito civil público; (b) é indevida inovação de teses em sede de embargos de declaração; (c) não se admitem os embargos por suposta omissão quanto ao exame de matéria contida somente no parecer do Ministério Público.

4. A doação de manilhas a famílias carentes, sem previsão do respectivo programa social em lei prévia, configura a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997, sendo irrelevante o fato de as doações supostamente atenderem ao comando do art. 23, II e IX, da CF/1988. Manutenção da multa imposta ao recorrente.

5. Recurso especial eleitoral a que se nega provimento.

(REspe nº 545-88/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 4.11.2015); e

Eleições 2014. Agravo regimental. Recurso especial. Provimento. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Provas colhidas em procedimento preparatório eleitoral. Violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. Não configuração. Desprovimento.

1. A jurisprudência mais recente desta Corte Superior é no sentido de que é lícita a prova colhida em procedimento preparatório eleitoral promovido pelo Ministério Público Eleitoral, não havendo falar em afronta ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. Precedentes.

2. Não há vedação legal a que o Ministério Público equivalente para realização de investigações preliminares de supostas infrações eleitorais, na linha do que decidido no REspe nº 545-88/MG. Ressalva do ponto de vista da relatora.

3. Agravo regimental desprovido.

(REspe nº 213.055/AM, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 24.8.2016.)

[IV] Nulidade do processo em decorrência do reconhecimento indevido da conexão

O recorrente alega que, “apesar de se ter representações versando sobre a má-aplicação das verbas de subvenção em ano eleitoral, a instrução tratou de diversas entidades que receberam verbas de parlamentares diferentes, o que ensejaria, no máximo, o reconhecimento de conexão

apenas em relação aqueles parlamentares com identidade de fatos (aí incluindo as mesmas entidades) e provas, tornando desnecessária e prejudicial a conexão probatória integral, como ocorreu no [presente] caso” (fls. 1.714). Afirmar, também, que não estão presentes os requisitos necessários à conexão “no interesse da Justiça”, e insiste na alegação de ocorrência de “flagrante comprometimento ao exercício do direito de defesa” (fls. 1.714).

Sem razão, entretanto.

É que as representações reputadas conexas pelo Regional sergipano possuem o mesmo fundamento fático, qual seja, a distribuição indiscriminada, em ano eleitoral e em desobediência a recomendação do MPE, de verbas de subvenção a entidades reputadas filantrópicas.

In casu, a afinidade existente entre as ações torna evidente a necessidade de se julgar o mesmo tema (ao menos em parte) mais de uma vez, o que recomenda a reunião das causas com o fim precípuo de evitar a coexistência de decisões contraditórias e dar maior eficiência à atividade processual (princípio da economia processual), já que, diante da existência de questões comuns nas causas, será possível, muitas vezes, aproveitar atos de um processo em outro, reduzindo custos e tempo, além de, principalmente, permitir aos julgadores uma ampla visão acerca dos acontecimentos. Na espécie, a reunião das ações se justifica sob a ótica da cláusula de conexão aberta prevista no art. 55, § 3º, do Código de Processo Civil⁵.

Além disso, não basta ao reconhecimento da nulidade pleiteada pelo recorrido a alegação genérica de prejuízo trazida em suas razões recursais. O princípio do *pas de nullité sans grief* plasmado no art. 219 do Código Eleitoral⁶ exige a demonstração de prejuízo concreto em razão do alegado vício, o que não restou evidenciado no presente caso.

Por tais motivos, rejeito o argumento.

⁵ CPC. Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

[...]

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

⁶ CE. Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

[V] Nulidade do processo em decorrência do indeferimento do pedido de degravação da prova testemunhal

Ao apreciar essa matéria, o Regional assentou a inexistência de motivo concreto apto a justificar a degravação e afastou a alegação de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, realçando que (fls. 1.422):

[...] A oitiva de testemunhas arroladas pelo MPE findou em 21.05.2015, há quase 120 dias (cento e vinte) dias. Já as de defesa tiveram seu término em 16.06.2015, há quase 90 (noventa) dias. Por sua vez, encerrou-se a oitiva das testemunhas referidas em 09.07.2015, ou seja, há mais de 60 (sessenta) dias. A derradeira oitiva (dentro do que se pode considerar genuinamente como oitiva) de testemunha/informante ocorreu em 20.07.2015, há pouco menos de dois meses, portanto.

Cumpra notar que em todas as audiências, aqueles que manifestaram interesse obtiveram permissão para imediata cópia dos registros audiovisuais, os quais de pronto foram seguidamente gravados em mídia e anexados aos autos.

Fosse pouco, em cada uma das etapas em que a instrução fora segmentada (a – audiências para oitiva das testemunhas de acusação; b – audiências para oitivas das testemunhas de defesa; c – testemunhas referidas, reinquiridas, informantes e acréscimo de prova documental) foi conferido generoso e específico prazo, muito superior ao previsto em lei, para que os interessados pudessem requerer diligências referentes à cada etapa concluída.

Nas suas razões recursais, o recorrente insiste na alegação de nulidade, aduzindo que “foram colhidos durante a fase de oitiva das testemunhas, inclusive aquelas referidas e a reinquirição de outras que se fizeram necessárias, 146 (cento e quarenta e seis) depoimentos”, sendo a degravação “medida necessária para a exposição dos seus atos no processo” (fls. 1.721).

O argumento trazido pelo recorrente quanto ao expressivo número de testemunhas, por si só, não desconstitui o fato, devidamente constatado pelo acórdão Regional, de que as mídias estiveram à disposição da defesa por período considerável de tempo e que nada fora requerido no sentido de acessá-las.

Nesse caso, longe de constituir qualquer ofensa à ampla defesa e ao contraditório, o procedimento revela que a instrução processual realizada

nos presentes autos busca adequar-se aos novos tempos e às novas tecnologias, de modo a conferir maior fidelidade e segurança ao ato processual e maior respeito à garantia da duração razoável do processo (art. 97-A, *caput*, da Lei das Eleições).

Por oportuno, ressalto que a jurisprudência pátria já se sedimentou no sentido da prescindibilidade da *transcrição dos depoimentos* colhidos sob o crivo do contraditório e com respeito à ampla defesa, como se depreende do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO SIMPLES. PROCESSO PENAL. 1. DEGRAVAÇÃO DA PROVA ORAL COLHIDA POR MEIO DE ARQUIVO AUDIOVISUAL. INDEFERIMENTO. OFENSA AO ART. 5º, LXXVIII, DA CF/1988 E ART. 405, § 2º, DO CPP. INEXISTÊNCIA. 2. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em consonância com o princípio da celeridade processual, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, foi editada a Lei n. 11.719, de 20/6/2008, que inseriu os §§ 1º e 2º e deu nova redação ao art. 405 do Código de Processo Penal, permitindo, na audiência, o uso de recursos de *gravação* magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, não havendo necessidade de *transcrição dos depoimentos*.

2. O referido artigo assegura o acesso à prova na forma original como foi produzida, proporcionando maior segurança às partes no processo, com o nítido propósito de racionalizar o tempo de produção do ato, na medida em que não é mais obrigatória a redução a termo dos *depoimentos* do acusado, vítima e testemunhas, além de permitir registro integral dos procedimentos realizados.

3. Assim, as *transcrições* somente se justificam em casos excepcionais, devendo o requerente apontar argumentos plausíveis que demonstrem a necessidade da medida, sob pena de comprometer a garantia constitucional da duração razoável do processo. Precedentes.

4. No caso, a decisão da Corte estadual que indeferiu o pedido de degravação da prova oral está em harmonia com o espírito da norma, qual seja, que a prova produzida assegure maior fidedignidade com o fato ocorrido, além de garantir a duração razoável do processo.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (RHC nº 40875/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 2.5.2014, grifos nossos.)

Desse modo, por não vislumbrar qualquer prejuízo à defesa no trâmite processual, rejeito a alegação.

[VI] Nulidade do processo em virtude de extrapolação do número de testemunhas

No ponto, o recorrente alega que não fora cumprida a ordem judicial proferida no âmbito do MS nº 35.142, no qual se determinou a tramitação individual das ações tão logo ultimada a fase de produção de provas, com a indicação das que deveriam ser trasladadas para cada um dos processos, pois o *Parquet* teria deixado de indicar quais os 6 (seis) depoimentos testemunhais que deveriam compor o acervo probatório desta ação, limitando-se “a juntar aos autos CD com a oitiva de 146 pessoas” (fls. 1.725).

Essa alegação, contudo, não encontra respaldo na realidade processual extraída dos autos.

Com efeito, a fls. 1.350-1.353 consta petição do Ministério Público informando nominalmente os depoimentos mais relevantes ao deslinde deste feito e indicando os elementos integrantes do conjunto probatório a serem considerados no julgamento, a saber: imagens de câmera de segurança de agências bancárias, material colhido nas medidas cautelares preparatórias e incidentais dependentes ao feito, destacando-se os dados bancários (extratos, cheques, fitas de caixa, relatórios do sistema Simba, comprovantes de saque, etc.).

Justamente por constar dos autos tal individualização, o Regional sergipano entendeu, ao apreciar a questão em sede de preliminar, que foram obedecidas as balizas do devido processo legal. Por oportuno, transcrevo trechos elucidativos do voto do relator sobre a matéria (fls. 1.425-1.430, grifei):

Primeiro plano, partindo-se da delimitação apresentada pelo *Parquet* entre 26 e 27 de outubro de 2015, tem-se o seguinte quadro de testemunhas a serem consideradas no presente feito:

1. 03 dentre as arroladas pela defesa
2. 09 dentre as arroladas pela acusação, relacionadas às Associações
3. 02 testemunhas do júízo; e
4. 02 “decorrente da instrução comum”.

Não obstante, ainda que o órgão ministerial superasse a previsão legal de 06 (seis) testemunhas, dita circunstância não pode ser rotulada como abusiva ou desproporcional em face da extensão da matéria fática relevante ao deslinde do litígio.

[...]

Diante disso, a meu ver, soa infrutífero o combate à superação do limite apontado em lei e, em especial, a inclusão das testemunhas “decorrentes da instrução comum”. *Estando indiscutivelmente presentes os requisitos informadores de sua legitimidade, porquanto oportunizada a plena e irrestrita participação de todos os representados em sua produção (cf. certidão referente à intimação das partes) e garantido o acesso ao contraditório efetivo, tais testemunhas/depoentes em última análise seriam e são acolhidas como testemunhas do juízo, ao abordarem em suas oitivas fatos comuns a mais de um representado.*

[...]

No meu sentir, a peça apresentada pelo MPE, em cumprimento ao posto pelo Superior Eleitoral em 23 de outubro, reúne todos os requisitos à exigência de delimitação, pois nomina cada uma das testemunhas e sua origem; esclarece os fatos que com elas pretende comprovar, correlacionando-os com o caso concreto; enumera a prova documental. Delimitação mais restritiva do que essa não teria bases fundantes no que fora expressamente decidido pelo TSE, mas sim em uma pura ilação sobre o que se imagina ser o sentido oculto, implícito ou íntimo daquele decisum.

Ou seja, os autos demonstram, a um só tempo, que houve a especificação dos elementos de prova pelo *Parquet* (testemunhal e documental) e que a eventual extrapolação de testemunhas arroladas pela acusação não ofende o devido processo legal, mormente se considerada a complexidade da matéria fática objeto do processo, a possibilidade de a testemunha ser considerada testemunha do juízo nos moldes do art. 22, VII, da LC nº 64/1990, e a plena observância do contraditório mediante permissão de idêntica providência por parte da defesa, que dela se aproveitou, inclusive, em vários processos instruídos em conexão com o presente feito (por exemplo: Rp nº 1264-62; Rp nº 1272-39; Rp nº 1275-91; Rp nº 1277-61).

Entender em sentido contrário equivaleria a elevar filigranas estéreis a patamar de importância superior ao próprio direito material. Em casos como o presente, apegar-se a um formalismo desmesurado significaria ignorar a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz.

Nas palavras de Dinamarco, a “supervalorização do procedimento, à moda tradicional e sem destaques para a relação jurídica processual e para o contraditório, constitui postura metodológica favorável a essa cegueira ética que não condiz com as fecundas descobertas da ciência processual

nas últimas décadas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 267).

Nesse mesmo norte, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa que o formalismo excessivo faz com que o seu poder organizador, ordenador e disciplinador aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável na solução do litígio. Segundo anota o autor, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas “formas eficaciais” (Wirkform), mas “formas finalísticas” (Zweckform), subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte, mesmo em se tratando de prescrição de natureza cogente, pois, por razões de equidade (justiça do caso concreto, segundo Radbruch), a essência deve sobrepujar a forma (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006).

Esta Corte Superior também já decidiu pelo abrandamento da norma na hipótese de diversidade de fatos suscitados no processo. Confira-se:

Representação. Captação ilícita de sufrágio.

1. *Em virtude da diversidade de fatos suscitados num mesmo processo regido pelo art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, é admitida a extrapolação do número de testemunhas previsto no inciso V do referido dispositivo. Caso contrário, poder-se-ia ensejar que os sujeitos do processo eleitoral ajuizassem demandas distintas, por cada fato, de modo a não sofrer limitação na produção de prova testemunhal, o que compromete a observância do princípio da economia processual.*

2. *É incabível recurso especial com fundamento em violação a dispositivo de regimento interno de tribunal regional eleitoral.*

3. *Ainda que regimento de tribunal regional eleitoral eventualmente disponha sobre quorum qualificado para cassação de diploma ou mandato, é certo que tal disposição não pode se sobrepor à regra do art. 28, caput, do Código Eleitoral, que estabelece apenas ser necessária a presença da maioria dos membros para deliberação pela Corte de origem.*

4. *Com base na análise dos depoimentos do eleitor beneficiário e de mais duas testemunhas, o Tribunal a quo manteve a decisão de primeiro grau e confirmou a condenação em face da prática de captação ilícita de sufrágio, conclusão que, para ser afastada nesta instância especial,*

demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula nº 279 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

5. A despeito de o serviço de abastecimento de água no município depender de viabilidade técnica a ser aferida pela empresa responsável, ficou assentado no acórdão que o ato cometido pelo prefeito em relação ao eleitor, a respeito de pedido dirigido à concessionária, foi motivado por intuito de compra de voto, tornando-se irrelevante a discussão se seria possível ou não a efetivação de tal providência. Agravos regimentais desprovidos.

(REspe nº 36151/MG, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 23.6.2010.)

Afasto, portanto, a aventada nulidade.

[VII] Nulidade do processo pelo alegado conhecimento tardio das provas produzidas em cautelares preparatórias e incidental

O recorrente alega que houve cerceamento de defesa, pois o conhecimento das provas produzidas na cautelar de exibição de documentos e quebra de sigilo bancário, bem como na cautelar incidental, somente ocorreu após a contestação, quando já iniciada a oitiva das testemunhas.

Por tal motivo, sustenta que, “muito embora tenha o Relator franqueado o acesso dos representados, inclusive do Recorrente, ao conteúdo das referidas provas, tem-se que tal acesso ocorreu quando já iniciado o processo de colheita das provas testemunhais, deixando claro que essas provas chegaram ao processo em momento tardio, sendo evidente o prejuízo da defesa, vez que o autor das ações é o Ministério Público” (fls. 1.726).

Em primeiro lugar, observo que o recorrente não aponta qual prejuízo teria sofrido em virtude do procedimento adotado nas ações cautelares, o que impede o reconhecimento de nulidade processual, pois, conforme já assinalado, o princípio do *pas de nullité sans grief* plasmado no art. 219 do Código Eleitoral exige a demonstração de efetivo prejuízo para tal fim.

Além disso, a extensa apreciação da questão pelo Regional aponta para a inexistência de afronta ao contraditório, na medida em que: a) não remanesceu nenhum elemento de prova explorado durante a fase de instrução em juízo quanto à cautelar de exibição de documentos protocolada sob o nº 1173.69.2014.6.25.0000; b) na Cautelar

nº 121.04.2015.6.25.0000, relativa a dados bancários e registros de movimentação financeiros, a liminar foi proferida em 9.6.2015, mas, em virtude dos mecanismos inerentes ao seu cumprimento, o processo permaneceu na Secretaria do Tribunal até que, em 28.7.2015, houve o atendimento parcial da ordem, após o que se concedeu o prazo de 15 (quinze) dias para que as partes tomassem conhecimento de seu teor, e mais 48 (quarenta e oito) horas após a juntada de documentos residuais acrescentados posteriormente em menor dimensão, decorrendo mais de 60 (sessenta) dias entre a intimação de juntada dos documentos e o termo final para apresentação de memoriais; quanto ao Processo nº 1180.61.2014.6.25.0000, distribuído em 5.11.2014, com pedido de quebra de sigilo bancário de 45 (quarenta e cinco) associações agraciadas com verbas de subvenção, inobstante as pendências de cumprimento da liminar pelo Banco do Brasil, todos os representados foram intimados, em 28.4.2015, para que dele tomassem conhecimento no prazo de 30 (trinta) dias, sendo certo que, de ordinário, os documentos obtidos na cautelar instruíram as iniciais das representações e as perguntas a partir deles formuladas, sobretudo na primeira semana de audiências, iniciada em 7.4.2015, normalmente tiveram por base cheques, sempre exibidos em mesa.

Por oportuno, transcrevo os seguintes trechos do acórdão recorrido que analisaram a matéria (fls. 1.433-1.436):

O exame do empeco recomenda, como providência primeira, uma desmistificação do panorama retratado quanto aos procedimentos auxiliares de colheita de prova, que adotaram o rito cautelar.

Aquele protocolado em 22.10.2014, e distribuído sob o número 1173-69.2014.6.25.0000, teve por objeto impor à Assembleia Legislativa de Sergipe a *exibição de documentos* que esclarecessem entidades e valores recebidos a título de subvenção, além dos deputados responsáveis pelas respectivas indicações. Como não houve cumprimento voluntário da ordem, chegou-se ao ponto de se expedir mandado de busca e apreensão.

Pois bem. O procedimento é anterior à propositura das representações. Com o cumprimento da busca e apreensão, o MPE extraiu cópia para instruí-las (as próprias representações) e solicitou a devolução dos originais ao Legislativo, o que foi atendido.

Nos autos do mencionado procedimento não remanesceu nenhum elemento de prova explorado durante a fase de instrução em Juízo, porque tudo aquilo que a parte autora entendeu pertinente já acompanhou cada uma das peças iniciais das próprias representações.

Já com a notificação para responder à representação, portanto, a parte demandada encontrou, nos autos, os documentos decorrentes do feito nº 1173-69.2014.6.25.0000.

[...] *Além disso, após o ajuizamento das representações, a Polícia Federal havia finalizado laudo pericial juntado aos autos em 25.02.2015), a atestar que mais de 3.000 (três mil arquivos) relacionados às subvenções haviam sido apagados dos computadores da ALESE e tal achado pericial, ainda não confrontado pelas partes, poderia influenciar, no futuro, o esclarecimento de determinados pontos de fato.*

Ou seja: nada continha o feito nº. 1173-69.2014.6.25.0000 que, “ocultado” da parte representada, possa ter sido utilizado na instrução judicial em detrimento do seu sagrado direito de defesa, aqui tantas vezes não só resguardado, como ampliado.

No tocante ao procedimento tombado sob o número 121.04.2015.6.25.0000 a parte representada, lamentavelmente, comete um rosário de inverdades, avizinhandose da litigância de má-fé. Almejou-se com o feito em epígrafe a obtenção de *dados bancários e registros de movimentação financeira* referentes às verbas de subvenção, com o desiderato de se elucidar quem teria sido o destinatário final dos recursos.

O afastamento do sigilo dos dados pretendidos e a ordem para que fossem disponibilizados a esta Corte foram proferidos liminarmente, tal qual autoriza a lei, em 09 de junho de 2015. Por força dos mecanismos inerentes ao cumprimento de medidas de semelhante natureza, durante todo o período compreendido entre a edição do *decisum* e a integral chegada dos respectivos documentos, ultimada em meados de agosto, os autos permaneceram na Secretaria deste TRE e não houve qualquer intimação em favor do MPE no sentido de antecipar ou privilegiar seu acesso, no todo ou em parte, ao resultado das diligências. *Em 28 de julho, com o atendimento de praticamente toda a diligência, concedi às partes representadas o prazo de 15 (quinze) dias para que tomassem conhecimento de seu teor e obtivessem as cópias que entendessem pertinentes.* Naquele mesmo momento, ao MPF concedi 48 horas para a indicação dos documentos que teria a intenção de aproveitar nas representações, uma vez que tal trabalho seria facilitado por dispor o *Parquet*, nos termos da lei, de acesso ao sistema SIMBA. *Posteriormente, foram acrescentados documentos residuais, em dimensão muito mais modesta, Em razão disso – e apenas aqui – foi aberto prazo idêntico de 48 horas em favor de ambas.*

[...]

O material auferido com o Processo nº 121.04.2015.5.25.0000 jamais poderia ter sido utilizado durante a fase de oitiva de testemunhas

porque, fora outros motivos, a diligência só foi finalizada e seu conteúdo tornado acessível às partes muito tempo depois de encerrado aquele estágio (a última oitiva de testemunha ocorreu em 20.07.2015). Assim, o prazo igualmente concedido às partes, de 48 horas (que na prática equivale ao prazo legal para manifestação derradeira previsto pela LC nº 64/1990), claramente não foi posto para circunscrever temporalmente a oportunidade de análise dos documentos. Seu propósito foi o de possibilitar acesso aos mesmos, obtenção de cópias em havendo interesse, para que as partes pudessem explorá-los plenamente por ocasião dos memoriais (sintomaticamente, foi apenas nos memoriais que o MPE mencionou e explorou os dados em tela).

Considerando-se a data de intimação dos documentos no procedimento ora destacado e o termo final para apresentação de memoriais na representação em julgamento verifica-se decurso de mais de 60 (sessenta) dias, mais do que suficiente à sua total análise.

Passo, finalmente, ao *Processo nº 1180.61.2014.6.25.0000. Distribuído em 05.11.2014, ambicionou a quebra de sigilo bancário de 45 (quarenta e cinco) associações agraciadas com verbas de subvenção naquele ano.*

A medida fora liminarmente deferida no dia seguinte ao do ajuizamento, Quando recebi os autos por redistribuição, verifiquei em 05.02.2015 o parcial cumprimento da ordem, existindo pendências relacionadas ao Banco do Brasil (fl. 530), do procedimento). Em 28 de abril do corrente ano (fl. 534), determinei a intimação de todos os representados para que tomassem conhecimento integral do procedimento, estipulando prazo de 30 (trinta) dias.

De ordinário, os documentos obtidos por força do procedimento em realce instruíram as iniciais das representações. As perguntas a partir deles formuladas, sobretudo na primeira semana de audiências iniciada em 07.04.2015, normalmente tiveram por base cheques, sempre exibidos em mesa.

Nem todas as testemunhas foram indagadas sobre cheques. As perguntas, quer do MPE, quer da defesa, não se resumiram a cheques ou seus desdobramentos. E o mais importante: nos episódios em que foram formuladas perguntas sobre cheques, em nenhum momento foi dirigida a este Relator objeção lançada pela defesa com objetivo de se indeferir o questionamento. [...]

Afora a inescapável necessidade de impugnação na própria audiência, caso fosse realmente interesse superar algum prejuízo supostamente provocado pela apresentação de documento em mesa quando das referidas audiências, teve a parte representada em seu favor largo prazo para requerer diligências especificamente relacionadas à fase de oitiva de testemunhas de acusação (8 dias, despacho datado de 21.05.2015, em audiência). E tal oportunidade voltou a ser concedida

quando do encerramento das testemunhas de defesa. Por tudo isso, parece-me que a real finalidade da preliminar continua sendo apenas a de tentar protelar o julgamento do mérito.

Cuida-se de típica hipótese de “nulidade de algibeira”, expediente que sabiamente os Tribunais Superiores estão repelindo”.

Inexistindo a apontada violação ao contraditório e à ampla defesa, rejeito a alegação de nulidade.

Mérito

No mérito, a controvérsia travada nos autos gira em torno de saber se a destinação de recursos públicos a entidades privadas, realizada pelo então Deputado Estadual Zeca Ramos da Silva através de emenda parlamentar, configura a conduta vedada prevista no art. 73, § 10, da Lei das Eleições, *in verbis*⁷.

Antes, porém, e na esteira de minhas manifestações nesta Egrégia Corte Superior, convém estabelecer premissas teóricas que reputo indispensáveis ao deslinde do feito. É o que passo a fazer.

[I] Premissa teórica: a potencial ofensa à igualdade de oportunidades entre os candidatos como conditio sine qua non à configuração das condutas vedadas

Enquanto modalidades de ilícitos eleitorais, as condutas vedadas revelam a preocupação do legislador ordinário em interditar práticas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades (ou de chances) entre os candidatos, assim preservando um adequado nível de competitividade entre os atores, em homenagem à axiologia própria à disciplina eleitoral, que supõe que a disputa pelo poder ocorra em condições equilibradas.

Com efeito, o arranjo em questão encontra amparo na premissa de que a busca pela igualdade deve inspirar todos os planos do espectro normativo, afetando sobremaneira o cenário eleitoral, tendo em vista que os preceitos que justificam a existência do Estado e inspiram a

⁷ Art. 73. [...] § 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

organização comunitária devem também incidir sobre a técnica de legitimação da governança popular. Nesse guiar, advirto que o princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*), postulado de origem alemã, é um mandamento nuclear na seara eleitoral. Em substância, o princípio em tela “reclama uma postura de neutralidade do Estado em face dos players da competição eleitoral (i.e., partidos, candidatos e coligações), de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de outros” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119).

Como se percebe, a igualdade de condições entre os postulantes habita o substrato ético das competições eleitorais, havendo de ser estritamente observado em todos os processos de renovação política, sob pena de uma flagrante e inescapável deslegitimação. Afinal, assim como ensina o professor argentino Gonçalves Figueiredo:

A igualdade é um caráter universal do sufrágio e, ainda que geralmente seja invocada com referência exclusiva ao direito de votar – sob a fórmula “um homem, um voto” – também atine ao direito de ser votado, como parte do sufrágio em sua dimensão passiva. De maneira que, em um processo [realmente] democrático, os contendentes devem ter um grau razoável de igualdade de oportunidades para que se estabeleça uma competição livre e equilibrada, para que possam participar na formação da vontade política do eleitorado.

Por isso, diz-se que um dos aspectos fundamentais para a celebração de eleições “livres e democráticas” é que sejam observadas uma série de práticas que permitam assegurar a igualdade de oportunidades e a equidade eleitoral (GONÇALVES FIGUEIREDO, Hernán. *Manual de Derecho Electoral. Principios y Reglas*. Buenos Aires: Di Lalla, 2013, p. 226 – tradução livre).

A igualdade de oportunidades entre os competidores eleitorais integra a ordem constitucional brasileira não apenas porque “o postulado de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar ou restringir a sua aplicação a determinadas situações ou atividades”, mas ainda porque “a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático” (MENDES, in Mendes; Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 797-799).

Ademais, o preceito em tela adentra o cabedal legislativo interno pela via do direito internacional (art. 5º, § 2º, Constituição Federal), uma vez que a prerrogativa consta do art. 23, 1, c, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim como do art. 25, c, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸, dos quais o Brasil figura como Estado-parte. Pelas regras assinaladas, Altas Partes signatárias ficam obrigadas à configuração de eleições competitivas, devendo afastar arranjos normativos ou eliminar situações fáticas que facilitem ou dificultem as chances de êxito de alguns contendores, atuando ainda para promover, no exercício da atividade legiferante, o máximo nivelamento possível no que tange às condições em que se desenrolam os prélios.

Isso posto, como bem adverte José Jairo Gomes, “haveria desigualdade se a Administração estatal fosse desviada da realização de seus misteres para auxiliar a campanha de um dos concorrentes, em odiosa afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017 p. 765. No mesmo sentido, CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 765).

Ademais, as condutas vedadas, *ex vi* dos arts. 73 ao 78, consubstanciam hipóteses de concretização, no plano infraconstitucional, dos princípios fundamentais encartados no art. 37, *caput*, da Lei Fundamental de 1988 (entre os quais sobressaem legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência), o que reverbera *a fortiori* na interpretação dessas cláusulas proibitivas.

Nesse contexto, a *mens legis* do art. 73, § 10, da Lei das Eleições é impedir que o aparelho estatal seja utilizado para corromper parcela do eleitorado em situação de vulnerabilidade social mediante a distribuição de bens, valores ou benefícios. Coíbe-se, pois, uma espécie particular de desvio de finalidade: a projeção de uma atuação regular da administração pública como artifício para mascarar políticas clientelistas de ocasião,

⁸ Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Art. 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: [...] 3. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Art. 25. Todos os cidadãos gozarão, sem qualquer das distinções mencionadas no artigo 2º, e sem restrições indevidas, dos seguintes direitos e oportunidades: [...] c) ter acesso, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país.

calculadamente engendradas para a apuração de benefício eleitoreiro próprio ou de terceiro. Em termos concisos, o que a norma busca impedir é que a assistência social dos vários níveis de governo seja utilizada como fator de propulsão para determinadas candidaturas.

Fixadas essas premissas, passo a examinar se a conduta do então Deputado Estadual Zeca Ramos da Silva consubstancia conduta vedada, *ex vi* do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

[III] O caso sub examine

Segundo se extrai dos autos, as chamadas “subvenções” patrocinadas pela Assembleia Legislativa de Sergipe (Alese) datam de muito tempo, constando do acórdão regional a estimativa de 4 (quatro) décadas de existência.

A partir de 2003, os repasses passaram a ser regulamentados pela Lei estadual nº 5.210/2003.

In casu, cinge-se a controvérsia em identificar se a destinação de recursos públicos a entidades privadas, realizada pelo então Deputado Estadual Zeca Ramos da Silva, configura a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei das Eleições. Eis o preceito supostamente transgredido:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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

Para qualificar juridicamente como conduta vedada o comportamento imputado ao recorrente (e sua comprovação *in concreto*) e, de consequência, impor a respectiva sanção, é preciso, a meu sentir, enfrentar *três pontos fundamentais*: (i) identificar se a distribuição de recursos públicos se justifica por se tratar de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Tal aspecto

assume relevo, uma vez que, positiva a resposta, poder-se-ia cogitar de uma excludente de ilicitude eleitoral, *ex vi* da exceção no tipo do art. 73, § 10, da Lei das Eleições; (ii) saber se ao parlamentar pode ser imputada qualquer *responsabilização* pela distribuição dos valores repassados a título de “subvenções sociais”; e, por fim, (iii) apurar a *gravidade* da conduta vedada atribuída ao recorrente. Examinaremos, na sequência, cada um desses aspectos.

No que respeita ao *primeiro* ponto, rechaço a tese de que a excludente constante do art. 73, § 10, da Lei das Eleições aplica-se, automaticamente, a toda e qualquer espécie de programa social. Pelo contrário, consigno que o reconhecimento da causa supressora de ilicitude demanda a realização de uma análise bidimensional, a envolver um viés formal e outro substantivo (ou material). Seria um reducionismo, para fins de aplicação da exceção inserta no art. 73, § 10, da Lei das Eleições, consignar que a mera previsão normativa de metas e de objetivos no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, com vistas à satisfação de direitos prestacionais, bastaria para evidenciar a presença de um programa social capaz de manter a indigitada política pública no campo da legalidade eleitoral.

É preciso, para além disso, que se proceda a um exame que transcenda o aspecto estritamente jurídico-formal, de sorte a considerar, igualmente, se houve (ou não) a observância, no plano fático, das invocadas finalidades a que os programas se destinam. Noutros termos, o que se afirma é que nem toda política pública com a roupagem de programa social atrai, somente por isso, a exceção prevista no § 10 do art. 73 da Lei das Eleições, de modo a afastar a configuração do ilícito de conduta vedada.

Na verdade, é necessário que o magistrado considere a presença de um elemento *substantivo*. Em termos diretos, é evidente que o programa social deve ser estipulado e executado com finalidades legítimas e idôneas e em estrita consonância com o quadro legal de regência. Ausentes esses apanágios, descabe cogitar da existência de um programa social efetivamente apto a figurar como excludente de ilicitude, para fins de afastamento das penas afetas à transgressão constante do art. 73, § 10, da Lei das Eleições.

Essa linha de raciocínio interdita, ilustrativamente, que programas criados supostamente para a consecução de fins sociais atuem como excludentes de ilicitude eleitoral, quando, a rigor, sua implementação albergue finalidades espúrias, tendentes a vilipendiar a igualdade de chances entre os *players*.

Não se trata, em absoluto, de questionar a elaboração de políticas públicas direcionadas aos desfavorecidos, mas, sim, de evitar desvios de finalidade identificados em projetos cuja função precípua seja a captação de voto, em troca do oferecimento de bens, valores ou serviços públicos.

Eis, portanto, a conclusão inescapável: se a roupagem de programas sociais visa apenas a conferir um verniz de legitimidade a certa política pública, é possível reconhecer a existência dessa forma particular de abuso de poder, ainda que estejam devidamente autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. É exatamente essa a hipótese dos autos.

Sob o viés formal, revela-se absolutamente necessário o estabelecimento de *metas* no plano plurianual que irão mensurar os desideratos intentados pelos poderes públicos. E a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Sergipe, Lei Estadual nº 7.670/2013⁹, para o exercício de 2014, define “programa” como o “instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos *objetivos pretendidos*, sendo mensurado por *metas* estabelecidas no plano plurianual”.

A despeito disso, sob o ângulo substantivo, o acervo fático-probatório dos autos denota que o repasse de recursos, sob o rótulo de *subvenções sociais*, distanciou-se dos fins previstos pela legislação, federal e estadual. Consoante se demonstrará, a subvenção social instituída pela Lei estadual nº 5.210/2003, a ser destinada a custear despesas correntes de entidades privadas prestadoras de serviços no âmbito social (*i.e.*, programas sociais), consubstanciou instrumento de alocação de recursos com o intuito eleitoral. Convém desenvolver o argumento com mais vagar.

Não obstante seu *nomen iuris*, as subvenções sociais se afiguram como transferências correntes, uma vez que seu objetivo precípua reside em custear gastos operacionais das entidades privadas beneficiadas, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320/1964¹⁰, que veicula as normas gerais

⁹ Art. 4º, VI, da Lei Estadual nº 7.670/2013.

¹⁰ Art. 12. [...].

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; [...].

de direito financeiro. Aliás, na mesma toada, os arts. 16 e 17 do indigitado diploma legal preconizam que “a concessão de subvenções sociais [nos limites da disponibilidade financeira] visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica”, bem como que “somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções”.

Em sede doutrinária, Heraldo da Costa Reis e J. Teixeira Machado Júnior perfilham similar entendimento, ao afirmar que “as subvenções são sempre *transferências correntes* e destinam-se a cobrir *despesas operacionais* das entidades para as quais foram feitas as transferências. Veja-se bem, embora com o nome de subvenções sociais e econômicas, são elas transferências correntes, porque têm por objetivo atender a despesas de operações das beneficiadas”. (MACHADO JUNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada*. 31. ed. Rio de Janeiro: Ibam, 2003. p. 50 – grifei).

No entanto, o regime jurídico das subvenções sociais não se esgota nas disposições da Lei nº 4.320/1964. De fato, o art. 4º, I, f, da Lei Complementar nº 101/2000, cognominada Lei de Responsabilidade Fiscal, preconiza que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve dispor sobre as “demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas”. De igual modo, o art. 26 da LRF estabelece que a destinação de recursos para cobrir, direta ou indiretamente, necessidades de pessoas físicas ou *deficits* de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, de sorte a atender as condições estabelecidas na LDO e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

As subvenções se afiguram, a partir desse plexo normativo, como instrumentos jurídicos da *atividade de fomento*, ao lado dos auxílios, convênios, contribuições, contratos de gestão e termos de parceria. Trata-se de mecanismos de financiamento público, voluntários e discricionários, das atividades desenvolvidas por organizações do terceiro setor, sempre no afã de que estas entidades privadas desempenhem serviços de interesse público. Não por outra razão, a professora das Arcadas Maria Sylvia Zanella Di Pietro preleciona que as subvenções são instrumentos

de “fomento” de certas iniciativas ou programas, em que o “Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade”¹¹, de modo que referida transferência não enseja qualquer contrapartida, econômica ou patrimonial, para o Estado.

Justamente por isso, é proscrito qualquer tipo de ajuste que implique contraprestações entre o ente federativo e as entidades receptoras das subvenções. Os recursos repassados devem ser destinados ao custeio da entidade, facultando-se ao poder público, inclusive, determinar medidas para assegurar que serão efetivamente utilizados nesse custeio.

No plano estadual, a legislação de regência corrobora a *ratio essendi* subjacente ao regime das subvenções sociais.

Com efeito, a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Sergipe para o exercício de 2014, Lei nº 7.670, condiciona aludidas transferências apenas e tão só às instituições privadas sem fins lucrativos, prestadoras de serviços de assistência social, médica, educacional e cultural, de natureza continuada, regidas pelo que estabelecem os arts. 16 e 17 da Lei federal nº 4.320 (art. 41, I)¹². Previu, ainda, e em termos categóricos, as condições para o repasse desses recursos. Transcrevo o art. 39, § 1º:

Art. 39. As transferências de recursos orçamentários a instituições privadas sem fins lucrativos, não pertencentes ou não vinculadas ao Governo do Estado, devem obedecer às disposições pertinentes contidas no art. 26 da Lei Complementar (Federal) nº 101, de 04 de maio de 2000, sendo:

[...]

§ 1º A destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá de:

I - publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão de subvenções sociais, contribuições e auxílios publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão de

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 232.

¹² Art. 41. As transferências de recursos orçamentários a instituições privadas sem fins lucrativos, não pertencentes ou não vinculadas ao Governo do Estado, devem obedecer às disposições pertinentes contidas no art. 26 da Lei Complementar (Federal) nº 101, de 04 de maio de 2000, sendo: I - Subvenções Sociais – as destinadas a despesas correntes de instituições privadas sem fins lucrativos, prestadoras de serviços de assistência social, médica, educacional e cultural, de natureza continuada, regidas pelo que estabelecem os arts. 16 e 17, da Lei (Federal) nº 4.320, de 17 de março de 1964; [...].

subvenções sociais, contribuições e auxílios que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade;

II - aplicação de recursos de capital, em se tratando de auxílios, exclusivamente para:

a) aquisição e instalação de equipamentos, bem como obras de adequação física necessárias à instalação dos referidos equipamentos;

b) aquisição de material permanente; ou,

c) obra em andamento, cujo início tenha ocorrido com recursos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, vedada a destinação de recursos para ampliação do projeto original.

III - identificação do beneficiário e do valor transferido no respectivo convênio ou instrumento congêneres;

IV - declaração de funcionamento regular, inclusive com inscrição no CNPJ, da entidade beneficiária nos últimos 03 (três) anos, emitida no exercício de 2012 por 03 (três) autoridades locais, e comprovantes de regularidade do mandato de sua diretoria;

V - execução na modalidade de aplicação 50 – Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos.

Percebe-se, assim, com clareza meridiana que a destinação de recursos depende da edição de diretivas normativas, com vistas à concessão das subvenções, mediante a veiculação de critérios estritamente *objetivos* de habilitação e de seleção das entidades beneficiárias, de alocação de recursos e de prazo do benefício. E, em havendo desvio de finalidade, impõe ainda a inclusão de cláusula de reversão dos valores transferidos.

Para além dessas condições, o § 3º do indigitado art. 39 assevera ser “vedada a destinação de recursos a entidades privadas em que membros dos Poderes, ou *respectivos cônjuges ou companheiros sejam proprietários, controladores ou diretores*” (grifei).

In casu, todavia, ao editar a Lei nº 5.210/2003, o legislador sergipano distanciou-se dos balizamentos normativos que disciplinam a concessão de subvenções sociais. Eis o teor da legislação:

Lei estadual nº 5.210, de 12/12/2003:

Art. 1º. As subvenções, aprovadas pela Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe em Lei Orçamentária e destinadas a instituições de caráter assistencial obedecerão, na sua distribuição, aos critérios estabelecidos nesta Lei, *uma vez atendidas as disposições contidas na Lei Estadual nº 2.775, de 22 de dezembro de 1989 e suas alterações.*

Art. 2º. A assistência social, objeto das subvenções, oriundas de emenda parlamentar, à Lei de Orçamento do Estado, tem, preferencialmente, e respeitados os estatutos de suas respectivas entidades, por objetivos:

I - assistência à saúde;

II - assistência à educação, cultura, esporte e lazer;

III - amparo aos carentes, deficientes ou não de qualquer idade;

IV - promoção da integração ao mercado de trabalho;

V - proteção à família, à maternidade, à infância e à velhice.

Art. 3º. Somente poderão ser destinatárias de subvenção parlamentar as Prefeituras Municipais ou as Instituições reconhecidas de Utilidade Pública e que estejam registradas no Conselho Estadual ou Municipal de Assistência Social, ou *mediante atestado firmado pelo Juiz, Promotor ou Prefeito Municipal onde a Instituição estiver sediada.*

Parágrafo único. Somente serão inscritas na Lei Orçamentária, para receber verbas de subvenções, a partir de janeiro de 2004, as entidades que atenderem os requisitos constantes no caput deste artigo.

Art. 4º. As Prefeituras Municipais e as Entidades Assistenciais contempladas com a concessão de subvenções, deverão apresentar a Assembleia Legislativa, *requerimento e plano de aplicação dos recursos* que lhes forem destinados, sob pena de não receberem os mesmos.

Parágrafo único. Os valores que forem objeto de emenda a Lei Orçamentária, cujos planos de aplicação e requerimento não forem apresentados até 30 de novembro do ano a que se refere o orçamento, não ficarão gravados em Restos a Pagar nos Exercícios Futuros.

Art. 5º. A Prefeitura Municipal ou a Instituição que receber subvenção parlamentar prestará obrigatória e anualmente à Assembleia Legislativa, conta das aplicações objeto das subvenções, prestação esta que será remetida ao Tribunal de Contas do Estado para a devida análise.

Parágrafo único. Na ocorrência de irregularidades de ordem insanável, deverá o Tribunal de Contas apresentar relatório sugerindo ou não que esta Instituição deixe de receber recursos de subvenção no exercício financeiro imediatamente seguinte ao que está sendo apurado, além das medidas cabíveis de ordem legal.

Art. 6º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º. Revogam-se as disposições em contrário.

O parágrafo único do art. 3º evidencia absoluto descompasso com as diretrizes legais ínsitas às subvenções sociais. O preceito autoriza o repasse de transferências correntes a quaisquer entidades que satisfaçam os requisitos do *caput* (i.e., instituições reconhecidas de utilidade pública e que estejam registradas no Conselho Estadual ou Municipal de Assistência

Social, ou mediante atestado firmado pelo juiz, promotor ou prefeito municipal onde a Instituição estiver sediada), em franca inobservância à Lei de Diretrizes Orçamentárias sergipana, a qual, repisa-se, prevê requisitos *objetivos* para a concessão dos recursos. A Lei estadual nº 5.210/2003, ao revés, apresenta critérios dotados de elevada vagueza e generalidade, incompatíveis com o regime jurídico subvencional.

Não bastasse, desabona a tese aduzida pelo recorrente o fato de que a Lei estadual nº 5.210/2003 fora declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no bojo da Representação de Inconstitucionalidade nº 201500101799. Eis os fundamentos (fls. 1.457-1.459): (i) “ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, mostrando uma usurpação da função Executiva pelo Poder Legislativo Estadual”; (ii) “a falta de um critério objetivo na escolha dessas entidades viola Princípios da Administração Pública ao promover favoritismos em detrimento de outras entidades”; (iii) “[...] o sistema das subvenções e a forma como é gerido atualmente, mostra-se deficiente, possibilitando irregularidades, podendo atingir fins eleitoreiros, considerando ainda que a fiscalização é realizada pelo próprio órgão que escolhe as instituições. Faltando controle externo quanto a aplicação do numerário; faltando controle externo para estabelecimento de critérios objetivos na escolha e participação das entidades a serem beneficiadas, ferindo, ainda, o Princípio da Isonomia e da Igualdade da Administração Pública”.

O aresto da Corte de Justiça sergipana é irreparável na análise da validade jurídico-constitucional da Lei *sub examine*, na medida em que enfatiza que a prerrogativa para a definição de critérios, consoante afirmado algures, é prerrogativa que recai sobre o Poder Executivo, e não sobre o Legislativo. O diploma legal, ao outorgar tal tarefa à Assembleia Legislativa, subverte a lógica de *checks and counterchecks* inerente a qualquer modelo constitucionalmente adequado de separação e independência entre os poderes.

Com efeito, os riscos de disfuncionalidade de um modelo como esse é evidente. É que, embora a Lei de Diretrizes Orçamentárias disponha caber ao Poder Legislativo fixar critérios para a concessão das subvenções, o rigor constitucional confia tal papel ao Executivo. Por tal razão, inadmite-se que a Assembleia Legislativa possa destinar recursos a entidades por ela

definidas como beneficiárias, por meio de emendas parlamentares ao orçamento, com amplo espectro de discricionariedade e, o mais gravoso, em franca inobservância ao regime jurídico das subvenções.

Em um modelo como esse, existe a vulneração de todo e qualquer mecanismo de controle, na medida em que, como hialinamente se constata, um único ente (no caso, o Poder Legislativo) detém a prerrogativa de estabelecer condições, repassar os recursos e fiscalizar a aplicação desses valores. E arranjos como esse não se conformam, em hipótese alguma, com o espírito da Carta Fundamental de 1988, da Constituição do Estado de Sergipe e da legislação infraconstitucional que disciplina o regime das subvenções sociais, as quais propugnam por ampla transparência nos atos governamentais e por um efetivo dever de os agentes públicos prestarem contas à sociedade. É preciso, pois, ter em conta que:

[...] Os princípios básicos da gestão fiscal, que consubstanciam a responsabilidade das finanças públicas, configuram instrumentos essenciais à administração racional dos recursos financeiros postos à disposição do Poder Público. Permeando o atuar da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, aos quais se vinculam na formação do sistema de responsabilidade fiscal [...], tais princípios buscam embasar a atividade financeira estatal, imprimindo-lhe eficiência e operatividade (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *In*: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do (orgs.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.)

Na senda jurídica, entre os princípios fundamentais da gestão fiscal, encontra o princípio da transparência, extraído a partir de inúmeros dispositivos constitucionais, e cuja incidência, no campo específico do trato orçamentário, resulta na ideia de que:

Não basta apenas ao administrador pautar sua atividade dentro do estrito campo da legalidade, embora seja um dos pontos a orientar sua conduta; exige-se ainda um comportamento ético-moral na condução da coisa pública. Nesse plano, é plausível que o seu agir não deve escapar ao controle social e ao crivo do Poder Judiciário, sede legítima para decidir sobre a sua lisura (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *In*: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do (orgs.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.)

Ademais, é de se destacar que, nesse ramo específico, o princípio da clareza ou da transparência recomenda que o quadro legislativo “organize as entradas e despesas com transparência e fidelidade”. Desta feita, a estrutura principiológica do direito orçamentário, sem sombra de dúvida, “condena classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos e camuflados” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. vol. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 258).

Aliás, trata-se de aplicação, pura e simples, do conteúdo jurídico do postulado jusfundamental republicano, segundo o qual, além de encerrar decisão política fundamental, traduz autêntica norma jurídica, dotada de imperatividade e de força cogente, revelando-se apta, portanto, a produzir efeitos jurídicos, independentemente de *interpositio legislatoris* (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106).

A despeito do conteúdo plurissignificativo e da vagueza semântica, afigura-se possível identificar alguns atributos normativos mínimos no conteúdo jurídico do princípio republicano. Em interessante sistematização, Adriano Pilatti preleciona que o princípio republicano se caracteriza por (i) existência de uma concepção igualitária de bem público, cuja titularidade é atribuída ao povo, (ii) distinção entre patrimônio público e privado dos governantes, (iii) eletividade dos representantes populares, (iv) periodicidade dos mandatos e (v) *dever de prestação de contas, com a consequente possibilidade de responsabilização político-jurídica de todas autoridades estatais* (PILATTI, Adriano. O princípio republicano na Constituição de 1988. In: *Cadernos de Soluções Constitucionais 1*. São Paulo: Malheiros. p. 13-14.)

A declaração de inconstitucionalidade das autorreferidas subvenções sociais produz efeitos outros na esfera do recorrente. É que, com aludido pronunciamento, deve-se rejeitar, peremptoriamente, qualquer ultraje ao princípio da não surpresa ou de segurança jurídica por parte dos deputados estaduais. Isso porque, segundo expressamente consignado no acórdão regional, desde o ano de 2010 a constitucionalidade da Lei estava sendo questionada perante o Judiciário estadual. Mais: a providência inicial do Ministério Público Eleitoral no presente caso

foi a expedição da Recomendação nº 002/2014 à então Presidente da Assembleia Legislativa de Sergipe para que não efetuasse, durante o ano eleitoral de 2014, quaisquer repasses das verbas de subvenção nos moldes previstos na Lei estadual nº 5.210/2003.

Não bastasse, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe sequer procedeu à modulação temporal dos efeitos, circunstância que, segundo noções elementares de jurisdição constitucional, impõe a retroatividade da eficácia do pronunciamento judicial. Tal fato rechaça o argumento de ofensa à segurança jurídica, ainda que a *práxis* date de mais de 40 (quarenta) anos. Afinal, *abusos de poder não se compensam!!!*

No caso *sub examine*, a destinação de subvenções pelo então Deputado Estadual José de Oliveira Guimarães não se amolda, em análise substantiva, à excludente de ilicitude prevista no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997.

A *segunda questão*, agora, é saber se o recorrente pode ser responsabilizado pela distribuição dos valores repassados a título de subvenções. No ponto, alega-se, nas razões recursais, que o recorrente apenas indicou, através de emenda coletiva ao orçamento datada de 23.12.2013, as entidades sociais a serem beneficiadas pelas verbas em 2014, não participando do ato de liberação/pagamento das referidas verbas, já que tal etapa, nos termos do Regimento Interno daquela Casa, era de atribuição exclusiva dos ordenadores de despesa da Alese, quais sejam, o Presidente e o 1º Secretário.

Mais uma vez não assiste razão ao recorrente. Aponto dois argumentos para isso: o primeiro repousa na interpretação literal da fórmula de promulgação da emenda parlamentar apresentada pelo Deputado José de Oliveira Guimarães; o segundo ampara-se na análise da prova oral constante dos autos, que comprovam que o Presidente e o 1º Secretário da Alese não detinham o domínio final da ação.

Por oportuno, colaciono o teor da referida emenda parlamentar, juntada aos autos por força de cautelar de busca e apreensão – Processo nº 1173-69.2014.6.25.0000 – ante a negativa da Alese de fornecer tais documentos:



DEPUTADO: Zeca da Silva

Emenda - ADITIVA N.º _____, ao Projeto de Lei nº 218/2013, que dispõe sobre o Orçamento do Estado de Sergipe para o Exercício de 2014, estimando a Receita e fixando a Despesa, e dá providências correlatas.

No PROGRAMA (G): 0026 - GESTÃO E MANUTENÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, Atividade 01.031.0026.0479 - Subvenções Sociais, do Órgão 01000 - ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE, 01101 - Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, do QUADRO DE DOTAÇÕES POR ÓRGÃO DE GOVERNO, da Proposta Orçamentária do Estado de Sergipe para o Exercício de 2014, que trata o Projeto de Lei nº. 218/2013, distribui-se a dotação prevista, correspondente ao projeto que assina esta Emenda, da seguinte forma:

Item	CNPJ (MF)	Entidade Beneficiada	Cidade	Valor
1	04.105.168/0001-12	AÇÃO SOCIAL BENEFICENTE DO POVOADO SOBRADO E ADIACÊNCIAS	Agostinho	7.000,00
2	03.095.561/0001-00	AÇÃO SOCIAL VEREADOR OTÁVIO SILVEIRA SOBRAL	Itaporanga D'Água	100.000,00
3	01.902.214/0001-16	POV. JACQUELINE	Macacineira	15.000,00
4	04.310.328/0001-93	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DO SÍTIO CRUZ - ASCOMCRUZ	Matão do Dias	10.000,00
5	03.785.624/0001-50	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA E BENEFICENTE DONA CADELA	Matão do Dias	350.000,00
6	00.999.994/0001-09	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA E CULTURAL ELZA OLIVEIRA - ACCO	Santo Amaro das Brotas	15.000,00
7	13.911.690/0001-49	ASSOCIAÇÃO DE CARIÓTIPO DE CAPELA	Capela	70.000,00
8	01.991.688/0001-81	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO ANCHIETAO - AMA	Aracaju	14.000,00
9	13.924.485/0001-51	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E AMIGOS DO BAIRRO NOVA VENEZA	Aracaju	10.000,00
10	10.277.991/0001-08	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES PRO-NELHORIA DO CONJUNTO BUGIO	Aracaju	4.000,00
11	32.825.653/0001-31	ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS DEFIC. AUDITIVOS DE SERGIPE - APADA	Aracaju	2.000,00
12	07.757.315/0001-27	ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA/CULTURAL E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO DE SANTA ROSA DE LIMA/SE	Santa Rosa de Lima	10.000,00
13	05.849.399/0001-77	ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE RACHOELÓSE	Rachãoelôse	25.000,00
14	13.040.936/0001-98	ASSOCIAÇÃO SERGINANA DE IMPRENSA - ASI	Aracaju	2.000,00
15	07.245.354/0001-45	ASSOCIAÇÃO SERGINANA DE PRODUTORES DE EVENTOS	Aracaju	350.000,00
16	13.097.274/0001-92	CENTRO DE ESTUDOS ESPÍRITA DE ESTÂNCIA	Itaipira	2.000,00
17	32.771.271/0001-37	CLUBE DAS IRMÃS DE CAPELA	Capela	20.000,00
18	00.849.176/0001-83	COMUNIDADE CATÓLICA SERVOS E SERVAS DA SANTÍSSIMA TRINDADE	Aracaju	164.000,00
19	07.679.350/0001-31	CONSELHO ASSISTENCIAL A MULHER	Santa Rosa dos Coqueiros	15.000,00
20	13.449.379/0001-82	COTIMULHAR ESPORTE CLUBE	Aracaju	250.000,00
21	00.076.350/0001-42	FILARMÔNICA NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO	Itaipira	10.000,00
22	13.012.861/0001-89	FUNDAÇÃO ARQUITETOCERÁMICA DE CULTURA - RADIO CULTURA DE SERGIPE	Aracaju	10.000,00
23	07.821.230/0001-60	GRUPO CULTURAL E RECREATIVO ASSUM PRETO	Aracaju	20.000,00
24	13.382.947/0001-66	INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO DE SERGIPE	Aracaju	2.000,00
25	08.322.280/0001-46	LAR IRMÃS CLARESE	Aracaju	3.000,00
26	16.457.046/0001-74	MOVIMENTO ASSOCIATIVISTA DO NÍQUEL	Agostinho	14.000,00
27	15.594.367/0001-00	SIN. DOS TRAB. EMPRESAS DE NÍQUEL DIFUSÃO E TV. EST. SERGIPE	Aracaju	2.000,00

31



DEPUTADO: Zeca da Silva

- Emenda - ADITIVA N.º _____, ao Projeto de Lei nº 218/2013.

Item	CNPJ (MF)	Entidade Beneficiada	Cidade	Valor
28	13.018.401/0001-82	SOCIEDADE MÉDICA DE SERGIPE - SOMSE	Aracaju	4.000,00
			Total:	1.500.000,00

Saia das Comissões "Deputado Guido Azevedo", em Aracaju, 23 de dezembro de 2013

Zeca da Silva
Zeca da Silva
Deputado(a) Estadual

Como assinalado, verifico que uma mera interpretação literal da redação da fórmula de promulgação da emenda já revela a postura extremamente impositiva do Deputado Zeca Ramos da Silva na conduta tida por vedada, na medida em que expressamente ordenada, através do comando imperativo “distribua-se”, a remessa dos valores para as entidades ali indicadas.

Ademais, não obstante a declaração firmada por José Valmir dos Passos na qualidade de Diretor de Controle Interno da Alese em 26.1.2015 (fls. 1.548) no sentido de que o “envio dos recursos às entidades beneficiadas com emendas parlamentares, que destinam verbas do orçamento a título de subvenção social, depende exclusivamente da autorização discricionária do Presidente e do 1º Secretário da ALESE”, a instrução processual demonstrou que a destinação de cada centavo da parcela pessoal de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) do orçamento a que fazia jus o parlamentar para o exercício de 2014 dependia do seu desejo discricionário e pessoal, sem qualquer interferência relevante do Presidente e 1º Secretário da Assembleia quanto a esse aspecto.

Com efeito, o próprio declarante José Valmir disse, perante o MPE, que os recursos utilizados para o pagamento das subvenções pertenciam ao duodécimo da própria Assembleia e que, havendo disponibilidade orçamentária, as emendas eram efetivamente pagas, sendo que, em seu período de atuação frente à diretoria de Controle Interno da Alese, nunca presenciou qualquer contingenciamento em seu orçamento.

Além disso, Maria de Lourdes da Mota, Diretora Financeira da Assembleia Legislativa sergipana há mais de 30 (trinta) anos, esclareceu que recebia os procedimentos para a transferência das subvenções já devidamente instruídos e que nunca presenciou qualquer ingerência do Presidente e 1º Secretário da Casa no sentido de negar a liberação dos valores. Afirmou que os parlamentares autores das emendas indicavam as entidades a serem beneficiadas e intercediam para a liberação das transferências e que, após a aprovação da emenda, não havia nenhuma avaliação da Assembleia para saber se as entidades atendiam ou não os requisitos, apenas quanto à declaração formal de utilidade pública.

No mesmo norte, José Hunaldo Santos da Mota, ex-Diretor-Geral da Alese, afirmou em seu depoimento que nunca houve recusa, por

parte da Assembleia, em liberar a verba de subvenção decorrente das emendas e destacou a ausência de qualquer convênio entre as entidades e a Assembleia.

As normas apontadas pelo recorrente como fundamento à alegada responsabilidade dos ordenadores de despesa – arts. 21, VI, ^j¹³ e 25, XII¹⁴, do Regimento Interno da Assembleia – apenas estabelecem para o Presidente e 1º Secretário a atribuição de fiscalizar as despesas referentes à gestão e funcionamento da própria Alese, o que não se confunde com as verbas de subvenção, de natureza completamente diversa.

Como bem pontuado pelo Regional (fls. 1.468):

[...] Indicada a entidade e estabelecido o correspondente valor, tudo de acordo com o seu livre desígnio, o recebimento é certo [...] [e] só deixaria de ocorrer em virtude (i) do próprio querer do parlamentar que determinou a destinação, oficiando à Mesa Diretora para obstar o pagamento; (ii) desinteresse da própria entidade, por deixar de apresentar os documentos que atestam sua existência formal (o *check list* referido por Valmir dos Santos Passos); (iii) de uma excepcionalidade externa, insuperável e estranha aos membros do Parlamento, tais como grave crise financeira a inviabilizar o repasse, pelo Executivo, do 'duodécimo' devido à Assembleia Legislativa em função de sua autonomia ou, ainda, decisão judicial a bloquear os recursos. Em não havendo qualquer situação acidental ou extrema como as descritas, no mundo real o recebimento dos recursos poderia ser tido como garantido desde a indicação individual de cada parlamentar.

Enfrentando hipótese semelhante à dos autos, esta Corte Superior já assentou que:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito e vice. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência.

¹³ Art. 21. São atribuições do presidente, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: [...]

VI - Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

j) autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembléia; (alterado pelas Resoluções nº 07/2003 e 10/2003).

¹⁴ Art. 25. [...]

j) autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia; (alterado pelas Resoluções nº 07/2003 e 10/2003)

XII - assinar com o presidente todos os documentos relativos à movimentação financeira; (alterado pela Resolução nº 07/2003).

1. Para os fins do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997, há que se distinguir as situações em que o agente público que executa a conduta vedada atua com independência em relação ao candidato beneficiário, fazendo-se obrigatória a formação do litisconsórcio, e aquelas em que ele atua como simples mandatário, nas quais o litisconsórcio não é indispensável à validade do processo.

2. Na espécie, não existe litisconsórcio passivo necessário entre os agravantes chefes do Poder Executivo de Três Barras do Paraná/PR, candidatos à reeleição no pleito de 2012 e a secretária municipal de ação social que distribuiu o material de construção a eleitores no ano eleitoral, pois ela praticou a conduta na condição de mandatária daqueles.

3. Agravo regimental não provido.

(REspe nº 31108/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16.9.2014.)

Assim, a atuação dos ordenadores quanto à ordem de pagamento era meramente burocrática, sem qualquer atividade analítica prévia ou juízo discricionário/político, perfazendo-se em mera execução ao que fora decidido por cada um dos deputados estaduais e previsto nas respectivas emendas.

Pois bem. A *terceira questão* a ser desvendada consiste em investigar, a partir da análise dos repasses efetuados a mando do recorrente, se a conduta vedada está aperfeiçoada no caso concreto. E já adianto que a resposta é positiva. Senão vejamos: dentre as entidades indicadas pelo recorrente como beneficiárias das verbas de subvenção destacam-se as seguintes:

a) Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula, contemplada com R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) e

b) Associação Sergipana de Produtores de Eventos, contemplada com R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

No que concerne à Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula, consta do acórdão regional que a entidade foi beneficiária de verbas de subvenção no montante de R\$350.000,00 em razão da indicação realizada pelo representado.

O acórdão deixou claro que a Associação funciona no mesmo endereço em que se situa a residência do Prefeito do Município de Riachão do Dantas, Ivanildo Macedo e que não funciona há seis anos. Além disso, consignou que a entidade foi fundada pelo tio do representado, Laelson Menezes – levando o nome da genitora deste e avó do representado – o

qual, em juízo, confirmou que fundou a associação juntamente com o pai do representado em 1999 e que a finalidade da entidade seria administrar um hospital cedido pela Prefeitura de Riachão do Dantas. O Sr. Laelson afirmou ainda que acompanhou o funcionamento da instituição até o ano de 2010, quando deixou de ser prefeito daquela localidade e que indicou o Sr. Emanuel Santos Taveira para presidir a referida associação.

Assentou-se ainda que o Presidente da Associação, Sr. Emanuel Taveira Santos, tesoureiro do Diretório Municipal do PSC em Riachão do Dantas/SE – agremiação a que é filiado o representado e cuja presidência é ocupada por seu tio, Laelson Menezes – mostrou, em depoimento, desconhecimento quanto aos gastos e pagamentos efetuados pela entidade que preside, levando a conclusão de que seu papel era de “mero preposto que agia sob ordens do comando familiar da entidade” (fls. 1.474).

O acórdão regional aponta que João Bosco de Brito foi beneficiário de cheques emitidos pela Associação Comunitária Dona Caçula, tendo este admitido em juízo ter trabalhado no gabinete do representado até o ano de 2010, além de ter afirmado que prestou serviço ao Sr. Gilson Soares – contador da entidade – pelo prazo de um ano e alguns meses, entre 2013 e 2014, tendo afirmado ainda que sua função na empresa de contabilidade era tratar exclusivamente da entidade em questão e que, por tais serviços, foi remunerado pela entidade por meio do Cheque nº 047001 (fl. 500), no valor de R\$11.500,00 (onze mil e quinhentos reais).

Extraí-se do acórdão que João Bosco recebeu da Associação o Cheque de nº 047002 (fls. 1.501) no valor de R\$18.000,00 (dezoito mil reais), o qual afirma, contudo, que teria sido sacado para pagar algumas despesas da empresa de contabilidade de Sr. Gilson Soares, além de alguns pagamentos pessoais. O mesmo Gilson Soares recebeu da entidade o valor de R\$12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), por meio do Cheque nominal nº 047001, pela venda à Associação de materiais de escritório, móveis e utensílios, conforme depoimento prestado pelo presidente da associação.

Os cheques recebidos por João Bosco e Gilson Soares, nos valores de R\$18.000,00 (dezoito mil reais) e 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), respectivamente, foram sacados no dia 14.2.2014, na Agência “Barão de Maruim”, do Banco do Estado de Sergipe, em horários extremamente

próximos, tendo havido, em seguida, o depósito do valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) na conta corrente do representado. Por oportuno, colaciono trecho do acórdão no qual são detalhadas as referidas movimentações financeiras (fls. 1.481):

Dia 14.02.2014

Cheque nº 047001 – Valor do saque: R\$12.500,00 – Hora do saque: 10:37:37

Cheque nº 047002 – Valor do saque: R\$18.000,00 – Hora do saque: 10:39:02

Depósito em espécie no valor de R\$2.000,00 na conta de Zeca Ramos da Silva

Responsável pelo depósito: O mesmo, Hora do depósito: 10:43:57

Depósito em espécie no Valor de R\$400,00 na conta de Edmundo Sobral Neto

Responsável pelo depósito: o Mesmo, Hora do Depósito: 10:44:31

Saque em espécie no Valor de R\$28.100,00

Restou consignado no acórdão que a empresa Nobre Construtora teria recebido da entidade o Cheque nº 047007, no valor de R\$30.600,00 (trinta mil e seiscentos reais), pela construção de uma praça em Riachão do Dantas/SE, o qual, embora nominal à empresa, teria sido endossado pelo Sr. João Bosco de Brito. A Corte Regional constatou, a partir da movimentação financeira da referida empresa, que o valor correspondente ao saque da aludida cártula não foi depositado em nenhuma das três contas da empresa Nobre Construtora.

O acórdão ainda asseverou que Dielson Tadeu Barreto Leite, chefe de gabinete do representado no período entre 2006 até início de 2015, recebeu da entidade o Cheque de nº 047003, no valor de R\$12.000,00 (doze mil reais), pelo aluguel de um minitrio de sua propriedade, que teria sido alugado para “quatro tocadass” e alguns eventos festivos ocorridos entre janeiro e fevereiro de 2014, em Riachão do Dantas/SE, não sabendo precisar as datas exatas.

A Corte Regional concluiu, então, que restou “demonstrada com base em prova suficiente a utilização da entidade em favor parte representada, a se iniciar pelo inequívoco laço familiar já ressaltado e pela atuação direta de duas pessoas diretamente subordinadas e próximas ao requerido, João Bosco de Brito e Dielson Tadeu Leite (ex-assessor e assessor),

as quais foram objetivamente associadas a, no mínimo, R\$72.100,00 (setenta e dois mil e cem reais, verificados a partir dos cheques nominais e endossados acima relacionados) dos recursos recebidos pela Associação e destinados pelo ex-deputado e candidato em 2014. E, ainda que em modesta quantia (R\$2.000,00), percebe-se que parte dos mesmos valores foram depositados em conta do próprio representado, fato esse que, pelo contexto já aqui detalhado, ampara a possibilidade concreta de ter obtido outras quantias em espécie” (fls. 1.483).

De igual modo, quanto à Associação Sergipana dos Produtores de Eventos, também agraciada com o montante de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), o acórdão regional deixou claro que a Aspe opera com características típicas de uma estrutura concebida para a prática de lavagem de dinheiro, porquanto verificou-se que as pessoas jurídicas Universal (e as suas destinatárias Avalanche e Exclusiva), Triunfo e Versátil, beneficiárias de valores pagos pela entidade, “são controladas pelas mesmas pessoas e movimentaram entre si o total de R\$524.500,00 (quinhentos e vinte e quatro mil e quinhentos reais), o que equivale a 72,39% do total recebido pela Associação Sergipana dos Produtores de Eventos, desenhando-se um fluxo de movimentações cujo objetivo único é o de disfarçar/ocultar os reais beneficiários”.

Tal cenário demonstra que em relação à Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula verificou-se a ocorrência de desvio de recursos públicos no seio da entidade – vinculada ao representado por laços familiares – os quais, em parte, foram revertidos em proveito do próprio recorrente e de seus assessores, com atuação direta de Zeca Ramos da Silva para essa prática.

No tocante à Associação Sergipana dos Produtores de Eventos, extrai-se dos autos a irregularidade no funcionamento da entidade, além de malversação das verbas recebidas a título de subvenção, embora não se verifique liame de atuação, direta ou indireta, de Zeca Ramos da Silva para essa prática.

Extrai-se dos autos, portanto, a ocorrência de desvios de recursos públicos no seio das referidas entidades, havendo ainda prova da participação dolosa do recorrente na malversação dos recursos por ele destinados à Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula a título de subvenções.

Pondero, todavia, que ainda que não existisse prova contundente acerca de sua participação nos atos de malversação, isso não afastaria sua responsabilidade indireta no âmbito eleitoral, nas formas *in eligendo* e *in vigilando*.

Deveras, aquele que gerencia valores públicos – e aqui o parlamentar atuou materialmente como gestor, e não como legislador – deve zelar na escolha das entidades subvencionadas e vigiar a aplicação de tais recursos, o que não ocorreu no presente caso, vez que patente a opção do recorrente em destinar vultosa quantia em dinheiro para entidades obscuras, notoriamente desprovidas de idoneidade como a Associação Comunitária e Beneficente Dona Caçula e Associação Sergipana dos Produtores de Eventos, sem trazer aos autos explicação sobre quais ações assistenciais buscava ver implementadas e sem se preocupar em exigir qualquer outra prova de atuação além da existência meramente formal de tais entidades.

Por oportuno, destaco trecho do acórdão em que o Regional bem apreciou a questão da destinação de subvenções às entidades mencionadas, perfazendo o montante de R\$700.000,00 (setecentos mil reais), elencando os fundamentos pelos quais entendeu presente gravidade suficiente a atrair as sanções de cassação e multa (fls. 1.490-1.496):

[...] pelo que se viu no episódio atinente à Associação Dona Caçula, o requerido decidiu implementar em 2014 um ambicioso esquema de desvio ilícito de “verbas de subvenção”. No episódio da Associação Dona Caçula, entidade de precária estrutura, valeu-se o Deputado estadual Zeca Ramos de operadores externos, com especial destaque para seus ex assessores João Bosco de Brito e Dielson Tadeu Barreto Leite, para que fossem desviadas as verbas de subvenção, com o claro propósito de impedir seu rastreamento.

Somando-se as verbas que destinou para Associação Dona Caçula e a ora analisada ASPE, tem-se o total de R\$700.000,00 (setecentos mil reais), ou seja, 46,67% de total o que dispunha o requerido em 2014 a título de “verbas de subvenção”. Praticamente metade do montante indicado concentrado em duas entidades em nada credenciadas, a uma primeira vista, para tão expressivos aportes.

[...]

Entendo, nesse contexto, que a maciça concentração de recursos nessas duas suspeitíssimas entidades (Dona Caçula e ASPE) não foi, no caso do Deputado Estadual Zeca Ramos, mera coincidência. Sua conduta

em relação à Associação Dona Caçula deixou patente sua arrojada pretensão de reverter em seu benefício parcela de verbas públicas que para lá remeteu com deliberado propósito ilícito, adotando um *modus operandi* clássico para tentar impedir fosse pessoalmente ligado ao destino dos recursos. Tamanho apetite autoriza a tranquila compreensão de que enxergou na ASPE outro instrumento para semelhante empreitada, com a vantagem adicional de que já estava completamente estruturada para a “ocultação” do paradeiro das “verbas de subvenção”.

Importante destacar, também, trecho do acórdão regional em que se explica que a própria “Lei Estadual nº 5.210/03 [...] não cria e tampouco remete a qualquer mecanismo de controle interno realmente capaz de acompanhar a regular aplicação dos recursos e à altura do seu expressivo impacto orçamentário, contentando-se com parcial e falha colheita de documentos de duvidosa serventia; (d) conivente com subterfúgios que inviabilizam o eficiente exercício de controle externo sobre utilização dos recursos, pois as transferências para a esfera privada, a título de ‘subvenções’, eram diluídas na prestação geral de contas que a ALESE disponibiliza ao Tribunal de Contas do Estado, perdidas em rubricas genéricas, destituídas de qualquer informação acerca das entidades efetivamente contempladas, valores recebidos por cada uma e atividades assim custeadas. Total descuido e frouxidão, portanto, no trato de algo cujo manejo deveria estar preso a parâmetros vinculantes, ao menos em caráter predominante” (fls. 1.454).

Em resumo, o recorrente destinou R\$700.000,00 (setecentos mil reais) dos seus R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) a entidades sem qualquer reputação na área social, usando como fundamento para tal distribuição uma Lei inconstitucional e genérica, sem se preocupar com quaisquer critérios objetivos de habilitação de entidades beneficiárias e de alocação dos recursos públicos, e sem instituir mecanismo de controle interno eficiente ou cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade. Além disso, apesar de expressamente intimado a explicar quais ações sociais pretendia ver implementadas ou qual a justificativa para a escolha de tais entidades, quedou-se silente durante toda a instrução processual, o que demonstra que se satisfaz, ao atuar como gestor público, com a análise puramente formal de existência das associações.

Nesse contexto, atuou com desdém e de modo temerário no trato da coisa pública e, na condição de então deputado (2013), candidato à reeleição e figurando na lista de suplência no pleito de 2014, assumiu efetivamente a posição de autor e de beneficiário da conduta vedada descrita no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997, com gravidade suficiente para justificar a aplicação de multa no patamar máximo e impedimento de eventual expedição de diploma.

Isso posto, reitero que as hipóteses constantes dos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições firmam um elo entre o princípio republicano e um de seus principais corolários, a isonomia nas condições de acesso aos cargos de representação política. Com esse espírito, cuidam de assegurar o nivelamento das disputas, mediante o afastamento de privilégios e desigualdades aptos à descaracterização de sua verdadeira essência. A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais, então, surge como um dos elementos básicos do sistema representativo, na medida em que “o regime democrático-republicano pressupõe, inexoravelmente, a construção de uma ordem política justa, aberta e renovável” (SOLOZÁBAL ETCHEVARRÍA, apud SÁNCHEZ MUNÓZ, Óscar. *La Igualdad de Oportunidades en las Campañas Electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 34 – em tradução livre).

Como frisado, porém, as condutas vedadas não tutelam a legitimidade eleitoral. Sendo assim, tanto o seu reconhecimento como a sua censura independem de uma análise sobre a normalidade no transcurso do certame. Logo, conclui a doutrina que:

[...] o reconhecimento e a punição por condutas vedadas aos agentes públicos prescinde da análise do respectivo impacto no produto virtual da votação. Não há que se cogitar se o evento realizado detinha ou não, em tese, aptidão para determinar o resultado do certame. A conclusão deriva do fato de que o bem jurídico protegido, nesse contexto, é a igualdade de oportunidades entre os candidatos, e não a legitimidade do evento eleitoral (ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 499).

Exigir prova da potencialidade da conduta na lisura do pleito equivale a um esvaziamento do comando normativo, porquanto impor um duplo ônus ao representante: a prova da adequação do ilícito à norma (legalidade estrita ou taxatividade) e a prova da potencialidade da conduta. A adoção dessa tese implica o esvaziamento da representação por conduta vedada, pois, caso necessária a prova da potencialidade,

mais viável o ajuizamento da AIJE – na qual, ao menos, não é necessária a prova da tipicidade da conduta (ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 586).

Em verdade, a proscrição dos comportamentos descritos nos arts. 73 e ss. da Lei das Eleições indica o resultado de uma atividade de ponderação política, por meio da qual o legislador destaca situações antevistas como ordinariamente graves e prejudiciais à paridade da concorrência entre os *players*. Lida-se, a rigor, com um conjunto de presunções legislativas somente afastáveis em hipóteses excepcionais, notadamente nos casos em que a irrelevância, a modicidade ou a vulgaridade das ações perpetradas justifiquem o afastamento da tipicidade material. Nessa linha, e na hipótese específica dos autos, este Tribunal Superior já decidiu que, “para a configuração da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 não é preciso demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público, bastando a prática do ato ilícito” (REspe nº 36.026/BA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* de 5.5.2011). Também assim, recorro ao escólio do professor José Jairo Gomes para lembrar que, no caso dos ilícitos eleitorais:

O resultado não é necessariamente natural ou mecânico, podendo ser meramente normativo, traduzindo ferimento ao bem ou interesse protegido pela norma eleitoral. Ressalte-se que, no Direito Eleitoral, o resultado [do ilícito] não apresenta caráter patrimonial, como ocorre no Direito Privado. Antes, malferir bens e interesses político-coletivos, difusos (no sentido de que diz respeito a todos indistintamente), preciosos ao adequado funcionamento das instituições e do regime democrático e à normalidade da vida político-social, tais como a legitimidade do exercício do poder político, a higidez do pleito, a veraz representatividade, a sinceridade dos votos, a confiança no sistema de votação etc. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 372.)

Para além disso, registro que, nesse domínio, há situações em que a responsabilidade deve ser extraída a partir de uma hermenêutica conexas com a efetiva proteção dos valores jurídicos a ser albergados, especialmente quando em xeque a liberdade para o exercício do sufrágio e a igualdade de oportunidades entre os candidatos que, em meu sentir, conformam o *núcleo duro* da legitimidade eleitoral. Nessas hipóteses:

[...] nem sempre é necessário haver real ferimento aos bens e interesses protegidos, bastando a *potencialidade* ou o *risco* do dano – ainda porque, quando a conduta ilícita visa a influenciar o voto, o segredo de que este é revestido impossibilita averiguar se ela efetiva e realmente o influenciou. Relevante é demonstrar a existência objetiva de fatos denotadores de abuso [...].

Em tais situações, a responsabilidade se funda antes no efeito (= lesão ao bem tutelado) do que na causa (ação ilícita). Isso porque nessa seara sua missão primordial é salvaguardar a lisura e a normalidade do processo eleitoral, a higidez do pleito, a isonomia das candidaturas, a veraz representatividade. O estado atual da civilização e do modo civilizado de vida em sociedade, a afirmação da democracia e a vivência dos valores constitucionais exigem que a ocupação dos postos político-governamentais se dê de forma lícita, honesta, autêntica, devendo o povo, exercendo a sua liberdade, realmente manifestar a sua vontade e determinar o rumo de sua história e de sua vida coletiva, ou seja, se autogovernar.

Nesse contexto, a *responsabilidade eleitoral* harmoniza-se com a contemporânea noção de *risco*. O discurso do risco liga-se à ideia de colocação em perigo de um bem ou interesse valorizados na sociedade. Impõem-se determinadas condutas (positivas ou negativas) a fim de que um evento lesivo não se apresente. A responsabilidade se funda na realização dessas condutas, notadamente nos indevidos benefícios ou prejuízos que elas proporcionaram (ou teriam proporcionado) a determinada candidatura. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 374.)

Isso posto, friso que a modicidade não ocorre na espécie. Com efeito, a destinação de receitas públicas em ano eleitoral a entidades sociais à revelia das excludentes permissivas confere aos parlamentares responsáveis uma inegável nota de vantagem em relação aos demais concorrentes. Como mínimo, realiza uma espécie de compra de empenho, estabelecendo com aquelas entidades (e com a população atendida) uma relação de gratidão que, obviamente, repercute nas campanhas. Ademais, nos casos em que as associações agraciadas são geridas por pessoas próximas ao agente benemérito, a destinação de subvenções permite a sua sobrevivência enquanto máquina eleitoreira.

Por outro lado, consinto que a exclusão da análise da potencialidade não dispensa o juízo de proporcionalidade, por meio do qual as reprimendas hão de ser impostas, sempre, em suas justas medidas. No

caso particular das condutas vedadas aos agentes públicos, a dosimetria deve-se dar em consonância com aquele princípio, mostrando-se assaz oportuna a didática lição perpetrada por Francisco Dirceu Barros, no sentido de que a aplicação da lógica da razoabilidade perfaz-se, nessa categoria de ilícitos, da seguinte maneira: *os pequenos danos ao bem jurídico* ensejam a aplicação de multa, ao tempo em que os grandes danos ao bem jurídico atraem a aplicação de multa, somada à cassação do registro ou do diploma (BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Processual Eleitoral*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 214).

Acresço, a propósito, que esse entendimento encontra eco na jurisprudência desta Casa, como demonstra o acórdão abaixo colacionado:

[...]

1. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. [...]

2. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei 9.504/1997, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu. Em caso extremo, a sanção pode alcançar o registro ou o diploma do candidato beneficiado, na forma do § 5º do referido artigo. [...]

(RP nº 2959-86, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 17.11.2010.)

In casu, resulta evidente que o representado ultrajou o princípio constitucional da impessoalidade, corolário do princípio republicano, e atuou com desdém no trato da coisa pública, com a finalidade de auferir vantagem sobre os seus concorrentes no pleito próximo.

Logo, é indene de dúvidas que, na condição de então deputado (2013), candidato à reeleição e figurando na lista de suplência no pleito de 2014, assumiu efetivamente a posição de autor e de beneficiário da conduta vedada descrita no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997, com gravidade suficiente para justificar a aplicação da sanção de multa em seu patamar máximo, cumulada com o impedimento de expedição de eventual diploma.

Demais disso, pontuo que o acórdão regional assentou a inelegibilidade do recorrente pelo prazo de 8 (oito) anos, a partir das Eleições de 2014, com base no art. 1º, I, j, da Lei Complementar nº 64/1990, *in verbis*: “Assinale-se, por oportuno, que a presente situação fática se amolda à hipótese legal delineada no art. 1º, I, j, da Lei Complementar nº 64/1990, atraindo para o representado a inelegibilidade pelo prazo de oito anos, a contar da eleição de 2014” (fls. 1.500). Todavia, *concessa venia*, verifico que, nesse ponto, o *decisum* merece reparo.

Isso porque, como se sabe, a causa de inelegibilidade prevista na referida alínea constitui efeito secundário da procedência do pedido que reconhece a prática de ilícitos eleitorais nela descritos, não podendo ser declarada expressamente na sentença ou acórdão condenatórios. Na verdade, tal circunstância será aferida em futuro e eventual pedido de registro de candidatura.

Desse modo, ante a inadequação da cominação de inelegibilidade por incidência do art. 1º, I, j, da Lei Complementar nº 64/1990 feita pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, faz-se mister esclarecer que tal causa de inelegibilidade deverá ser aferida em momento oportuno, não devendo constar do título judicial proferido nestes autos.

Por essas razões, *dou parcial provimento ao recurso ordinário de Zeca Ramos da Silva para afastar a cominação da restrição ao seu jus honorum, mantendo, contudo, as sanções de impedimento de expedição de eventual diploma, considerando a sua condição de suplente de deputado estadual, e a multa que lhe foi aplicada*, por entender que o uso das subvenções sociais, *in casu*, foi objeto de um desvio de finalidade direcionado à maximização das suas probabilidades de êxito na disputa pela reeleição ao cargo de candidato a deputado estadual nas eleições de 2014. Dentro desse contexto, a *mens* do art. 73, § 10, da Lei das Eleições encampa, também, o propósito de evitar a destinação maliciosa de verbas estatais com vistas à realização da compra de apoio político institucional, assim como o uso desvirtuado de programas sociais como estratégia para o fortalecimento artificioso da campanha eleitoral.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, pela ordem. Em atenção ao princípio da duração razoável do processo, materializado no plano infraconstitucional no art. 97-A da Lei das Eleições, acrescento que, em relação aos feitos nos quais Vossa Excelência proferiu voto no sentido da improcedência, parece-me que seria desnecessária a vista.

Se é possível julgar o mérito em favor daquele que se aproveitaria da nulidade relativa à preliminar de litisconsórcio, em relação a esses quatro recorridos, Susana Fontes Azevedo, Antônio Passos, Maria Angélica e José Franco – o processo de Susana Fontes Azevedo está com vistas ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que não sei se animará a pedir vista dos demais processos –, eu acompanharia no mérito o Ministro Luiz Fux, e creio não fazer sentido sequer apreciar a questão da preliminar que me anima ao pedido de vista, que é a preliminar de litisconsórcio.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Vossa Excelência destaca bem. Se o mérito é julgado a favor da parte, a quem interessa a arguição de nulidade, dispensa-se...

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Sim. Seria o art. 282, § 2º, do Código de Processo Civil. Nesses casos, acompanho *in totum* Vossa Excelência no sentido da absolvição, reservando-me a ferir o tema da preliminar nos processos de vista.

Nos demais, se não houver objeção dos eminentes pares, eu antecipo pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, obviamente, aguardarei o retorno da vista para me pronunciar, mas também me reservo, primeiro, de apreciar essa questão específica, do litisconsórcio, suscitada pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, para depois me manifestar sobre os demais aspectos do voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, proclamo o resultado. Após o voto do relator, que julgava procedente em parte, para fixar multa

aos processos mencionados no quadro anexo ao voto, e improcedentes os demais processos remanescentes, pediu vista o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Aguardam os demais. Ainda que seja para Vossa Excelência concordar, porque acredito que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho não concorda.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, eu havia entendido que o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto iria antecipar o pedido de vista. Mas, agora, Sua Excelência manifestou-se acompanhando Vossa Excelência com relação ao mérito de quatro ações.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Perfeitamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Não tenho nenhuma oposição ao pedido de vista, nem poderia, é um direito do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, mas, como eu seria a primeira a votar após Vossa Excelência, eu não gostaria de me comprometer com qualquer das teses: com as que dizem respeito às preliminares, ou as referentes aos temas de fundo. É um mero registro, como fez o Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, Vossa Excelência, Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, fica com o pedido de vista integral.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Se não houver objeção em relação ao voto de Vossa Excelência nesses quatro feitos, pelo menos nos três, essas partes seriam liberadas dessa demora que gerará adicionalmente o pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Se não há objeção com relação a esses quatro feitos, aproveitando o mérito à parte, a preliminar fica prejudicada.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Essa é exatamente a premissa da minha observação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Mas é preciso que a Corte vote pela absolvição, ou não.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto não pede vista também da absolvição?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Em princípio não, porque eu estaria concordando com a absolvição *in totum*. E, se concordo com a absolvição, não há sentido em pedir vista para apreciar a preliminar cujo desfecho seria, possivelmente, favorável àquele a quem se aproveitaria da declaração de nulidade.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: O Ministro Luiz Fux seccionou os grupos, não foi?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Não. Seria apenas em relação aos processos dos que estão sendo absolvidos.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Em relação ao último grupo, que o Ministro Luiz Fux absolveu, Vossa Excelência o acompanha e, com relação aos dois outros grupos, não.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, podemos chamar os votos para verificar se é possível...

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: A não ser que a Ministra Rosa Weber não concorde com a absolvição.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Não.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Por essas razões ou por outras.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Eu não quero antecipar o meu voto, porque há preliminares.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): A Ministra Rosa Weber não pretende julgar agora. Mas nada impede que Vossa Excelência me acompanhe, pelas razões expostas, e que aqueles que não acompanham justifiquem o voto.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Foi exatamente o que fiz, eminente Presidente. Acompanhei Vossa Excelência nesses quatro feitos. Se algum colega quiser pedir vista desses quatro feitos, não vejo nenhum empecilho.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Mas pode desmembrar?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eu pedi vista em relação aos processos...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Vossa Excelência, quando trouxer o voto-vista, não abordará esses?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Absolvi, porque não houve possibilidade de violação da igualdade de chances, pois não foram nem candidatos.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Estou de acordo com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): E não há nenhuma indicação para quem eles ofereceram a distensão.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Estou perfeitamente de acordo em relação a esses quatro feitos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite e também o eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que já formulou o pedido de vista nos termos em que Sua Excelência restou de deduzir e explicitar, faço uma intervenção.

Parece-me que, do ponto de vista da lógica processual, como há questão preliminar – inclusive diz respeito a uma formação imperativa, ou não, de litisconsórcios –, adentrarmos a adiantar o voto, ainda que seja na direção suscitada por Vossa Excelência, estamos a fazer inversão entre o mérito e as preliminares.

Isso, com todas as vênias, não me parece que seja suscetível de ser adotado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Penso que não é razoável, depois de ter sintetizado um processo monstruoso como esse, que fiquemos aqui a debater se vamos ou não votar agora. Se houve pedido de vista, isso é completamente paradoxal com o que já se fez até agora.

O Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto pede vista e, quando trazer o voto-vista, Vossas Excelências votarão de acordo com seus entendimentos. Não há problema algum.

O SENHOR MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eu deixarei de aplicar, então, o § 2º do art. 282 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 282. [...]

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Estou de acordo com Vossa Excelência. Não estou de acordo apenas em discutirmos essa questão depois de termos debatido 22 processos de uma vez.

O SENHOR MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, estou de acordo com Vossa Excelência. Vou pedir vista para quê?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Eu fico feliz com esse acordo. O Ministro Edson Fachin suscita questão de ordem, qual seja, vamos apreciar a primeira preliminar – depois do meu voto que superei –, pois, uma vez acolhida a preliminar, automaticamente estará fulminado todo o resto. É isso que Vossa Excelência propõe.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: A proposta é a distensão do pedido de vista. A minha ideia era ganhar tempo, mas estamos perdendo tempo. Eu acolho a sugestão da eminente Ministra Rosa Weber e do Ministro Edson Fachin e estendo o pedido de vista em relação aos feitos de absolvição.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, eu estou com vista do processo da ex-deputada, hoje conselheira.

Na minha visão, pelo que eu pude analisar até agora do processo da ex-deputada, agora conselheira, os impulsos para a realização dessas liberações se deveram, aparentemente, a atos dela.

A ex-deputada não disputou a eleição, porque obteve nomeação para o Tribunal de Contas.

Não quero fazer nenhum juízo a respeito da situação, mas, na minha visão, para ela é até um prêmio. É muito melhor ser conselheiro do que ser deputado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Como presidente tentarei ordenar os trabalhos. Sei que nesta Corte todo mundo esbanja saúde, mas vou apenas procurar ordenar.

Depois do voto-vista do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Vossa Excelência vai apresentar o seu voto-vista em relação a ela?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho irá pedir vista das quatro improcedências, pelo que entendi.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Pedirei vista das quatro improcedências, inclusive da ex-deputada, que está nas quatro improcedências.

Quero saber se é possível desmembrar os processos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Sem dúvida, pois o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto já votou.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Então, está resolvido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, pediu vista das absolvições o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e, dos demais aspectos do processo, pediu vista o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1277-61.2014.6.25.0000/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Zeca Ramos da Silva (Advogados: Márcio Macedo Conrado – OAB: 3806/SE e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usaram da palavra, pelo recorrente, Zeca Ramos da Silva, o Dr. Márcio Macedo Conrado e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: Após o voto do relator, rejeitando as preliminares e negando provimento ao recurso, mantendo a cassação e a multa impostas, antecipou o pedido de vista o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Impedimento do Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, inicialmente, gostaria de ressaltar que, por se avizinhar o período eleitoral, adotei todos os esforços em meu gabinete para que os processos relativos a este caso fossem rapidamente liberados para continuidade de julgamento. Assim, tendo pedido vista dos autos na Sessão de 12.6.2018, encaminhei-os para a Assessoria de Plenário já no dia seguinte, declarando-me apto a proferir voto, o qual submeto ao colegiado nesta data, esclarecendo aos eminentes pares, advogados e ilustre representante do Ministério Público Eleitoral que me pronunciarei de forma conjunta e unitária sobre todos os recursos.

Adoto, para tanto, os pormenorizados relatórios trazidos pelo eminente ministro relator em cada um dos feitos ora apregoados, observando,

no tocante àqueles autuados na classe agravo de instrumento, que igualmente encaminho meu voto no sentido do preambular conhecimento dos respectivos recursos especiais, os quais, desde logo – dadas as peculiaridades da situação concretamente posta, sobretudo aquelas calcadas na necessidade de se evitarem decisões potencialmente dissociadas quando em exame substratos senão idênticos, mas, ao menos, muito próximos e em tudo similares –, recebo na via ordinária, com base no princípio da fungibilidade, na linha da jurisprudência.

No ensejo, aproveito para enfatizar que, das preliminares suscitadas por cada uma das defesas técnicas, cujo trabalho louvo e que praticamente são comuns a todos os processos ora em julgamento, nenhuma dúvida tenho em acompanhar o relator na judiciosa rejeição proposta, salvo quanto àquela que diz respeito à nulidade processual por ausência de chamamento à lide dos apontados litisconsortes passivos necessários, quais sejam, o presidente e o primeiro-secretário da assembleia legislativa local.

Sobre essa prefacial, ousou respeitosamente dissentir, embora não sem antes reconhecer a verticalidade e densidade do voto proferido, o que, por certo, torna a decisão de formalizar divergência uma árdua e inglória tarefa, da qual não poderei, para infortúnio próprio, me esquivar, ante o meu convencimento pessoal na linha do raciocínio que passo a expor. Pois bem.

1 – Preliminar de nulidade processual com reconhecimento da decadência do direito de agir por ausência de citação de litisconsortes passivos necessários

1.1 – Suposta conduta vedada. Subvenções sociais: compreensão deste magistrado de se cuidar, in casu, de ato administrativo complexo, a exigir o chamamento de todos os agentes públicos envolvidos

Na espécie, as emendas parlamentares, supostamente caracterizadoras de conduta vedada, traduzem, a meu juízo, *ato complexo*, a referendar a compreensão de que o presidente da assembleia legislativa, bem como o seu primeiro-secretário, deveria ter integrado o polo passivo das representações por conduta vedada na condição de litisconsorte necessário.

Isso porque consta do regimento interno daquela assembleia, precisamente do *art. 21, VI, j*, que é do presidente da casa legislativa a atribuição precípua de *autorizar*, com o primeiro-secretário, em nome da mesa diretora, as despesas (*lato sensu*) do órgão, fiscalizando-as. Veja-se:

Art. 21 - *São atribuições do presidente*, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas:

VI - Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

j) *autorizar, com o 1º Secretário*, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia; (Grifos nossos.)

Vale destacar que o verbo “autorizar”, adotado no texto regimental, significa, em conformidade com o *Dicionário Houaiss*, “dar permissão a”; “tornar válido”; “permitir”, o que revela juízo muito além de um simples “cumpra-se”.

De outra ponta, verifica-se, na concepção normativa local, competir ao parlamentar a *indicação* da entidade destinatária do numerário, etapa essencial à adoção da seguinte, *mas que com ela não se confunde*.

Em outras palavras, assim como não pode o presidente autorizar a destinação das dotações orçamentárias reservadas a emendas sem a prévia indicação do parlamentar correspondente, também este não pode assegurar a liberação desse numerário sem a prévia obtenção da chancela do presidente e do primeiro-secretário, tal como previsto na citada norma regimental, os quais, como se verá, ostentam a condição de ordenadores de despesa da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe (Alese).

Nesse contexto, ainda que a prática local descortinasse situação na qual há mais de vinte e cinco anos não se tenha tido notícia sobre eventual decote por parte da mesa diretora (e parece-me não ser o caso), isso não implicaria, *per si*, revogação do aludido dispositivo regimental nem que essa prerrogativa não pudesse (ou não devesse) ser exercida, pelo que não poderia servir, com renovadas vênias aos que entendem diversamente, para equiparar aqueles que, de fato e de direito, são dotados de *independência* com aqueles que funcionam, em estrita relação de comando, apenas como *longa manus*.

Com efeito, não há como pressupor a existência de hierarquia entre deputado membro e deputado presidente, sobretudo na qual este último ostente atividade meramente executora das disposições do primeiro.

Cuida-se, isso sim, *de clara delimitação de competência*, cada qual exercendo a parte que lhe é afeta por imperativo legal e regimental.

Daí por que, pode-se afirmar, um não logra êxito sem o outro. A materialização do repasse dependia da manifestação formal e material de todos os agentes acima referenciados. Afinal, a concretização da conduta vedada pelo art. 73, § 10, da Lei das Eleições, qual seja, distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral, somente seria possível, *in casu*, mediante a emissão da ordem de saque em nome da instituição subvencionada.

É bem verdade que o Ministério Público Eleitoral, cujo trabalho na fiscalização do cumprimento da lei deve ser igualmente enaltecido, defende o contrário, como forma de sustentar a inexistência do litisconsórcio unitário.

Nesse sentido, afirma-se que a conduta teria sido praticada e esgotada com a mera apresentação da emenda pelo parlamentar requerido. O núcleo da distribuição estaria aperfeiçoado apenas com o proceder do deputado proponente. Para tanto, ressaltou-se, inclusive em substancial sustentação oral, que o *Parquet* sergipano chegou a expedir recomendação formal para que não se praticasse o ato (Recomendação nº 002, de 20.6.2014).

Nesse ponto, contudo, vislumbra-se certa incongruência, a meu sentir, pois o caderno probatório revela que a indigitada recomendação de fato ocorreu, porém não foi direcionada àqueles que, posteriormente, vieram a responder nos autos das representações, *mas apenas e tão somente à então Presidente da Alese*, Deputada Angélica Marinho.

Esse documento é comum a todos os feitos e está materializado no Ofício EDC nº 488, de 30.6.2014 (*por ilustração*, nos autos do RO nº 1277-61, está acostado à fl. 48 e o inteiro teor da recomendação, às fls. 43-47). Dele se colhe a literal e taxativa recomendação e sua destinatária. Veja-se:

Resolve RECOMENDAR à Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, Deputada Estadual Angélica Guimarães Marinho,

que não efetue, durante ano eleitoral, qualquer repasse das verbas de subvenção previstas na Lei Estadual nº 5.210/2003. (Fl. 46 do referido documento.)

Tal fato está admitido nas petições iniciais do Ministério Público Eleitoral, com idêntica redação quanto ao assunto em cada um dos feitos, nesses termos:

6. Como providência inicial, o Ministério Público Eleitoral expediu a Recomendação nº 002/2014 à então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, Deputada Estadual Angélica Guimarães Marinho, *para que não efetuassem*, durante ano eleitoral, qualquer repasse das verbas de subvenção previstas na Lei Estadual nº 5.210/2003.

[...]

34. Atento ao comando supra, o MPE expediu recomendação à Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, Deputada Estadual Angélica Guimarães Marinho, para que não efetuassem, durante ano eleitoral, qualquer repasse das verbas de subvenção previstas na citada Lei Estadual nº 5.210/2003 (doc. 22), *recomendação esta que não obteve qualquer valia, haja vista que efetivamente foram realizados, ao menos parcialmente, os repasses das citadas verbas.* (Grifos do original.)

Logo, o que se extrai é que não havia, por parte do representante, tamanha certeza quanto à condição de mera executora, tal como pretende, em contraponto à preliminar suscitada pela defesa técnica, atribuir à presidente. Ao contrário, *a recomendação de “não faça” careceria de mínima pertinência lógica se, de fato, fosse encaminhada a agente que, por hierarquia, não tivesse independência funcional e política para deixar de acatar a indicação.*

Aliás, para que não paire dúvida sobre a ordenação da despesa da Alese no ano de 2014, confirmam-se, também do acervo probatório, cópias das diversas ordens de saque emitidas para as instituições subvencionadas, das quais constam formalmente como ordenadores de despesas a deputada presidente, Angélica Guimarães, e o primeiro-Secretário, Adelson Barreto¹⁵.

¹⁵ Ilustrativamente, também nos autos do RO nº 1277-61, documentos acostados às fls. 54 e seguintes.

Há mais. Em resposta à recomendação do Ministério Público Eleitoral, a então Presidente da Alese ressaltou, em correspondência datada de 17.7.2014¹⁶, que, naquela data, a maioria dos repasses já havia sido efetivada. Em outra manifestação ao *Parquet*, datada de 17.11.2014, a mesma deputada esclareceu que divergências nas tabelas de posse do órgão ministerial decorreram de que, *após aquela recomendação*, o repasse remanescente (leia-se: pendente), *sujeito à sua autorização e à do primeiro-secretário*, foi suspenso (documento acostado à fl. 377 dos autos do AI nº 1286-23).

Por oportuno, transcreve-se trecho dessa manifestação:

A PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE, Dep. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES MARINHO, [...], vem, mui respeitosamente, apresentar resposta aos termos do item I do Ofício EDC nº 843/2014, extraído dos autos do procedimento administrativo supra enumerado, informando que a divergência entre a tabela de "Distribuição de recursos por entidades" e a "Relação de subvenções sociais a entidades privadas (exercício 2014)", *dera-se por que as referidas entidades não receberam os valores a ela destinados, em razão do acolhimento da recomendação enviada por V. Exa.*

Como se vê, está cristalizada a autonomia da presidente da casa legislativa que, ao contrário do que se supunha (ante a noticiada ausência de episódio no qual a indicação não tivesse sido acatada pela mesa), exerceu a sua competência para, relativamente aos valores pendentes, obstar a sua transferência, *o que fez a partir da recomendação expedida pelo Ministério Público Eleitoral.*

Corroborar essa informação a declaração emitida pelo diretor de Controle Interno da Alese, José Valmir dos Passos, datada de 26.1.2015, acostada às fls. 643-644 dos autos do AI nº 1286-23, exarada com o seguinte conteúdo, *in verbis*:

DECLARO, para os fins que se fizerem necessários, inclusive judiciais, e sob as penas da lei, na qualidade de Diretor de Controle Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, que as emendas apresentadas pelos deputados estaduais ao orçamento do Estado, a título de subvenções sociais, não são obrigatória[s] e automaticamente

¹⁶ Ilustrativamente, também nos autos do RO nº 1277-61, documento acostado às fls. 50-51.

executadas pela ALESE, dependendo do cumprimento dos requisitos legais e da autorização discricionária em ato conjunto do Presidente e do 1º Secretário, porquanto não são qualificadas como emendas impositivas.

Declaro, pois, que o envio dos recursos às entidades beneficiadas com emendas parlamentares, que destinam verbas do orçamento a título de subvenção social, depende exclusivamente da autorização discricionária do Presidente e do 1º Secretário da ALESE, posto que qualquer dispêndio financeiro somente pode ser realizado por ato conjugado de ambos, consoante exigência dos arts. 21, VI, “j” e 25, XII, do Regimento Interno da Casa.

Também a declaração firmada por Maria de Lourdes Soares, Diretora do Departamento Financeiro da Alese, de 27.1.2015, dando conta de que várias entidades não receberam as verbas indicadas em emenda¹⁷.

Portanto, presente a independência da presidente e do primeiro-Secretário, pelas sucintas razões acima expostas, a evidenciar a complexidade do ato, aplica-se a jurisprudência consolidada desta Corte Superior no sentido de que, para os fins do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997, é obrigatório o chamamento ao processo, na condição de litisconsorte passivo, daquele que, *dotado de autonomia funcional*, dá concretude à conduta que se tem por vedada.

Nessa linha, cito o seguinte precedente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE):

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito e vice. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência.

1. *Para os fins do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997*, há que se distinguir as situações em que o agente público que executa a conduta vedada atua com *independência* em relação ao candidato beneficiário, *fazendo-se obrigatória a formação do litisconsórcio*, e aquelas em que ele atua como simples mandatário, nas quais o litisconsórcio não é indispensável à validade do processo.

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 311-08/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16.9.2014 – grifei.)

¹⁷ Documento juntado à fl. 645 do AI nº 1286-23 (a ser recebido como recurso ordinário).

E, na dicção do art. 73, § 12, da Lei nº 9.504/97, o termo final para o manejo da representação por conduta vedada é a data da diplomação, o que implica, em cada um dos casos ora examinados, o pronunciamento, pelo TSE, da nulidade dos acórdãos recorridos (ante a existência de defeito processual), bem como o reconhecimento da decadência, com a extinção dos feitos.

De toda sorte, até para se chegar ao encaminhamento ora proposto, cumpre examinar outro aspecto ressaltado no voto do relator, qual seja, a eventual eficácia do julgado apenas àqueles que foram citados.

Nesse sentido, prossigo.

1.2 – Da [in]aplicabilidade do art. 115, II, do NCPC

Sobre a possibilidade de aplicação, *in casu*, do regramento contido no art. 115, II, do Código de Processo Civil (CPC/2015), rogo vênha para também divergir.

A propósito, eis a integral redação desse dispositivo legal:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

1.2.1 – Incompatibilidade do novidadeiro regramento processual com o Direito Eleitoral

De início, sobre o relevante ponto da convivência das normas processuais civis com o arcabouço normativo eleitoral, peço escusa para reproduzir trechos de singelo estudo de minha lavra, o qual, para grata surpresa, foi citado em parecer da Assessoria Especial do TSE, bem como no voto do e. Ministro Dias Toffoli, no PA nº 84-36, sessão de 10.5.2016, que versou sobre diretrizes gerais para aplicação no Novo Código de Processo Civil (NCPC) na Justiça Eleitoral:

[...] o Código de Processo Civil desde sempre foi aplicado subsidiariamente aos feitos eleitorais. Aplicação subsidiária que sempre propugnou pela existência de dois requisitos: (i) *lacuna* e (ii) **compatibilidade sistêmica**.

Foi, assim, por exemplo, que restaram introduzidas, no sistema processual eleitoral brasileiro, inúmeras novidades trazidas à baila em reformas pontuais empreendidas no sistema processual comum, a exemplo do efeito interruptivo dos embargos de declaração, da técnica de retenção do recurso especial eleitoral dirigido contra decisões interlocutórias, da ampliação do rol de documentos de traslado obrigatório na formação de agravo de instrumento manejado em face de decisão que implicava a negativa de seguimento de especiais eleitorais e, mais recentemente, da introdução na seara eleitoral da figura do agravo nos próprios autos, de que cuidou a Lei nº 12.322/2010.

Para aplicar as novas nuances processuais comuns aos processos eleitorais, a Justiça Eleitoral sempre se perguntou:

a) Há norma processual eleitoral específica?;

b) *A importação subsidiária implica desarmonia sistêmica?*

E conviveram muito bem, assim, em simbiose, os sistemas processuais civil e eleitoral. Décadas a fio. Sem sobressaltos.

[...]

No NCPC, o legislador foi além. Não se contentou com a aplicação “subsidiária” do processo civil aos processos eleitorais. Cogitou também da chamada aplicação “supletiva”, a significar algo bem diferente. E aqui reside o nó interpretativo.

Aplicação subsidiária e aplicação supletiva têm o mesmo significado?

Na doutrina, não.

A primeira pressupõe vazio normativo no sistema para o qual está sendo importada a novidade. A segunda pressupõe alguma estrutura normativa, normalmente incipiente, atrofiada, desatualizada, a ser corrigida, complementada, aprimorada pela norma estrangeira.

Em outras palavras: na aplicação supletiva, a norma importada é acoplada a uma norma imperfeita já existente, aprimorando-a, compatibilizando-a com os novos tempos.

A alusão à aplicação supletiva do NCPC aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, aliás, guarda correspondência com a ideologia subjacente ao novo diploma processual de se intitular uma espécie de “teoria geral do processo”, aplicável, em maior ou menor grau, mas “na máxima extensão” possível, a todos os setores processuais específicos, doravante mais dialogados, mais harmonizados entre si.

A leitura dos primeiros artigos do NCPC fomenta tal impressão. Perceba-se, por exemplo, que, no art. 1º, está vertida a regra segundo a qual “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil...”. Também são intuitivas as normas erigidas nos arts. 6º, 7º e 8º, no sentido de uma aplicação

por assim dizer mais “monolítica” do sistema processual, justamente na linha do que desejou o texto constitucional atual (CF/1988) quando promoveu uma visível aproximação sistemática entre processo judicial e administrativo, especialmente no art. 5º, incisos LV e LXXVIII.

Relembre-se que, no âmbito do processo administrativo, ganham força teorias segundo as quais a Teoria Geral do Processo abrangeria não só o processo judicial (Civil, penal e trabalhista), mas também o processo administrativo. Isso diante de certa uniformidade temática, concretizada não só a partir de princípios semelhantes (legalidade, motivação, ampla defesa, contraditório, etc.), mas também de institutos congêneres, tais como competências, impedimentos e suspeições, forma, tempo e lugar dos atos processuais, instrução, decisão, etc.

[...]

Tal o quadro, é inegável que o NCPC (art. 15) merece interpretação ao mesmo tempo amistosa e obsequiosa da ampliação do seu espectro de incidência “além-muros”.

O problema é que o legislador, ao abrir o art. 15, fez uso da expressão “na ausência de normas que regulem processos eleitorais...”.

Ficam as dúvidas: o legislador deu com uma mão e tomou com a outra? Aniquilou a aplicação supletiva, a pressupor justamente o contrário, ou seja, a existência de normatividade própria, ainda que atávica, atrofiada, crescentemente incompatível com os novos tempos? Ou, ao contrário, pretendeu ser redundante? Para remarcar, ainda que fora da boa técnica legislativa, a necessidade de uma aplicação generalizada?

Potencializada a primeira parte do art. 15, o NCPC não teria grande impacto nos feitos eleitorais. No sistema processual eleitoral, não há falar em “ausência de normas”. Mesmo à míngua de um Código de Processo Eleitoral, o Direito Processual Eleitoral, seja ele Administrativo ou Judicial, convive (bem) com um sem número de leis eleitorais processuais, encetadas principalmente no Código Eleitoral, na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), na Lei das Inelegibilidades (Lei nº 64/1990) e na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995). E a jurisprudência da Justiça Eleitoral, principalmente a do Tribunal Superior Eleitoral, nas últimas décadas, tem feito um esforço hercúleo, com certo êxito, para harmonizar e compatibilizar as diversas leis processuais eleitorais.

De outro lado, superestimada a parte final do dispositivo, fincada na parelha *subsidiariedade/supletividade*, abrir-se-ão as comportas do Direito Processual Eleitoral para uma avalanche de novidades, *algumas das quais de compatibilidade sistemática e principiológica duvidosa*, sobretudo em ano eleitoral.

Naquela ocasião¹⁸, este Tribunal Superior não se pronunciou especificamente sobre o art. 115 do NCPC, mas adotou, entre outras, duas importantes tônicas, a saber: (i) as regras do NCPC aplicam-se de forma supletiva e subsidiária aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, *desde que haja compatibilidade sistêmica* e não amesquinhem o postulado da celeridade processual; e (ii) traçadas as orientações gerais, não se interditaria que questionamentos outros quanto à aplicação do novo *codex* viessem a ser oportunamente submetidos à apreciação da Corte, *inclusive a partir da análise de casos concretos*.

Essa orientação, naquilo em que aplicável, *em razão do fator tempo*, deve igualmente reger o diálogo com o agora revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973).

Pois bem. Adotado esse norte interpretativo, verifica-se, a meu juízo, haver incompatibilidade sistêmica do art. 115 do CPC/2015, ao menos do seu inciso II, com as normas gerais e específicas que regem o Direito Eleitoral.

Como bem pontuam André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra, na obra coordenada por Luiz Fernando Pereira – *O Direito Eleitoral e o novo Código de Processo Civil*¹⁹, “o sistema processual eleitoral tem regras próprias e concebidas à tutela de um Direito Material com características e princípios específicos que impedem a automática aplicação subsidiária do CPC”.

No exame detido das condutas vedadas, bem como das demais representações e ações eleitorais das quais possam advir cassação de mandato e inelegibilidade, inclusive a reflexa, parece-me que a intenção do legislador – e assim restou estampada na jurisprudência desta Corte – foi não atribuir ao legitimado ativo da causa a faculdade de indicações seletivas, seja por equívoco, seja por interesses próprios, alguns até não republicanos, daqueles que deverão, ao fim e ao cabo, responder por eventual ilícito, haja vista que o bem tutelado refoge ao

¹⁸ Esclareça-se que não tomei assento nessa deliberação, pois atuava como membro substituto no TSE. A composição titular da época era a seguinte: Ministro Dias Toffoli (Presidente), Ministro Gilmar Mendes, Ministro Luiz Fux, Ministro Herman Benjamin, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro Henrique Neves da Silva e Ministra Luciana Lóssio. Data da sessão plenária: 10.5.2016.

¹⁹ TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84.

campo do privado, por se cuidar da soberania popular, esta traduzida na lisura do pleito, de caráter público e geral.

Deveras, processo civil e processo eleitoral instrumentalizam direitos materiais substancialmente distintos. Enquanto o processo civil dá natural concretude a direitos materiais individuais, privados, marcados pela nota da disponibilidade, *o processo eleitoral perfectibiliza, em juízo, direitos materiais supraindividuais, públicos, adstritos à tônica da indisponibilidade.*

É certo que em casos específicos o autor é o Ministério Público, cabendo-lhe, por definição constitucional, a defesa da ordem jurídica, mister que desempenha com total independência e autonomia, nele repousando a certeza de um proceder calcado na mais absoluta probidade e retidão.

Contudo, eventual entendimento jurisprudencial aqui fixado será horizontalmente aplicado a situações de mesmo substrato, independentemente do autor da ação, desde que legalmente legitimado ao seu ajuizamento.

Nessa toada, permitamo-nos, por um breve momento, divagar sobre a seguinte situação hipotética, a qual melhor retratará a preocupação deste julgador: imaginemos que a presente representação tivesse sido ajuizada pelo partido político do presidente da Alese, mantida, no mais, toda a narrativa. Nesse quadro, o ajuizamento da medida judicial em face tão somente do deputado proponente, sem integralização do polo passivo justamente por agente político filiado ao representante, seria adequado e suficiente ao resguardo do bem tutelado nas ações eleitorais? Entendo que não. Principalmente nas representações por conduta vedada, sobre as quais o legislador foi preclaro e firme ao dispor que a infração resultará em sanção ao conjunto de atores implicados na prática do ato, bem como aos seus beneficiários.

Nesse sentido, sublinha-se o texto da Lei nº 9.504/1997:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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

[...]

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º *aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.*

A lei não alberga a possibilidade de chamamento e consequente aplicação de punição a apenas uma parcela dos responsáveis. Ela é cogente em sentido inverso: comprovada a conduta, dela resultará penalidade a todos.

Aliás, no *leading case* do TSE, no qual fixada a obrigatoriedade de formação do litisconsórcio passivo, referindo-me ao RO nº 1696-77/RR, relatado pelo e. Ministro Arnaldo Versiani, DJe de 6.2.2012, essa circunstância não passou despercebida no voto do relator. Confira-se:

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

Sua Excelência ressaltou, ainda, a impossibilidade de se determinar, por exemplo, a suspensão da conduta tida por vedada se o responsável (ou um deles) não integrar o polo passivo da representação:

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

No caso concreto, a quem se dirigiria eventual determinação de sustar os repasses ainda pendentes de ordem de saque? Ao respectivo proponente, cuja participação se exauriu em 2013, ou à presidente da casa, dotada de atribuição expressa para autorizar (ou não) o pagamento?

Aliás, a não inclusão de todos contra os quais deveria a representação ter sido proposta pode inviabilizar a cabal apuração dos fatos, bem como, por via oblíqua, prejudicar a defesa dos efetivamente citados, tendo em vista que teriam que sustentar a legitimidade (ou não) de conduta alheia.

Ademais, dadas as peculiaridades ora compartilhadas, a eficácia judicial restrita aos responsáveis pela conduta vedada que integraram o feito, desprezados, em juízo sancionatório, aqueles que não foram

chamados, embora corresponsáveis, inclusive com independência funcional averbada, tal como preceituado no inciso II do art. 115 do NCPC, frustraria a concretização do processo eleitoral como importante vetor de pacificação social, pois, no senso comum, especialmente o dos eleitores, todos os agentes teriam descumprido a lei, porém a justiça acabou por recair apenas sobre alguns.

E, sobre essa questão, devem ser registradas as precisas lições doutrinárias de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco²⁰ na linha de que o direito processual, enquanto instrumento a serviço do direito material, nada mais é do que o complexo de normas e princípios que regem o “método” de trabalho chamado processo. *Assim, também ele – o processo – nada mais é do que “um instrumento a serviço da paz social”.* (Grifei.)

Por essas razões é que entendo não ser o art. 115, II, do NCPC aplicável, por incompatibilidade sistêmica, ao processo eleitoral.

E permito-me avançar por amor ao debate.

1.2.2 – Incidência do princípio tempus regit actum (se superado o óbice da incompatibilidade acima exposto)

Ainda que se entenda pela compatibilidade dos institutos, verifica-se que, na espécie, outro fator deve ser sopesado, ante a vigência das leis e sua aplicação em razão do tempo em que formalizados os atos processuais (tempus regit actum). O NCPC, por força do seu art. 1.045²¹, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, de modo que, embora aplicável aos processos pendentes (art. 1.046²²), não exime a parte do ônus de observância da regra processual vigente ao tempo do ato, sob pena, inclusive, de acarretar prejuízo ao direito de defesa da parte demandada. Tal regra está positivada no art. 14 do mesmo diploma legal, nestes termos: “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. (Grifei.)

²⁰ CINTRA, Araújo; DINAMARCO, Grinover. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46 e seguintes.

²¹ Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

²² Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Por ocasião da entrada em vigor do NCPC, *a relação processual nos feitos ora em julgamento já estava estabelecida*, com apresentação de defesa e réplica, além de instrução finda, e o que é mais agudo: *acórdãos regionais publicados e recursos ao TSE formalizados*²³.

Desse modo, caso se aplique a processualística civil, necessário observar, a meu juízo, o art. 47 do CPC/1973, e não o art. 115 do CPC/2015, de conteúdo novidadeiro quanto à opção legislativa anteriormente posta.

Veja-se a redação do revogado art. 47 do CPC/1973:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; *caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.* (Grifei.)

Por oportuno, transcreve-se a orientação perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a exemplo do REsp nº 1404796/SP, relator o e. Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* de 9.4.2014, de que, “por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada ‘Teoria dos Atos Processuais Isolados’, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos”.

Com esse mesmo norte, cita-se, ainda, o seguinte julgado do STJ:

²³ Representações ajuizadas em dezembro de 2014 (véspera da diplomação). Acórdãos regionais proferidos nos meses de novembro e dezembro de 2015. Recursos interpostos na sequência.

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL PROCESSUAL. TEMPUS REGIT ACTUM. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. CITAÇÕES REALIZADAS NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE PARANAGUÁ-PR.

1. Trata-se de conflito positivo de competência instaurado entre juízes vinculados a tribunais diversos que se declararam competentes para o conhecimento de ações conexas (ação de inexigibilidade de título e ação de cobrança). Um por se considerar preventivo pelo critério da anterioridade da distribuição da petição inicial (art. 59 do NCPC), e o outro por adotar como critério de prevenção a anterioridade da citação válida (art. 219 do CPC/1973).

2. Segundo o art. 14 do NCPC a aplicação imediata da lei nova é a regra. No entanto, deve-se respeitar as situações consolidadas sob a égide do diploma processual anterior, evitando-se que as partes se surpreendam com as novas disposições legais.

3. A redação do art. 14 do NCPC positivou a teoria do isolamento dos atos processuais, segundo a qual cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual lei o rege, sendo aplicável aquela do momento em que o ato processual foi praticado. A nova lei tem vocação para disciplinar o presente, não o passado. Doutrina e jurisprudência.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Paranaguá-PR.

(CC nº 150.904/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 28.5.2018.)

Na mesma linha intelectual, a abalizada doutrina do professor Humberto Theodoro Júnior²⁴, em cuja pena a questão é bem enfrentada:

Tendo em vista a irretroatividade da lei processual nova e o princípio do *tempus regit actum*, a lei nova sujeita-se a dupla restrição eficaz:

- a) não tem força para *invalidar* ou *reduzir efeitos* do ato processual consumado com observância dos requisitos da lei anterior; e
- b) também não tem força para **convalidar** ato processual praticado com inobservância da lei do tempo de sua consumação.

Pense-se na intimação feita na pessoa do advogado, quando a lei velha exigia que fosse pessoal à parte. Não haveria como ter como

²⁴ Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/direito%20intertemporal%20novo%20codigo.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

válido ato processual cuja consumação inobservou requisito essencial de validade pela lei do tempo de sua prática. Se tal fosse admitido, ter-se-ia reconhecido efeito retroativo à lei nova, para salvar ato inválido, segundo a lei do momento de sua consumação, em frontal conflito com a norma constitucional que não tolera a eficácia retroativa na espécie, mormente, se se levar em conta que a parte contrária seria prejudicada, por prejuízo de sua situação processual provocada pela preclusão ocorrida contra o agente do ato inválido e em favor da contraparte.

Sendo assim, é correto reconhecer a existência de duas regras de direito intertemporal diante do ato processual consumado ou extinto sob o regime da lei de seu tempo:

- a) a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada;
- b) a lei processual nova não retroagirá para **invalidar** ou **convalidar** ato processual consumado no império da revogada. (Grifei.)

E as anotações do Professor Luiz Guilherme Marinoni²⁵, em obra intitulada *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*, na qual realça que “o art. 14 [do] CPC densifica na legislação infraconstitucional o direito fundamental à segurança jurídica processual, especialmente no que tange à observância do direito processual adquirido, do ato processual perfeito e da coisa julgada. Existem, portanto, não apenas direitos adquiridos no plano do direito material, mas também direitos adquiridos processuais”.

É que não se pode transmutar o tempo em fonte de insegurança. Ao revés, deve ele inspirar e irradiar sobre os jurisdicionados a necessária (e impostergável) garantia de estabilidade processual, ainda que o direito material seja de natureza pública, e não privada, e que o bem tutelado seja de interesse coletivo, e não individualizado (ou individualizável). Não por outra perspectiva é que se colhem, do ordenamento jurídico, e com muito relevo no Direito Eleitoral, *os institutos da decadência e da preclusão*, entre tantos outros.

Aliás, em matéria processual própria da seara eleitoral, deve-se rememorar que este Tribunal Superior deixou de assentar a nulidade de

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 214.

acórdãos regionais que importaram a cassação de registros, diplomas ou mandatos eletivos, proferidos antes da vigência do § 4º do art. 28 do Código Eleitoral, inserido pela Lei nº 13.165/2015, e que prevê a necessidade de quórum completo naquelas cortes, exatamente em atenção ao princípio do *tempus regit actum* (REspe nº 483-69/PI, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 26.11.2015).

De igual forma, prevaleceu o entendimento, também com supedâneo no postulado do *tempus regit actum*, de que, no tocante aos recursos em representação por conduta vedada, o prazo para a sua interposição seria de 24 (vinte e quatro) horas, previsto no art. 96, § 8º, da Lei nº 9.504/1997, e não de 3 (três) dias, advindo da inclusão, por força da Lei nº 12.034/2009, do § 13 ao seu art. 73, uma vez manejado em data anterior à da sua vigência (RO nº 23-62/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.9.2013).

Há igualmente outros exemplos de sua aplicação pelo TSE.

Nesses casos, importa salientar, a aplicação do citado princípio foi rigorosa e contrariou, *porque assim ditado pelo direito*, a linha de defesa traçada pelos então acusados. Logo, talvez até com maior razão (preservar, o quanto possível, o resultado emanado das urnas), deve o Tribunal, também em prol da defesa, ser rígido quanto à sua observância, ainda que dela resulte, como seria o caso, a decadência das representações em exame.

E, ao se aplicar a regra então vigente (art. 47 do CPC/1973), disso resultará que os acórdãos regionais foram, todos eles, proferidos sem a perfectibilização da relação processual com os litisconsortes passivos necessários, o que conduz, reitera-se, à conclusão de que devem ser anulados porque ineficazes *ex lege*, sendo impassíveis de repetição nesta data.

Precisamente sobre a regulamentação contida no revogado CPC, colhem-se, uma vez mais, as precisas observações de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁶, professores acima referidos, que estão assim resumidas:

A obrigatoriedade da formação de litisconsórcio diz respeito à legitimação para agir em juízo, *dependendo da citação de todos os consortes para a causa a eficácia da sentença*.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 4. tiragem. São Paulo: RT, 2008, p. 132-133, nota 1 ao Art. 47 do CPC.

[...]

Sentença prolatada na ausência de um litisconsorte necessário é *inutiliter datur* (*dada inutilmente*, STJ, 1º Turma, REsp 753.340/RJ, Min. Luiz Fux, j. 08-05.2007, DJ 11.06.2007, p. 269), sendo de todo inválida (STJ, 5ª Turma, REsp 793.920/GO, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 16.05.2006, DJ 19.06.2006, p. 198). O vício da decisão pode ser levantado em qualquer tempo e grau de jurisdição, não lhe apanhando a preclusão (STJ, 1ª Turma, REsp 480.712/RJ, Min. Teori Zavascki, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 12.05.2005, DJ 20.05.2005, p. 207), podendo ainda ser alegado em ação rescisória (art. 485, inciso V, CPC) e em ação de querela *nullitatis insanabilis* (STF, Pleno, RE 97.589/SC, Min. Moreira Alves, j. 17.11.1982, DJ 03.06.1983, p. 7883).

1.2.3 – Necessidade de decisão uniforme para todos que deveriam ter integrado o processo (se ultrapassado o óbice da não incidência do NCPC e se decidir pela sua compatibilidade com o processo eleitoral)

Se ultrapassado o óbice da não incidência temporal do NCPC, ainda assim tenho, por convicção, que a decisão haveria de ser uniforme para todos os que deveriam ter integrado o processo: deputado proponente, presidente e primeiro-secretário da assembleia legislativa.

Isso porque, e mais uma vez renovando as mais respeitadas vênias ao entendimento exarado pelo íncrito relator, Ministro Luiz Fux, a uniformidade de que versa a lei processual civil, a meu juízo, não está atrelada à dosimetria de pena ou à eventual impossibilidade de não se poder, seja por força do princípio da proporcionalidade, seja pela impossibilidade material em relação a quem, por exemplo, não concorreu ou não foi eleito a cargo eletivo, aplicar idêntica e horizontal sanção a todos que figurem no polo passivo.

A unicidade de tratamento a que faz alusão o art. 115, I, do NCPC está relacionada, no meu entendimento, à necessidade de, ante a comprovação do ilícito, sobretudo da conduta vedada, *que é de apuração objetiva*, julgar-se a representação procedente em relação a todos os responsáveis pela sua prática, bem como, nos limites da lei, ao mero beneficiário, nos termos dos §§ 4º, 5º, 6º e 8º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, o que entendo ser exatamente o caso retratado nos presentes autos.

Aliás, sequer poderia ser diferente. Para exemplificar, nos casos em apreço, a então Presidente da Alese, se citada em cada um dos feitos,

poderia ser considerada, eventualmente, reincidente em relação àqueles já julgados, o que, com arrimo no § 6º do aludido dispositivo²⁷, conduziria à aplicação da sanção de multa em patamar mais elevado. Inobstante a isso, não seria a hipótese de se cogitar de decisão não uniforme, a atrair o permissivo inscrito no inciso II do art. 115 do citado diploma processual (eficácia contida).

E para demonstrar que a procedência da representação por conduta vedada sequer conduz forçosamente à uniformidade de sanções (também na sua graduação), oportuno lembrar precedente desta Corte no qual restou decidido que “cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, *de acordo com a capacidade econômica do infrator*, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu” (Rp nº 2959-86/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 17.11.2010 – grifei).

Assim, mesmo ao se aplicar a teoria da asserção, com base na qual as condições da ação devem ser aferidas, *sempre em tese*, a partir das afirmações deduzidas na petição inicial, verifica-se que, na espécie, o próprio autor das representações, para além de indicar ato vedado por parte dos deputados proponentes, cuidou de narrar, em contornos muito assertivos, que a recomendação por ele expedida – *e dirigida à então Presidente da Alese*, “não obteve qualquer valia, haja vista que efetivamente foram realizados, ao menos parcialmente, os repasses das citadas verbas” (item 34 – comum às petições iniciais contidas em cada um dos processos apregoados), a evidenciar, *na via abstrata*, a corresponsabilização (ao menos) de quem não foi chamado a tempo e modo para integrar o polo passivo da demanda judicial.

Seria, portanto, aplicável a solução do inciso I do art. 115 do NCPC, e não aquela inaugurada no inciso II, o que também me leva a divergir.

1.3 – Conclusão do voto quanto à preliminar de nulidade por ausência de integralização do polo passivo

Ante o exposto, e sem, uma vez mais, deixar de ressaltar a verticalidade do voto proferido por Vossa Excelência, Senhor Presidente, inauguro

²⁷ Art. 73 [...]

§ 6º. As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

divergência para *acolher a preliminar de nulidade processual*, decorrente da deficiente formação do polo passivo das representações em tela, *reconhecendo*, com isso, *ex vi* do art. 73, § 12, da Lei nº 9.504/1997, *a decadência do direito de agir no manejo dessas medidas judiciais*, da qual resulta a extinção processual com resolução de mérito (art. 487, II, do CPC).

É como voto no exame da preliminar.

VOTO (VENCIDO)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, louvo o voto de Vossa Excelência e também o voto percuciente, minucioso e competente do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, mas, em especial, parabênzo os advogados e a advogada que ocuparam a tribuna, pela beleza das sustentações orais, feitas em duas oportunidades perante esta Suprema Corte.

Atendendo ao pedido de Vossa Excelência e observando a metodologia de votação que emprego no Supremo Tribunal Federal, quando há voto minucioso e competente do relator e a divergência está na mesma linha, já explicitadas as teses, rogo vênia ao Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto para acompanhar Vossa Excelência, entendendo que não há, com o devido respeito, incompatibilidade sistêmica do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil – que o Ministro Napoleão sempre se refere a Código Fux – com o processo eleitoral, além de entender que não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário, muito menos, unitário. E, até por essa linha, pela ausência de incompatibilidade sistêmica, aplicando o art. 115, inciso II, do CPC de 2015, rejeito a preliminar.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, eminente relator, eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, senhores ministros, procurarei ser breve, pois apenas quero alinhar a posição que tenho; em sua base compreende, desde março deste ano, o transcurso processual do feito que agora está em análise para ser desatado, uma vez

que participei das sessões anteriores e também, tal como todos os pares, assisti a exemplares e escorreitas sustentações orais, tanto dos advogados quanto do Ministério Público Eleitoral.

Na sessão última, do dia 12 de junho, Vossa Excelência, na condição de relator, superando a preliminar, apreciou questão atinente ao provimento que deferiu o recurso, para manter a cassação e a multa impostas.

O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto vem de traduzir em seu voto-vista o acolhimento de preliminar e eu também compreendo e aplaudo a verticalidade da sua análise e os diversos fundamentos. Assento que, no meu ponto de vista, não há dúvida alguma de que a solução a ser buscada para um mesmo fato que está a permitir dois olhares distintos – como não poderia deixar de ser – situa-se dentro do sistema normativo. Nem o ministro relator, nem o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto estão a negar aqui a vigência do inciso II do art. 115 do novo Código de Processo Civil.

O que está no voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que acolhe a preliminar, é a inaplicabilidade, quer pelo que Sua Excelência denomina de incompatibilidade sistêmica, quer por outros argumentos, entre eles o que deriva do conhecidíssimo brocardo *tempus regit actum*.

Da minha parte, Senhor Presidente, como está em questão não reconhecer o comando normativo do art. 115, inciso II, que nítida e inequivocamente supera a teoria clássica das nulidades, adoto, na hipótese de litisconsórcio, ainda que necessário, mas que não seja unitário, a circunstância atinente à ineficácia parcial, o que, aliás, não é novidade.

O novo Código de Processo Civil, ao assim fazer, acolheu construção doutrinária que veio alargada durante o século XX, não só no Direito Processual, mas também no direito material, como todos efetivamente sabemos.

De modo que, Senhor Presidente, sustentar a incompatibilidade sistêmica, antes de tudo, parece-me exigir precisão terminológica, porque, aqui, não estamos falando exogenamente de sistemas tais como na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que trata do acoplamento estrutural entre os sistemas da sociedade e do sistema normativo.

Estamos discutindo algo intrassistemático, ou seja, trata-se de tema endonormativo e, portanto, trata-se de sustentar que a regra do Código

de Processo Civil seria, ao se dirigir à ambiência da legislação eleitoral, regra que encontraria hostilidade sistemática – e não sistêmica –, que acarretaria na sua inaplicação.

Para que esse raciocínio pudesse, quiçá, ser formulado de tal modo que, com o devido respeito, solidamente se sustentasse, seria necessário evidenciar que, do ponto de vista de um pensamento sistemático – especialmente nesse caso, como se conhece muito no Brasil das lições de Canaris, para citar um autor estrangeiro, ou do professor Juarez Freitas, autor das terras do Rio Grande do Sul, também nacional e internacionalmente muito conhecido –, pudesse, obviamente, fornecer diferenças tais quanto à natureza, à função e à estrutura, para evidenciar que há, portanto, incompatibilidade.

Caso contrário, a reflexão sobre a incompatibilidade pode derivar de dimensão que até certo limite é legítima, mas é de discricionariedade que vai em uma zona fronteira com uma hermenêutica que, talvez, comece a desbordar do próprio sistema normativo dentro do qual a solução deva manter-se.

Por outro lado, afirmar-se da vigência, *a posteriori*, do Código de Processo civil em relação aos fatos significa adotar a teoria do isolamento dos atos processuais, ou seja, ato processual levado a efeito gera direito adquirido da parte.

Esse é outro debate em aberto. O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto tomou determinado caminho que, como não poderia deixar de ser, é seguramente sustentável, mas essa teoria de isolamento dos atos processuais, na verdade, realiza um seccionamento dos procedimentos que compõem o processo, de tal modo que chegaríamos a ponto tal em que determinado ato, praticado ou não, se gerar nulidade, gera direito adquirido à parte, a suscitar essa nulidade a qualquer tempo. Em outras palavras, acabaria o instituto da preclusão, inclusive o da preclusão *pro judicato*.

Ademais, nesse caso, as garantias constitucionais em relação a uma retroatividade mínima ou média – admitamos estar diante de uma retroatividade média, na classificação das retroatividades em mínima, média e máxima – protegeriam qual direito adquirido? Ou coisa julgada? Ou ato jurídico perfeito?

Portanto, com esses argumentos, brevemente sumariados, com todo o respeito, não vejo como sustentável acolher a preliminar, até porque há outro argumento que incide em uma contradição lógica, que é a petição de princípio. Como posso tomar uma conclusão como premissa? Ou seja, que o litisconsórcio é unitário, se não apreciamos o mérito para saber se o destino dos demandados será o mesmo?

Se se toma a conclusão como premissa e, a partir de uma conclusão a qual ainda não se chegou, como se definitiva fosse, para elencá-la à condição de premissa com todas as vênias, isso corresponde a fazer uma equação em que todos os elementos são alocados para que se chegue a uma determinada conclusão, mentalmente preordenada.

Se não bastasse isso, o voto a que Vossa Excelência fez referência incide no também conhecido brocardo *pas de nullité sans grief*. Qual é o dano que foi gerado às partes, a eventual nulidade se houvesse?

É uma pergunta que, talvez, coubesse responder.

E mais, a Súmula nº 631 do Supremo Tribunal Federal acentua que – aqui estou fazendo uma reflexão apenas *quantum satis* –, na ação constitucional do mandado de segurança, há um prazo assinalado, no qual deve ser feita a citação do litisconsorte. Que prazo foi assinalado nesse caso concreto? Parece-me que nenhum.

De modo que, com todo o respeito, vou divergir do nosso eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que é de longe uma autoridade eleitoralista, reconhecido aqui e alhures – digo isso de modo genuíno –, mas, nesse caso, parece-me até que, por alguns imperativos de ordem constitucional, caberia afastar a preliminar. Entre eles – Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, referiu-se ao *caput* do art. 37 –, moralidade administrativa objetivamente recognoscível não é uma palavra constitucional vã. Nenhum de nós tem essa expressão à disposição para fazer leituras morais à Constituição. Não se trata disso. Moral é uma coisa e direito é outra coisa. Mas moralidade administrativa objetivamente cognoscível é princípio jurídico de caráter vinculante.

Sem falar ainda do inciso LXXVIII, que trata da duração razoável do processo. Aqui estamos a reconhecer preliminar que levará em conta, como consequência prática, que a própria Justiça reconhece que não consegue realizar a justiça, por estarmos a reconhecer que o fluir do lapso temporal impedirá sancionar quem, em tese, seria – digamos – sancionável.

Então, considerando a ausência de regra específica na legislação eleitoral que afaste o inciso II do art. 115 do Código do Processo Civil, ou seja, a falta daquilo que, na teoria norte-americana, se denomina de *clear statement rule* – aqui não há regra clara, na seara específica, que afaste regra processual geral, há a interpretação, que obviamente respeito, do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto –, com todas as vênias, supero a preliminar e acompanho o eminente relator.

Peço desculpas por ter me alongado, mas fui convocado desde a primeira sessão e me vinculei a votar nesse processo e, a rigor, estou prestando contas de outro dever constitucional, que é o dever de fundamentação das decisões, como, aliás, sempre tenho feito.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, ouvi com muita atenção tanto as falas dos ilustres advogados, da tribuna, quanto o voto do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e o do eminente e sempre referenciado Ministro Edson Fachin, que me permitiram assimilar informações deveras importantes de esclarecimentos estratégicos para a compreensão desse tema.

Não há dúvida nenhuma de que o Novo Código de Processo Civil, pelo seu artigo 115, inciso II, praticou no sistema processual o que se tem chamado habitualmente de “evolução por inovação,” em vez daquela evolução clássica que se dá por superposição de pensamentos, ideias e estratégias sobre seus similares do passado.

Concordo inteiramente com as observações feitas pelo eminente Ministro Edson Fachin com relação à primazia que deve ter e que tem, efetivamente, a verba constitucional, que protege a moralidade pública.

A questão que se põe para mim é saber se seria possível, em alguma situação específica, atender a essa exigência, apesar de alguns empecilhos, obstáculos ou barramentos de natureza processual.

Senhor Presidente, eu participei no STJ de uma discussão sobre o caso de Bacabal/MA. No STJ entendi que deveria aplicar-se o novo Código de Processo Civil, que outorgava o prazo de 15 dias úteis para o recurso, e fui

vencido. Afirmou-se que deveria ser aplicado o Código de Processo Civil de 1973, que preconizava 15 dias corridos, e também fiquei vencido.

O Superior Tribunal de Justiça, bem conhecido pelo Ministro Jorge Mussi, editou o Enunciado nº 2, que dispõe expressamente que o código que vai reger a matéria processual e recursal é o vigente na data da aprovação da decisão. Nesse ponto eu também fui vencido. Mas nós temos essa regra, o Enunciado nº 2, que dispõe que essa matéria se rege pelo CPC/1973.

O CPC/1973, inegavelmente, estabelece o requisito da integração universal de todos os litisconsortes. O CPC/2015 não, ele dispõe, sabiamente, que, não havendo a integração de todos, será ineficaz a decisão para todos os que não foram citados.

Temos seguido essa diretriz no STJ, e não ressalvo mais o meu ponto de vista, pois é desnecessário e inconsequente. Já tentei mais de uma vez alterar o enunciado, pois ele terminou por postergar o início da vigência do CPC/2015.

Seguramente, o Ministro Jorge Mussi poderá fazer alusão a isso e confirmar o que estou dizendo. Há esse e outros enunciados de natureza processual. De forma que eu faço a maior reverência possível, intelectualmente falando, à inovação trazida pelo artigo 115, inciso II, do CPC/2015. Penso que é uma evolução por inovação absolutamente preciosa, valiosa, útil, dinâmica, científica.

Eu tenho essa marra do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu aplicar o Enunciado nº 2. Terei de ficar em situação embaraçosa, no mínimo, diante dos jurisdicionados que me veem votando de um jeito no STJ e de outro no TSE.

Senhor Presidente, como estou me despedindo do Tribunal, Vossa Excelência sabe que não foi tão suave a ascensão quanto é calma a descida, e sei que os louvores que faço a Vossa Excelência em nada acrescentam a sua reputação e a sua glória. Penso que a iniciativa de Vossa Excelência é absolutamente valiosa e admirável, mas não posso escapar do Enunciado nº 2 do STJ, ou terei de mudar lá também. Por enquanto seguirei a orientação da douda divergência, não sem antes reverenciar o lúcido voto do eminente Ministro Edson Fachin e o alerta que ele fez para distinguir direito e moral e moralidade.

O Ministro Edson Fachin tem toda razão, é isso mesmo que tem de se fazer. Mas, nesse caso, os limites ou as possibilidades admissíveis para o trato procedimental me obriga a chegar a situação de divergir de Vossa Excelência, o que nunca faço sem muito receio e, como diz o Ministro Luís Roberto Barroso, com a sensação de que estou fazendo algo errado.

Peço vênia a Vossas Excelências, Ministros Luiz Fux e Edson Fachin e também à eminente Ministra Rosa Weber, para acompanhar a divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, em que pese o judicioso voto de Vossa Excelência, peço as mais respeitosas vênias para acompanhar a divergência.

Conforme bem relatado nos votos que me antecederam, a hipótese dos autos cuida em síntese de 22 representações propostas em desfavor de candidatos aos cargos de deputado federal e estadual de Sergipe nas Eleições 2014 por suposta prática da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997.

A conduta que lhes é atribuída é, em suma, a mesma: a Assembleia Legislativa de Sergipe disponibilizou a cada um de seus deputados quota anual de R\$1.500.000,00 para uso em favor de entidades de classe e assistencialistas por eles indicadas, o que, segundo se alega, teria ocorrido com nítido viés eleitoreiro.

Nesse diapasão, os candidatos recorrentes apontam – dentre inúmeras preliminares – nulidade processual por ausência de citação do Presidente e do Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe, ordenadores e executores do orçamento daquela Casa, os quais seriam litisconsortes passivos necessários.

Em outras palavras, sustentam que a liberação das verbas impugnadas na espécie dependia, primordialmente, da atuação das referidas autoridades, as quais, portanto, deveriam ter integrado a lide.

De fato, consoante remansosa jurisprudência, nas representações para apuração de condutas vedadas, há litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiário e o agente público responsável pelo ilícito (RO 1696-77/RR, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 6.2.2012, *leading case* sobre a matéria).

Segundo se decidiu no julgado em comento, tal conclusão decorre inicialmente da leitura dos §§ 4º e 8º do art. 73 da Lei 9.504/1997, os quais dispõem que o agente público responsável pela conduta vedada estará sujeito à sanção de multa.

Assim, sendo expressa a previsão de sancionamento do agente público que cometeu o ilícito, não haveria sentido lógico em não citá-lo para compor o polo passivo da representação.

Além disso, assentou-se a incidência do disposto no art. 47 do CPC/1973, segundo o qual *“há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”*.

Em suma, duas espécies de representados devem integrar o polo passivo das representações por conduta vedada: o agente público que cometeu o ilícito e o candidato beneficiário (que, em diversas ocasiões, também vem a ser coautor).

Essa jurisprudência, firmada a partir das Eleições 2010, foi mantida para os pleitos subsequentes – por exemplo, o AgR-RO 4888-46/AM (rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 11.4.2014) – e foi, inclusive, estendida para os casos de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) por abuso de poder (art. 22 da LC 64/1990).

Ainda na seara jurisprudencial, frise-se que esta Corte já decidiu que *“há que se distinguir as situações em que o agente público [...] atua como simples mandatário, nas quais o litisconsórcio não é indispensável à validade do processo”* (AgR-REspe 311-08/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16.9.2014).

Diante de todo esse contexto legal e jurisprudencial, entendo que, no caso, *afigurava-se imprescindível a citação do Presidente e do Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe* – ordenadores e executores do orçamento daquela Casa – para compor a lide como litisconsortes passivos necessários.

Com efeito, a liberação e o repasse de verbas de subvenção pela Assembleia Legislativa – e sua respectiva fiscalização – constituem *ato administrativo complexo*, que, como se sabe, é aquele cuja vontade final da administração pública exige a intervenção de agentes ou órgãos

diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações²⁸.

Essa característica, na hipótese específica dos autos, exsurge de modo cristalino da leitura do art. 21 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa:

Art. 21. *São atribuições do Presidente*, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas:

[...]

VI - Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

j) *autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia; [...].* (Sem destaque no original.)

Assim, tem-se que a movimentação dos recursos da quota anual de R\$1.500.000,00 destinada a cada um dos deputados estaduais de Sergipe requer a conjugação da vontade do parlamentar – que apresenta a emenda orçamentária – e dos responsáveis por sua execução, quais sejam, o Presidente e o Primeiro Secretário, que também têm por dever legal fiscalizar a correta aplicação de tais verbas.

Em outras palavras, a utilização da quota em favor das entidades não dependia de simples indicação do parlamentar, mas de efetiva autorização do Presidente e do Primeiro Secretário.

Frise-se que o próprio TRE de Sergipe, ao enfrentar a matéria, assentou tal circunstância ao consignar que “é certo, formalmente está a Mesa Diretora investida de atribuição para em tese obstar [...] o recebimento dos recursos”.

Acrescente-se que, conforme consta dos autos, um dos Deputados Estaduais chegou a requerer que se cancelasse o repasse a uma das entidades por ele indicadas, não tendo sido, contudo, atendido pela Mesa da Assembleia, o que reforça o caráter complexo do ato administrativo.

Por fim, há de se ressaltar duas relevantes circunstâncias delineadas no voto-vista do e. Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 136.

A primeira delas diz respeito ao fato de que o Ministério Público de Sergipe expediu recomendação à Presidente da Assembleia Legislativa no sentido de que não se liberassem as verbas, o que, a meu sentir, realça que o uso dos recursos não se condicionava à mera indicação por cada um dos parlamentares.

A segunda, por sua vez, consiste na inaplicabilidade ao caso dos autos do art. 115, II, do CPC/2015, segundo o qual “a sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será [...] ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados”.

Com efeito, na data de propositura da representação – no ano de 2014 – ainda não vigia em nosso ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil, o que ocorreu somente a partir de 2016.

Dessa forma, no caso dos autos incide o já citado art. 47 do CPC/1973, segundo o qual, reitere-se, há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, de modo que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes.

Em conclusão, diante dos fundamentos acima expostos, pronuncia-se a nulidade processual por falta de citação, como litisconsortes passivos necessários, do Presidente e do Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe.

Ainda que superado esse óbice, entendo que no mérito também assiste razão aos recorrentes.

O exame pormenorizado das condutas não permite, a meu sentir, aferir com segurança a prática de ilícito *sob o viés eleitoral* em relação a quaisquer dos repasses efetuados com base na quota individual de cada parlamentar.

Em maior ou menor grau, embora inexista dúvida do caráter reprovável da conduta sob, por exemplo, o aspecto da probidade administrativa, o *telos* do § 10 do art. 73 da Lei 9.504/1997 é salvaguardar a lisura do pleito e a paridade de armas de programas assistenciais de cunho oportunista, por meio dos quais se manipula a miséria humana e a negligência do Estado em áreas sensíveis como, por exemplo, saúde e educação (a título demonstrativo, cito o REspe 45-35/MG, de minha relatoria, com julgamento concluído em 19.6.2018).

Nesse contexto, chamam a atenção as circunstâncias destacadas em vários dos casos julgados pelo TRE/SE no sentido de que: a) não há prova concreta de como os recursos foram distribuídos no caso de algumas das instituições; b) várias das entidades beneficiárias não eram de assistência social; c) pessoas ligadas aos Deputados – e não entidades sociais – receberam as verbas.

Desse modo, embora reitere o caráter reprovável do uso do dinheiro público, não vislumbro, no caso específico dos autos, o aspecto eleitoral da conduta a atrair a competência desta Justiça Especializada, inexistindo material probatório robusto a ensejar a grave sanção de perda de diploma.

Ante o exposto, *peço vênias para acompanhar o voto divergente do e. Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto* para dar provimento aos recursos ordinários, nos seguintes termos: a) acolher a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, reconhecer a decadência do direito de agir e extinguir o processo com resolução de mérito (art. 487, II, do CPC/2015); b) caso superado esse óbice, afastar a configuração da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997.

É como voto.

VOTO (PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, eminentes pares, *acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho.*

Dada a relevância do caso, *igualmente traço semelhantes considerações acerca da preliminar alusiva à falta de formação do litisconsórcio passivo necessário.*

Na espécie, o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe entendeu desnecessária a formação do litisconsórcio passivo entre o presidente da Assembleia Legislativa e os deputados responsáveis pelas emendas, uma vez que sua atuação teria sido meramente burocrática e protocolar.

O eminente relator, Ministro Luiz Fux, após considerar que o atuar da Corte de origem estaria de acordo com a teoria da asserção, consignou que “não existe litisconsórcio necessário quando os agentes públicos excluídos da inicial não são os verdadeiros responsáveis pelo ilícito investigado, isto

é, quando não praticaram sponte propria os verbos nucleares da conduta (REspe nº 762-10, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.03.2015), o mesmo ocorrendo quando o agente público não atua com total independência em relação ao candidato beneficiário da conduta vedada (AgR-REspe nº 31.108/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.09.2014)” (RO 1272-39, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.6.2018).

Sua Excelência considerou, ainda, que “a consequência da não citação de eventuais responsáveis pela prática de ilícitos para a composição do polo passivo em ações eleitorais nas quais o resultado pode, em relação aos potenciais imputados, ser diverso resume-se à impossibilidade de que os efeitos da sentença os alcancem, em virtude da impossibilidade de que se submetam à autoridade da coisa julgada. Cristalina, nesse sentido, a solução determinada pelo art. 115 do CPC”.

Com a devida vênia, igualmente tenho compreensão diversa.

Pelo que se depreende dos autos, a conduta tida como vedada foi a distribuição de subvenção social, autorizada pela Lei 5.210/2003, por meio de emendas ao orçamento pelo parlamentar, e a posterior liberação da verba pela Presidência e 1ª Secretaria da Assembleia Legislativa.

Segundo consta do acórdão – também indicado em memoriais –, o parlamentar apresentava emenda ao orçamento da Assembleia, o que, no caso, ocorreu ainda em 2013, ocasião em que também já indicava qual entidade de utilidade pública seria a beneficiada. Após aprovado o orçamento, cabia à Presidência da Assembleia Legislativa a liberação dos recursos, quando então eram distribuídos.

A despeito da relevante discussão a respeito da possibilidade de as subvenções sociais poderem ou não ser enquadradas no tipo do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997, fato é que a conduta vedada, caso existente, se caracterizaria no momento da distribuição, isto é, no instante em que a Presidência da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, exercendo o seu mister de ordenadora de despesa, liberasse as verbas à entidade previamente indicada pelo parlamentar.

Assim, o autor da suposta conduta vedada, *aquele a quem cabia distribuir ou não os recursos, era o ocupante da referida Presidência*, circunstância amplamente conhecida no Estado de Sergipe, por se tratar de prática há muito consolidada (mais de 30 anos).

Não vislumbro, diante desse encadeamento dos fatos e considerando os poderes e as responsabilidades dos ordenadores de despesas, como considerar que o presidente e o primeiro-secretário da Alese atuariam como mera *longa manus* da vontade dos parlamentares, ou como simples burocratas a seu serviço.

Com a devida vênia, os precedentes indicados no voto do eminente relator tratam de situação diversa da dos autos.

Com efeito, o AgR-REspe 311-08, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, tratou de caso em que a secretária de ação social, a mando do Chefe do Poder Executivo local, distribuiu material de construção.

De igual sorte, o REspe 762-10, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tratou de situação em que se pretendia a citação do servidor cedido na apuração da conduta vedada do art. 73, III, da Lei 9.504/1997, o qual, evidentemente, não poderia ser considerado autor da conduta.

No caso, porém, a distribuição dos valores às entidades beneficiadas somente ocorria a partir de ato dos ordenadores de despesa, do Presidente e do Primeiro-Secretário da Alese, razão pela qual era essencial a inclusão de ambos como litisconsortes passivos necessários, providência a ser adotada até a data da diplomação.

Nesse sentido, cito: “Nas ações que versem sobre condutas vedadas há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os beneficiários dos atos praticados” (AgR-REspe 1135-29, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 15.8.2014).

Igualmente: “Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, há litisconsórcio passivo necessário apenas entre o candidato beneficiado e o agente público tido como responsável pelas práticas ilícitas.” (AgR-REspe 363-33, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 5.8.2014).

De outra parte, ainda que eu considere acertadas as ponderações do eminente Ministro Fux, no tocante à interpretação do art. 115 do Código de Processo Civil, entendo que a necessidade de observância do contraditório nas ações que envolvam conduta vedada, para incluir o autor da prática, tem razões que vão além da processualística civil comum. Com efeito, a matéria eleitoral tem as suas especificidades, a partir da premissa de que está em jogo a soberania popular, e não as demandas comuns, que interessam apenas às partes em litígio.

Dessa maneira, a análise atenta do precedente originário em sede de conduta vedada – que orientou todas as manifestações desta Corte a respeito da matéria –, o Recurso Ordinário 1696-77, de relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, revela que a maioria somente se formou ante a necessidade concreta, *naqueles autos*, de citação do autor da conduta vedada, sob pena de violação ao contraditório^{29, 30 e 31}.

Na ocasião, ficou vencida a ótica do eminente Ministro Marco Aurélio, que aplicava rigorosamente o disposto no art. 47 do Código de Processo Civil de 1973 e que excluía dos casos de conduta vedada a necessidade de formação de litisconsórcio, considerando a condenação eficaz em relação ao terceiro beneficiário.

No entanto, a par de uma ou outra divergência quanto à base normativa, a maioria se formou no sentido de que o autor da conduta vedada, o efetivo responsável pelo ato, *é o verdadeiro réu da representação de conduta vedada*, sem o qual a relação processual não pode se desenvolver regularmente.

Além dos votos referenciados nas notas supracitadas, destaco o teor da manifestação do Ministro Marcelo Ribeiro naquela assentada:

É evidente que, se a conduta é praticada pelo radialista, ele tem de participar da lide, não só para se aplicar a eventual pena de multa, que

²⁹ A Min. Nancy Andrichi, por exemplo, consignou: “*Eu jamais aplicaria o artigo 47, mas isso não quer dizer que eu não entenda ser necessária a presença, nesta relação jurídica, do autor da conduta vedada*” (grifo nosso). E complementou: “*Abstendo-me de enquadrar no Código de Processo Civil, rogo a mais respeitosa vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para entender que, nesta relação jurídica, seja qual for o nome dado a ela, o autor da conduta vedada deve participar*” (grifo nosso).

³⁰ Por sua vez, o Min. Gilson Dipp aludiu a peculiaridades do processo eleitoral, sem se prender ao que denominou de “preciosismos” do Código de Processo Civil. Constatou do voto de Sua Excelência: “*Ele faz menção até ao artigo 47 do CPC, não importando se é litisconsórcio necessário, unitário. Há uma regra que não pode ser dissociada. Os § 4º e 8º do artigo 73 não podem estar isoladamente apreciados. Se há um beneficiário, há um autor dessa conduta que o beneficiou. Quem é o autor da conduta imputada pelos próprios representantes? Tão somente o radialista. Ninguém diz que o governador ou o vice-governador praticaram condutas vedadas*” (grifo nosso).

³¹ Já o Ministro Ricardo Lewandowski consignou: “*Senhores Ministros, também peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, não obstante os argumentos tecnicamente irrefutáveis de Sua Excelência, porque penso também que não se aplica à espécie o artigo 47 do Código de Processo Civil. Penso, data vênia, que não há de se cogitar de uma decisão uniforme da lide. O Ministro Gilson Dipp, a meu ver, disse muito bem que a legislação eleitoral tem uma disciplina específica dessa matéria, o que afasta, de certa maneira, o Código de Processo Civil para a solução desta lide.*”

[...]

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

é aplicável, como bem lembrou o eminente Relator, *mas para que se possa, inclusive, formar a certeza sobre a prática daquele ato ilícito; há de ter a presença daquele a quem é imputada a prática. Não se pode afirmar que houve ato ilícito imputado a alguém sem que esse alguém esteja no processo e possa se defender, a meu ver.*

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

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

A orientação então firmada por esta Corte, posteriormente consolidada, partiu de questões pragmáticas, que em muito afetavam (afetam) o direito eleitoral e os postulados da igualdade. Até então, nas representações por conduta vedada, o autor da representação podia, sem maiores consequências, *escolher quem poderia sofrer as consequências da lei eleitoral, selecionar quem eventualmente seria apenado com multa e quem eventualmente teria o seu registro ou diploma cassado*, hipóteses em nada compatíveis com o princípio republicano e com as especificidades do microssistema das ações eleitorais de cassação.

Além disso, a jurisprudência – que então se fixara e que hoje está consolidada – tinha como propósito, ainda que implícito, *estimular os jurisdicionados a apresentarem as demandas eleitorais de cassação de forma completa, com a perfeita integração do polo passivo, de modo a se evitar o prejuízo ao contraditório e a seleção, entre todos os adversários políticos atuais e futuros do autor da representação, daquele que perderia o mandato e eventualmente teria afetada a capacidade eleitoral passiva.*

Diferentemente do processo civil comum, a necessidade da perfeita integração da lide na seara eleitoral é ainda mais crítica, visto que o atuar do representante *pode significar impunidade*, em vista dos curtos prazos decadenciais para o maneio das ações eleitorais.

Em outros termos, falar em sentença ineficaz no processo civil, tal como consta do art. 115, II, do Código de Processo Civil, faz todo o sentido, seja pela regra da disponibilidade dos interesses discutidos naquela seara, seja pela existência de prazos decadenciais e prescricionais largos, os quais permitem a atuação subsequente dos titulares do direito material.

No processo eleitoral, por seu turno, *a não inclusão dos responsáveis pela prática da conduta vedada até a data da diplomação interdirá, em absoluto, a apuração do ilícito eleitoral em relação ao demandado e, ainda, o prejudicará substancialmente no contraditório, na medida em que o obrigará a se defender de ato que não praticou.*

Tal quadro se revela ainda mais dramático nos casos de apuração de atos caracterizadores de abuso do poder político, aos quais também se aplica a referida jurisprudência³², porquanto a aplicação radical do art. 115, II, do Código de Processo Civil levaria à invariável seleção, entre eventuais autores do ato abusivo, daquele ou daqueles aos quais se deseja imputar a sanção do art. 22, XIV, da Lei Complementar 64/1990, a qual, no caso dos não candidatos, *é a inelegibilidade.*

Repita-se: a prevalecer essa tese, de mera ineficácia da sentença em relação ao litisconsorte não citado, esta Corte poderia estar dando o primeiro passo para legitimar toda sorte de transação espúria – infelizmente ainda comuns no seio político –, no sentido de incluir ou excluir réus de demandas, do alcance da Justiça Eleitoral e da imposição de inelegibilidade, ao sabor dos interesses. Ter-se-ia adaptação do ditado popular: *aos amigos (inclusive os de ocasião), a decadência; aos inimigos, a lei.*

Sob o viés consequencialista – que visa, em última análise, tornar o mundo um lugar melhor, mediante a universalização daquilo que um sujeito racional consideraria proveitoso para ele³³ –, entendo inadequada a fixação de jurisprudência, cujos efeitos práticos implicam o afrouxamento no tocante ao ajuizamento de demandas, as quais seriam direcionadas exclusivamente em face de beneficiários, quadro deletério que a já citada jurisprudência desta Corte buscou romper.

Assim, a despeito do que consta do art. 115 do Código de Processo Civil e me alinhando a essa ótica consequencialista, entendo que deve ser mantida a jurisprudência desta Corte, no sentido da necessidade de integração tempestiva da lide dos autores da conduta vedada e do eventual beneficiário. No caso em exame, esse entendimento levaria à necessidade de citação do ordenador de despesa que efetivamente distribuiu a verba de subvenção social (Presidente e/ou Primeiro-Secretário da Alese), não podendo tais figuras ser qualificadas como meros burocratas.

³² Nesse sentido, *vide*, entre outros: REspe 843-56, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 2.9.2016.

³³ Cf. MULGAN, Tim. *The Demands of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Por essas razões, rogando vênias a quem tenha compreensão diversa, *acompanho a divergência e voto no sentido de acolher a preliminar de ausência de formação do litisconsórcio passivo necessário e, por conseguinte, assentar a decadência.*

EXTRATO DA ATA

RO nº 1277-61.2014.6.25.0000/SE. Relator originário: Ministro Luiz Fux. Redator para o acórdão: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Recorrente: Zeca Ramos da Silva (Advogados: Márcio Macedo Conrado – OAB: 3806/SE e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu a preliminar de nulidade processual decorrente da deficiente formação do polo passivo, reconhecendo a decadência do direito de agir, com a consequente extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que redigirá o acórdão. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Impedimento do Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

Notas de julgamento dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto sem revisão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5370-03.2014.6.13.0000

BELO HORIZONTE – MG

Relatora: Ministra Rosa Weber

Recorrente: Franklin Roberto de Lima Sousa

Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros

Recorrente: Márcio José Machado de Oliveira

Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros

Recorrente: Valdemiro Santiago de Oliveira

Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros

Recorrente: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual

Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros

Recorrido: Marques Batista de Abreu

Advogados: Adrianna Belli Pereira de Souza – OAB: 54000/MG e outros

Recorrido: Gustavo Marques Carvalho Mitre

Advogados: João Batista de Oliveira Filho – OAB: 20180/MG e outros

Recorrido: Franklin Roberto de Lima Sousa

Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros

Recorrido: Márcio José Machado de Oliveira

Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros

Recorrido: Valdemiro Santiago de Oliveira

Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros

Recorrido: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual

Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros

Eleições 2014. Recurso ordinário. AIJE e AIME julgadas conjuntamente. Abuso do poder econômico. Utilização de grandioso evento religioso em benefício de candidaturas às vésperas do pleito. Pedido expresso de votos. Procedência no TRE/MG. Desprovemento.

Histórico da demanda

1. Contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG) pelo qual julgados procedentes os pedidos veiculados em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) – ajuizada por candidato não eleito ao cargo de deputado estadual pelo

PTB nas eleições de 2014, à alegação da prática de abuso do poder econômico e de autoridade e de uso indevido dos meios de comunicação social, em que declarada a inelegibilidade dos investigados por oito anos e cassados os mandatos dos candidatos eleitos – interpuseram recurso ordinário Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira (eleitos deputado federal e deputado estadual, respectivamente, no pleito de 2014) e Valdemiro Santiago de Oliveira (líder da Igreja Mundial do Poder de Deus), manejado, ainda, recurso especial pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual.

2. Consta da inicial que os recorrentes teriam se utilizado de grandioso evento religioso amplamente divulgado para impulsionar as candidaturas de Márcio José Machado de Oliveira e Franklin Roberto de Lima Sousa, ocasião em que teria havido pedido expresso de votos por parte do condutor da celebração – o autodenominado “Apóstolo Valdemiro Santiago” –, intitulada “Concentração de Poder e Milagres”, realizada no dia 4 de outubro de 2014, a menos de 24 horas da eleição, em local de amplo acesso ao público – Praça da Estação, em Belo Horizonte/MG, com distribuição de material de campanha.

Do recurso interposto pelo PC do B na condição de terceiro interveniente

3. Ainda que superável a irregularidade decorrente da não indicação, pelo PC do B, da parte a quem pretende assistir, o possível assistido e autor das ações se quedou inerte, contra a decisão regional, vedada a interposição de recurso autônomo pelo assistente simples.

4. Não se evidencia, ainda, interesse jurídico direto na causa, a viabilizar a admissão como terceiro prejudicado. Deixou a agremiação de demonstrar de que forma a sua esfera jurídica seria diretamente atingida pela manutenção da cassação dos diplomas dos recorrentes. Na linha da orientação firmada por este Tribunal Superior, os votos anuláveis pertencem à legenda pela qual eleitos os parlamentares eventualmente cassados, a teor do art. 175, §§ 3º e 4º do Código Eleitoral, uma vez proferida a decisão pela Justiça Eleitoral, no caso concreto, após a realização do pleito, em 27.8.2015.

5. À míngua da demonstração do interesse jurídico, resta inviabilizado o conhecimento do recurso especial, uma vez que, na linha da jurisprudência desta Casa, “a incidência de efeitos jurídicos por via reflexa não tem o condão de possibilitar a intervenção na lide de terceiro interessado” (REspe nº 264164/RR, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* de 28.2.2014).

Da violação do direito à ampla defesa e ao contraditório

6. A ausência de juntada, na contrafé, de alguns documentos que instruíram a inicial – especialmente a mídia contendo a gravação do evento religioso – não impediu o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, presente a narração dos fatos na inicial, bem como franqueado às partes o acesso aos DVD’s colacionados com a exordial.

7. Ademais, a juntada posterior da degravação das mídias com laudo facultou a manifestação dos investigados logo no início da instrução do feito, antes das alegações finais, ausente, portanto, prejuízo que importe em decretação de nulidade.

Da imprestabilidade das provas produzidas unilateralmente

8. Não verificada a manipulação do vídeo gravado ou a alegada inconsistência técnica do laudo produzido pelo investigador, uma vez que o exame pericial apenas contextualizou os documentos fornecidos pelos recorridos, providenciada, ainda, a transcrição do conteúdo gravado nas mídias apresentadas. O laudo não trouxe, portanto, nenhum documento novo apto a alterar a formação do juízo de convicção, na origem, sobre a condenação, consistindo “em mera forma encontrada pela parte autora para expor, de forma otimizada, a documentação que considerou apta a dar suporte às suas razões iniciais”, consoante anotado pelo Órgão Ministerial.

Da nulidade na proclamação do resultado da votação no
TRE/MG

9. A retificação de voto anteriormente proferido – depois de inaugurada a divergência – é faculdade do julgador enquanto perdurar o julgamento colegiado, até a proclamação do resultado final. Jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores que veio a ser positivada no art. 942, § 2º, do CPC/2015.

Da nulidade do julgamento conjunto das ações – AIJE e AIME

10. Incontroverso que as ações ajuizadas, AIJE e AIME – a primeira em face de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira e a segunda em face de Márcio José Machado de Oliveira – dizem com os mesmos fatos no que toca à imputação de abuso de poder, decorrente de alegado desvirtuamento de evento religioso em benefício de candidaturas, verificada distinção parcial tão somente quanto às partes.

11. Nessa quadra, não há falar em nulidade decorrente do julgamento conjunto das ações, presente, na espécie, a identidade fática entre as causas de pedir, salutar a utilização da prática a evitar decisões conflitantes, ausente prejuízo para a regular instrução processual.

Da imputação de abuso de autoridade religiosa

12. O atual debate sobre os limites da interferência de movimentos religiosos no âmbito do eleitorado, com a possível quebra da legitimidade do pleito, é desafiador dentro de uma sociedade pluralista. A influência da religião na política e, na linha inversa, da política na religião, é via de mão dupla que se retroalimenta, reconhecidamente indissociável em diversas culturas.

13. Sem a emissão de juízo de valor sobre as diferentes convicções religiosas – direito fundamental protegido pela Constituição Federal – a exercerem influência sobre as opções políticas do indivíduo e, em última análise, da comunidade a que pertence, é inegável que declarações públicas de apoio ou predileção a determinada candidatura estão resguardadas pela liberdade de manifestação assegurada constitucionalmente. Além disso, tendem os indivíduos a um alinhamento natural a candidatos oriundos da fé professada.

14. A utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas, infundindo a orientação política adotada por líderes religiosos – personagens centrais carismáticos que exercem fascinação e imprimem confiança em seus seguidores –, a tutelar a escolha política dos fiéis, induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas,

primordialmente, pelo temor reverencial, não se coaduna com a própria laicidade que informa o Estado Brasileiro.

15. Diante desse cenário é que se torna imperioso perscrutar em que extensão cidadãos são compelidos a apoiar determinadas candidaturas a partir da estipulação de líderes religiosos – os quais, por vezes, vinculam essa escolha à própria vontade soberana de Deus –, em cerceio à liberdade de escolha do eleitor, de modo a interferir, em larga escala, na isonomia entre os candidatos no pleito, enfraquecendo o processo democrático.

16. A reiterada conclamação aos fiéis durante as celebrações religiosas, por seus líderes, para que suportem determinada campanha, cientes do seu poder de influência sobre a tomada de decisões de seus seguidores, é conduta que merece detido exame pela Justiça Eleitoral, considerada a nobre missão de que investida, pela Carta Magna, quanto ao resguardo da legitimidade do pleito.

17. A modificação do prisma histórico-social em que se concretiza a aplicação da norma torna imperiosa uma releitura do conceito de “autoridade”, à luz da Carta Magna e da teleologia subjacente à investigação judicial eleitoral, a revelar de todo inadequada interpretação da expressão que afaste do alcance da norma situações fáticas caracterizadoras de abuso de poder em seus mais diversos matizes – as quais manifestam idênticas e nefastas consequências –, sabido que a alteração semântica dos preceitos normativos deve, tanto quanto possível, acompanhar a dinâmica da vida.

18. Porque insofismável o poder de influência e persuasão dos membros de comunidades religiosas – sejam eles sacerdotes, diáconos, pastores, padres etc –, a extrapolação dessa ascendência sobre os fiéis deve ser enquadrada como abuso de autoridade – tipificado nos termos do art. 22, XII, da LC nº 64/1990, que veio a regulamentar o art. 14, § 9º, da CF – e ser sancionada como tal.

19. Nessa quadra, revelam-se passíveis, a princípio, de configuração do abuso de autoridade – considerada a liderança exercida e a possibilidade de interpretação ampla do conceito – os atos emanados de expoentes

religiosos que subtraíam, do âmbito de incidência da norma, situações atentatórias aos bens jurídicos tutelados, a saber, a normalidade e a legitimidade das eleições e a liberdade de voto (art. 19 da LC nº 64/1990).

20. Todavia, sem embargo da pungente discussão sobre o tema, a se realizar em momento oportuno, a solução da controvérsia que se põe na espécie prescinde desse debate, uma vez incontroversa a utilização, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com *shows* e *performances* artísticas, cujo dispêndio econômico foi estimado em R\$929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) – valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus –, cujas circunstâncias indicam a configuração do abuso do poder econômico.

Do abuso do poder econômico

21. Evidenciada a utilização premeditada, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com *shows* e *performances* artísticas, cujo dispêndio econômico foi estimado em R\$929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) – valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus.

22. Suficientemente demonstrada a gravidade das condutas imputadas, não havendo margem a dúvidas de que desvirtuado o evento religioso, cuja estrutura e recursos envolvidos reverteram em benefício dos recorrentes, em evento político-religioso-partidário, durante período crítico, às vésperas da eleição, em manifesta vulneração à legitimidade do pleito.

23. A gravidade dos fatos pode ser aferida das seguintes circunstâncias:

a) realização de pedido expresso de votos pelo celebrante do evento religioso – ocorrido a menos de 24 horas do pleito –, mediante súplica aos fiéis para que angariassem, cada um, mais dez votos aos candidatos recorrentes para o pleito que se realizaria no dia seguinte;

b) distribuição de panfletos e material de campanha confeccionado pelos recorrentes durante todo o evento, levada a efeito por membros da Igreja Mundial do Poder de Deus. Do referido material, consta, ainda, apelativo pedido de votos em nome do celebrante, a reforçar a vinculação entre a solenidade religiosa e os candidatos beneficiados;

c) presença de caravanas de diversos municípios mineiros, estimado o público em cinco mil pessoas em local de amplo acesso na capital mineira – Praça da Estação;

d) alto custo do evento – que contou com sofisticada estrutura, realização de *shows* e *performances* artísticas, além de transmissão ao vivo –, estimado em quase um milhão de reais, valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus; e

e) divulgação ampla do evento, inclusive na rede social do candidato Márcio Santiago, o qual fez incluir em folder promocional o número e cargo pelo qual concorreu naquele pleito, vinculando previamente a sua campanha à celebração religiosa.

Da anuência/participação dos candidatos nos ilícitos

24. Inafastável a responsabilidade dos candidatos recorrentes no desvirtuamento do evento religioso, visto que presentes no palco, ainda que nos minutos finais, durante o eloquente pedido de votos, a par de distribuírem, durante toda a celebração, material de campanha do qual consta expressa vinculação à figura do líder religioso, demonstrada a anuência e participação na conduta, em desequilíbrio à disputa eleitoral.

Do abuso dos meios de comunicação

25. A despeito da ampla divulgação do evento em debate na TV, na internet e nas mídias sociais, não restou evidenciada a utilização abusiva de tais meios, embora a irregular publicidade veiculada na espécie e o custo envolvido nessa divulgação possa ser associado ao abuso do poder econômico, a corroborar a gravidade dos fatos pelo “conjunto da obra”.

Conclusão

Recurso do PC do B não conhecido e recursos ordinários desprovidos. Determinação de execução imediata do presente acórdão, após a sua publicação, na linha da jurisprudência do TSE.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em não conhecer do recurso do Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual e, por maioria, negar provimento aos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago Oliveira, julgar prejudicada a Ação Cautelar nº 0600020-74.2016.6.00.0000 e determinar a execução imediata do julgado a partir da publicação do acórdão, mediante o afastamento dos mandatários cassados e a assunção dos suplentes, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado da decisão, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 21 de agosto de 2018.

Ministra ROSA WEBER, relatora

Publicado no *DJe* de 27.9.2018.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Doutor Rodrigo Queiroga, entendemos ser necessário que haja a reprodução do vídeo para que tenhamos a percepção real dos fatos que ocorreram.

Por isso, a Ministra Rosa Weber dispensaria o relatório e o eminente advogado usaria da palavra, mas, na próxima sessão, passaríamos o vídeo e decidiríamos.

Pergunto, por uma questão de lealdade e verificação da estratégia do advogado, se Vossa Excelência prefere fazer a sustentação oral agora ou depois da exibição do vídeo.

O DOUTOR RODRIGO QUEIROGA (advogado): Depois da exibição do vídeo, Senhor Presidente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (relatora): Esclareço que, na verdade, são dois vídeos, um de pouco mais de seis minutos e outro de pouco mais de dois minutos. E, como estamos em sede de recurso ordinário, com revolvimento de fatos e provas, parece-me que seria importante que todos assistissem ao vídeo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Talvez haja prejuízo se a defesa falar antes do vídeo.

O DOUTOR RODRIGO QUEIROGA (advogado): Sim. Faço a sustentação após a exibição do vídeo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Presidente): Nesse caso, indico o adiamento para terça-feira próxima. E o eminente advogado fica intimado. Muito obrigado.

EXTRATO DA ATA

RO nº 5370-03.2014.6.13.0000/MG. Relatora: Ministra Rosa Weber. Recorrente: Franklin Roberto de Lima Sousa (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrente: Márcio José Machado de Oliveira (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrente: Valdemiro Santiago de Oliveira (Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros). Recorrente: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual (Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros). Recorrido: Marques Batista de Abreu (Advogados: Adrianna Belli Pereira de Souza – OAB: 54000/MG e outros). Recorrido: Gustavo Marques Carvalho Mitre (Advogados: João Batista de Oliveira Filho – OAB: 20180/MG e outros). Recorrido: Franklin Roberto de Lima Sousa (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrido: Márcio José Machado de Oliveira (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrido: Valdemiro Santiago de Oliveira (Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros). Recorrido: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual (Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros).

Decisão: Apregoadado o processo, o julgamento foi adiado para a sessão de 29 de maio de 2018, terça-feira.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), pelo acórdão das fls. 419-95, complementado às fls. 603-18, julgou procedentes os pedidos veiculados na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), ajuizadas por Marques Batista de Abreu, candidato não eleito a Deputado Estadual no pleito de 2014 pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – com amparo na prática de abuso do poder econômico, de autoridade e uso indevido dos meios de comunicação social – em face de Franklin Roberto de Lima Sousa e Márcio José Machado de Oliveira, eleitos deputado federal e deputado estadual, no pleito de 2014, e de Valdemiro Santiago de Oliveira, líder da Igreja Mundial do Poder de Deus, declarada a inelegibilidade dos investigados por oito anos e cassados os mandatos dos deputados eleitos.

Eis a ementa do aresto regional (fls. 419-22):

Ação de investigação judicial eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Conexão. Ajuizamento da AIJE em face de candidatos a Deputado Estadual e Federal, eleitos, e líder de igreja evangélica. Arts. 19 e 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Ajuizamento da AIME em face de candidato a Deputado Estadual, eleito. Art. 14, § 10, da Constituição da República. Abuso do poder econômico, político e de autoridade e uso indevido dos meios de comunicação social. Pedido de cassação de diplomas, decretação de inelegibilidade por 8 (oito) anos e desconstituição de mandato. Eleições de 2014.

Preliminares:

– Cerceamento de defesa por inobservância do disposto no art. 22, I, “a”, da LC nº 64/1990. Rejeitada. Contrafé desacompanhada de documentos que instruíram a inicial. Pedido de extinção do processo sem resolução do mérito. Preliminar rejeitada pelo Corregedor antes do início da fase instrutória. Não identificação de prejuízo pela irregularidade suscitada. Fatos descritos de forma pormenorizada na inicial. Ausência de cerceamento de defesa. Apresentação de recurso contra a decisão interlocutória. Matéria não sujeita à preclusão. Ratificação da rejeição da preliminar. Efetivo exercício, pelos investigados/impugnado, da mais ampla defesa. Impugnação especificada de todos os pontos da petição inicial.

– Inépcia da petição inicial. Rejeitada. Alegação de que a petição inicial não mencionaria o dispositivo legal autorizador da condenação

pleiteada, algo que atentaria contra os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa. Descabimento. Ação proposta para apuração de abuso do poder econômico e de autoridade e uso indevido e abuso dos meios de comunicação social supostamente praticados por líder religioso em conluio com candidatos, em benefício de suas candidaturas, mediante afronta aos arts. 19 e 22, *caput*, da Lei das Inelegibilidades. Petição inicial apta ao processamento da AIJE. Preliminar rejeitada durante o saneamento do processo. Decisão interlocutória não sujeita à preclusão. Confirmação da rejeição.

– Ilegitimidade passiva. Rejeitada. Arguição pelo líder religioso. Argumentação de que todas as irregularidades atinentes ao abuso do poder econômico seriam atribuídas à Igreja Mundial do Poder de Deus. Sustentação de que não teria como praticar abuso de autoridade, pois não exerceria cargo, emprego ou função pública. Pedido de extinção do processo com fundamento no art. 267, VI, do CPC. Impertinência. Questões atinentes ao mérito da ação. A legitimidade é condição da ação aferível em tese, sem a necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, situação que não se amolda ao caso *sub examine*.

– Inobservância do litisconsórcio/decadência. Rejeitada. Sustentação de que não se teria promovido a citação da Igreja Mundial do Poder de Deus, responsável pela realização e patrocinadora do evento no qual teriam ocorrido os fatos reputados ilícitos, o que ensejaria a decadência do direito de ação, já se tendo ultrapassado a data da diplomação do investigado. Preliminar rejeitada antes da fase instrutória. Reiteração. Argumentação equivocada, haja vista que a pessoa jurídica não detém legitimidade para figurar no polo passivo da AIJE e, portanto, não pode ser considerada como litisconsorte necessária.

Mérito:

Evento promovido e realizado pela Igreja Mundial do Reino de Deus, na véspera das eleições, aberto ao público em geral, com a participação de cerca de 5.000 (cinco mil) pessoas. Narração de transformação do evento religioso em um acontecimento eleitoral, para promoção de candidaturas, com pedido explícito de votos por parte do líder da Igreja e distribuição de panfletos contendo propaganda eleitoral dos candidatos.

Apresentação de tese sobre “abuso do poder de autoridade religiosa” ou “abuso do poder religioso”, que deveria ser coibido pela Justiça Eleitoral.

As provas apresentadas, tanto documentais quanto testemunhais, não deixam dúvida quanto à conduta do líder religioso, que, do alto do palco, conclamou os fiéis a votarem nos candidatos de sua predileção, que se encontravam ao seu lado. Impossibilidade de alegação de desconhecimento do fato ou de sua inexistência. Flagrante gasto excessivo de recursos em favor de candidaturas, desiguando-se

as forças concorrentes ao pleito, em detrimento da liberdade de voto e em prejuízo da normalidade e da legitimidade das eleições. Constatação de que o episódio ocorreu um dia antes da eleição. Uso de toda estrutura de um grande evento religioso colocada à disposição dos candidatos. Desvirtuamento do evento claramente configurado pelas imagens do vídeo acostado aos autos, com pedido expresso de votos para os candidatos ao pleito que ocorreria no dia seguinte. Provas conclusivas quanto à ocorrência, durante o evento, de maciça panfletagem de campanha eleitoral dos candidatos, que se aproveitaram da concentração de pessoas para divulgarem suas candidaturas. Existência de casos similares ocorridos em outros Estados do país, demonstrando a prática reiterada do desvirtuamento de eventos religiosos em eleitorais pelo “Apóstolo Valdemiro”. Quebra dos princípios da isonomia, do equilíbrio do pleito, bem como da liberdade de escolha de voto pelos eleitores comprovados.

Configuração do abuso de poder econômico previsto nos arts. 19 e 22, *caput*, da Lei Complementar nº 64/1990 e no art. 14, § 10, da Constituição da República.

Ação de investigação judicial eleitoral julgada procedente. Condenação de Franklin Roberto de Lima Souza, candidato a deputado federal, não eleito, e Valdemiro Santiago de Oliveira, líder da Igreja Mundial do Poder de Deus, às sanções insculpidas no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, declarando-os inelegíveis no período de 8 (oito) anos subsequentes à eleição de 2014. Determino, ainda, a cassação do mandato de Márcio José Machado de Oliveira, candidato eleito a deputado estadual, bem como o declaro inelegível pelo período de 8 (oito) anos subsequentes à eleição de 2014, de acordo com a norma do artigo supracitado.

Ação de impugnação de mandato eletivo julgada procedente, para cassar o mandato de Márcio José Machado de Oliveira, candidato eleito a deputado estadual.

Embargos declaratórios opostos por Marques Batista de Abreu e Gustavo Marques Carvalho Mitre acolhidos (fls. 603-18) para declarar expressamente a cassação do mandato de Franklin Roberto de Lima Sousa, diante de sua assunção ao cargo de deputado federal após recontagem de votos.

O acórdão embargado foi assim sintetizado (fls. 603-4):

Embargos de declaração. Ação de investigação judicial eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Conexão. Ajuizamento da AIJE em face de candidatos a Deputado Estadual e Federal, eleitos, e líder de igreja evangélica. Arts. 19 e 22 da Lei Complementar nº 64/1990.

Ajuizamento da AIME em face de candidato a Deputado Estadual, eleito. Art. 14, § 10, da Constituição da República. Abuso do poder econômico, político e de autoridade e uso indevido dos meios de comunicação social. Preliminares rejeitadas. Ação de investigação judicial eleitoral julgada procedente. Declaração de inelegibilidade dos Investigados e cassação do mandato de Márcio José Machado de Oliveira. Ação de impugnação de mandato eletivo julgada procedente. Cassação do mandato de Márcio José Machado de Oliveira.

1º e 2º embargos de declaração.

Preliminar de cerceamento de defesa e erro de procedimento.

Inexistência de cerceamento de defesa e qualquer prejuízo aos Embargantes no que se refere à alegação de ausência de documentos na contrafé recebida. Fatos devidamente pormenorizados na inicial, ampla e especificamente refutados em contestações. Partes tiveram amplo acesso aos autos, inclusive se referindo ao conteúdo do vídeo contestado nas razões dos embargos.

No tocante ao reposicionamento de um dos membros da Corte, também não se detecta nenhum prejuízo as partes quanto à ordem do pronunciamento. Independência entre o momento do voto e a decisão final em si.

Preliminares rejeitadas.

Mérito.

Alegação de existência de omissão no voto condutor do Acórdão. Interpretação diversa da pretendida pelos recorrentes. Pretensão de rediscutir matéria já regularmente apreciada, o que não se enquadra nas hipóteses de cabimento do presente recurso. Valoração de prova extrapola os limites dos aclaratórios. O juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos trazidos pelas partes. Finalidade de prequestionamento. Conexão entre os processos em análise realizada de forma técnica. Inexistência de prejuízo para as partes. Ausência de obscuridade, contradição ou omissão a serem colmatadas.

Embargos conhecidos, mas rejeitados.

3º Embargos de Declaração.

Alegação de existência de obscuridade nas sanções impostas ao Deputado Federal Franklin Roberto de Lima Souza.

O candidato a deputado federal, ora embargado, não foi eleito no pleito de 2014. Entretanto, após uma recontagem de votos, o embargado tomou posse em março de 2015.

Contradição entre o voto condutor da divergência e o voto de desempate exarado constatada.

Necessário o acolhimento dos Embargos para aclarar o acórdão vergastado, harmonizando-o com a realidade atual dos fatos, de

acordo com a norma legal. Embargos conhecidos e acolhidos para aclarar as sanções impostas ao Deputado Federal Franklin Roberto de Lima Souza, em razão da procedência da ação em tela. Seguindo os termos do artigo 22, XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, declara-se expressamente a cassação do mandato desse Embargado, mantendo a declaração de inelegibilidade por 08 (oito) anos, sem qualquer alteração nas demais sanções impostas às outras partes. (Destaquei.)

Interpostos recursos ordinários, com pedido de efeito suspensivo, por Franklin Roberto de Lima Sousa (fls. 508-56 e 705-8), Márcio José Machado de Oliveira (fls. 629-78) e Valdemiro Santiago de Oliveira (fls. 679-704). O Partido Comunista do Brasil (PC do B) Estadual, a seu turno, manejou recurso especial (fls. 772-89), recebido pelo Presidente da Corte Regional como recurso ordinário (fls. 811-4).

Os recursos ordinários de *Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira*, embora interpostos em peças distintas, veiculam as mesmas razões, nas quais sustentam, em síntese:

a) ausência de juntada, na contrafé, dos documentos que instruíram a inicial – especialmente a mídia contendo a gravação do evento religioso –, a impedir o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, a acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito, presente a má-fé processual;

b) não comprovados os ilícitos eleitorais narrados na exordial, ausente o uso promocional do evento em benefício de determinadas candidaturas;

c) não confeccionado material político para distribuição no dia do evento religioso por integrantes da igreja, indemonstrada, ainda, a efetiva tiragem dos panfletos;

d) o caráter religioso do evento, realizado há vários anos;

e) a não ocorrência de abuso do poder político ou de autoridade, à falta de ato de agente público no exercício da função ou utilização da máquina administrativa no evento religioso;

f) impossibilidade de condenação por abuso do poder religioso, à míngua de previsão legal ou jurisprudencial sobre a matéria;

g) ausência de gravidade na conduta do líder da Igreja Mundial do Poder de Deus, limitado o pedido de apoio à garantia constitucional de livre expressão, não evidenciada pressão psicológica ou coação dos fiéis;

h) não demonstrado o abuso de poder econômico, ausente o dispêndio de gastos específicos para a promoção das candidaturas ou o financiamento pela Igreja Mundial do Poder de Deus para o transporte dos fiéis;

i) inexistência de uso indevido dos meios de comunicação, não comprovada a exposição da imagem dos candidatos de forma desproporcional em veículos de comunicação da Igreja;

j) ausência de gravidade na conduta apta a comprometer a isonomia entre os candidatos e a legitimidade da eleição, não demonstrada: (i) a participação dos candidatos nas falas, (ii) a menção ao número e à legenda dos candidatos durante o discurso do apóstolo, (iii) a transmissão do evento nos veículos de comunicação social e (iv) a presença exorbitante de público mencionada na inicial; e

k) a imprestabilidade das provas produzidas unilateralmente, verificadas a edição e manipulação do vídeo gravado e a inconsistência técnica do laudo de exame pericial;

O recorrente *Márcio José Machado de Oliveira* acrescentou ainda:

a) nulidade da proclamação do resultado da votação ante a modificação do voto da juíza Maria Edna em momento inadequado, violado o Regimento Interno do TRE/MG, a prevalecer o voto anteriormente proferido pela improcedência dos pedidos; e

b) nulidade do julgamento conjunto das ações, incabível a conexão entre AIJE e AIME.

O recurso do *Partido Comunista do Brasil (PC do B) Estadual* (fls. 772-89) está aparelhado nas seguintes alegações:

a) demonstrada a legitimidade recursal da legenda, ante sua participação nas eleições de 2014, requerido seu ingresso no processo como terceiro interessado, não como assistente;

b) presente interesse jurídico no julgamento da causa, decorrente da possibilidade de obter vagas na Câmara dos Deputados, ante a anulação dos votos dos candidatos cassados na AIJE e a retotalização do resultado das eleições; e

c) necessidade de anulação dos votos obtidos pelos candidatos cassados, configurada a interferência do poder econômico em desfavor da liberdade do voto e em prejuízo da normalidade e legitimidade das

eleições. Requer, no ponto, pronunciamento do Tribunal quanto ao não aproveitamento dos votos obtidos de forma ilícita.

Contrarrazões de Marques Batista de Abreu às fls. 824-31 e 868-932, e de Gustavo Marques Carvalho Mitre às fls. 832-42.

Recebidos os autos nesta Corte Superior, foram distribuídos em 16.3.2016 ao Ministro Gilmar Mendes.

Reiteração do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso feito por Márcio José Machado Oliveira (fls. 940-2).

Deferida medida liminar pelo Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Ação Cautelar nº 0600020-74.2016.6.00.0000, para conceder efeito suspensivo ao recurso de Franklin Roberto de Lima Souza até o julgamento do recurso pelo plenário do TSE (fls. 946-56), em decisão assim ementada:

Eleições 2014. Deputado federal em exercício. Ação cautelar que objetiva a concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário. Abuso de poder político, religioso e econômico. Suposta promoção de candidatos em evento religioso denominado Concentração de Poder e Milagres, realizado em praça pública de Belo Horizonte, na véspera das eleições. Cassação de registro e declaração de inelegibilidade.

1. *Periculum in mora*. Nos termos dos arts. 797 e 801 do Código de Processo Civil, a concessão de provimento liminar sem oitiva da parte contrária configura medida excepcional, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo certo que a ausência de um deles enseja o indeferimento do pedido. No caso concreto, há prova nos autos neste momento de que a decisão regional foi comunicada à Câmara dos Deputados e que a Presidência da Casa Legislativa iniciou o procedimento de decretação de perda de mandato.

2. *Fumus boni iuris*. 2.1. Nos termos do art. 22 da LC nº 64/1990, as partes legitimadas poderão representar ao competente Corregedor, “relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”. Em uma primeira análise sobre o tema, entendo que há uma dúvida jurídica razoável em verificar se a causa de pedir abuso de autoridade contempla apenas o abuso do poder político (interpretação estrita), entendido como o abuso praticado pelo detentor de mandato político ou de cargo público, ou se também alcança o abuso cometido por pessoas que, apesar de não exercerem cargo público, possuem a notória capacidade de influenciar

determinado segmento da sociedade civil (interpretação teleológica), como um líder religioso – circunstância que, neste juízo provisório, deve militar a favor do detentor do mandato político, em homenagem à soberania popular. 2.2. Conquanto seja absolutamente reprovável que, em determinado evento público – seja religioso, seja cultural, seja futebolístico –, em local aberto e às vésperas da eleição, haja desvirtuamento da finalidade em prol de determinadas candidaturas, verifico, neste juízo perfunctório, que o acórdão regional não demonstrou elementos de prova seguros e robustos de que a conduta se revelou um ilícito eleitoral qualificado, entendido como grave abuso, suficiente para ensejar a severa sanção de cassação de diploma dos eleitos, pois o voto de desempate expressamente consignou que “o pedido expresso de votos, no palco e com todas as honras, há de se ressaltar, ocorreu a poucos minutos do término do evento, haja vista que, desde o seu início, já se promovia maciça panfletagem dos candidatos Márcio José Machado Oliveira e Franklin Roberto de Lima Souza”. 2.3. Especificamente em relação à distribuição de material de propaganda durante o evento, o voto vencido do relator assentou que “não se pode afirmar, contudo, é que a propaganda eleitoral em questão estivesse sendo distribuída exclusivamente em prol das candidaturas dos investigados”, o que, além de não ser contestado pelos votos divergentes, se mostra, aparentemente, coerente com a própria realidade, pois não é crível que, em um evento público, em local aberto, não tenha ocorrido propaganda de outros candidatos, qualificando-se, a conduta, neste juízo provisório, como propaganda eleitoral irregular, e não como abuso suficiente para ensejar a severa sanção de cassação de diploma.

3. A Lei nº 13.165/2015 acrescentou o § 2º ao art. 257 do Código Eleitoral, segundo o qual “o recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo”. Em uma primeira análise sobre o tema, destaco que as decisões regionais que cassam o registro ou o diploma nas eleições gerais somente produzirão efeitos após a confirmação pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do recurso ordinário.

4. Pedido de medida liminar deferido.

Parecer do Ministério Público Eleitoral (fls. 966-86), em 10.8.2016, pelo não conhecimento do recurso do Partido Comunista do Brasil e pelo desprovimento dos demais recursos ordinários, em conformidade com a seguinte ementa:

ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO, DE AUTORIDADE E USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.

1. Deve ser reconhecida a intempestividade do recurso ordinário interposto em face do acórdão que não conheceu dos embargos declaratórios por ausência de capacidade processual da parte embargante, de modo que, em última análise, não se admite o ingresso no feito do Partido Político que não formaliza o pedido para atuar como assistente simples, tal como autorizado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, sequer indicando a parte a quem pretende assistir.

2. Inexiste cerceamento de defesa capaz de gerar a extinção do feito sem resolução de mérito na hipótese em que a contrafé não foi acompanhada dos vídeos juntados com a petição inicial, inexistindo prejuízo à defesa, pois todos os fatos foram descritos pormenorizadamente na petição inicial, inclusive mediante degravação dos vídeos, que possibilitou aos investigados a ampla defesa, como de fato ocorreu.

3. Deve ser mantida a condenação por abuso de poder, nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, na hipótese em que é utilizada a estrutura econômica de Entidade Religiosa, de forma maciça, durante a realização de evento pretensamente religioso, um dia antes das eleições, em que há distribuição de material de campanha e pedido expresso de votos, com o nítido intuito de beneficiar a candidatura e angariar votos aos candidatos da predileção do representante máximo da Igreja.

4. Parecer pelo não conhecimento do recurso interposto pelo Partido Comunista do Brasil e pelo desprovimento dos demais recursos ordinários.

Assumida a presidência desta Corte Superior pelo relator originário do presente feito, foram os autos a mim redistribuídos (fl. 987).

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (relatora): Senhor Presidente, examino, em primeiro lugar o recurso especial interposto pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), recebido na origem como recurso ordinário, mediante o qual requer seu ingresso no feito na condição de terceiro interessado, excluída a sua intervenção como assistente.

Para tanto, afirma não se tratar “de assistência nos moldes do art. 50, mas de modalidade de intervenção de terceiros interessados. Desnecessário, assim, que se indique a quem se assiste, eis que o recorrente defende seu próprio direito” (fl. 778).

A teor da legislação aplicável à temática em exame, o terceiro interessado pode intervir no processo para assistir uma das partes, na forma de assistência simples ou litisconsorcial. Confira-se:

Código de Processo Civil de 2015:

Art. 119. *Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o **terceiro juridicamente interessado** em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.*

Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre. (Destaquei.)

Na espécie, ainda que superável a irregularidade detectada na origem decorrente da não indicação, pelo partido interessado, da parte a quem pretende assistir, observo que os embargos de declaração opostos pela mesma agremiação no âmbito da instância de origem não foram conhecidos pelo TRE/MG, considerando, notadamente, que o possível assistido e autor das ações – Marques Batista de Abreu – se quedara inerte, não se tendo insurgido contra a decisão regional, vedada a interposição de recurso autônomo pelo assistente simples.

Confira-se (fls. 741-3):

Ademais, o art. 499 do Código de Processo Civil (CPC) vigente determina que cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. *No caso em tela, o recorrente não comprovou a condição de terceiro prejudicado que o ampararia na demanda, porquanto não juntou prova de sua participação no pleito eleitoral em voga, bem como qualquer prejuízo que a decisão recorrida poderia lhe causar.*

[...]

No caso dos autos, entretanto, o recorrente não integrou a relação processual na instância ordinária e somente na fase recursal, após o acórdão já proferido, inclusive relativo aos embargos de declaração opostos pelas partes, apresenta *[sic]* o apelo recursal pleiteando intrinsecamente nela a qualidade de assistente, além de suscitar argumentos não discutidos no processo, trazendo à baila tese inexistente nos autos.

Outrossim, o TSE já decidiu que, *como a atuação do assistente se dá sob o regime de acessoriedade, ele está impedido de atuar autonomamente quando o assistido se conforma com a decisão*, do mesmo modo quando o assistido busca inaugurar a instância superior, momento a partir do qual o assistente não pode mais seguir discutindo o mérito no tribunal recorrido.

[...]

No caso em exame, a decisão dos embargos de declaração interpostos pelas partes foi disponibilizada no *Diário da Justiça eletrônico* em 27/11/2015, sendo que em 1/12/2015 e em 2/12/2015 as partes Marcio Jose Machado de Oliveira, Valdemiro Santiago de Oliveira e Franklin Roberto de Lima Sousa protocolizaram recursos ordinários endereçados ao Presidente desta Corte, enquanto Marques Batista de Abreu quedou-se inerte.

Inferre-se, portanto, que, *mesmo que o PC do B fosse admitido nos autos como assistente, os Embargos em questão não seriam conhecidos, uma vez que uma das partes se conformou com a decisão deste Tribunal, e as outras pretendem inaugurar a Instância superior*.

Não evidenciado, ainda, interesse jurídico direto na causa, a viabilizar a sua admissão como terceiro prejudicado, ausente demonstração de que a esfera jurídica da agremiação seria diretamente atingida pela manutenção da cassação dos diplomas dos recorrentes, visto que, na linha da orientação deste Tribunal Superior, os votos anuláveis pertencem à legenda pela qual eleitos os parlamentares eventualmente cassados, a teor do art. 175, §§ 3º e 4º do Código Eleitoral¹, uma vez proferida a decisão pela Justiça Eleitoral, no caso concreto, após a realização do pleito, em 27.8.2015.

Sobre o tema, já assentou o TSE que, “nos termos do art. 175, § 4º, do CE, *serão computados a favor da legenda os votos recebidos pelo candidato cujo registro encontrava-se deferido no dia do pleito, quando a decisão que declara a inelegibilidade e cassa o diploma é proferida depois de realizada a eleição*”, hipótese dos autos. (AgR-REspe nº 15824, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 24.3.2017.)

Portanto, à míngua da demonstração do interesse jurídico, *resta inviabilizado o conhecimento do presente recurso*, uma vez que, na linha

¹ § 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

da jurisprudência desta Casa, “a incidência de efeitos jurídicos por via reflexa não tem o condão de possibilitar a intervenção na lide de terceiro interessado” (REspe nº 264164/RR, rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 28.2.2014).

Quanto aos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira, *preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, deles conheço e passo ao exame do mérito recursal de forma articulada:*

(1) Da violação do direito à ampla defesa e ao contraditório

A ausência de juntada, na contrafé, de alguns documentos que instruíram a inicial – especialmente a mídia contendo a gravação do evento religioso – não impediu o direito à ampla defesa e ao contraditório, presente a narração dos fatos na inicial, bem como franqueado às partes o acesso aos DVD’s colacionados com a exordial.

Ademais, a juntada posterior da degravação das mídias, com o laudo de fls. 28-112, facultou a manifestação dos investigados logo no início da instrução do feito, antes das alegações finais, ausente, portanto, prejuízo que importe em decretação de nulidade.

Nesse sentido, registrado no acórdão integrativo que a “*própria afirmação do segundo embargante, de que ‘da análise das provas carreadas aos autos não se verifica nos vídeos, em momento algum, a menção ao número dos candidatos’, demonstra que os embargantes tiveram amplo acesso ao processo em exame, inclusive ao vídeo em questão*” (fl. 609 – destaquei).

A teor do art. 219 do Código Eleitoral, o juiz deve se abster de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo. Sobre o tema, este Tribunal Superior já assentou que “a falta de demonstração de prejuízo decorrente da degravação parcial da única via da mídia apresentada afasta a possibilidade de decretação de nulidade” (REspe nº 7763/RN, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 5.11.2013).

Na mesma linha:

Interceptação telefônica. Degravação do áudio. Desnecessidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Mídias juntadas ao processo antes do oferecimento das alegações finais. Prejuízo não verificado.

1. A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de

que, sendo à parte garantido o amplo acesso à mídia, torna-se dispensável a transcrição integral dos diálogos interceptados.

2. O agravante teve acesso ao inteiro teor das interceptações telefônicas, sendo-lhe conferido o direito de exercer o contraditório sobre as provas obtidas antes da apresentação de alegações finais, o que revela a inexistência de mácula a contaminar o feito.

3. Agravo regimental desprovido.

(RESpe nº 54431, rel. Ministra Maria Thereza Rocha De Assis Moura, DJe de 24.2.2016 – destaquei.)

Afasto, portanto, a arguição de cerceamento de defesa.

(2) Da imprestabilidade das provas produzidas unilateralmente

Nada colhe a alegada imprestabilidade das provas produzidas unilateralmente, fundamentada a condenação não apenas na mídia colacionada aos autos pelo recorrido, mas também nos depoimentos das testemunhas indicadas pelos recorrentes.

Não verificada, tampouco, a manipulação do vídeo gravado ou a alegada inconsistência técnica do laudo produzido pelo investigador (fls. 27-113), uma vez que o exame pericial apenas contextualizou os documentos fornecidos pelos recorridos, providenciada, ainda, a transcrição do conteúdo gravado nas mídias apresentadas. O laudo não trouxe, portanto, nenhum documento novo apto a alterar a formação do juízo de convicção, na origem, sobre a condenação.

Conforme pontuou o Órgão Ministerial, o laudo consistiu “em mera forma encontrada pela parte autora para expor, de forma otimizada, a documentação que considerou apta a dar suporte às suas razões iniciais”. Apenas a juntada das fotografias e das mídias relativas ao evento religioso “já seria suficiente para embasar suas alegações” (fl. 972).

Preliminar rejeitada.

(3) Da nulidade na proclamação do resultado da votação no TRE/MG (arguida apenas por Márcio José Machado de Oliveira)

Não prospera a alegada violação do Regimento Interno daquela Corte, consabido que a retificação de voto anteriormente proferido – depois de inaugurada a divergência – é faculdade do julgador enquanto perdurar o julgamento colegiado, até a proclamação do resultado final.

Nesse sentido, já assinalou este Tribunal Superior: “O reajuste de voto é possível até o término da sessão de julgamento” (REspe nº 7679/AM, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 28.11.2013).

Na mesma linha, o c. STJ: “enquanto não encerrado o julgamento, com a proclamação do resultado final, não há óbice à retificação, pelo julgador, de seu voto, ainda que se trate do relator da causa” (HC 225082, rel. Ministra Laurita Vaz, *DJe* de 3.2.2014).

Referido entendimento veio, inclusive, a ser positivado no art. 942, § 2º, do CPC/2015, *in verbis*: “Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento”.

Rejeito, portanto, a arguição.

(4) Da nulidade do julgamento conjunto das ações – AIJE e AIME (arguida apenas por Márcio José Machado de Oliveira)

Incontroverso que as ações ajuizadas, AIJE e AIME – a primeira em face de Franklin Roberto de Lima Sousa (Deputado Federal), Márcio José Machado de Oliveira (Deputado Estadual) e Valdemiro Santiago de Oliveira (líder religioso) e a segunda em face de Márcio José Machado de Oliveira – dizem com os mesmos fatos no que toca à imputação de abuso de poder, decorrente de alegado desvirtuamento de evento religioso em benefício de candidaturas, verificada distinção parcial tão somente quanto às partes.

Nessa quadra, não há falar em nulidade decorrente do julgamento conjunto das ações, presente, na espécie, a identidade fática entre as causas de pedir, salutar a utilização da prática a evitar decisões conflitantes, ausente prejuízo para a regular instrução processual.

A propósito, cristalizada a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual “o julgamento conjunto de ação de impugnação de mandato eletivo e de ação de investigação judicial eleitoral não constitui nulidade, especialmente quando os patronos concordam com tal proceder e não resta comprovado qualquer prejuízo. Se, por um lado, não cabe retardar a conclusão de uma demanda para permitir o processamento de outra, nada impede ao contrário, *tudo recomenda que, estando ambas aptas para julgamento, a apreciação pelo plenário se dê de forma simultânea com o propósito de evitar decisões conflitantes e, principalmente, permitir*

aos julgadores uma ampla visão dos acontecimentos” (RO nº 323008, rel. Ministro Henrique Neves da Silva, DJe de 1º.4.2014 – destaquei).

Nulidade afastada.

(5) Da imputação de abuso de autoridade religiosa

Considerada a imputação da prática de abuso do poder religioso, passo a breve digressão sobre o tema.

O atual debate sobre os limites da interferência de movimentos religiosos no âmbito eleitoral, com possível quebra da legitimidade do pleito, é desafiador dentro de uma sociedade pluralista.

A influência da religião na política e, na linha inversa, da política na religião, é via de mão dupla que se retroalimenta, reconhecidamente indissociável em diversas culturas. Prova disso é o fenômeno de repolitização da religião ocorrido na história recente dos Estados Unidos – com o surgimento de novas formas de relação entre religião e política no ocidente contemporâneo.

Consoante aponta Daniel Rocha² – em seu artigo intitulado “‘Ganhando o Brasil para Jesus’: alguns apontamentos sobre a influência do movimento fundamentalista norte-americano sobre as práticas políticas do pentecostalismo brasileiro”³ –, no centro dessa reconfiguração das relações entre religião e política, está um movimento: o fundamentalismo religioso⁴.

Segundo a lição do autor, no ambiente do conservadorismo protestante norte-americano – em expansão no final do século XIX e início do século XX –, o fundamentalismo findou por influenciar o recente engajamento político-eleitoral que vem marcando o pentecostalismo brasileiro, dando início a uma *nova forma de “fazer política”*, focada na criação de “projetos de eleição de políticos comprometidos com os posicionamentos das igrejas, na busca do estreitamento das relações com o Estado na busca de influir em suas decisões”.

² Mestre em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), e membro da Diretoria Executiva da Associação Brasileira de História das Religiões (ABHR)

³ Consultado em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/viewFile/2159/2891>.

⁴ O fundamentalismo é caracterizado, “além da defesa intransigente da inerrância do texto bíblico”, “por uma postura exclusivista e, conseqüentemente, oposicionista em relação a tudo o que não coadune com seus conceitos de verdade. Os fundamentalistas firmam-se em uma lógica dualista, na qual eles representam o bem, o lado de Deus, enquanto o mundo secularizado, que nega as eternas verdades divinas, é caracterizado como o mal, o satânico” (ROCHA, Daniel).

O novo paradigma de *práxis* política dos grupos religiosos brasileiros tem desenhado contornos inovadores no espaço político – notadamente pelo uso massivo dos meios de comunicação social –, a consolidar os líderes religiosos como importantes formadores de opinião, fenômeno que repercute, inevitavelmente, na seara eleitoral.

Sem a emissão de juízo de valor sobre as diferentes convicções religiosas – direito fundamental protegido pela Constituição Federal – a exercerem influência sobre as opções políticas do indivíduo e, em última análise, da comunidade a que este pertence, é inegável que declarações públicas de apoio ou predileção a determinada candidatura estão resguardadas pela liberdade de manifestação assegurada constitucionalmente. Além disso, tendem os indivíduos a um alinhamento natural a candidatos oriundos da fé professada.

Não obstante, a utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas, infundindo a orientação política de líderes religiosos de maneira a tutelar a escolha política de seus seguidores, não parece se coadunar com a própria laicidade que informa o Estado brasileiro.

Diante desse cenário é que se torna *imperioso perscrutar em que extensão cidadãos são compelidos a apoiar determinadas candidaturas a partir da atuação de líderes religiosos, que, por vezes, atrelam sua indicação, fruto de escolha política pessoal, à vontade soberana de Deus, com reflexo direto na liberdade dos fiéis e enfraquecimento consequente do processo democrático.*

A reiterada conclamação aos fiéis durante as celebrações religiosas, por seus líderes, para que apoiem determinada campanha, cientes do poder de influência que têm sobre a tomada de decisões de seus seguidores, é conduta que merece detido exame pela Justiça Eleitoral, considerada a missão de que investida, pela Constituição Federal, quanto ao resguardo da legitimidade do pleito.

Compreendida em uma acepção mais ampla, a palavra autoridade engloba qualquer pessoa que exerça atribuição de governança ou atue como dirigente de uma organização, com poder de comando, entendida sua utilização abusiva como qualquer conduta que configure excesso ou desvio no exercício da referida atribuição.

No campo religioso, não há como desconhecer a capacidade dos líderes religiosos de influenciarem nas condutas e escolhas dos fiéis nos

mais diversos segmentos da rica realidade da vida, dentre os quais se inclui a seara política. Sem dúvida os líderes espirituais inspiram confiança em seus seguidores, e sua atuação tem potencial para influenciar no campo político a escolha de candidatos a mandatos eletivos, *induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas, primordialmente, pelo temor reverencial*.

Conforme ressalta Frederico Franco Alvim⁵, “subsistem as hipóteses em que o poder religioso opera, isoladamente, como elemento de supressão da liberdade para o exercício do sufrágio e de quebra da paridade eleitoral, tornando-se um inegável fator de risco para a legitimidade das eleições. Para esses casos, urge uma adequação legislativa: o conhecimento sociológico clama por uma reconfiguração das hipóteses de cabimento da ação de investigação judicial eleitoral”.

E prossegue o autor: “tem-se falado na possibilidade de enquadramento da modalidade religiosa no conceito de abuso de poder de autoridade, previsto no *caput* do art. 22, LC 64/1990. Trata-se de visão, sem dúvida, possível, sobretudo quando se toma a expressão no sentido oferecido por Bourricaud, para quem o termo designa o ascendente exercido pelo detentor de um qualquer poder, que leva aqueles a quem se dirige a reconhecer-lhe uma superioridade que justifique o seu papel de comando ou de orientação”.

A meu sentir, a modificação do prisma histórico-social em que se concretiza a aplicação da norma torna imperiosa uma *releitura do conceito de autoridade*, à luz da Carta Magna e da teleologia subjacente à investigação judicial eleitoral, que “consiste em proteger a legitimidade, a normalidade e a higidez das eleições, de sorte que *o abuso de poder a que se referem os arts. 19 a 22 da LC 64/1990 deve ser compreendido de forma ampla, albergando condutas fraudulentas e contrárias ao ordenamento jurídico-eleitoral*” (REspe nº 63184, rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 5.10.2016).

Nesse contexto, parece-me de todo inadequada interpretação da expressão “autoridade” que afaste do alcance da norma situações fáticas caracterizadoras de abuso de poder em seus mais diversos

⁵ ALVIM, Frederico. O poder como realidade multiforme: aportes sociológicos para uma reconfiguração dos mecanismos de proteção da Integridade eleitoral. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/a53306ij/F9jakSIZ98HrfvW.pdf>.

matizes – reveladoras de idênticas e nefastas consequências –, sabido que a alteração semântica dos preceitos normativos deve, tanto quanto possível, acompanhar a dinâmica da vida.

Porque insofismável o poder de influência e persuasão dos membros de comunidades religiosas – sejam eles sacerdotes, diáconos, pastores, padres etc. –, a extrapolação dessa ascendência sobre os fiéis pode, sim, na minha visão, ser enquadrada como abuso de autoridade – tipificado nos termos do art. 22, XII, da LC nº 64/1990, que veio a regulamentar o art. 14, § 9º, da CF – e ser sancionada como tal.

Nessa quadra, sem maiores digressões, revelam-se passíveis, a princípio, de configuração do abuso de autoridade – considerada a liderança exercida e a possibilidade de interpretação ampla do conceito – os atos emanados de expoentes religiosos que subtraíam, do âmbito de incidência da norma, situações atentatórias aos bens jurídicos tutelados, a saber, a normalidade e a legitimidade das eleições e a liberdade de voto (art. 19 da LC nº 64/1990).

Todavia, sem embargo da relevância da discussão sobre o tema, penso que a solução da controvérsia que se põe na espécie prescinde desse debate, o que a remete para momento oportuno.

Digo isso porque evidenciada a utilização premeditada, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com shows e performances artísticas, com dispêndio econômico estimado em R\$929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) – valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus (fl. 17) –, circunstâncias que, a meu juízo, indicam a configuração do abuso do poder econômico.

Sob essa perspectiva, passo ao exame das provas dos autos.

(6) Do abuso do poder econômico

Consoante a jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral, o abuso do poder econômico caracteriza-se pelo uso desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou privados, aptos a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de determinada candidatura.

Na espécie, incontroversa a realização, em local de amplo acesso ao público – Praça da Estação, em Belo Horizonte/MG – de celebração devidamente licenciada pela prefeitura como evento religioso, nominado “Concentração de Poder e Milagres”, no dia 4 de outubro de 2014, a menos de 24 horas da eleição, ocasião em que realizado pedido expresso de votos, ao final do evento, por parte do condutor da celebração, Valdemiro Santiago, com a presença dos candidatos beneficiados no palco, ainda que não tenham feito uso da palavra.

A realização do evento fora amplamente divulgada, conforme evidenciam os documentos das fls. 38-41 e 48-51, na rede social *Facebook*, no sítio eletrônico da Igreja Mundial do Poder de Deus e, também, mediante propagandas veiculadas na parte traseira de ônibus coletivos, chamada “backbus”, a par da sua transmissão ao vivo televisionada.

Dentre as propagandas do evento, merece relevo o folder veiculado pelo representado Márcio José Machado de Oliveira em sua página da rede social *Facebook* e no qual foram incluídos, na divulgação da celebração, os seguintes dizeres: “Deputado Estadual Márcio Santiago 14789” (fls. 39-40).

Os recorrentes estiveram presentes e panfletaram seu material de campanha juntamente com “membros do exército missionário” (pessoas trajando camisetas com o emblema da Igreja Mundial do Poder de Deus), sendo possível constatar, ao exame das fotografias juntadas aos autos (fls. 75-9), a presença de caravanas de diversos municípios mineiros, a partir de placas exibidas por alguns fiéis, estimado o público em 5.000 (cinco mil) pessoas.

Na ocasião, o autodenominado e ora recorrente “Apóstolo Valdemiro Santiago” chamou os candidatos ao palco, pouco antes do encerramento do evento, e solicitou aos fiéis ali presentes que garantissem seu voto aos dois candidatos – requerendo, até mesmo, que deixassem de votar em outros de sua escolha, a exemplo de parentes, e se mobilizassem buscando, cada qual, mais dez votos. Eis o teor do discurso (fls. 460-1):

[...] Gente, eu queria pedir a vocês que amanhã, que cada um saísse daqui com... de alguma forma conseguisse o número do Franklin e do Márcio e amanhã honrasse essa obra, o Deus do Valdemiro Santiago e elegesse estes homens, Deputado Federal o Franklin, Deputado Estadual

o Márcio [...] (2min56seg da mídia de áudio e vídeo de fls. 113 e respectiva transcrição – d.n.)

[...] Então eu quero pedir a vocês, mas de todo meu coração e peço com muito amor... gente me ajuda aqui nessa estada, ajude essa obra [...] *Toda hora tão fechando uma igreja nossa, precisamos formar um exército pra defender a obra de Deus. Quem concorda comigo gente? Igreja... quem vem comigo nessa igreja? Com quem eu posso contar aí gente? Quem já sabe o número [...] Então... aqui vem o Franklin, o Márcio.*

[...] Gente não saiam... agora eu queria fazer um pedido, pra gente conseguir sucesso, cada um conseguisse pelo menos 10 votos. Amém pessoal? Quem pode me ajudar nisso aí? Então estenda as mãos pra cá. Nosso Deus e nosso Pai abençoa teus servos Pai aqui. Que eles possam honrar o Senhor nessa jornada, nesta... neste compromisso, nesta missão e o teu povo e eu os abençoamos com a permissão do Senhor. Orienta esse povo Pai, para que possam sair daqui com isso no coração e fazer pela tua obra. Eles não estarão fazendo pelo homem não, mas pela tua obra e eu abençoo a eles... Esses são os deputados representantes dessa obra, o apóstolo... e pra presidente, escolham vocês mesmos quem é o melhor. (5min16seg da mídia de áudio e vídeo de fls. 113 e respectiva transcrição – d.n.) (Destaquei.)

Esses fatos são incontroversos, comprovados mediante fotos, áudios, vídeos e depoimento testemunhal.

Resta, portanto, aferir a gravidade da conduta – não mais a sua potencialidade, à luz da legislação anterior às alterações promovidas pela chamada Lei da Ficha Limpa – para a caracterização do abuso do poder econômico e dos meios de comunicação, ante a quebra da isonomia entre os candidatos.

E o faço na linha de que suficientemente evidenciada a gravidade das condutas imputadas, não havendo margem a dúvidas de que desvirtuado o evento religioso, cuja estrutura e recursos envolvidos reverteram em benefício dos recorrentes, em evento político-religioso-partidário, durante período crítico, às vésperas da eleição, em manifesta vulneração à legitimidade do pleito.

A par do discurso verbalizado pelo líder religioso condutor do evento, constata-se, ainda, pelas fotografias das fls. 65-74, a atuação de pessoas com crachá da Igreja Mundial do Poder de Deus e trajes de calça azul escuro e camisa azul clara – identificadas pelos depoentes como “obreiros” ou colaboradores –, utilizando e distribuindo adesivos de propaganda

eleitoral, a demonstrar o viés político-partidário da celebração realizada pela entidade religiosa e a confecção antecipada de material de campanha para distribuição durante o evento, em prol da campanha dos candidatos Márcio José Machado de Oliveira e Franklin Roberto de Lima Sousa.

Os depoimentos testemunhais também confirmam a existência de panfletagem durante o evento:

[...] que quando o declarante chegou ao evento, antes do seu início, viu que *algumas pessoas distribuíam material de propaganda eleitoral*; que o declarante orientou essas pessoas de que aquela prática era proibida e não mais ocorreu o fato; que o declarante não mais viu distribuição de propaganda eleitoral; [...] que tem a esclarecer que eram distribuídos materiais de campanha de diversos partidos; que não se recorda de quais partidos eram distribuídos esses materiais; que perto do declarante não houve mais distribuição de material de campanha; *que quando os candidatos foram apresentados pelo apóstolo Valdemiro, ainda estava cheio o evento*; que o declarante, quando percebeu a distribuição de material, comunicou ao seu superior, Tenente Trulli, que por sua vez entrou em contato com a juíza; [...] *que o declarante constatou a presença de caravanas de outras cidades e de outros estados.* (Sargento Wilson Procópio Chagas, fls. 279-80, destaquei.)

[...] que o declarante pode afirmar que ao final do evento, *o apóstolo Valdemiro convidou os candidatos Márcio Santiago e Franklin Lima ao palco e os apresentou*; que *o apóstolo Valdemiro pediu voto para os dois candidatos*; [...] que quando o declarante se dirigiu ao palco, percebeu que *algumas pessoas distribuíam santinhos dos candidatos Márcio Santiago e Franklin Lima*; [...] que o declarante pode afirmar que o evento contava com palco, caixas de som, jogos de luz, telão e também houve apresentação de música gospel; que pode afirmar que *na saída principal do evento, pessoas, talvez umas trinta, trajavam uma camisa com os dizeres ligados a igreja mundial*; *que essas pessoas formavam um corredor e entregavam aos que saíam material de campanha de Márcio Santiago e Franklin Lima*; [...] que *se deparou com as pessoas distribuindo material de campanha* quando se dirigia ao palco; [...] que não sabe precisar por quanto tempo houve a distribuição desse material de campanha; [...] que não viu a distribuição de santinho de Marques Abreu; [...] *que tinham panfletos espalhados pelo chão, o que permitiu identificar que eram de Márcio Santiago e Franklin Lima*; que não conhecia os candidatos antes do evento; que não viu panfletos de outros candidatos; [...] que de onde estava, o declarante viu e ouviu *o pastor Valdemiro pedindo votos para esses dois candidatos*; que o apóstolo Valdemiro levou os dois candidatos ao palco, nominando-os

e erguendo seus braços; que o *apóstolo Valdemiro disse que eram os candidatos da igreja*". (Cabo Edson de Souza Duarte, fls. 281-282, destaquei.)

Dos referidos panfletos distribuídos no local, consta, ainda, apelativo pedido de votos em nome do líder religioso responsável pela celebração do evento, a reforçar a vinculação entre o representante da entidade religiosa e os candidatos beneficiados (fl. 93):

Mineiros meus conterrâneos,
É com muito amor e carinho que venho dedicando a minha vida para a obra de Deus. Com todas as minhas forças procuro atender os doentes, os necessitados e os aflitos de coração, sempre com o desejo de ver o povo mais feliz, pois essa é a minha missão. Mas como todos podem perceber, as perseguições políticas e religiosas são muito grandes. É hora de unirmos para juntos elegermos pessoas que tenham o compromisso com Deus e com o povo de Deus.

Preciso do seu apoio e da sua compreensão.

Peço seu voto para juntos elegermos o Pastor Franklin Lima, meu filho na fé, para Deputado Federal com o número 7012 e o Missionário Márcio Santiago, meu sobrinho, sangue do meu sangue, para Deputado Estadual com número 14789. Conto com todos vocês para dia 05 de outubro comemorarmos essa grande vitória!

Deus abençoe a todos.

Apóstolo Valdemiro Santiago. (Destaquei.)

Esse o contexto, tenho por evidenciada a utilização premeditada do evento religioso em benefício das candidaturas dos recorrentes – a ressaltar a gravidade da conduta –, *corroborada pela divulgação do evento "Grande Concentração de Fé e Milagres" (fl.39), nas redes sociais, com expressa referência ao candidato a deputado estadual eleito Márcio Santiago e seu respectivo número na urna, sugerindo sua vinculação à celebração.*

Ainda que a apresentação aos fiéis dos candidatos ora recorrentes pelo líder religioso tenha ocorrido no palco durante os minutos finais do evento, cuja duração total foi de 4 (quatro) horas, certo é que desde o início da celebração – frise-se, realizada na iminência do pleito eleitoral – pôde-se perceber a maciça distribuição de adesivos, botons e panfletos livremente entre os fiéis pelos próprios obreiros da Igreja, culminando, ao final, com o pedido expresso de votos, em apelativo discurso transmitido

ao vivo pelos meios de comunicação social da entidade. Não há, portanto, como concluir pelo caráter estritamente religioso do evento.

Também nessa linha caminhou o voto condutor do aresto regional:

Nesse contexto, podemos concluir que não se confeccionam banners e botons de um minuto para outro. Quatro minutos não são suficientes para movimentar voluntários suficientes para afixarem os adesivos no publico presente ao evento tido por religioso. Quatro minutos não é tempo suficiente para se implementar toda a distribuição do material que se desponta do arcabouço probatório de fls. 64-73 da AIME.

Verifica-se, ainda, que o próprio folder do evento, postado nas redes sociais, de acordo com a fl. 39 dos autos, e não contestado, ao fazer a publicidade do encontro, já se referia ao “Deputado Estadual Marcio Santiago 14789”. (Destaquei.)

A ampla produção de material de campanha e o custo exorbitante do evento, estimado em quase um milhão de reais, utilizado para divulgar a candidatura de Franklin Roberto de Lima Sousa e Márcio José Machado de Oliveira denotam a influência indevida do poder econômico, a macular o princípio da igualdade de chances entre os candidatos na disputa do pleito.

O reconhecimento do abuso do poder econômico durante evento religioso já foi chancelado por esta Corte Superior, ocasião em que confirmado o acórdão condenatório proferido na instância de origem, *“devido à realização de evento religioso com shows, distribuição de comida e bebida e a participação do candidato, além da veiculação de periódico no qual se enaltecia sua imagem, o que trouxe benefícios a sua candidatura”* (REspe nº 28948, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 29.4.2015).

Por outro lado, é certo que ao julgamento do RO nº 2653-08/RO (rel. Min. Henrique Neves, DJe de 5.4.2017), este Tribunal Superior se posicionou de forma diversa – o que registro por dever de lealdade aos eminentes pares –, tendo sido provido o recurso para afastar o abuso de poder, à compreensão de que ausente o requisito da potencialidade exigido pela jurisprudência de então, por se tratar das eleições de 2010, tido como não presente naquele caso.

Os fatos em análise naquele feito guardam correspondência com os ora examinados, em que tenho por verificado o desvirtuamento do evento religioso igualmente presidido pelo Apóstolo Valdemiro, embora em estado outro, em *manifesta reiteração da conduta*.

A despeito da conclusão em sentido diverso, à luz de moldura fática assemelhada à espécie, assentou o TSE que, “em princípio, o discurso religioso proferido durante ato religioso está protegido pela garantia de liberdade de culto celebrado por padres, sacerdotes, clérigos, pastores, ministros religiosos, presbíteros, episcopos, abades, vigários, reverendos, bispos, pontífices ou qualquer outra pessoa que represente religião. *Tal proteção, contudo, não atinge situações em que o culto religioso é transformado em ato ostensivo ou indireto de propaganda eleitoral, com pedido de voto em favor dos candidatos.*”

Sinalizou também que, “ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, *a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico, mediante a utilização de recursos financeiros provenientes de fonte vedada.*”

Peculiaridades do presente caso confirmam a existência de gravidade suficiente a configurar o abuso.

Diferente do caso antes julgado – no qual o evento ocorreu no Município de Rolim de Moura, Estado de Rondônia, durante o período eleitoral –, na hipótese dos autos o evento ocorreu na capital Belo Horizonte/MG, às vésperas da eleição, presente, ainda, maciça distribuição de propaganda eleitoral, transfigurado o evento religioso em verdadeiro comício eleitoral.

Constatada, também, a presença de pessoas oriundas de vários municípios, a demonstrar o alcance do evento aos eleitores de todo o Estado mineiro, circunstância que ganha relevo diante da candidatura para os cargos de deputado federal e estadual dos beneficiados pela conduta abusiva.

Some-se a isso o custo do evento que contou com estrutura, palco de grande dimensão, passarela, telão no qual transmitido o evento ao vivo e equipamentos de sonorização (fotografias de fls. 80-4).

Os depoimentos colhidos na instrução processual corroboram a proporção do evento, utilizado em favor da campanha dos recorrentes:

[...] que ao final, o apóstolo Valdemiro chamou algumas pessoas ao palco e as apresentou; que, em verdade, foram chamadas três pessoas, uma do sexo feminino e duas do sexo masculino; que o apóstolo Valdemiro os apresentou, dizendo que eram frequentadores da igreja e pedindo para que a pessoas votassem neles; que não se lembra do nome dessas

pessoas; que o declarante, a pedido de terceiros, lavrou o boletim de ocorrência; *que tinha umas cinco mil pessoas na Praça da Estação*, no entorno do relógio; que o declarante pode precisar que Valdemiro Santiago disse às pessoas que ali estavam que os três eram candidatos a deputado e que votassem neles; que ele disse ainda: “Não deixem eles perderem. Vamos votar neles”; [...] que por volta das 19 horas, recebeu a orientação do Tenente Trulli, para que a polícia interviesse, seguindo as determinações da Juíza; que foi nessa hora que o declarante procurou o apóstolo Valdemiro; mas já não o encontrou; *que existia muitas pessoas na praça e nesse tempo de deslocamento até o palco, o apóstolo Valdemiro já tinha saído*. (Sargento Wilson Procópio Chagas, fls. 279-80, destaquei.) [...] *que existia mais de cinco mil pessoas na praça; que eram várias as caravanas*, acreditando o declarante *que eram de outras cidades* inclusive de outros Estados; [...] que o declarante pode afirmar que ao final do evento, *o apóstolo Valdemiro convidou os candidatos Márcio Santiago e Franklin Lima ao palco e os apresentou; que o apóstolo Valdemiro pediu voto para os dois candidatos*; [...] que o declarante pode afirmar que *o evento contava com palco, caixas de som, jogos de luz, telão e também houve apresentação de música gospel*” (Cabo Edson de Souza Duarte, fls. 281-2, destaquei).

[...] que o declarante é bispo da Igreja Mundial, sendo a maior autoridade religiosa em Minas Gerais; [...] esteve no evento ocorrido em 2014, na Praça da Estação; que pode afirmar que *deveria ter umas cem mil pessoas*; [...] que pode afirmar que alguns dos obreiros que atuaram nesse evento trajavam camisa azul claro e saia ou calça azul escuro; [...] que a palavra do apóstolo, no aspecto religioso, é convincente; [...] que pode estar errado, mas suas estimativas apontaram para um *público de cem mil pessoas*; que não é perito nessa área; que *chegou a esse cálculo pelas imagens que viu*”. (Jorge dos Reis Pinheiro, fl. 285, destaquei.)

Em suma, a gravidade dos fatos pode ser aferida pelas seguintes circunstâncias:

a) realização de pedido expresso de votos pelo celebrante do evento religioso – ocorrido a menos de 24 horas do pleito –, mediante súplica aos fiéis para que angariassem, cada um, mais dez votos aos candidatos recorrentes para o pleito que se realizaria no dia seguinte;

b) distribuição de panfletos e material de campanha confeccionado pelos recorrentes durante todo o evento, levada a efeito por membros da Igreja Mundial do Poder de Deus. Do referido material, consta, ainda, apelativo pedido de votos em nome do celebrante, a reforçar a vinculação entre a solenidade religiosa e os candidatos beneficiados;

c) presença de caravanas de diversos municípios mineiros, estimado o público em cinco mil pessoas em local de amplo acesso na capital mineira – Praça da Estação;

d) alto custo do evento – que contou com sofisticada estrutura, realização de *shows* e *performances* artísticas, além de transmissão ao vivo –, estimado em quase um milhão de reais, valores não declarados em prestação de contas e integralmente custados pela Igreja Mundial do Poder de Deus; e

e) divulgação ampla do evento, inclusive na rede social do candidato Márcio Santiago, o qual fez incluir em folder promocional o número e cargo pelo qual concorreu naquele pleito, vinculando previamente a sua campanha à celebração religiosa.

(7) Da anuência/participação dos candidatos nos ilícitos

Evidente, a meu juízo, o desvirtuamento do evento religioso, a fim de angariar votos aos candidatos recorrentes – presentes no palco durante o eloquente pedido de votos, a par de distribuírem, durante toda a celebração, material de campanha, do qual consta expressa vinculação à figura do líder religioso, demonstrada a anuência e participação na conduta –, em desequilíbrio à disputa eleitoral.

A propósito, já decidi este Tribunal, por ocasião do supracitado RO nº 2653-08/RO, rel. Min. Henrique Neves, que *“o candidato que presencia atos tidos como abusivos e deixa a posição de mero expectador para, assumindo os riscos inerentes, participar diretamente do evento e potencializar a exposição da sua imagem não pode ser considerado mero beneficiário. O seu agir, comparecendo no palco em pé e ao lado do orador, que o elogia e o aponta como o melhor representante do povo, caracteriza-o como partícipe e responsável pelos atos que buscam a difusão da sua imagem em relevo direto e maior do que o que seria atingido pela simples referência à sua pessoa ou à sua presença na plateia (ou em outro local)”*.

Inafastável, portanto, a responsabilidade dos candidatos recorrentes.

(8) Do abuso dos meios de comunicação

No tocante ao abuso dos meios de comunicação, todavia, tenho por não configurado.

Consabido que, na sociedade contemporânea, a mídia tem a função de intermediar a relação dos cidadãos com a política, uma vez que os candidatos se valem desses meios para angariar votos e os eleitores, para nortear suas escolhas políticas.

Na hipótese dos autos, contudo, a despeito da ampla divulgação do evento em debate na TV, na internet e nas mídias sociais, não vislumbro a utilização abusiva de tais meios, embora a irregular publicidade veiculada e o custo envolvido nessa divulgação possam ser associados ao abuso do poder econômico, a corroborar a gravidade dos fatos pelo “conjunto da obra”.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, não conheço do recurso do Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual e nego provimento aos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira (art. 36, § 6º, do RITSE), mantida a cassação dos mandatos dos candidatos eleitos, prejudicada a AC nº 0600020-74.2016.6.00.0000.

Por último, seguindo a orientação firmada por este Tribunal Superior ao exame dos Recursos Ordinários nºs 2246-61/AM⁶ e 1220-86/TO⁷, voto no sentido da execução imediata do presente julgado a partir da sua publicação, mediante o afastamento dos mandatários cassados e a assunção dos suplentes, desnecessário aguardar o trânsito em julgado da presente decisão – na linha do que decidira a Suprema Corte ao exame da ADI nº 5.525 – ou, até mesmo, a oposição de eventuais declaratórios, os quais, como cediço, não são dotados de efeito suspensivo.

Traslade-se cópia da presente decisão aos autos da referida Ação Cautelar.

É o voto.

⁶ Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, rel. desig. Min. Luís Roberto Barroso, *DJe* de 1º.6.2017.

⁷ Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 19.4.2018.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

RO nº 5370-03.2014.6.13.0000/MG. Relatora: Ministra Rosa Weber. Recorrente: Franklin Roberto de Lima Sousa (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrente: Márcio José Machado de Oliveira (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrente: Valdemiro Santiago de Oliveira (Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros). Recorrente: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual (Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros). Recorrido: Marques Batista de Abreu (Advogados: Adrianna Belli Pereira de Souza – OAB: 54000/MG e outros). Recorrido: Gustavo Marques Carvalho Mitre (Advogados: João Batista de Oliveira Filho – OAB: 20180/MG e outros). Recorrido: Franklin Roberto de Lima Sousa (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrido: Márcio José Machado de Oliveira (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrido: Valdemiro Santiago de Oliveira (Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros). Recorrido: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual (Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros).

Decisão: Após o voto da relatora, não conhecendo do recurso do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) – Estadual, negando provimento aos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira, julgando prejudicada a Ação Cautelar nº 0600020-74.2016.6.00.0000 e propondo a execução imediata do julgado a partir da publicação acórdão, mediante o afastamento dos mandatários cassados e a assunção dos suplentes, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado da decisão, antecipou o pedido de vista o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Aguardam os Ministros Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Luiz Fux.

Usaram da palavra, pelo recorrente/recorrido, Márcio José Machado de Oliveira, o Dr. Rodrigo Queiroga, pelo recorrente/recorrido, Franklin Roberto de Lima Sousa, o Dr. Israel Nonato da Silva Júnior e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), pelo acórdão das fls. 419-495, integralizado às fls. 603-618 no exame dos embargos de declaração, julgou procedentes os pedidos veiculados no bojo da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) ajuizada por Marques Batista de Abreu, então candidato (não eleito) a deputado estadual nas Eleições 2014 pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), contra os candidatos a deputado estadual e federal no referido pleito, respectivamente, Márcio José Machado de Oliveira e Franklin Roberto de Lima Sousa, e Valdemiro Santiago de Oliveira, líder da “Igreja Mundial do Poder de Deus”.

O Tribunal *a quo* entendeu estar configurado o abuso do poder econômico, de autoridade e o uso indevido dos meios de comunicação social, conforme consta do extrato da ata de julgamento, com fulcro nos arts. 19 e 22, *caput*, da LC nº 64/1990, declarando, em consequência, a inelegibilidade dos investigados por oito anos e a cassação do mandato do deputado estadual eleito. Na mesma assentada, também julgou procedentes os pedidos relacionados da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) ajuizada por Marques Batista de Abreu em detrimento de Márcio José Machado Oliveira, com fundamento no art. 14, § 10, da Constituição da República.

O acórdão regional está sintetizado na seguinte ementa:

Ação de investigação judicial eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Conexão. Ajuizamento da AIJE em face de candidatos a Deputado Estadual e Federal, eleitos, e líder de igreja evangélica. Arts. 19 e 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Ajuizamento da AIME em face de candidato a Deputado Estadual, eleito. Art. 14, § 10, da Constituição da República. Abuso do poder econômico, político e de autoridade e uso indevido dos meios de comunicação social. Pedido de cassação de diplomas, decretação de inelegibilidade por 8 (oito) anos e desconstituição de mandato. Eleições de 2014.

Preliminares:

– Cerceamento de defesa por inobservância do disposto no art. 22, I, “a”, da LC nº 64/1990. Rejeitada. Contrafé desacompanhada de documentos que instruíram a inicial. Pedido de extinção do processo sem resolução do mérito. Preliminar rejeitada pelo Corregedor antes do início da fase instrutória. Não identificação de prejuízo pela irregularidade suscitada. Fatos descritos de forma pormenorizada na inicial. Ausência de cerceamento de defesa. Apresentação de recurso contra a decisão interlocutória. Matéria não sujeita à preclusão. Ratificação da rejeição da preliminar. Efetivo exercício, pelos investigados/impugnado, da mais ampla defesa. Impugnação especificada de todos os pontos da petição inicial.

– Inépcia da petição inicial. Rejeitada. Alegação de que a petição inicial não mencionaria o dispositivo legal autorizador da condenação pleiteada, algo que atentaria contra os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa. Descabimento. Ação proposta para apuração de abuso do poder econômico e de autoridade e uso indevido e abuso dos meios de comunicação social supostamente praticados por líder religioso em conluio com candidatos, em benefício de suas candidaturas, mediante afronta aos arts. 19 e 22, *caput*, da Lei das Inelegibilidades. Petição inicial apta ao processamento da AIJE. Preliminar rejeitada durante o saneamento do processo. Decisão interlocutória não sujeita à preclusão. Confirmação da rejeição.

– Ilegitimidade passiva. Rejeitada. Arguição pelo líder religioso. Argumentação de que todas as irregularidades atinentes ao abuso do poder econômico seriam atribuídas à Igreja Mundial do Poder de Deus. Sustentação de que não teria como praticar abuso de autoridade, pois não exerceria cargo, emprego ou função pública. Pedido de extinção do processo com fundamento no art. 267, VI, do CPC. Impertinência. Questões atinentes ao mérito da ação. A legitimidade é condição da ação aferível em tese, sem a necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, situação que não se amolda ao caso *sub examine*.

– Inobservância do litisconsórcio/decadência. Rejeitada. Sustentação de que não se teria promovido a citação da Igreja Mundial do Poder de

Deus, responsável pela realização e patrocinadora do evento no qual teriam ocorrido os fatos reputados ilícitos, o que ensejaria a decadência do direito de ação, já se tendo ultrapassado a data da diplomação do investigado. Preliminar rejeitada antes da fase instrutória. Reiteração. Argumentação equivocada, haja vista que a pessoa jurídica não detém legitimidade para figurar no polo passivo da AIJE e, portanto, não pode ser considerada como litisconsorte necessária.

Mérito:

Evento promovido e realizado pela Igreja Mundial do Reino de Deus, na véspera das eleições, aberto ao público em geral, com a participação de cerca de 5.000 (cinco mil) pessoas. Narração de transformação do evento religioso em um acontecimento eleitoral, para promoção de candidaturas, com pedido explícito de votos por parte do líder da Igreja e distribuição de panfletos contendo propaganda eleitoral dos candidatos. Apresentação de tese sobre “abuso do poder de autoridade religiosa” ou “abuso do poder religioso”, que deveria ser coibido pela Justiça Eleitoral.

As provas apresentadas, tanto documentais quanto testemunhais, não deixam dúvida quanto à conduta do líder religioso, que, do alto do palco, conclamou os fiéis a votarem nos candidatos de sua predileção, que se encontravam ao seu lado. Impossibilidade de alegação de desconhecimento do fato ou de sua inexistência. Flagrante gasto excessivo de recursos em favor de candidaturas, desigualando-se as forças concorrentes ao pleito, em detrimento da liberdade de voto e em prejuízo da normalidade e da legitimidade das eleições. Constatação de que o episódio ocorreu um dia antes da eleição. Uso de toda estrutura de um grande evento religioso colocada à disposição dos candidatos. Desvirtuamento do evento claramente configurado pelas imagens do vídeo acostado aos autos, com pedido expresso de votos para os candidatos ao pleito que ocorreria no dia seguinte. Provas conclusivas quanto à ocorrência, durante o evento, de maciça panfletagem de campanha eleitoral dos candidatos, que se aproveitaram da concentração de pessoas para divulgarem suas candidaturas. Existência de casos similares ocorridos em outros Estados do país, demonstrando a prática reiterada do desvirtuamento de eventos religiosos em eleitorais pelo “Apóstolo Valdemiro”. Quebra dos princípios da isonomia, do equilíbrio do pleito, bem como da liberdade de escolha de voto pelos eleitores comprovados.

Configuração do abuso de poder econômico previsto nos arts. 19 e 22, *caput*, da Lei Complementar nº 64/1990 e no art. 14, § 10, da Constituição da República.

Ação de investigação judicial eleitoral julgada procedente. Condenação de Franklin Roberto de Lima Souza, candidato a Deputado Federal, não eleito, e Valdemiro Santiago de Oliveira, líder da Igreja Mundial

do Poder de Deus, às sanções insculpidas no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, declarando-os inelegíveis no período de 8 (oito) anos subsequentes à eleição de 2014. Determino, ainda, a cassação do mandato de Márcio José Machado de Oliveira, candidato eleito a Deputado Estadual, bem como o declaro inelegível pelo período de 8 (oito) anos subsequentes à eleição de 2014, de acordo com a norma do artigo supracitado.

Ação de Impugnação de Mandato Eletivo julgada procedente, para cassar o mandato de Márcio José Machado de Oliveira, candidato eleito a Deputado Estadual. (fls. 419-422)

Os embargos declaratórios opostos por Marques Batista de Abreu e Gustavo Marques Carvalho Mitre foram acolhidos para declarar expressamente a cassação do mandato de Franklin Roberto de Lima Souza, por ter assumido o cargo de deputado federal após recontagem de votos.

Eis a ementa do acórdão embargado:

Embargos de Declaração. Ação de investigação judicial eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Conexão. Ajuizamento da AIJE em face de candidatos a Deputado Estadual e Federal, eleitos, e líder de igreja evangélica. Arts. 19 e 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Ajuizamento da AIME em face de candidato a Deputado Estadual, eleito. Art. 14, § 10, da Constituição da República. Abuso do poder econômico, político e de autoridade e uso indevido dos meios de comunicação social. Preliminares rejeitadas. Ação de Investigação Judicial Eleitoral julgada procedente. Declaração de inelegibilidade dos Investigados e cassação do mandato de Márcio José Machado de Oliveira. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo julgada procedente. Cassação do mandato de Márcio José Machado de Oliveira.

1º e 2º Embargos de Declaração:

Preliminar de cerceamento de defesa e erro de procedimento.

Inexistência de cerceamento de defesa e qualquer prejuízo aos Embargantes no que se refere à alegação de ausência de documentos na contrafé recebida. Fatos devidamente pormenorizados na inicial, ampla e especificamente refutados em contestações. Partes tiveram amplo acesso aos autos, inclusive se referindo ao conteúdo do vídeo contestado nas razões dos embargos.

No tocante ao reposicionamento de um dos membros da Corte, também não se detecta nenhum prejuízo as partes quanto à ordem do pronunciamento. Independência entre o momento do voto e a decisão final em si.

Preliminares rejeitadas.

Mérito:

Alegação de existência de omissão no voto condutor do Acórdão. Interpretação diversa da pretendida pelos Recorrentes. Pretensão de rediscutir matéria já regularmente apreciada, o que não se enquadra nas hipóteses de cabimento do presente recurso. Valoração de prova extrapola os limites dos aclaratórios. O juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos trazidos pelas partes. Finalidade de prequestionamento. Conexão entre os processos em análise realizada de forma técnica. Inexistência de prejuízo para as partes. Ausência de obscuridade, contradição ou omissão a serem colmatadas.

Embargos conhecidos, mas rejeitados.

3º Embargos de Declaração:

Alegação de existência de obscuridade nas sanções impostas ao Deputado Federal Franklin Roberto de Lima Souza.

O candidato a Deputado Federal, ora Embargado, não foi eleito no pleito de 2014. Entretanto, após uma recontagem de votos, o Embargado tomou posse em março de 2015.

Contradição entre o voto condutor da divergência e o voto de desempate exarado constatada.

Necessário o acolhimento dos Embargos para aclarar o acórdão vergastado, harmonizando-o com a realidade atual dos fatos, de acordo com a norma legal. Embargos conhecidos e acolhidos para aclarar as sanções impostas ao Deputado Federal Franklin Roberto de Lima Souza, em razão da procedência da ação em tela. Seguindo os termos do artigo 22, XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, declara-se expressamente a cassação do mandato desse Embargado, mantendo a declaração de inelegibilidade por 08 (oito) anos, sem qualquer alteração nas demais sanções impostas às outras partes. (fls. 603-604)

Opostos aclaratórios também pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, não foram conhecidos, conforme acórdão de fls. 738-756.

Seguiu-se a interposição de recursos ordinários, com pedido de efeito suspensivo, por Franklin Roberto de Lima Sousa (fls. 508-556 e 705-708), Márcio José Machado de Oliveira (fls. 629-678) e Valdemiro Santiago de Oliveira (fls. 679-704). O recurso especial interposto pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) Estadual, às fls. 772-789, foi recebido pelo Presidente do Tribunal *a quo* como recurso ordinário, nos termos do *decisum* de fls. 811-814.

Conforme bem observado no escoreito relatório apresentado pela eminente relatora, Ministra Rosa Weber, os recursos ordinários, à exceção daquele manejado pelo PC do B, apresentam as mesmas razões, quais sejam:

a) que os documentos que instruíram a petição inicial, notadamente a mídia contendo a gravação do evento religioso, não foram juntados na contrafé, de forma a impedir o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, e a acarretar, em consequência, a extinção do processo sem resolução do mérito, por força do art. 22, I, *a*, da Lei Complementar nº 64/1990;

b) que os ilícitos eleitorais narrados na peça vestibular não foram comprovados durante a instrução processual por provas robustas;

c) que não restou confeccionado nem distribuído material político;

d) que as provas produzidas demonstraram que o encontro foi um evento exclusivamente de caráter religioso, de pregação de fé evangélica e de louvor, que durou mais de quatro horas, que vem se repetindo há vários anos;

e) que a ausência de qualquer agente público no local e o fato de não ter sido utilizada a máquina administrativa no encontro religioso, por si só, afastam a tese de que teria havido abuso de poder político ou de autoridade;

f) que o ordenamento jurídico pátrio não contempla a figura do “abuso de poder religioso”, a permitir qualquer condenação nessa linha;

g) que não houve a alegada gravidade na conduta do líder da Igreja Mundial do Poder de Deus, Pastor Valdemiro, tendo o seu pedido de apoio à candidatura dos demais recorrentes se limitado ao exercício regular de seu direito constitucional de manifestar seu pensamento, inclusive porque ele não exerceu qualquer pressão psicológica ou coação sobre os fiéis;

h) que o abuso do poder econômico não restou demonstrado;

i) que inexistiu, ainda, o uso indevido dos meios de comunicação, haja vista não ter sido comprovada a exposição da imagem dos candidatos de forma desproporcional em veículos de comunicação da Igreja;

j) que, não bastasse isso, (i) a ausência de participação dos candidatos nas falas durante o evento; (ii) a inexistência de menção ao número e à legenda dos candidatos durante o discurso do líder religioso; (iii) a ausência de transmissão do evento nos veículos de comunicação social; e (iv) o número reduzido de pessoas em comparação com o mencionado na exordial afastam a configuração de atos com gravidade suficiente para comprometer o pleito;

k) que os fatos supostamente ocorridos poderiam, se muito, importar na configuração da prática de propaganda irregular.

O recorrente Márcio José Machado de Oliveira, por sua vez, aduziu, ainda, a) a nulidade da proclamação do resultado da votação, haja vista a modificação do voto da juíza Maria Edna Fagundes Veloso no curso do julgamento; e b) a nulidade decorrente da conexão entre AIJE e AIME.

No recurso de fls. 772-789, aparelhado com afronta aos arts. 458 do CPC/2015 e aos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral, o Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual pede haja o pronunciamento do Tribunal em relação ao não aproveitamento dos votos obtidos de forma ilícita pelo deputado federal.

Contrarrazões de Marques Batista de Abreu às fls. 824-831 e 868-932 e de Gustavo Marques Carvalho Mitre às fls. 832-942.

Os recursos em comento foram distribuídos à relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes (fl. 938), que, nos autos da AC n. 0600020-74, atribuiu efeito suspensivo ao recurso de Franklin Roberto de Lima Souza até o seu julgamento pelo plenário do TSE, em decisão assim ementada:

Eleições 2014. Deputado federal em exercício. Ação cautelar que objetiva a concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário. Abuso de poder político, religioso e econômico. Suposta promoção de candidatos em evento religioso denominado Concentração de Poder e Milagres, realizado em praça pública de Belo Horizonte, na véspera das eleições. Cassação de registro e declaração de inelegibilidade.

1. *Periculum in mora*. Nos termos dos arts. 797 e 801 do Código de Processo Civil, a concessão de provimento liminar sem oitiva da parte contrária configura medida excepcional, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo certo que a ausência de um deles enseja o indeferimento do pedido. No caso concreto, há prova nos autos neste momento de que a decisão regional foi comunicada à Câmara dos Deputados e que a Presidência da Casa Legislativa iniciou o procedimento de decretação de perda de mandato.

2. *Fumus boni iuris*. 2.1. Nos termos do art. 22 da LC nº 64/1990, as partes legitimadas poderão representar ao competente Corregedor, "relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político". Em uma primeira análise sobre

o tema, entendo que há uma dúvida jurídica razoável em verificar se a causa de pedir abuso de autoridade contempla apenas o abuso do poder político (interpretação estrita), entendido como o abuso praticado pelo detentor de mandato político ou de cargo público, ou se também alcança o abuso cometido por pessoas que, apesar de não exercerem cargo público, possuem a notória capacidade de influenciar determinado segmento da sociedade civil (interpretação teleológica), como um líder religioso – circunstância que, neste juízo provisório, deve militar a favor do detentor do mandato político, em homenagem à soberania popular. 2.2. Conquanto seja absolutamente reprovável que, em determinado evento público – seja religioso, seja cultural, seja futebolístico –, em local aberto e às vésperas da eleição, haja desvirtuamento da finalidade em prol de determinadas candidaturas, verifico, neste juízo perfunctório, que o acórdão regional não demonstrou elementos de prova seguros e robustos de que a conduta se revelou um ilícito eleitoral qualificado, entendido como grave abuso, suficiente para ensejar a severa sanção de cassação de diploma dos eleitos, pois o voto de desempate expressamente consignou que “o pedido expresso de votos, no palco e com todas as honras, há de se ressaltar, ocorreu a poucos minutos do término do evento, haja vista que, desde o seu início, já se promovia maciça panfletagem dos candidatos Márcio José Machado Oliveira e Franklin Roberto de Lima Souza”. 2.3. Especificamente em relação à distribuição de material de propaganda durante o evento, o voto vencido do relator assentou que “não se pode afirmar, contudo, é que a propaganda eleitoral em questão estivesse sendo distribuída exclusivamente em prol das candidaturas dos investigados”, o que, além de não ser contestado pelos votos divergentes, se mostra, aparentemente, coerente com a própria realidade, pois não é crível que, em um evento público, em local aberto, não tenha ocorrido propaganda de outros candidatos, qualificando-se, a conduta, neste juízo provisório, como propaganda eleitoral irregular, e não como abuso suficiente para ensejar a severa sanção de cassação de diploma. 3. A Lei nº 13.165/2015 acrescentou o § 2º ao art. 257 do Código Eleitoral, segundo o qual “o recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo”. Em uma primeira análise sobre o tema, destaco que as decisões regionais que cassam o registro ou o diploma nas eleições gerais somente produzirão efeitos após a confirmação pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do recurso ordinário. 4. Pedido de medida liminar deferido. (fls. 946-948)

Instado a se manifestar, o Ministério Público Eleitoral opina pelo não conhecimento do recurso do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e pelo desprovimento dos demais recursos ordinários. Eis a ementa deste parecer:

ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO, DE AUTORIDADE E USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.

1. Deve ser reconhecida a intempestividade do recurso ordinário interposto em face do acórdão que não conheceu dos embargos declaratórios por ausência de capacidade processual da parte embargante, de modo que, em última análise, não se admite o ingresso no feito do Partido Político que não formaliza o pedido para atuar como assistente simples, tal como autorizado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, sequer indicando a parte a quem pretende assistir.

2. Inexiste cerceamento de defesa capaz de gerar a extinção do feito sem resolução de mérito na hipótese em que a contrafé não foi acompanhada dos vídeos juntados com a petição inicial, inexistindo prejuízo à defesa, pois todos os fatos foram descritos pormenorizadamente na petição inicial, inclusive mediante gravação dos vídeos, que possibilitou aos investigados a ampla defesa, como de fato ocorreu.

3. Deve ser mantida a condenação por abuso de poder, nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, na hipótese em que é utilizada a estrutura econômica de Entidade Religiosa, de forma maciça, durante a realização de evento pretensamente religioso, um dia antes das eleições, em que há distribuição de material de campanha e pedido expresso de votos, com o nítido intuito de beneficiar a candidatura e angariar votos aos candidatos da predileção do representante máximo da Igreja.

4. Parecer pelo não conhecimento do recurso interposto pelo Partido Comunista do Brasil e pelo desprovimento dos demais recursos ordinários. (fls. 966-967)

Redistribuição dos feitos à relatoria da e. Ministra Rosa Weber em 27.5.2016 (fl. 987), tendo em vista a assunção do então relator à Presidência.

Na sessão jurisdicional do dia 29.5.2018, a nobre relatora proferiu judicioso voto no sentido de (i) não conhecer do recurso do PC do B; (ii) de negar provimento aos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira;

(iii) de julgar prejudicada a Ação Cautelar nº 0600020-74.2016.6.00.0000; e
(iv) de determinar a execução imediata do julgado a partir da publicação do acórdão.

O voto de Sua Excelência está assim ementado:

Eleições 2014. Recurso ordinário. AIJE e AIME julgadas conjuntamente. Abuso do poder econômico. Utilização de grandioso evento religioso em benefício de candidaturas às vésperas do pleito. Pedido expresso de votos. Procedência no TRE/MG. Desprovemento.

Histórico da demanda

1. Contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG) pelo qual julgados procedentes os pedidos veiculados em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) – ajuizada por candidato não eleito ao cargo de deputado estadual pelo PTB nas eleições de 2014, à alegação da prática de abuso do poder econômico e de autoridade e de uso indevido dos meios de comunicação social, em que declarada a inelegibilidade dos investigados por oito anos e cassados os mandatos dos candidatos eleitos – interpuseram recurso ordinário Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira (eleitos deputado federal e deputado estadual, respectivamente, no pleito de 2014) e Valdemiro Santiago de Oliveira (líder da Igreja Mundial do Poder de Deus), manejado, ainda, recurso especial pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual.

2. Consta da inicial que os recorrentes teriam se utilizado de grandioso evento religioso amplamente divulgado para impulsionar as candidaturas de Márcio José Machado de Oliveira e Franklin Roberto de Lima Sousa, ocasião em que teria havido pedido expresso de votos por parte do condutor da celebração – o autodenominado “Apóstolo Valdemiro Santiago” –, intitulada “Concentração de Poder e Milagres”, realizada no dia 4 de outubro de 2014, a menos de 24 horas da eleição, em local de amplo acesso ao público – Praça da Estação, em Belo Horizonte/MG, com distribuição de material de campanha.

Do recurso interposto pelo PC do B na condição de terceiro interveniente

3. Ainda que superável a irregularidade decorrente da não indicação, pelo PC do B, da parte a quem pretende assistir, o possível assistido e autor das ações se quedou inerte, contra a decisão regional, vedada a interposição de recurso autônomo pelo assistente simples.

4. Não se evidencia, ainda, interesse jurídico direto na causa, a viabilizar a admissão como terceiro prejudicado. Deixou a agremiação de demonstrar de que forma a sua esfera jurídica seria diretamente atingida pela manutenção da cassação dos diplomas dos recorrentes. Na linha da orientação firmada por este Tribunal Superior, os votos anuláveis pertencem à legenda pela qual eleitos os parlamentares

eventualmente cassados, a teor do art. 175, §§ 3º e 4º do Código Eleitoral⁸, uma vez proferida a decisão pela Justiça Eleitoral, no caso concreto, após a realização do pleito, em 27.8.2015.

5. À minguia da demonstração do interesse jurídico, resta inviabilizado o conhecimento do recurso especial, uma vez que, na linha da jurisprudência desta Casa, “a incidência de efeitos jurídicos por via reflexa não tem o condão de possibilitar a intervenção na lide de terceiro interessado” (REspe nº 264164/RR, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* de 28.2.2014).

Da violação do direito à ampla defesa e ao contraditório

6. A ausência de juntada, na contrafé, de alguns documentos que instruíram a inicial – especialmente a mídia contendo a gravação do evento religioso – não impediu o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, presente a narração dos fatos na inicial, bem como franqueado às partes o acesso aos DVD’s colacionados com a exordial.

7. Ademais, a juntada posterior da degravação das mídias com laudo facultou a manifestação dos investigados logo no início da instrução do feito, antes das alegações finais, ausente, portanto, prejuízo que importe em decretação de nulidade.

Da imprestabilidade das provas produzidas unilateralmente

8. Não verificada a manipulação do vídeo gravado ou a alegada inconsistência técnica do laudo produzido pelo investigador, uma vez que o exame pericial apenas contextualizou os documentos fornecidos pelos recorridos, providenciada, ainda, a transcrição do conteúdo gravado nas mídias apresentadas. O laudo não trouxe, portanto, nenhum documento novo apto a alterar a formação do juízo de convicção, na origem, sobre a condenação, consistindo “em mera forma encontrada pela parte autora para expor, de forma otimizada, a documentação que considerou apta a dar suporte às suas razões iniciais”, consoante anotado pelo Órgão Ministerial.

Da nulidade na proclamação do resultado da votação no TRE/MG

9. A retificação de voto anteriormente proferido – depois de inaugurada a divergência – é faculdade do julgador enquanto perdurar o julgamento colegiado, até a proclamação do resultado final. Jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores que veio a ser positivada no art. 942, § 2º, do CPC/2015.

Da nulidade do julgamento conjunto das ações – AIJE e AIME

10. Incontroverso que as ações ajuizadas, AIJE e AIME – a primeira em face de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de

⁸ § 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira e a segunda em face de Márcio José Machado de Oliveira – dizem com os mesmos fatos no que toca à imputação de abuso de poder, decorrente de alegado desvirtuamento de evento religioso em benefício de candidaturas, verificada distinção parcial tão somente quanto às partes.

11. Nessa quadra, não há falar em nulidade decorrente do julgamento conjunto das ações, presente, na espécie, a identidade fática entre as causas de pedir, salutar a utilização da prática a evitar decisões conflitantes, ausente prejuízo para a regular instrução processual.

Da imputação de abuso de autoridade religiosa

12. O atual debate sobre os limites da interferência de movimentos religiosos no âmbito do eleitorado, com a possível quebra da legitimidade do pleito, é desafiador dentro de uma sociedade pluralista. A influência da religião na política e, na linha inversa, da política na religião, é via de mão dupla que se retroalimenta, reconhecidamente indissociável em diversas culturas.

13. Sem a emissão de juízo de valor sobre as diferentes convicções religiosas – direito fundamental protegido pela Constituição Federal – a exercerem influência sobre as opções políticas do indivíduo e, em última análise, da comunidade a que pertence, é inegável que declarações públicas de apoio ou predileção a determinada candidatura estão resguardadas pela liberdade de manifestação assegurada constitucionalmente. Além disso, tendem os indivíduos a um alinhamento natural a candidatos oriundos da fé professada.

14. A utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas, infundindo a orientação política adotada por líderes religiosos – personagens centrais carismáticos que exercem fascinação e imprimem confiança em seus seguidores –, a tutelar a escolha política dos fiéis, induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas, primordialmente, pelo temor reverencial, não se coaduna com a própria laicidade que informa o Estado brasileiro.

15. Diante desse cenário é que se torna imperioso perscrutar em que extensão cidadãos são compelidos a apoiar determinadas candidaturas a partir da estipulação de líderes religiosos – os quais, por vezes, vinculam essa escolha à própria vontade soberana de Deus –, em cerceio à liberdade de escolha do eleitor, de modo a interferir, em larga escala, na isonomia entre os candidatos no pleito, enfraquecendo o processo democrático.

16. A reiterada conclamação aos fiéis durante as celebrações religiosas, por seus líderes, para que suportem determinada campanha, cientes do seu poder de influência sobre a tomada de decisões de seus seguidores, é conduta que merece detido exame pela Justiça Eleitoral, considerada a nobre missão de que investida, pela Carta Magna, quanto ao resguardo da legitimidade do pleito.

17. A modificação do prisma histórico-social em que se concretiza a aplicação da norma torna imperiosa uma releitura do conceito de “autoridade”, à luz da Carta Magna e da teleologia subjacente à investigação judicial eleitoral, a revelar de todo inadequada interpretação da expressão que afaste do alcance da norma situações fáticas caracterizadoras de abuso de poder em seus mais diversos matizes – as quais manifestam idênticas e nefastas consequências –, sabido que a alteração semântica dos preceitos normativos deve, tanto quanto possível, acompanhar a dinâmica da vida.

18. Porque insofismável o poder de influência e persuasão dos membros de comunidades religiosas – sejam eles sacerdotes, diáconos, pastores, padres etc –, a extrapolação dessa ascendência sobre os fiéis deve ser enquadrada como abuso de autoridade – tipificado nos termos do art. 22, XII, da LC nº 64/1990, que veio a regulamentar o art. 14, § 9º, da CF – e ser sancionada como tal.

19. Nessa quadra, revelam-se passíveis, a princípio, de configuração do abuso de autoridade – considerada a liderança exercida e a possibilidade de interpretação ampla do conceito – os atos emanados de expoentes religiosos que subtraíam, do âmbito de incidência da norma, situações atentatórias aos bens jurídicos tutelados, a saber, a normalidade e a legitimidade das eleições e a liberdade de voto (art. 19 da LC nº 64/1990).

20. Todavia, sem embargo da pungente discussão sobre o tema, a se realizar em momento oportuno, a solução da controvérsia que se põe na espécie prescinde desse debate, uma vez incontroversa a utilização, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com *shows* e *performances* artísticas, cujo dispêndio econômico foi estimado em R\$929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) – valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus –, cujas circunstâncias indicam a configuração do abuso do poder econômico.

Do abuso do poder econômico

21. Evidenciada a utilização premeditada, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com *shows* e *performances* artísticas, cujo dispêndio econômico foi estimado em R\$929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) – valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus.

22. Suficientemente demonstrada a gravidade das condutas imputadas, não havendo margem a dúvidas de que desvirtuado o evento religioso, cuja estrutura e recursos envolvidos reverteram em benefício dos recorrentes, em evento político-religioso-partidário, durante período crítico, às vésperas da eleição, em manifesta vulneração à legitimidade do pleito.

23. A gravidade dos fatos pode ser aferida das seguintes circunstâncias:

- a) realização de pedido expresso de votos pelo celebrante do evento religioso – ocorrido a menos de 24 horas do pleito –, mediante súplica aos fiéis para que angariassem, cada um, mais dez votos aos candidatos recorrentes para o pleito que se realizaria no dia seguinte;
- b) distribuição de panfletos e material de campanha confeccionado pelos recorrentes durante todo o evento, levada a efeito por membros da Igreja Mundial do Poder de Deus. Do referido material, consta, ainda, apelativo pedido de votos em nome do celebrante, a reforçar a vinculação entre a solenidade religiosa e os candidatos beneficiados;
- c) presença de caravanas de diversos municípios mineiros, estimado o público em cinco mil pessoas em local de amplo acesso na capital mineira – Praça da Estação;
- d) alto custo do evento – que contou com sofisticada estrutura, realização de *shows* e *performances* artísticas, além de transmissão ao vivo –, estimado em quase um milhão de reais, valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus; e
- e) divulgação ampla do evento, inclusive na rede social do candidato Márcio Santiago, o qual fez incluir em folder promocional o número e cargo pelo qual concorreu naquele pleito, vinculando previamente a sua campanha à celebração religiosa.

Da anuência/participação dos candidatos nos ilícitos

24. Inafastável a responsabilidade dos candidatos recorrentes no desvirtuamento do evento religioso, visto que presentes no palco, ainda que nos minutos finais, durante o eloquente pedido de votos, a par de distribuírem, durante toda a celebração, material de campanha do qual consta expressa vinculação à figura do líder religioso, demonstrada a anuência e participação na conduta, em desequilíbrio à disputa eleitoral.

Do abuso dos meios de comunicação

25. A despeito da ampla divulgação do evento em debate na TV, na internet e nas mídias sociais, não restou evidenciada a utilização abusiva de tais meios, embora a irregular publicidade veiculada na espécie e o custo envolvido nessa divulgação possa ser associado ao abuso do poder econômico, a corroborar a gravidade dos fatos pelo “conjunto da obra”.

Conclusão

Recurso do PC do B não conhecido e recursos ordinários desprovidos. Determinação de execução imediata do presente acórdão, após a sua publicação, na linha da jurisprudência do TSE.

Para melhor reflexão, pedi vista dos autos.

É o relatório. Passo ao voto.

I – Do recurso do Partido Comunista do Brasil (PC do B)

Quanto ao recurso do PC do B – Estadual, encampo *in totum* a fundamentação constante do voto da e. relatora, *dele não conhecendo*.

II – Dos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e Valdemiro Santiago de Oliveira

Senhora Presidente, prossigo no exame conjunto dos demais recursos, haja vista a similitude de alegações trazidas em cada um deles.

II.1 – Das preliminares de (i) violação do direito à ampla defesa e ao contraditório; (ii) imprestabilidade das provas produzidas unilateralmente; (iii) nulidade na proclamação do resultado da votação; e (iv) nulidade do julgamento conjunto das ações (AIJE e AIME)

Em sintonia com o judicioso raciocínio e irretocável solução trazidos no verticalizado voto de Vossa Excelência, Senhora Presidente, igualmente *voto pela rejeição* de todas as preliminares arguidas pela defesa.

II.2 – Do mérito recursal

Passo, doravante, ao exame do mérito recursal, não sem antes, uma vez mais, louvar o entendimento da eminente relatora. Analisarei, em primeiro lugar, a suscitada prática de abuso do poder econômico.

II.2.1 – Da conduta imputada aos investigados sob o viés do abuso de poder econômico (art. 22 da LC n. 64/1990 e art. 14, § 10, da CF)

Ab initio, observa-se, na linha do entendimento desta Corte, que o “abuso de poder econômico configura-se por *emprego desproporcional de recursos patrimoniais*, públicos ou de fonte privada, vindo a comprometer valores essenciais a eleições democráticas e isentas, *o que também pode ocorrer mediante o entrelaçamento com o instituto do abuso de poder religioso*” (AgR-RO n. 8044-83/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 5.4.2018, grifei).

Conforme se verifica (desse e de outros julgados), a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem se orientado, até o presente momento, no

sentido prevalecente de que, embora não exista no ordenamento jurídico posto a figura autônoma do “abuso de poder religioso”, tal constatação não interdita sejam a lisura e a normalidade das eleições tuteladas sob a ótica de desvalores anteriormente sopesados pelo constituinte e pelo legislador ordinário, à luz do que se contém nos arts. 14, § 10, da CF e 22 da LC n. 64/1990, *especificamente no campo do abuso do poder econômico*.

Nesse diapasão, avança-se sobre o acervo probatório dos autos, por se cuidar de via de cognição ordinária, justamente no afã de verificar, *in concreto*, se houve emprego desproporcional de recursos patrimoniais e, positiva a resposta, se a conduta foi dotada de gravidade no contexto eleitoral.

Essa análise constitui a delimitação primeira do presente voto-vista.

Pois bem.

Verte que, na capital mineira, a Igreja Mundial do Poder de Deus, por seu líder, Valdemiro Santiago de Oliveira, promoveu celebração coletiva e aberta, nominada “Concentração de Poder e Milagres”, no dia 4.10.2014, há menos, portanto, de 24 (vinte e quatro) horas do pleito geral de 2014.

Nesse evento teria havido – entre outras práticas ilícitas elencadas na inicial (e adiante examinadas) – o *abuso do poder econômico*.

Por apertada maioria de 4x3, o TRE/MG reconheceu a sua ocorrência, compreensão mantida na proposta da e. Ministra relatora.

Para tanto, Sua Excelência, *em verticalizado pronunciamento*, entendeu comprovados os fatos e apontou que a gravidade configuradora do ilícito pode ser extraída das seguintes circunstâncias (fls. 29-30 do voto):

- a) realização de pedido expresso de votos pelo celebrante do evento religioso – ocorrido a menos de 24 horas do pleito –, mediante súplica aos fiéis para que angariassem, cada um, mais dez votos aos candidatos recorrentes para o pleito que se realizaria no dia seguinte;
- b) distribuição de panfletos e material de campanha confeccionado pelos recorrentes durante todo o evento, levada a efeito por membros da Igreja Mundial do Poder de Deus. Do referido material, consta, ainda, apelativo pedido de votos em nome do celebrante, a reforçar a vinculação entre a solenidade religiosa e os candidatos beneficiados;
- c) presença de caravanas de diversos municípios mineiros, estimado o público em cinco mil pessoas em local de amplo acesso na capital mineira – Praça da Estação;

d) alto custo do evento – que contou com sofisticada estrutura, realização de *shows* e *performances* artísticas, além de transmissão ao vivo –, estimado em quase um milhão de reais, valores não declarados em prestação de contas e integralmente custados pela Igreja Mundial do Poder de Deus; e

e) divulgação ampla do evento, inclusive na rede social do candidato Márcio Santiago, o qual fez incluir em folder promocional o número e cargo pelo qual concorreu naquele pleito, vinculando previamente a sua campanha à celebração religiosa.

Com todas as vênias, ousou divergir dessa conclusão. Para tanto, pronunciarei o meu convencimento a partir das seguintes balizas:

a) Do tempo total de duração do evento religioso

Eminentes pares, embora constitua premissa incontroversa nos autos, necessário realçar, *em tintas fortes*, que o evento em tela teve duração total de mais de 4 (quatro) horas, sendo que *a fala do religioso – inquinada como afrontosa – está (toda ela) contida nos 4 (quatro) minutos finais!*

Esses derradeiros momentos estão retratados na mídia juntada.

b) Da realização do evento a menos de 24 horas das eleições

Consta dos autos, ainda, que o evento em comento teria findado a menos de 24 (vinte e quatro) horas da abertura da votação no pleito de 2014, o que, aliás, foi destacado pela corrente majoritária na procedência das ações.

c) Do público presente no evento religioso

De igual forma, restou constatado nos autos, até pela dimensão do local no qual ocorrida a celebração (Praça da Estação em Belo Horizonte/MG), que o público presente alcançou a monta de 5.000 (cinco mil) pessoas.

Feitas essas anotações, esclareço, para melhor organização do meu voto, que enfrentarei por tópicos as questões que reputo imprescindíveis.

II.2.1.1 – Da ausência de emprego desproporcional de recursos patrimoniais sem os quais não se cogita de abuso do poder econômico

II.2.1.1.1 – Do custo global do evento

O custo total do evento, estimado, tal como aduzido, em R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), não pode, a meu juízo, ser considerado como aporte (espúrio ou não) em prol da campanha dos candidatos investigados para fins de demonstração do emprego, frise-se (dada a sua condição de requisito), de recursos patrimoniais *desmedidos, desproporcionais e aviltantes*.

Conforme ressaltado, questionamento não há sobre a quase totalidade do tempo destinado à celebração religiosa (tanto que sequer registrada na mídia encartada aos autos como prova), *mas apenas em relação aos seus quatro últimos minutos*, os quais podem ser brevemente resumidos na seguinte súplica do sacerdote investigado: “gente, não saiam... agora eu queria fazer um pedido, pra gente conseguir sucesso, cada um conseguisse pelo menos 10 votos. Amém, pessoal? Quem pode me ajudar nisso aí?” (fl. 460).

Logo, o emprego de recursos patrimoniais, *se houve*, há que ser submetido, *no que tange à sua aferição*, a um mínimo de razoabilidade de perscrutação judicial, adotando-se lógica que, ainda que não puramente matemática (a qual isoladamente não seria capaz de solver a equação), não despreze, *como na espécie*, a circunstância fática do diminuto aproveitamento de uma estrutura que foi erguida não como palanque de campanha, mas com a finalidade precípua de celebração religiosa levada a efeito em praça pública. O desvirtuamento dos minutos finais do evento, *se comprovado*, não pode ser inexoravelmente confundido com a sua integral extensão, cujo custo (global, portanto) não pode ser tomado à forma de “despesa de campanha”, seja para embasar assertiva de omissão na prestação de contas, seja para, mediante consequências muito mais gravosas, corroborar tese de abuso do poder econômico, a qual desaguará na cassação do mandato e na declaração de inelegibilidade dos investigados pelo prazo – nada singelo – de 8 (oito) anos.

Essa exegese é a que reputo mais obsequiosa em face de pronunciamentos do Tribunal Superior Eleitoral nos quais consignados, *no que pertine ao juízo de **procedência** da ação de investigação judicial eleitoral*, se deva ter, a partir da edição da Lei Complementar n. 135/2010 (que traduz substancial avanço), compreensão jurídica merecedora de

“maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento do abuso de poder e da conduta vedada, além de ensinar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos, decorrente da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alíneas *d* e *j*, da LC nº 64/1990” (REspe n. 682-54/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 23.2.2015).

In casu, embora, como dito, uma simples divisão matemática – do custo do evento pelo seu tempo total com posterior multiplicação desse fator (custo unitário) pelos minutos tidos como desvirtuados (resultado isolado) – não conduza ao esgotamento da análise do abuso de poder, dado que a percepção do mesmo não está circunscrita ao campo da ciência exata, *de igual maneira não há como soar desprezível aos ouvidos do julgador que se estaria falando, em valores estimados, não mais de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), mas de R\$16.664,00 (dezesesseis mil seiscentos e sessenta e quatro reais)*, tendo por referência campanha eleitoral aos cargos de deputado estadual e federal.

Portanto, com renovadas vênias, não vislumbro a possibilidade – dada essa peculiaridade do caso concreto, no qual evidenciada a utilização, *nos derradeiros momentos*, de apenas 1,66% do tempo total de celebração – de alicerçar juízo condenatório no elevado custo global do evento religioso.

Para que se tenha um *paralelo – somente à guisa argumentativa –*, se tomado o valor de R\$16.664,00 a título de “recurso de campanha”, em disputa eleitoral de níveis estadual e federal, com exame na via da representação por arrecadação ilícita (art. 30-A da Lei n. 9.504/1997), *muito provavelmente*, não obstante a fonte vedada (entidade religiosa – art. 24, VIII, do mesmo diploma legal, com o destaque de que as igrejas doravante estariam impedidas de doar de qualquer forma pela simples condição de pessoa jurídica), esta Corte, *por esse fato isolado*, não chancelaria a cassação dos mandatos.

II.2.1.1.2 – Da distribuição de material gráfico de campanha

Sobre a panfletagem de material gráfico de campanha durante o evento, colhe-se do acórdão regional remissão às fotografias de fls. 65-70, as quais comprovariam a espúria prática de sua distribuição ao longo da cerimônia.

Contudo, o exame dessa prova não pode ser feito sem maiores considerações, sobretudo de forma singular ou conjugada com excertos *descontextualizados* dos depoimentos testemunhais, tal como fez o Regional.

Isso porque as referidas fotografias, todas elas previamente selecionadas pelo autor da ação, constam de laudo pericial por este encomendado e custeado (juntado às fls. 26-111). Por óbvio, não há obstáculo nessa iniciativa. Simplesmente, busca o representante provar o alegado. O que há que se relevar, contudo, é que mencionados registros fotográficos não são da lavra de agentes públicos (*a exemplo daqueles que decorrem da atividade fiscalizadora da propaganda por servidores da Justiça Eleitoral*). Cuida-se, isso sim, e nesse ponto é que reside a preocupação, *de material dirigido a um fim*.

Não se está, com isso, levantando suspeita sobre a autenticidade das imagens captadas, até porque não foi objeto de insurgência nesse ponto.

Todavia, parece-me que, na hipótese dos autos, *a verificação dessa prova deve ser feita à luz dos depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares que estavam presentes e que acompanharam os fatos*.

Por serem *longa manus* do Estado, os depoimentos testemunhais dos policiais militares, devidamente submetidos ao crivo do contraditório em juízo, gozam de substancial relevância no estabelecimento da *verdade real*.

Nesse sentido, o Sargento Wilson Procópio Chagas, que esteve presente no local dos fatos ao longo do dia – termo de depoimento à fl. 279: *“que chegou antes de começar o evento, lá permaneceu durante todo o evento e somente se retirou depois que ele acabou”* – pontuou expressamente ter

visto umas *cem pessoas com camisas de outros partidos*; que quando o declarante chegou ao evento, antes do seu início, viu que algumas pessoas distribuíam material de propaganda eleitoral; que o declarante orientou essas pessoas de que aquela prática era proibida e *não mais ocorreu o fato*; que o declarante *não mais viu distribuição de propaganda eleitoral*; [...] *que tem a esclarecer que eram distribuídos materiais de campanha de diversos partidos*; [...] que o declarante, quando percebeu a distribuição de material, comunicou ao seu superior, Tenente Trulli, *que por sua vez entrou em contato com a juíza*; que quando ele voltou, o pessoal já tinha dispersado; *que o evento se estendeu entre 13 e 19 horas*; *que a orientação do Ten. Trulli era de recolher o material e prender as pessoas, caso se repetissem aquelas práticas*, já que os primeiros identificados pelo declarante já tinham se dispersado. (Fls. 279-278, grifei.)

A seu turno, o Cabo da Polícia Militar, Edson de Souza Duarte, embora ressaltando ter visto, na saída do evento, “pessoas, talvez umas trinta, [que] trajavam uma camisa com os dizeres ligados à igreja mundial [e] que essas pessoas formavam um corredor e entregavam aos que saíam material de campanha de Márcio Santiago e Franklin Lima” (fl. 281), não foi menos enfático ao asseverar, sobre os impressos verificados no seu trajeto até o palco,

[...] que não sabe precisar por quanto tempo houve a distribuição desse material de campanha [...] [que] existiam outras saídas; que se valeu da principal para ganhar o palco e nela viu a distribuição de material; que não sabe dizer, entretanto, se nas outras saídas havia essa distribuição; que o declarante não viu essas outras saídas; que as pessoas saíam em massa do evento, não sabendo informar quanto tempo se consumiu para o esvaziamento da praça; que o declarante viu a distribuição do material por um minuto, já que foi fazer contato com o representante do evento e perdeu contato visual com esse grupo de pessoas [...] que os três jovens que procuraram a polícia eram politizados; que chegaram citar crimes eleitorais [...] (Fls. 281-282, grifos nossos.)

É de se ver, em suma, a partir do extrato desses depoimentos testemunhais, que a certeza condenatória lastreada em apriorística análise visual de elementos fotográficos – como dito: pinçados pelo autor – vai se diluindo, quando da verticalização do olhar investigativo, em dúvida razoável.

Sobretudo porque, igualmente como visto do depoimento ora transcrito, a determinação superior, uma vez comunicado o fato à juíza eleitoral responsável por aquela circunscrição, foi no sentido da apreensão do material que estivesse sendo distribuído e da prisão em flagrante dos responsáveis.

Contudo, reforça a assertiva de que não houve prosseguimento na panfletagem (ou ao menos que não ocorreu maciçamente durante todo o dia), o fato de não haver, nestes autos, qualquer notícia de apreensão e/ou prisão, inclusive no que pertine ao panfleto reproduzido à fl. 93 (carta do apóstolo).

De outro lado, para além da incerteza sobre a extensão da alardeada distribuição, tem-se ao norte a advertência colhida a partir do mesmo testemunho de que a propaganda não se restringia aos investigados, alcançando outros *players* do processo eleitoral, sejam candidatos ou partidos.

Assim, tomando-se ainda como base a ausência de elementos seguros de prova de que eventual material publicitário tenha sido produzido mediante a alocação de recursos financeiros que não aqueles regularmente declarados, a sobra do “conjunto narrativo” constituiria, se muito, propaganda eleitoral irregular passível de sanção na via adequada das representações.

Ademais, na esteira do que anteriormente explanado, há que se ter, para abusar do poder econômico, *um uso desproporcional de meios*. Do depoimento prestado, contudo, vislumbra-se o destaque para cerca de 30 (trinta) obreiros supostamente desvirtuados para a campanha dos investigados contra, ao menos, 100 (cem) indivíduos com vestimentas de outros partidos políticos, evidenciando que, naquele espaço, a propaganda adversária talvez tenha sido até mais rica e maciça do que aquela atribuída aos próprios investigados.

Embora o quantitativo não seja determinante à verificação quanto à ocorrência ou à ausência de prática abusiva, o fato não deixa de chamar a atenção, não permitindo, a meu sentir, concluir em consonância com o TRE.

II.2.1.1.3 – Da base eleitoral supostamente atingida

Senhora Presidente, outro fato que igualmente não me permite, no caso concreto, acompanhá-la, como costumeiramente o faço, reside no que disse o Sargento Wilson Procópio Chagas ao final do seu depoimento, *in verbis*:

[...] o declarante constatou a presença de caravanas de outras cidades e de outros estados. (Fl. 280, grifos nossos.)

Os candidatos investigados concorreram aos cargos de deputado estadual e federal, respectivamente. Como se sabe, à exceção do cargo de presidente da República, todos os demais dependem de base regionalizada. *In casu*, a Corte Regional, por sua apertada maioria de 4x3, esteve muito calcada no comparecimento de aproximadamente cinco mil pessoas ao evento em tela.

Contudo, diante do quadro descrito pela autoridade policial, nasce a seguinte indagação: como afirmar comprometida a lisura do pleito, o equilíbrio entre os concorrentes, a moralidade da disputa, se não há

sequer *estimativa* quanto ao percentual de presentes que – eleitores daquele Estado – estariam sujeitos a aliciamento espúrio de seus votos pelo suposto esquema?

Certamente não seriam os cinco mil mencionados pelo TRE/MG.

Veja-se, portanto, que o caso é muito limítrofe para, com segurança, após três votos vencidos na origem, impor tão graves sanções.

II. 2.1.1.4 – *Do pedido de votos a menos de 24 horas do pleito*

O exame quanto ao momento em que dirigido o pedido expresso de voto em contexto no qual supostamente caracterizado o alegado ilícito não pode traduzir juízo de potencialidade, do qual não mais se cogita, por imperativa adequação legislativa havida na LC n. 64/1990, mas apenas como elemento formador de convicção sobre a existência (ou não) de gravidade, sem a qual o gênero abuso sequer tem como tomar assento no campo da existência material.

Essa distinção é de suma importância, uma vez que, a meu juízo, o *Tribunal* a quo *superdimensionou o elemento tempo*, ao pontuar que o evento *“astutamente ocorreu no dia anterior à eleição de 2014”* (fl. 461). Mais adiante, ao frisar ter sido *“convenientemente realizado na véspera da eleição”* (fl. 487).

O que advém como razão de ser da tônica empreendida na origem é que a ocorrência do fato em período tão próximo ao do início da votação teria maior aptidão para comprometer as eleições, haja vista a impossibilidade (ou improbabilidade) de reversão – temporalmente eficaz – dos malefícios gerados.

Contudo, esse viés está, a meu sentir, preponderantemente (ainda que não terminativamente) ligado ao ângulo da potencialidade, o qual, como ressaltado acima, não subsiste como elemento determinante do abuso.

Esse equívoco, entretanto, não resvala no duto voto da e. relatora, no qual expressamente consignada a gravidade (e não potencialidade) da conduta descrita, considerada a sua ocorrência a menos de 24 horas do pleito. Porém, de igual forma, não interdita compreensão diversa, na linha da militância dessa circunstância em desfavor da tese de abuso de poder.

Isso por ser incontestado nos autos, tal como ressaltado alhures, que o público presente era composto, em grande monta, de pessoas oriundas

de diversas cidades (algumas, como visto, localizadas até mesmo em outras unidades da Federação). Em razão disso, formaram-se verdadeiras caravanas.

Por outro lado, a autoridade policial esclareceu, também como visto, que a finalização da celebração ocorreu por volta das 19 horas do sábado.

A partir desses elementos exsurge outra divergência de minha parte dada a importância conferida a essa circunstância pela Corte Regional.

É que restou desconsiderada premissa quase inconciliável com essa propaganda astúcia por parte dos investigados, qual seja: a súplica direcionada a cada eleitor não residente na capital seria passível de operacionalização igualmente eficaz no tempo para que se obtivessem de forma abusiva, além do voto individual do fiel, outros dez votos a ele solicitados?

Afinal, muitas caravanas retornaram aos municípios de origem durante a noite, lá chegando, por certo, durante a madrugada e o início da votação já se concretizaria – como de fato ocorreu – nas primeiras horas do dia.

Parece-me, portanto, haver fragilidade na utilização dessa argumentação como fator de gravidade da conduta. Penso ser o contrário disso, pois dificilmente um eleitor “cooptado” nesses termos serviria de instrumento ao desiderato espúrio e premeditado de comprometer até mesmo dez outros votos.

Com efeito, em indubitáveis precedentes desta Corte, a prática de conduta ofensiva ao regramento eleitoral a menos de 24 (vinte e quatro) horas da abertura da votação foi considerada no juízo de procedência do pedido, ante a impossibilidade (ou improbabilidade) de se reverter os seus efeitos deletérios ou de dar cabal cumprimento às providências preliminares de notificação, mas em matéria e contexto distintos daqueles contidos nos presentes autos.

Confira-se, por exemplo, no campo da propaganda irregular (e guardadas as devidas proporções), o seguinte julgado do TSE, no qual, em razão dessa circunstância, foi mitigada a exigência de prévia notificação:

Eleições 2014. Recurso especial. Representação por propaganda irregular. Derrama. Santinhos. Dia do pleito. Irregularidade. Configuração. Notificação. Reparação. Impossibilidade. Caso concreto. Prévio conhecimento. Responsabilidade. Peculiaridades. Aplicação de multa.

1. Configura propaganda eleitoral irregular o “derramamento de santinhos” *nas vias públicas próximas aos locais de votação na madrugada do dia da eleição*.
 2. Constatada a “chuva de santinhos” *às vésperas do pleito*, a efetiva restauração da via pública somente se verificaria caso as ruas estivessem isentas de publicidade eleitoral durante a votação, pois a proibição contida no art. 37 da Lei nº 9.504/1997, além de destinar-se a evitar poluição visual, atua no sentido de evitar influências no voto do eleitor, em razão de propaganda ilícita, e de conferir tratamento isonômico em relação aos candidatos que realizam propaganda de acordo com os comandos legais. A remoção posterior ao pleito não afasta os danos já causados, especialmente em virtude de tratar-se de local próximo à seção de votação, ou seja, de elevado trânsito de eleitores, conferindo alta visibilidade.
 3. *Ante as particularidades observadas nos autos, é despicienda a prévia notificação, porque não é possível no caso concreto a efetiva restauração do bem.*
 4. Responsabilidade pelo ato aferida diante das peculiaridades do caso.
 5. Recurso especial provido. Procedência da representação, com fixação de multa no valor mínimo previsto em lei.
- (REspe n. 3798-23/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 14.3.2016, grifos nossos.)

Mesmo em matéria de consequências não tão gravosas ao infrator, pois limitada eventual sanção à aplicação de multa, este Tribunal Superior assentou que o tratamento devido, ante o momento exato em que ocorrido o fato, é dado à luz do caso concreto, e nunca aprioristicamente, tal como restou explicitado, aliás, na ementa do precedente acima referido.

Na espécie, diversamente da ótica adotada no juízo de origem e perfilhada, nesta Corte, no douto voto da e. Ministra relatora, entendo que as circunstâncias descritas militam, em razão do explanado, não em favor da tese de caracterização do abuso do poder econômico, mas contrariamente a ela.

Em outras palavras e rogando vênias para resumir a questão, tenho que o relógio não esteve a favor dos investigados, mas contra eles.

II.2.1.1.5 – Da AIJE n. 2653-08, de Porto Velho/RO

Calha mencionar também, Senhora Presidente, apenas para esclarecimento do Colegiado em face do que consignado no acórdão

regional, que a corrente majoritária naquela Corte conferiu enorme importância para o fato de um dos investigados nesta ação, o “Apóstolo Valdemiro Santiago”, ter sido condenado em ação similar (AIJE n. 2653-08) julgada pelo TRE/RO.

Confira-se, a propósito, o seguinte excerto do acórdão recorrido:

Decisão reveladora consta da AIJE n. 265308, de Porto Velho-RO, sob Relatoria do Juiz Sansão Saldanha, em que um dos representados é o mesmo “Apóstolo Valdemiro Santiago”, líder da Igreja Mundial do Poder de Deus, que assim foi ementado:

[...]

A leitura do voto revela a similaridade com o caso em análise, em que o mesmo “Apóstolo Valdemiro Santiago” utilizou-se de um evento cunhado de caráter religioso, no qual compareceram aproximadamente dez mil pessoas, para enaltecer candidatos de sua predileção.

Peço vênia para colacionar trechos da referida decisão:

A identidade dos casos concretos revela a prática reiterada do “Apóstolo Valdemiro” em desvirtuar eventos religiosos em acontecimentos políticos. Esse hábito evidentemente desequilibra o pleito eleitoral e beneficia os candidatos de sua preferência, por meio do poder político, religioso e econômico de sua Igreja. Tal conduta, todavia, fere a legislação eleitoral, ao violar a isonomia entre os candidatos, o equilíbrio do pleito, bem como a liberdade de escolha dos eleitores. (Fls. 463-465, grifos nossos.)

Contudo, imprescindível anotar que, relativamente ao feito citado pelo Tribunal *a quo*, para demonstração da reiteração de conduta do religioso, esta Corte Superior proferiu, no exame de recurso ordinário nele manejado, em sessão de 7.3.2017, acórdão pelo qual julgou improcedente a referida AIJE.

É bem verdade que o fez com base na ausência de potencialidade, aferível por se tratar de pleito de 2010. Entretanto, não se pode, tal como levado a efeito pelo juízo de origem, atribuir pecha não existente.

Esse reforço de fundamentação – é bom que se esclareça – não foi sequer invocado pela nobre relatora, Ministra Presidente Rosa Weber.

II.2.2 – Da conduta imputada aos investigados sob o viés do abuso de poder de autoridade (art. 22 da LC n. 64/1990 e art. 14, § 9º, da CF)

Sobre a possibilidade de enquadramento das condutas descritas como abuso do poder de autoridade (religiosa), verifica-se, com base

nos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, não haver, até o presente momento, orientação jurisprudencial nesse sentido. Assim, louvando as considerações e preocupações externadas no judicioso voto da eminente Ministra Relatora, as quais, com absoluta certeza, enriquecerão oportunas reflexões colegiadas, tenho, na linha da conclusão posta, porém por fundamento diverso, ser despicienda a sua imediata discussão sob o ângulo do cabimento. Isso porque, enquanto gênero, o abuso, seja ele econômico ou de autoridade, exige, para a sua configuração, conforme ressaltado, a existência de gravidade na conduta, a qual, pelas mesmas razões declinadas no exame do viés econômico – no que aplicável –, entendendo igualmente ausente, o que, por si só, conduz à improcedência do pedido condenatório, tal como formulado na presente ação.

II.2.3 – Da conduta imputada aos investigados sob o viés do uso indevido dos meios de comunicação social (art. 22 da LC n. 64/1990)

No que toca à imputação de abuso dos meios de comunicação, a eminente relatora concluiu pela sua não ocorrência. Acompanho a conclusão, por entender que a prova produzida não evidenciou referida prática.

II.3 – Da conclusão do voto-vista

Ante o exposto, *não conheço* do recurso do PC do B – Estadual e *dou provimento* aos recursos de Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira e de Valdemiro Santiago Oliveira para, reformando o acórdão regional, *julgar improcedentes ambas as ações propostas*.

É como voto.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (relatora): Senhores Ministros, na condição de relatora, apenas me limitaria a lembrar que passamos o vídeo em sessão anterior e não cheguei a proferir o voto integral, apenas fiz a leitura da ementa, porque já havia indicativo de que o eminente Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto pediria vista.

Destaco, então, alguns aspectos do meu voto, a que Vossas Excelências tiveram acesso. Faço questão de registrar, diante dos judiciosos fundamentos de Sua Excelência o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, que os ouvi com toda atenção, mas eles não se mostraram, com todo o respeito, suficientes para abalar a convicção que firmei. Vou me ater à divergência específica, à gravidade do que ocorreu e levou o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais a julgar procedentes a AIJE e a AIME, que estamos apreciando de forma conjunta.

O eminente Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto fez a leitura de um excerto do discurso do apóstolo Valdemiro Santiago de Oliveira, naqueles quatro minutos, ou pouco mais, que encerraram o grande evento. Desse discurso, destaco dois pontos anteriores ao pedido expresso para que cada um saísse e conseguisse mais dez votos.

Disse o apóstolo:

[...] Gente, eu queria pedir a vocês que amanhã, que cada um saísse daqui com... de alguma forma conseguisse o número do Franklin e do Márcio e amanhã honrasse essa obra, o Deus do Valdemiro Santiago e elesse estes homens, Deputado Federal o Franklin, Deputado Estadual o Márcio [...] (2min56seg da mídia de áudio e vídeo de fls. 113 e respectiva transcrição – d.n.)

[...] Então eu quero pedir a vocês, mas de todo meu coração e peço com muito amor... gente me ajuda aqui nessa estada, ajude essa obra [...] *Toda hora tão fechando uma igreja nossa, precisamos formar um exército pra defender a obra de Deus. Quem concorda comigo gente? Igreja... quem vem comigo nessa igreja? Com quem eu posso contar aí gente? Quem já sabe o número [...]* Então... aqui vem o Franklin, o Márcio.

E ele chama Franklin e Márcio, que entram no espaço onde ele estava, um palco.

Depois vem o trecho destacado pelo eminente relator, em que se diz:

[...] Gente não saiam... agora eu queria fazer um pedido, pra gente conseguir sucesso, cada um conseguisse pelo menos 10 votos. Amém pessoal?

Ainda faço a leitura de um dos panfletos distribuídos no local, não propriamente assinado, mas confeccionado pelo apóstolo Valdemiro Santiago:

Mineiros meus contrerrâneos,
É com muito amor e carinho que venho dedicando a minha vida para a obra de Deus. Com todas as minhas forças procuro atender os doentes, os necessitados e os aflitos de coração, sempre com o desejo de ver o povo mais feliz, pois essa é a minha missão. Mas como todos podem perceber, as perseguições políticas e religiosas são muito grandes. É hora de unirmos para juntos elegermos pessoas que tenham o compromisso com Deus e com o povo de Deus.

Preciso do seu apoio e da sua compreensão.

Peço seu voto para juntos elegermos o Pastor Franklin Lima, meu filho na fé, para Deputado Federal com o número 7012 e o Missionário Márcio Santiago, meu sobrinho, sangue do meu sangue, para Deputado Estadual com número 14789. Conto com todos vocês para dia 05 de outubro comemorarmos essa grande vitória!

Deus abençoe a todos.

Apóstolo Valdemiro Santiago. (Destaquei.)

Com todo o respeito, entendo que esses fatos são de enorme gravidade e autorizam, sim, a conclusão a que chegou o Tribunal Regional Eleitoral.

Por óbvio, peço vênias às compreensões contrárias e reafirmo que a beleza do Colegiado está em reunir pessoas com visões diversas e chegar, a partir da conjugação de todos os votos, seguramente à melhor solução, que todos nós pretendemos que seja a mais justa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhora Presidente, cumprimento o voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, pela capacidade analítica que tem.

Vou me reservar para, num futuro próximo, repensar a questão do abuso do poder religioso, porque acredito que essa é uma questão que vai se tornando mais importante no Brasil.

Contudo, nesse caso específico, até porque, talvez, a ênfase do voto da Ministra Rosa Weber tenha sido mais no abuso do poder econômico do que propriamente na questão religiosa, eu acompanho a relatora, pedindo vênias à divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto suscita divergência em relação ao núcleo central do voto de Vossa Excelência, relatora, e eu me declaro suficientemente informado dos fatos, circunstâncias e argumentos que constituem as diversas teses que aportaram a esse debate.

Compreendo que não apenas no quadro normativo da Lei Complementar nº 64/1990, nomeadamente na incidência do artigo 19, mas especialmente naquele que advém da Constituição da República, o poder econômico, como também as liberdades econômicas, o poder religioso, como também a imprescindível liberdade religiosa estão dentro desse quadro normativo e correspondem a um conjunto de circunstâncias que merece tutela e respeito integrais, não só por apego à Constituição Federal, mas também pelo caráter vinculante do seu programa normativo.

Isso significa, todavia, que a utilização desses poderes e faculdades tem outra face dessa moeda valorativa ou axiológica. A outra face é, precisamente, o abuso, e diz respeito à intervenção indevida, que afeta a normalidade e a própria legitimidade de pleitos eleitorais.

Este Tribunal não tem apenas o compromisso normativo, que está no voto de Vossa Excelência, Senhora Presidente, mas também o compromisso de transmitir, a partir desse programa normativo, uma narrativa que sustente os limites a esses abusos.

Com a devida vênia ao Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, entendo que a gravidade das condutas, sem prejuízo da imprescindível e inquestionável liberdade, quer no plano econômico, quer no plano religioso, quer em qualquer plano tutelável por um conjunto de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, ou seja, a violação desses poderes e dessas faculdades, independentemente do que se trata e de quem se trata, precisa ser sancionada com a decorrência da dimensão que a ordem normativa projeta para essa circunstância.

Emerge, com todo o respeito ao eminente ministro vistor, a gravidade da conduta. E não se está, aqui, a julgar uma pessoa, e sim a conduta.

E essa conduta, objetivamente recognoscível, com pedido expresso de voto, com participação e anuência dos candidatos, enfim, com um

conjunto de circunstâncias que constam do voto de Vossa Excelência, sem embargo da leitura distinta e respeitável feita pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, leva-me a acompanhar Vossa Excelência, como relatora.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, a hipótese dos autos cuida do chamado “*abuso de poder religioso*”, que se configura mediante entrelaçamento como abuso do poder econômico, explorando-se fé dos eleitores e visando benefício eleitoral.

A matéria foi objeto de deliberação no RO 2653-08/RO, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 5.4.2017, em que se fixaram as seguintes premissas sobre a liberdade de crença e seu desvirtuamento:

- a) o art. 5º, VI, da CF/1988 prevê inviolabilidade e liberdade de crença, assegurando livre exercício de cultos religiosos e protegendo os respectivos locais e liturgias, de modo que, *em princípio*, inexistente vedação a que líderes religiosos abordem em suas liturgias temas de natureza política em voga;
- b) *também em princípio*, não há impedimento a que candidatos e agremiações abracem a defesa de causas religiosas;
- c) *no entanto, a liberdade de crença não encerra direito absoluto* e deve ser interpretada de forma sistemática frente aos dispositivos constitucionais que estabelecem o regime democrático (art. 1º), a soberania popular (art. 14, *caput*) e eleições livres de condutas que comprometam sua normalidade e legitimidade (art. 14, § 9º);
- d) *em nenhuma hipótese a proteção constitucional à livre manifestação de crença e à liberdade religiosa permite que tais celebrações convertam-se em propaganda*, seja mediante pedidos de voto, distribuição de material de campanha, uso de sinais, símbolos ou logotipos, ou, ainda, manifestações contra ou a favor de candidato.

Na espécie, saliente-se que o conjunto probatório – que pode ser amplamente examinado, por se tratar de recurso ordinário – revela que a Igreja Mundial Poder de Deus, sob a liderança do recorrente Valdemiro Santiago, realizou evento religioso de grandes proporções na véspera do pleito, com custo estimado de quase um milhão de reais (pagos pela

Igreja), em benefício dos recorrentes Franklin Sousa (Deputado Federal) e Márcio José (Deputado Estadual), mediante:

- a) ampla divulgação;
- b) transmissão ao vivo;
- c) pedido expresso de votos pelo celebrante;
- d) distribuição de propaganda (também com idêntico pedido);
- e) público de aproximadamente cinco mil pessoas das mais diversas regiões de Minas Gerais.

Destaque-se, ainda, de modo específico, trecho de vídeo em que se constata de forma clara que Valdemiro Santiago não somente apresenta os candidatos como também pede votos expressamente em favor deles, faltando, repita-se, pouco mais de 12 horas para o início da votação e na presença de grande público.

Todos esses fatores, somados, evidenciam a gravidade das condutas, requisito do art. 22, XVI, da LC nº 64/1990, impondo-se manter o decreto condenatório, nos termos do voto da relatora.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhora Presidente, em minha visão, esta é uma situação difícil. Não me parece fácil resolvê-la com a simplicidade que eu poderia adotar na abordagem do tema.

Será que os fiéis de qualquer crença não podem ter preferências político-partidárias? Imaginemos, somente para argumentar, que um candidato se proponha a defender valores que são mais caros, mais prezáveis, por causa de determinada crença religiosa, como o combate ao aborto, ao uso de drogas, a determinadas condutas intersexuais. Esse candidato não pode suscitar de uma fração democrática da sociedade a simpatia que se expressa em voto?

Sobre esse evento, que, segundo se mencionou, foi estimado em R\$50 mil, podemos afirmar que ele foi estruturado com a finalidade de favorecer candidaturas de dois adeptos de determinada crença religiosa ou determinada confissão religiosa, quando apenas uma mínima fração do tempo foi utilizada nesse propósito?

Será que não é legítima a reunião de fiéis para se estimularem reciprocamente, se reforçarem reciprocamente em suas premissas, em seus pressupostos, em suas crenças?

Será que a sociedade democrática não admite isso? Essa é uma preocupação que me assalta. Será que a democracia pode cercar esse tipo de reunião?

Imaginemos um candidato que tenha propostas avessas a certas concepções, como um deputado que pregasse a refundação do país em bases absolutamente estranháveis. Ele não poderia ser combatido tenazmente, por exemplo, pelos federalistas, pelos liberais, pelos católicos, pelos protestantes?

Imagine alguém que investisse frontalmente contra a educação religiosa confessional no país? Nós sabemos todos que os jesuítas chegaram aqui nas caravelas dos descobridores. Os primeiros e grandes colégios do país foram criados e mantidos por religiosos, por exemplo, as PUCs, ainda hoje em dia.

Será que podemos passar uma borracha nisso tudo e considerar que, dentro de um colégio criado por uma instituição religiosa – por exemplo, os seminários do Ceará e de Fortaleza foram criados pelos lazaristas holandeses, uma congregação mais do que secular, absolutamente dedicada ao ensino dos jovens e à preparação de sacerdotes da Igreja Católica –, seria tolerável que, nesse ambiente, houvesse pregação avessa à santidade do Santo Cura D'Ars? Eu responderia que não. Não é possível isso.

No caso, a questão é de abuso do poder econômico. O Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto demonstrou que foi uma pequena fração, correspondente a R\$ 16 mil. Isso não está na prestação de contas dos candidatos, nem deveria estar mesmo, porque foi despesa de um evento religioso, em que houve a propagação do nome dos dois candidatos.

Eu fiquei muito impressionado com o voto de Vossa Excelência, Senhora Presidente. Ao ouvi-lo, pensei: este voto é irresponsável; quando ouvi o voto do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, pensei: este voto é irresponsável. Fiquei pensando na preservação da liberdade democrática, que se deve assegurar a qualquer grupo social.

Imaginemos um candidato a qualquer cargo que seja contra a integração das minorias, a integração dos indígenas, a proteção da fauna e do meio ambiente, um candidato que seja a favor da devastação da

Amazônia. Será que os ambientalistas podem se reunir e exorcizar esse sujeito, ou não? Eu penso que podem e devem.

Uma área muito difícil de ser tratada é a da liberdade de manifestar o pensamento, de expressar convicções, quaisquer que sejam, e de entender que isso é um abuso que pode tisonar o pleito. Parece que os candidatos não podem dizer nada.

Ainda há pouco, votamos um caso em que um candidato mandou mensagens, os chamados torpedos de telefone, no dia da eleição. Não se pode fazer isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Houve pedido de vista nesse processo e suspendemos o julgamento.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Sim. Ele manda mensagem para os parentes, amigos, correligionários, na seguinte forma: Não falte à eleição! Compareça! Vote em mim!

Então, o que o candidato pode fazer?

Ministra Rosa Weber, quero louvar o voto de Vossa Excelência, com impressionante argumentação, como também o voto divergente do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que me chamou a atenção para aspectos que eu não tinha considerado, sobretudo o de se legitimar que confissões religiosas se manifestem, digam o que acham, apontem candidatos que consagram as suas premissas e também os que desconsagram, para serem rejeitados.

Imaginemos um candidato que diga: “A minha intenção é desapropriar as fazendas produtivas do Estado do Ceará”. Os fazendeiros não podem se reunir num sindicato, numa associação e decidir combater esse sujeito? Não podem dizer que irão votar em candidato que seja contra o movimento de destruição das unidades agropastoris produtivas? Parece que não pode!

Peço licença a Vossa Excelência e ao Ministro Luís Roberto Barroso para reverenciar o Ministro Edson Fachin, de quem li com muito agrado e com muito proveito o recente trabalho sobre liberdade religiosa, publicado na *Revista Justiça e Cidadania*.

Considerarei muito interessante o trabalho do Ministro Edson Fachin sobre a liberdade, que tem de ser livre. Expresse o que quiser! Diga, exponha, suscite debates. Tenha total liberdade.

Penso que essas igrejas, eletrônicas, igreja como essa e como muitas outras, têm um trabalho extraordinário na preservação de certos valores da nossa cultura – não da nossa religião – da família, da sociedade, da juventude.

Conheço em Fortaleza um trabalho extraordinário feito por uma igreja evangélica, de recolher na rua os mendigos, os jovens viciados em drogas, as meninas prostituídas e levá-los para o lar Francisco de Assis, onde são tratados como gente.

Será que essa confissão religiosa não teria o direito de apoiar um candidato que dissesse: “Pretendo multiplicar os lares São Francisco de Assis. Meu plano de governo é aumentar esses lares e recolher mais meninos e meninas e mais pessoas extraviadas”?

Peço vênia a Vossa Excelência, Ministro Edson Fachin, por quem tenho admiração intelectual muito grande, à Ministra Rosa Weber, por quem tenho muito apreço, ao Ministro Luís Roberto Barroso, que é figura heráldica, e também ao Ministro Jorge Mussi, para acompanhar a divergência, porque me parece que é o mais salutar para a democracia e a defesa de valores que são prezáveis e caros a grandes frações da sociedade democrática brasileira.

É assim que voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, quero me pronunciar nesse caso, e iniciar dizendo que a fé é a adesão dos fiéis, em absoluta confiança, a dogmas religiosos específicos ou assemelhados.

As igrejas, como cediço, gozam de renúncia fiscal federal, e, em alguns lugares, estadual, e aqui no Distrito Federal é o ICMS. E isso não ocorre sem motivo. É benefício entregue à manutenção de atividades de interesse comunitário para expressão da fé, da liberdade religiosa, até mesmo para algumas atividades de caridade, como acabou de dizer o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que muito respeito.

Bem por isso que a promoção de candidaturas, a realização de propaganda política em templos, é vedada pela lei, por opção do legislador, com outorga política para tanto.

No vídeo que Vossa Excelência trouxe na sessão em que proferiu o seu voto, vimos uma multidão e ambiente público, é certo, mas que estava ali como se estivessem em um templo. Era um local enorme, naturalmente liberado pelo poder público, talvez pela prefeitura de Belo Horizonte.

E, nesses templos, há sempre pessoas comovidas, fragilizadas emocionalmente. Há cânticos – e temos a notícia de que no evento ocorreu um *show* de um dos missionários, que é cantor, ou seja, esses cultos acabam se convertendo em verdadeiros showmícios. Não digo showmício, mas houve ali um *show*! Houve a apresentação de um missionário que canta muito bem, com certeza música gospel, que são músicas que tocam naturalmente o coração em várias religiões.

Como visto naquele vídeo, gentilmente reproduzido em boa hora por Vossa Excelência – e aqui estamos em sede de recurso ordinário –, o pastor, o apóstolo, líder da igreja, fez um pronunciamento político no momento final, que é justamente o momento – e eu também sou cristão, de outra orientação, sou da igreja católica –, o momento de exaltação e da bênção. E isso acontece sempre ao final dos cultos de orientação cristã.

O que houve ali foi uma verdadeira súplica, e Vossa Excelência bem destacou, em favor de determinados candidatos – parece-me que um deles é sobrinho do apóstolo, missionário da igreja.

Essa súplica, pronunciada num evento grandioso, promovido por quem goza de privilégios concedidos pelo Estado, com repercussão econômica relevante, desborda da atividade louvável de conduzir e abrigar fiéis em louvação a dogmas e figuras sacras de cada uma das crenças.

Dessa forma, insere-se no campo do abuso, com viés econômico, consideradas a isenção fiscal e as vedações incertas na Lei de Regência, a Lei nº 9.504/1997.

Por isso, rogando as mais respeitosas vênias à divergência trazida nos judiciosos votos do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que abriu a divergência, e do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, acompanho Vossa Excelência às inteiras.

EXTRATO DA ATA

RO nº 5370-03.2014.6.13.0000/MG. Relatora: Ministra Rosa Weber.
Recorrente: Franklin Roberto de Lima Sousa (Advogados: Christiane Araújo

de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrente: Márcio José Machado de Oliveira (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrente: Valdemiro Santiago de Oliveira (Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros). Recorrente: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual (Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros). Recorrido: Marques Batista de Abreu (Advogados: Adrianna Belli Pereira de Souza – OAB: 54000/MG e outros). Recorrido: Gustavo Marques Carvalho Mitre (Advogados: João Batista de Oliveira Filho – OAB: 20180/MG e outros). Recorrido: Franklin Roberto de Lima Sousa (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrido: Márcio José Machado de Oliveira (Advogados: Christiane Araújo de Oliveira – OAB: 43056/DF e outros). Recorrido: Valdemiro Santiago de Oliveira (Advogados: Rodrigo Celso Braga – OAB: 158107/SP e outros). Recorrido: Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual (Advogados: Thiago de Azevedo Camargo – OAB: 81514/MG e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do recurso do Partido Comunista do Brasil (PC do B) – Estadual e, por maioria, negou provimento aos recursos ordinários de Franklin Roberto de Lima Sousa, de Márcio José Machado de Oliveira e de Valdemiro Santiago Oliveira, julgou prejudicada a Ação Cautelar nº 0600020-74.2016.6.00.0000 e determinou a execução imediata do julgado a partir da publicação do acórdão, mediante o afastamento dos mandatários cassados e a assunção dos suplentes, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado da decisão, nos termos do voto da relatora. Vencidos os Ministros Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia Filho.

Composição: Ministra Rosa Weber (Presidente), Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

Notas de julgamento da Ministra Rosa Weber e do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho sem revisão.

REGISTRO DE CANDIDATURA Nº 0600903-50.2018.6.00.0000

BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Luís Roberto Barroso
Requerente: Luiz Inácio Lula da Silva
Advogados: Fernando Haddad – OAB: 88022/SP e outros
Requerente: Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PC do B/PROS)
Impugnante: Ministério Público Eleitoral
Impugnante: Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos 17-PSL/28-PRTB
Advogados: Gustavo Bebianno Rocha – OAB: 81.620/RJ e outros
Impugnante: Jair Messias Bolsonaro
Advogados: Gustavo Bebianno Rocha – OAB: 81.620/RJ e outros
Impugnante: Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes
Advogado: Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes – OAB: 63.784/RS
Impugnante: Partido Novo (NOVO) – Nacional
Advogados: Flávio Henrique Unes Pereira – OAB 31.442/DF e outros
Impugnante: Marcos Aurélio Paschoalin
Advogado: Marcos Aurélio Paschoalin – OAB: 177.991/MG
Impugnante: Wellington Corsino do Nascimento
Advogado: Pedro José Ferreira Tabosa – OAB: 32.381/DF
Impugnante: Alexandre Frota de Andrade
Advogado: Cleber dos Santos Teixeira - OAB: 162.144/SP
Impugnante: Kim Patroca Kataguirí
Advogados: Rubens Alberto Gatti Nunes – OAB: 306.540/SP e outro
Impugnante: Marco Vinicius Pereira de Carvalho
Advogado: Marco Vinicius Pereira de Carvalho – OAB: 32.913/SC
Impugnante: Julio Cesar Martins Casarin
Advogados: Alice Elena Eble – OAB: 40.773/SC e outro
Impugnante: Ernani Kopper
Noticiante: Guilherme Henrique Moraes
Advogado: Guilherme Henrique Moraes – OAB: 24.464/MT
Noticiante: Fernando Aguiar dos Santos
Advogado: Fernando Aguiar dos Santos – OAB: 391.939/SP
Noticiante: Marcelo Feliz Artilheiro
Advogado: Marcelo Feliz Artilheiro – OAB: 16.493/SC

Noticiante: Ari Chamulera

Advogados: Thiago de Araújo Chamulera – OAB: 62.203/PR e outro

Noticiante: Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ)

Advogado: Roque Z Roberto Vieira – OAB: 71.572/RJ

Noticiante: Diego Mesquita Jaques

Advogado: Diego Mesquita Jaques – OAB: 38.003/PE

Impugnado: Luiz Inácio Lula da Silva

Advogados: Fernando Haddad – OAB: 88022/SP e outros

Noticiado: Luiz Inácio Lula da Silva

Advogados: Fernando Haddad – OAB: 88022/SP e outros

Direito Eleitoral. Requerimento de Registro de Candidatura (RRC). Eleições 2018. Candidato ao cargo de presidente da República. Impugnações e notícias de inelegibilidade. Incidência de causa expressa de inelegibilidade.

1. Requerimento de registro de candidatura ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018 apresentado por Luiz Inácio Lula da Silva pela Coligação “O Povo Feliz de Novo” (PT/PC do B/PROS).

2. A LC nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), estabelece que são inelegíveis, para qualquer cargo, “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; [...] 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores [...]”. (art. 1º, I, alínea “e”, itens 1 e 6).

3. O candidato requerente foi condenado criminalmente por órgão colegiado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput* e V, da Lei nº 9.613/1998). Incide, portanto, a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “e”, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa.

4. A Justiça Eleitoral não tem competência para analisar se a decisão criminal condenatória está correta ou equivocada.

Incidência da Súmula nº 41/TSE, que dispõe que “não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”. 5. Uma vez que a existência de decisão condenatória proferida por órgão colegiado já está devidamente provada nos autos e é incontroversa, é caso de julgamento antecipado de mérito, nos termos do art. 355, I, do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo eleitoral. Precedentes.

6. Além disso, as provas requeridas por alguns dos impugnantes são desnecessárias, razão pela qual devem ser indeferidas. Não havendo provas a serem produzidas, a jurisprudência do TSE afirma que não constitui cerceamento de defesa a não abertura de oportunidade para apresentação de alegações finais, ainda quando o impugnado tenha juntado documentos novos. Precedentes: AgR-REspe 286-23, rel. Min. Henrique Neves, j. em 28.11.2016; e REspe 166-94, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19.9.2000.

7. A medida cautelar (*interim measure*) concedida em 17 de agosto pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) no âmbito de comunicação individual, para que o Estado brasileiro assegure a Luiz Inácio Lula da Silva o direito de concorrer nas eleições de 2018 até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória, não constitui fato superveniente apto a afastar a incidência da inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, a manifestação do Comitê merece ser levada em conta, com o devido respeito e consideração. Não tem ela, todavia, caráter vinculante e, no presente caso, não pode prevalecer, por diversos fundamentos formais e materiais.

7.1. Do ponto de vista formal, (i) o Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, sem competência jurisdicional, de modo que suas recomendações não têm caráter vinculante; (ii) o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional, que legitimaria a atuação do Comitê, não está em vigor na ordem interna brasileira; (iii) não foram esgotados os recursos internos disponíveis, o que é requisito

de admissibilidade da própria comunicação individual; (iv) a medida cautelar foi concedida sem a prévia oitiva do Estado brasileiro, por apenas dois dos 18 membros do Comitê, em decisão desprovida de fundamentação. No mesmo sentido há precedente do Supremo Tribunal da Espanha que, em caso semelhante, não observou medida cautelar do mesmo Comitê, por entender que tais medidas não possuem efeito vinculante, apesar de servirem como referência interpretativa para o Poder Judiciário. O Tribunal espanhol afirmou, ainda, que, no caso de medidas cautelares, até mesmo a função de orientação interpretativa é limitada, sobretudo quando as medidas são adotadas sem o contraditório.

7.2. Do ponto de vista material, tampouco há razão para acatar a recomendação. O Comitê concedeu a medida cautelar por entender que havia risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que proíbe restrições infundadas ao direito de se eleger. Porém, a inelegibilidade, neste caso, decorre da Lei da Ficha Limpa, que, por haver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e ter se incorporado à cultura brasileira, não pode ser considerada uma limitação infundada ao direito à elegibilidade do requerente.

8. Verificada a incidência de causa de inelegibilidade, deve-se reconhecer a inaptidão do candidato para participar das eleições de 2018 visando ao cargo de presidente da República. Para afastar a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “e”, da LC nº 64/1990, seria necessário, nos termos do art. 26-C da LC nº 64/1990, que o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra a decisão do TRF da 4ª Região suspendesse, em caráter cautelar, a inelegibilidade, o que não ocorreu no caso.

9. Devem ser igualmente rejeitadas as teses da defesa segundo as quais: (i) a causa de inelegibilidade apenas incidiria após decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça; (ii) a Justiça Eleitoral deveria evoluir no sentido de aumentar a profundidade de sua cognição na análise da incidência da inelegibilidade da alínea “e”; e (iii) o processo de registro deve

ser sobrestado até a apreciação dos pedidos sumários de suspensão de inelegibilidade pelo STJ e pelo STF.

10. Desde o julgamento do ED-REspe nº 139-25, o Tribunal Superior Eleitoral conferiu alcance mais limitado à expressão “registro *sub judice*” para fins de aplicação do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, fixando o entendimento de que a decisão colegiada do TSE que indefere o registro de candidatura já afasta o candidato da campanha eleitoral.

11. Impugnações julgadas procedentes. Reconhecimento da incidência da causa de inelegibilidade noticiada. Registro de candidatura indeferido. Pedido de tutela de evidência julgado prejudicado.

12. Tendo esta instância superior indeferido o registro do candidato, afasta-se a incidência do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997. Por consequência, (i) faculta-se à coligação substituir o candidato, no prazo de 10 (dez) dias; (ii) fica vedada a prática de atos de campanha presidencial pelo candidato cujo registro vem de ser indeferido; e (iii) determina-se a retirada do nome do candidato da programação da urna eletrônica.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em julgar procedentes as impugnações apresentadas pela Procuradoria-Geral Eleitoral, pelo Partido Novo (NOVO) – Nacional, por Kim Patroca Kataguirí, pela Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos, por Wellington Corsino do Nascimento e por Marco Vinícius Pereira de Carvalho e parcialmente procedente a impugnação apresentada por Alexandre Frota de Andrade, declarar a inelegibilidade de Luiz Inácio Lula da Silva, com base no artigo 1º, inciso I, alínea e, itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, e indeferir o pedido de registro de candidatura ao cargo de presidente da República. Além disso, facultar à Coligação O Povo Feliz de Novo a substituição de Luiz Inácio Lula da Silva, no prazo de dez dias; vedar a prática de atos de campanha do candidato com pedido de registro indeferido, em especial a veiculação de propaganda eleitoral relativa à campanha presidencial no rádio e na televisão; determinar a retirada do nome de Luiz Inácio Lula da Silva da

programação da urna eletrônica; por fim, julgar prejudicada a tutela de evidência requerida pelo Partido Novo (NOVO) – Nacional.

Brasília, 1º de setembro de 2018.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, relator

Publicado em sessão, em 1º.9.2018.

QUESTÃO DE ORDEM

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Senhora Presidente, pelo que eu entendi, no momento em que Vossa Excelência apregou os processos, serão julgados todos os casos de impugnação para decisão única?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Isso não é uma questão de ordem. Não me parece.

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): A questão de ordem é só para consignar que a defesa entende que os processos não estão prontos para julgamento – apresentamos a defesa e as outras partes não apresentaram manifestação ainda.

Conforme precedentes desta Casa, nesta linha, só há um resultado válido: o indeferimento do registro da candidatura Lula. Se houver o deferimento, ele é nulo, porque as partes não falaram sobre a nossa defesa, conforme precedente desta Casa, inclusive no caso Geraldo Alckmin, julgado antes. Esta é a questão de ordem. Não penso que deva ser um prazo de 5 (cinco) dias nem de 3 (três), pode ser um prazo de até 48 horas. Mas terminamos o rito e o Direito tem seu tempo e seus ritos, como diz Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Pois não, Doutor Luiz Fernando Casagrande. Na verdade, não seria propriamente uma questão de ordem, porque nós é que formulamos a questão de ordem. Mas seria, pela ordem, a ponderação que Vossa Excelência faz ao Colegiado.

Ministro Luís Roberto Barroso, Vossa Excelência trouxe o processo desta forma e eu – atendendo ao pedido de Vossa Excelência, como não poderia deixar de fazer, o relator que ordena o processo e faz os encaminhamentos devidos – incluí o feito em pauta, conforme solicitado por Vossa Excelência.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Obrigado, Senhora Presidente. Farei o relatório, ouvirei todas as sustentações e depois enfrentaremos as questões que sejam suscitadas pelos ilustres advogados.

Quero deixar claro que desde o início do processo eleitoral eu estabeleci como critério pessoal – e penso que os demais ministros de uma maneira geral também o fizeram – a definição dos registros de candidatura até a data de hoje, até o momento anterior ao início do horário eleitoral gratuito.

De fato, dos processos sob minha relatoria, já foram apreciados os casos do Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados (PSTU), da Coligação formada pelo Partido Verde e Rede Sustentabilidade, bem como do Partido Democracia Cristã (PSDC).

Pelos demais ministros já foram apreciados os pedidos de registro da Coligação Vamos Sem Medo de Mudar o Brasil, do Partido Novo, do Patriota Nacional, da Coligação Brasil Soberano, da Coligação Mudança de Verdade, do Partido Pátria Livre, da Coligação Essa É a Solução e da Coligação Para Unir o Brasil.

Ficou pendente de apreciação um único caso, que foi o caso da Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos, pela circunstância de que, precisamente nesta semana, houve a troca de relator, em que saiu do Tribunal, por expiração do mandato, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e entrou o eminente Ministro Og Fernandes. Portanto, não houve condições processuais, em razão da troca, neste único caso, de definição de todos os registros de candidato até o momento anterior ao início do horário gratuito de propaganda na televisão.

Portanto, o critério que adotei – e que a generalidade dos ministros adotou – foi o de ter essa matéria definida até o início da campanha no horário eleitoral gratuito. Critério que apliquei a todos os pedidos que me chegaram às mãos.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Senhores Ministros, há três impugnantes com pedido de sustentação oral: o Partido Novo e outro; a Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos e o Ministério Público Eleitoral.

O Ministério Público Eleitoral tem prazo garantido de dez minutos, nos termos do art. 46 da Res.-TSE nº 23.548/2017, por isso vou assegurar o prazo de dez minutos à Procuradora-Geral Eleitoral, Doutora Raquel Dodge.

Aos dois outros impugnantes, vou dobrar o prazo e dividir entre os dois. Ou seja, cada um terá dez minutos para manifestação. E vou assegurar, pela paridade e considerado o precedente do Recurso Especial Eleitoral nº 151-05/AM, julgado em 17.12.2014, a igualdade de prazo. Então, para o impugnado, vou assegurar também os trinta minutos, quinze minutos para cada procurador.

QUESTÃO DE ORDEM

A DOUTORA MARILDA DE PAULA SILVEIRA (advogada): Senhora Presidente, com todo respeito, o Partido Novo gostaria de observar que, diante da omissão do Regimento do TSE, dever-se-ia aplicar, como se aplicam em todos outros casos aqui do Tribunal – exceto esse único de Coari –, o artigo 132 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que dobra o prazo e divide. Senão, a partir de hoje, todos os recursos deste Tribunal que tiverem mais de uma impugnação e só um recorrido terão prazo equiparado.

Então haverá casos de quarenta minutos de sustentação oral. É por isso que o RI-STF prevê no art. 132.

Desculpe-me, muito obrigada.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Pois não. Parece-me que a proposta da Doutora Marilda de Paula Silveira seria que se assegurassem quantos minutos para o impugnado?

A DOUTORA MARILDA DE PAULA SILVEIRA (advogada): Vinte minutos, conforme o artigo 132 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dobra e divide por dois.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Qual é a proposta de Vossa Excelência, Senhora Presidente?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Trinta minutos, assegurar o mesmo tempo que estou assegurando para os impugnantes, com base em precedente desta Casa.

QUESTÃO DE ORDEM (DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Senhora Presidente, sem querer criar um precedente novo e eventual violação a entendimentos anteriores, considero que as circunstâncias deste caso justificam o encaminhamento na forma que Vossa Excelência propõe.

De modo que acompanho Vossa Excelência.

QUESTÃO DE ORDEM (DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, acompanho Vossa Excelência.

QUESTÃO DE ORDEM (DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, acompanho Vossa Excelência.

QUESTÃO DE ORDEM (DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO O G FERNANDES: Senhora Presidente, acompanho Vossa Excelência.

QUESTÃO DE ORDEM (DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, acompanho Vossa Excelência.

QUESTÃO DE ORDEM (DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, de acordo.

QUESTÃO DE ORDEM

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Senhora Presidente, com todo respeito, já que foi encaminhada a questão de ordem formulada pela Doutora Marilda, eu gostaria muito que a minha questão de ordem fosse encaminhada também em relação à suspensão do julgamento para intimação dos impugnantes.

Agradeço a atenção de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): A questão é enfrentada no voto do relator, Senhora Presidente.

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Ela precede, na opinião da defesa.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Obrigado, Doutor Luiz Fernando, mas a questão vai ser apreciada de forma específica.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhora Presidente, trata-se de Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) apresentado em 15 de agosto de 2018 pela Coligação O Povo Feliz de Novo, integrada pelos partidos: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Republicano da Ordem Social – PROS, nos termos da Res.-TSE nº 23.548/2017, no qual requer o registro da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018.

2. O requerimento foi acompanhado pelo formulário Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (Drap), que foi autuado como RCand nº 0600901-80.2018.6.00.0000, sob minha relatoria, e deferido por este Tribunal. Considerada a indivisibilidade da chapa majoritária e conforme o disposto no art. 33, § 2º, da Res.-TSE nº 23.548/2017, o presente pedido é associado ao requerimento de registro de candidatura de Fernando Haddad ao cargo de vice-presidente da República nas Eleições 2018 (RCand nº 0600902-65.2018.6.00.0000), para julgamento conjunto.

3. Em petição de 15 de agosto (ID 300470), o requerente suscitou dúvida quanto à distribuição dos processos de registro de candidatura (RCand nº 0600901-80.2018.6.00.0000, RCand nº 0600903-50.2018.6.00.0000 e RCand nº 0600902-65.2018.6.00.0000), alegando suposta prevenção do Ministro Admar Gonzaga, em razão da prévia distribuição a ele de duas impugnações ao registro de candidatura do requerente (Pet nº 0600897-43.2018.6.00.0000 e Pet nº 0600898-28.2018.6.00.0000). Nesse contexto, em 16 de agosto de 2018, submeti referidos processos à Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, a quem compete dirimir dúvida quanto à distribuição, nos termos do art. 9º, e, do RITSE (despacho de ID 300538). No próprio dia 16 de agosto, a Ministra Rosa Weber proferiu decisão (ID 301000) em que manteve os autos sob a minha relatoria, por entender que, nos processos de registro de candidatura, a prevenção se dá para o relator do respectivo Drap, o qual constitui o processo principal, conforme previsto no art. 33, I e II, da Res.-TSE nº 23.548/2017, de modo que “impugnações autuadas em apartado ao registro de candidatura não têm o condão de definir o juiz natural da causa”.

4. Em 17 de agosto de 2018, foi publicado o edital contendo os pedidos de registro, nos termos do art. 97 da Lei nº 4.737/1965 e do art. 35 da Res.-TSE nº 23.548/2017 (ID 300689).

5. O prazo legal de 5 (cinco) dias, previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 64/1990 e no art. 35, § 1º, II, da Res.-TSE nº 23.548/2017, decorreu em 22.8.2018, com a apresentação de diversas impugnações e notícias de inelegibilidade. Em síntese, todas elas apontam que o requerente foi condenado criminalmente pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput* e V, da Lei nº 9.613/1998). Como consequência, alega-se que o requerente estaria inelegível, em razão da incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a qual estabelece que:

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela LC nº 135/2010) 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela LC nº 135/2010) [...] 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela LC nº 135/2010.)

6. Mais especificamente, foram apresentadas as seguintes impugnações, notícias de inelegibilidade e petições a respeito da possível incidência de causa de inelegibilidade sobre o candidato Luiz Inácio Lula da Silva:

Impugnações

1) *Impugnação de ID 300458*, apresentada, em 15.8.2018, pela Procuradoria-Geral Eleitoral, em que requer, em síntese: (i) a juntada de prova documental (certidão do TRF da 4ª Região); (ii) a rejeição do requerimento de registro de candidatura; e (iii) a negativa do registro, nos termos do art. 15 da LC nº 64/1990;

2) *Impugnação de ID 305095* (inicialmente autuada em apartado como Pet nº 0600898-28.2018.6.00.0000 e distribuída à relatoria do Min. Admar Gonzaga), apresentada, em 15.8.2018, por Alexandre Frota de Andrade, candidato a deputado federal pelo Partido Social Liberal – PSL, em que requer, em síntese, a procedência da impugnação para o fim de declarar inelegível o candidato, negando-lhe o pedido de registro de candidatura apresentado;

3) *Impugnação de ID 305096* (inicialmente autuada em apartado como Pet nº 0600897-43.2018.6.00.0000 e distribuída por prevenção à relatoria do Min. Admar Gonzaga), apresentada, em 15.8.2018, por Kim Patroca Katagui, candidato a deputado federal pelo partido Democratas, em que requer, em síntese, (i) o conhecimento, de ofício, da inelegibilidade do impugnado, “concedendo, *inaudita altera parte*, a tutela de evidência pretendida”; (ii) a declaração de inelegibilidade do Impugnado, negando-lhe o registro de candidatura; e (iii) que se impeça que “o Impugnado pratique atos de campanha na forma do artigo 16-A, da Lei das Eleições”;

4) *Impugnação de ID 300602/300605*, apresentada, em 16.8.2018 (e ratificada em 17.8.2018 após a publicação do edital), pela Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos, integrada pelo PSL e pelo PRTB, e por Jair Messias Bolsonaro, candidato ao cargo de presidente da República, em que requerem, em síntese, (i) a procedência da ação de impugnação para que seja reconhecida a inelegibilidade do candidato impugnado e (ii) o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355 do CPC;

5) *Impugnação de ID 300969/300970*, com pedido de tutela de evidência, apresentada, em 16.8.2018, pelo Partido Novo (NOVO) – Nacional, em que requer, em síntese: (i) “o deferimento de tutela de evidência para suspender os supostos direitos inerentes à sua inexistente pretensão de concorrer *sub judice*, notadamente: a) a realização de gastos de recursos oriundos de financiamento público (Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC), b) a participação em debates (ou mesmo a menção de seu nome como candidato convidado a participar), c) a realização de qualquer tipo de propaganda eleitoral e d) a destinação de tempo para que participe da propaganda eleitoral gratuita no rádio

e na televisão”; (ii) “a notificação do requerido para apresentação de defesa, independentemente do encerramento do prazo para todas as impugnações”; (iii) “a rejeição liminar do requerimento e consequente indeferimento do Requerimento do Registro de Candidatura (RRC), nos termos do art. 322 do CPC, com a imediata suspensão dos supostos direitos inerentes à sua inexistente pretensão de concorrer *sub judice*”; e (iv) “que o prazo para defesa e o julgamento de cada Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) tramite individualmente, sem a necessidade de se aguardar todo o transcurso do prazo para impugnação do RRC, tratando-se de questão exclusivamente de direito, pede-se o julgamento antecipado da lide”;

6) *Impugnação de ID 301546* (inicialmente autuada como Pet nº 0600912-12.2018.6.00.0000), apresentada, em 19.8.2018, pelo cidadão Ernani Kopper;

7) *Impugnação de ID 301636/301637*, apresentada, em 20.8.2018, por Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes, candidato a deputado estadual pelo Partido Novo, em que requer, em síntese: (i) “a rejeição do requerimento de registro de candidatura, por falta de capacidade eleitoral passiva do impugnado e, também, pelo fato de o pedido de registro ser considerado, tecnicamente, como irreregistrável”; (ii) a negativa do registro, nos termos do art. 15 da LC nº 64/1990; e (iii) a procedência da ação de impugnação;

8) *Impugnação de ID 304846*, apresentada, em 22.8.2018, por Marcos Aurélio Paschoalin, alegando ser candidato a deputado federal pelo Partido PODE – Podemos de Minas Gerais, em que requer, em síntese: (i) “seja recebida e julgada a presente representação para impugnar o pedido de registro de candidatura, por ilegalidades e de abuso de poder”; (ii) “seja declarada a inelegibilidade do Impugnado, 24 horas após o prazo para apresentação ou não de defesa (§ 7º do art. 96), cumprindo-se a cassação imediata do direito político, nos termos do art. 15, inciso V, da Constituição, por improbidade administrativa, conferida pelo art. 37, § 4º, e, inciso XXI, especialmente ao anuir as ilícitas medidas provisórias 282 e 295, por não promover licitação, e fazer revisão geral da remuneração dos servidores públicos no ano da eleição”; e (iii) “a imposição de multa e a aplicação dos demais instrumentos jurídicos”;

9) *Impugnação de ID 305088* (inicialmente autuada em apartado como Pet nº 0600941-62.2018.6.00.0000), apresentada, em 22.8.2018, por Wellington Corsino do Nascimento, candidato a deputado federal pelo Partido Democratas no Distrito Federal, em que requer, em síntese, (i) “seja julgada procedente a presente impugnação de registro de candidatura para decretar inelegível o requerido para concorrer ao pleito de 2018 ao cargo de presidente da República do Brasil, [...] como também, decretá-lo impedido de participar de todo e qualquer ato de campanha política e (ii) o julgamento antecipado da lide;

10) *Impugnação de ID 305167* (inicialmente autuada em apartado como Pet nº 0600951-09.2018.6.00.0000), apresentada, em 22.8.2018, por Marco Vinicius Pereira de Carvalho, candidato a suplente de senador pelo Partido Social Liberal – PSL, e por Júlio César Martins Casarin, candidato a deputado estadual pelo Partido Social Liberal – PSL, em que requerem, em síntese, (i) o indeferimento do requerimento de registro de candidatura, por falta de capacidade eleitoral passiva; (ii) a negativa do registro nos termos do art. 15 da LC nº 64/1990; e (iii) o julgamento antecipado da lide.

Notícias de inelegibilidade

1) *Notícia de inelegibilidade de ID 301543*, apresentada pelo cidadão Fernando Aguiar dos Santos (Pet nº 0600904-35.2018.6.00.0000);

2) *Notícia de inelegibilidade de ID 301545*, apresentada pelo cidadão Marcelo Feliz Artilheiro (Pet nº 0600908-72.2018.6.00.0000);

3) *Notícia de inelegibilidade de ID 301547*, apresentada pelo cidadão Guilherme Henrique Moraes (Pet nº 0600916-49.2018.6.00.0000);

4) *Notícia de inelegibilidade de ID 304014/304113*, apresentada pelo cidadão Ari Chamulera; e

5) *Notícia de inelegibilidade de ID 305124* (inicialmente autuada em apartado como Pet nº 0600932-03.2018.6.00.0000), apresentada pelo cidadão Diego Mesquita Jaques.

Outros

1) *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo” de ID 305093 305094* (autuada em apartado como Pet nº 0600938-10.2018.6.00.0000), apresentada pela Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ);

2) *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* de ID 305094 (autuada em apartado como Pet nº 0600936-40.2018.6.00.0000), apresentada pela Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ).

7. Em 23 de agosto de 2018, foi publicada a intimação do requerente para, no prazo de 7 (sete) dias, apresentar contestação às impugnações ao pedido de registro de candidatura, e se manifestar quanto às notícias de inelegibilidade apresentadas (ID 305381).

8. Em relação às notícias de inelegibilidade, a Procuradoria-Geral Eleitoral apresentou pareceres (ID 301748 e ID 307400) nos quais apontou que, em todas elas, se noticia o mesmo fato que fundamenta a impugnação apresentada pelo Ministério Público Eleitoral, qual seja, a condenação criminal do candidato Luiz Inácio Lula da Silva por órgão colegiado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Desse modo, a PGE manifesta-se pelo reconhecimento da causa de inelegibilidade noticiada e consigna que referidas notícias de inelegibilidade não possuem reflexos nas providências já adotadas pelo Ministério Público Eleitoral.

9. Em 30 de agosto de 2018, o impugnado apresentou contestação (ID 312580). Preliminarmente, aduz: (i) ilegitimidade ativa de Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes (candidato a deputado estadual) e Ernani Kopper (cidadão) para apresentarem impugnações (com necessidade de intimação do MPE para analisar se adotará as teses rechaçadas pelo não recebimento dessas manifestações); (ii) ausência de legitimidade e inadequação da via eleita em relação às ações de impugnação de mandato eletivo propostas pela Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ); e (iii) necessidade de intimação de Fernando Aguiar dos Santos e Marcelo Feliz Artilheiro para comprovação “do pleno gozo dos direitos políticos”.

10. Quanto ao pedido de tutela da evidência, sustenta que esse tipo de tutela não tem sido admitido em sede de impugnação a registro de candidatura e que não estão presentes os requisitos para sua concessão, especialmente tendo em vista que a decisão do Comitê de Direitos Humanos (CDH) da Organização das Nações Unidas (ONU) (“Comitê da ONU”) teria afastado a evidência (grau máximo de verossimilhança) exigida.

11. No mérito, sua alegação central consiste na tese de que a medida cautelar emitida pelo Comitê da ONU, em 17.8.2018, teria provocado a

suspensão da inelegibilidade advinda da decisão condenatória proferida por órgão colegiado, constituindo fato superveniente, suficiente a afastar qualquer óbice à candidatura do requerente. Nessa linha de argumentação desenvolvida nos pareceres elaborados por Marcelo Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba e por André Ramos Tavares, a decisão do Comitê de Direitos Humanos equivaleria à decisão do art. 26-C da LC nº 64/1990, que permite a suspensão cautelar da inelegibilidade.

12. Segundo narra, em junho de 2016, o candidato formalizou representação individual perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a condução da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR violava os arts. 9º, 14, itens 1 e 2, e 17 do PIDCP. Relata que o Estado brasileiro foi formalmente comunicado dessa representação e, em janeiro de 2017, apresentou manifestação. Na sequência, em maio e em outubro de 2017, apresentou novas manifestações para rechaçar alguns pontos da peça do Estado brasileiro e atualizar o desenrolar do feito criminal. Aduz que, em setembro de 2017 e em abril de 2018, o Estado brasileiro enviou ao Comitê “observações adicionais”. Ainda em abril de 2018, o requerente, pela primeira vez, apresentou requerimento de medida de urgência, invocando o direito de ser candidato ao cargo de presidente da República nas eleições de 2018, indeferido em 22.5.2018. Em 27.7.2018, considerando-se a proximidade do pleito eleitoral e a indefinição de sua situação jurídica, o requerente ingressou com novo pedido de tutela de urgência, deferido pelo Comitê em 17.8.2018.

13. O impugnado alega, em síntese, que a medida cautelar proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU possui força vinculante, entre outros, pelos seguintes fundamentos: (i) o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi ratificado na ordem internacional e aprovado, por meio de decreto legislativo, na ordem interna, sendo irrelevante a ausência de publicação de decreto presidencial para se atribuir força vinculante ao tratado internacional; (ii) o Estado brasileiro, embora tenha se manifestado no sentido de que o Protocolo Facultativo não está em vigor na ordem interna, reconheceu expressamente que isso não afeta a validade internacional; (iii) cabe apenas ao Comitê – e não à Justiça Eleitoral – analisar se estão presentes os requisitos procedimentais para o recebimento de comunicação individual, podendo o Estado alegar o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade junto ao próprio Comitê; (iv) cumpre à Justiça Eleitoral

dar cumprimento à decisão proveniente de outros órgãos de jurisdição que repercutam em situação de inelegibilidade, em razão da incidência da Súmula nº 41/TSE; (v) as medidas cautelares emitidas pelo Comitê são de cumprimento obrigatório por força do princípio do *pacta sunt servanda* e da obrigação dos Estados em agir de boa-fé no âmbito internacional; e (vi) nem mesmo a suposta incompatibilidade com a Lei da Ficha Limpa poderia justificar a negativa de eficácia à decisão do Comitê da ONU, diante do *status* supralegal do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

14. Como teses subsidiárias, o candidato impugnado alega que: (i) é necessário aplicar, na interpretação do art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, a recente leitura constitucional, delineada nos votos de alguns Ministros do STF, no sentido de que a execução provisória da pena deve se dar apenas a partir do julgamento pelo STJ; (ii) a jurisprudência do TSE que tem admitido o aumento da profundidade da cognição da Justiça Eleitoral relativamente à verificação da incidência de determinadas causas de inelegibilidade, como a da alínea g, deve se aplicar igualmente em relação à alínea e, tendo em vista que “a condenação de Lula está longe de ser ‘chapada’ ou incontroversa”; e (iii) caso não seja reconhecida a aptidão da decisão do Comitê para afastar a inelegibilidade no caso, é indispensável que o processo de registro seja sobrestado até a apreciação dos pedidos sumários de suspensão de inelegibilidade pelo STJ e pelo STF.

15. Em relação às demais causas de pedir apresentadas nos pedidos de impugnação, aduz serem totalmente improcedentes. Argumenta que: (i) o requerente não teve os seus direitos políticos suspensos (na forma do art. 14, § 3º, II, CF) em decorrência do início do cumprimento da pena; (ii) a atração da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC nº 64/1990 só pode advir de condenação própria em ação por ato de improbidade administrativa, situação que não se comprovou em relação ao candidato; (iii) quanto ao art. 1º, I, i, LC nº 64/1990, o pedido é inepto; (iv) não há norma que exija a presença do pré-candidato em Convenção, não havendo violação ao art. 8º da Lei nº 9.504/1997; e (v) as certidões exigidas pela resolução aplicável foram integralmente apresentadas (ID 304144), estando atendido o previsto no art. 11, § 1º, VIII, da Lei nº 9.504/1997.

16. Quanto à necessidade de alegações finais e manifestação do Ministério Público, argumenta que o caráter sumário das ações eleitorais não pode significar mitigação ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por esse motivo, defende que, apesar de não ser necessária a produção de prova, é preciso que seja aberto prazo para que os impugnantes possam se manifestar sobre os argumentos da defesa, em especial a recomendação do Comitê da ONU, e para que a Procuradoria-Geral Eleitoral possa emitir parecer definitivo. Sustenta que se aplicam ao processo eleitoral os arts. 9º e 10 do CPC, que evitam a decisão surpresa.

17. Ao final, pede, em síntese: (i) a abertura de vistas às partes contrárias para se manifestarem acerca das teses impeditivas e extintivas suscitadas, além da documentação acostada e das preliminares de mérito arguidas, ainda que em sede de alegações finais; (ii) o indeferimento de todos os pedidos de provas requeridos pelos impugnantes, pugnando pelo julgamento antecipado da lide; (iii) abertura de prazo para alegação finais e, após, vistas à PGE para manifestação; (iv) rejeição da tutela de evidência requerida; (v) a extinção das impugnações de ID 301636 e ID 301546, sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade ativa dos impugnantes; (vi) o não recebimento das notícias de inelegibilidade de ID 301543 e ID 301545, em razão da ausência de comprovação de requisito essencial; (vii) o não recebimento das ações de impugnação de mandato eletivo de ID 305093 e ID 305094, por inadequação da via eleita e ilegitimidade ativa; (viii) sejam julgadas improcedentes as impugnações que restarem conhecidas, bem como as notícias de inelegibilidade que restarem recebidas e seja deferido o pedido de registro de candidatura formulado; e (ix) sucessivamente, sejam suspensos os presentes autos até que formulados e apreciados os pedidos sumários de suspensão de inelegibilidade no STJ e no STF.

18. A Seção de Gerenciamento de Dados Partidários (Sedap) emitiu informação (ID 312661), na qual aponta que foram atendidos os requisitos da Res.-TSE nº 23.548/2017 (tendo em vista que apenas são exigidas certidões criminais do domicílio do candidato), mas anota que há impugnações e notícias de inelegibilidade no processo.

19. A Procuradoria-Geral Eleitoral apresentou parecer final (ID 312600), manifestando-se no sentido do: (i) reconhecimento da ilegitimidade dos impugnantes Kim Patroca Katagui, Alexandre Frota de Andrade, Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes, Wellington Corsino do Nascimento, Marcos Aurélio Pacholin, Marco Vinicius Pereira de Carvalho e Júlio Cesar Martins Cassarin, por não pertencerem à mesma circunscrição eleitoral do impugnado; (ii) julgamento antecipado do mérito (art. 355, I, do CPC/2015),

uma vez que é desnecessária qualquer dilação probatória e a apresentação de alegações finais; (iii) reconhecimento da inelegibilidade do requerente, em razão de condenação criminal por órgão colegiado; e (iv) acolhimento do pedido de tutela da evidência formulado pelo Partido Novo ou, ainda, da tutela de urgência, diante do perigo de prejuízo ao erário, em razão dos valores que serão gastos na campanha de candidato inelegível. Como consequência, requer: (i) a devolução ao Tribunal Superior Eleitoral dos recursos destinados ao financiamento da campanha do candidato impugnado, até sua eventual substituição; (ii) a notificação do partido para proceder à substituição do candidato; (iii) a vedação da prática de atos de campanha, fixando-se multa para a hipótese de descumprimento; (iv) a vedação do uso do tempo no rádio e na televisão para a campanha eleitoral presidencial até a substituição do candidato impugnado; e (v) a retirada do nome do candidato da programação da urna eletrônica.

20. Em 30 de agosto de 2018, os autos vieram-me conclusos.

21. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Senhora Presidente, conforme relatado, o Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018 foi apresentado pela Coligação O Povo Feliz de Novo, integrada pelos partidos: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Republicano da Ordem Social – PROS. A coligação teve seu Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (Drap) deferido no RCand nº 0600901-80.2018.6.00.0000, cabendo, portanto, a análise dos pedidos de registro que lhe são vinculados.

Introdução ao voto

2. Jamais previ ou desejei e, se dependesse de mim, teria evitado que o destino nos trouxesse até aqui. Mas a História tem os seus desígnios. E, nos momentos cruciais, cabe a cada um cumprir o seu papel da melhor maneira que é capaz. Homens públicos não se movem por vontades ou sentimentos privados. Do Bhagavad Gita a Immanuel Kant, a ética,

a vida boa consiste em cumprir bem o próprio dever. Aqui estou para cumprir o meu.

3. Não tenho qualquer interesse ou preferência nessa vida que não seja o bem do Brasil. Nem pessoais, nem políticos, nem ideológicos. Minha única preocupação é a defesa das instituições – *i.e.*, da Constituição e da democracia –, para que elas sirvam da melhor forma à nação brasileira.

4. Neste momento complexo e polarizado da vida nacional, sou absolutamente convencido de que a melhor alternativa para o bem do Brasil é que a Justiça Eleitoral esclareça, com celeridade, transparência e colegiadamente, qual será o quadro definitivo de candidatos à presidência da República, antes do começo do Horário Eleitoral Gratuito. Como é notório, esta é uma etapa importante, quando não decisiva da campanha eleitoral.

5. Por essa razão, respeitando todos os prazos obrigatórios legais, estou trazendo este processo para julgamento. Os fatos são notórios. Todos os argumentos dos impugnantes e do impugnado já estão postos. Não há qualquer razão para o Tribunal Superior Eleitoral contribuir para a indefinição e para a insegurança jurídica e política.

6. Destaco aqui, porque um juízo sem favor, que o impugnado, por seus advogados, utilizando todos os limites do prazo, como de seu direito, atuou com seriedade, extraordinária competência e *fair-play*.

7. Registro, por fim, que a Presidente, com a grandeza que a caracteriza, convocou esta sessão extraordinária a meu pedido, acatando a posição do relator do caso. É que, do contrário, em vez de julgar o registro de candidatura, eu teria de julgar sozinho, monocraticamente, o pedido de tutela de evidência, para decidir sobre a participação do candidato impugnado no horário eleitoral gratuito. Desse modo, trazer este processo a julgamento foi uma decisão a favor da defesa, para permitir a apresentação de suas razões, fazer sua sustentação oral e receber uma decisão colegiada.

8. Antes de enfrentar as impugnações, passo a indicar as premissas da presente decisão, identificando-se o objeto do processo de registro de candidatura e os limites da competência do Tribunal Superior Eleitoral.

I. Algumas premissas

Uma palavra sobre o Estado democrático de direito

9. Nos Estados democráticos, o direito é criado pela política, mediante promulgação da Constituição e elaboração das leis. O poder constituinte originário é a expressão mais plena do poder político. Pela edição da Constituição Federal, o poder político se transforma em poder jurídico e a soberania popular se converte em supremacia da Constituição. A partir daí, a política continua a criar o direito pela via da legislação. Para dar equilíbrio a esse arranjo institucional, a política, após haver criado o direito, submete-se a ele. E o papel dos tribunais é aplicar o direito, tal como inscrito na Constituição Federal e na legislação. Assim, apesar das complexidades da conjuntura atual, considerando-se que a Constituição e a lei impõem uma solução inequívoca neste caso, não há dúvida de qual seja a coisa certa a se fazer.

A constitucionalidade e legitimidade democrática da Lei da Ficha Limpa

10. Em 4 de junho de 2010, foi editada a Lei Complementar nº 135/2010, apelidada de “Lei da Ficha Limpa”, que alterou a Lei Complementar nº 64/1990 (a “Lei das Inelegibilidades”) para, entre outras inovações, (i) inserir novas causas de inelegibilidade, (ii) aumentar o rol de crimes comuns que geram a inelegibilidade de quem os praticou; (iii) aumentar os prazos de inelegibilidade para 8 (oito) anos; e (iv) dispensar a exigência de trânsito em julgado das decisões judiciais para que incida a inelegibilidade, bastando a condenação por órgão colegiado. A Lei da Ficha Limpa buscou concretizar o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, que prevê que a lei deverá proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato eletivo. Seu propósito foi o de garantir o bom funcionamento da democracia, estimulando a identificação entre ética e política e assegurando que os mandatos representativos sejam disputados e ocupados por cidadãos íntegros e probos. Portanto, a própria Constituição Federal autorizou que o legislador regulamentasse causas de inelegibilidade baseadas na vida pregressa dos candidatos, restringindo, desse modo, o direito fundamental à elegibilidade.

11. A Lei da Ficha Limpa foi fruto, em verdade, de grande mobilização popular em torno do aumento da moralidade e probidade na política. Mais de 1,5 milhão de assinaturas foram colhidas para que se pudesse apresentar o projeto de lei de iniciativa popular ao Congresso Nacional.

Além disso, a Lei foi aprovada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal por expressiva votação, bem como sancionada pelo Presidente da República. A LC nº 135/2010 desfruta, desse modo, de elevada legitimidade democrática.

12. Não bastasse, a Lei da Ficha Limpa teve sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive no que se refere à sua mais significativa alteração: a admissão da incidência das causas de inelegibilidade após decisão do órgão colegiado e, portanto, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. No julgamento da ADI nº 4.578 e das ADCs nºs 29 e 30 (rel. Min. Luiz Fux, j. em 16.2.2012), o Supremo afirmou que a Lei da Ficha Limpa é integralmente compatível com a Constituição Federal e que, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), é afastada a razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo quando condenado por decisão prolatada por órgão colegiado.

O objeto e os limites dos processos de registro de candidatura

13. Uma vez estabelecidas na Constituição e na Lei das Inelegibilidades (com a redação dada pela Lei da Ficha Limpa) as causas de inelegibilidade e definido o momento a partir do qual elas devem incidir (e.g., após a decisão do órgão colegiado), cabe à Justiça Eleitoral, nos processos de registro de candidatura, apenas enquadrar os fatos na previsão abstrata da norma. A atividade do juiz limita-se, nesse caso, a verificar se os fatos levados à sua apreciação se identificam com a hipótese de incidência prevista na lei. Isto é, se incide sobre o cidadão alguma causa que o impeça de se candidatar a cargo eletivo. Não compete à Justiça Eleitoral questionar se a decisão proferida pelo órgão colegiado está correta ou equivocada. Esse entendimento é pacífico na jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral, sendo, inclusive, objeto da Súmula nº 41/TSE, que dispõe que “não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”.

14. O papel do Tribunal Superior Eleitoral nos processos de registro de candidatura sob sua competência originária – como é o caso dos registros dos candidatos aos cargos de presidente e vice-presidente da República – é, assim, limitado. Sua competência envolve apenas, em primeiro lugar,

a verificação do preenchimento das condições de elegibilidade, isto é, os requisitos de caráter positivo, previstos no art. 14, § 3º, da Constituição, que incluem: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a filiação partidária; e (vi) a idade mínima. E, em segundo lugar, a análise da incidência, em cada caso, de quaisquer das causas de inelegibilidade, isto é, os requisitos de caráter negativo previstos na Constituição e na Lei das Inelegibilidades (alterada pela Lei da Ficha Limpa).

O devido processo legal nos processos de registro de candidatura

15. Para aferir tais requisitos no âmbito dos processos de registro de candidatura, a lei eleitoral prevê um rito específico. A LC nº 64/1990, regulamentada pela Res.-TSE nº 23.548/2017, exige que os candidatos, partidos e coligações apresentem uma série de informações e documentos comprobatórios da elegibilidade do candidato. Além disso, faculta-se que, no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação de edital contendo os pedidos de registro, qualquer candidato, partido político, coligação ou o Ministério Público apresente impugnação ao registro de candidatura, bem como que qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos possa dar notícia de inelegibilidade¹. A esse rito, aplicam-se, de forma supletiva e subsidiária, as regras do Novo CPC, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Res.-TSE nº 23.478/2010.

16. O rito específico para o julgamento do processo de registro de candidatura e das eventuais impugnações apresentadas é informado pelo princípio da celeridade, princípio essencial do Direito Processual Eleitoral e que se aplica com maior vigor nos processos de registro de candidatura. Isso porque, em respeito à soberania popular, ao regime democrático, à moralidade para o exercício do mandato eletivo e à própria segurança jurídica, é preciso definir, com a maior brevidade possível, quais candidatos preenchem os requisitos constitucionais e legais para que possam legitimamente disputar as eleições. Não à toa, o art. 16 da LC nº 64/1990 prevê que os prazos relativos ao processo de registro de candidatura “são peremptórios e contínuos e [...] não se suspendem aos sábados, domingos e feriados”.

17. Portanto, cabe ao Tribunal Superior Eleitoral, com a plena observância do devido processo legal e com a maior celeridade possível, verificar se o candidato ou a candidata reúne todas as condições de elegibilidade e se incorre em quaisquer das causas de inelegibilidade. Caso lhe falte alguma condição de elegibilidade e/ou incida em qualquer causa de inelegibilidade, deve o TSE obrigatoriamente indeferir o registro. Não há outra solução possível.

18. Feitos esses breves esclarecimentos, passo ao exame das impugnações e notícias de inelegibilidade apresentadas.

II. Julgamento das impugnações e notícias de inelegibilidade

19. Nos termos do relatório, foram apresentadas diversas impugnações e notícias de inelegibilidade em face do candidato Luiz Inácio Lula da Silva, as quais devem ser julgadas, juntamente com o pedido de registro do candidato, em uma só decisão, conforme prevê o art. 54 da Res.-TSE nº 23.548/2017².

Preliminares

20. De início, não conheço das “ações de impugnação de mandato eletivo” de ID 305093 e ID 305094, ambas apresentadas pela Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ), por ausência de legitimidade ativa e inadequação da via eleita, conforme sustentado na contestação do candidato impugnado.

21. Em relação às impugnações, afasto a alegação de ilegitimidade ativa de Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes, candidato a deputado estadual, para apresentar impugnação, e deixo de acolher a tese manifestada no parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE) no sentido de que o direito de impugnação pressupõe que a candidatura do impugnante pertença à circunscrição eleitoral do impugnado. Nos termos do art. 3º da LC nº 64/1990, “caberá a *qualquer* candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada”. Não tendo a lei limitado a legitimidade ativa dos candidatos impugnantes, penso que não cabe à Justiça Eleitoral fazê-lo.

Até mesmo porque isso restringiria demasiadamente a possibilidade de apresentação de impugnações em eleições presidenciais, tendo em vista que apenas os candidatos aos cargos de presidente e vice-presidente seriam parte legítima para impugnar os registros de candidatura. Nesse sentido é a jurisprudência tradicional do TSE, que tem afirmado que a legitimidade para a propositura de ação de impugnação independe do cargo disputado (RO nº 161660, rel. Min. Arnaldo Versiani, j. em 31.8.2010; REspe nº 36150, rel. Min. Henrique Ribeiro de Oliveira).

22. Entendo, porém, que tem razão a PGE, ao exigir que o impugnante tenha solicitado seu registro de candidatura. A Lei, como se viu, confere legitimidade ativa para apresentar ação de impugnação apenas aos candidatos. Os cidadãos, a seu turno, têm a possibilidade de apresentar notícia de inelegibilidade (art. 42 da Res.-TSE nº 23.548/2017). Como resultado, recebo como notícias de inelegibilidade (i) a Impugnação de ID 304846 apresentada por Marco Aurélio Paschoalin, ante a ausência de comprovação de sua condição de candidato, e (ii) a Impugnação de ID 301546 apresentada pelo cidadão Ernani Kopper.

23. Ademais, conheço das impugnações de ID 300458 (apresentada pela Procuradoria-Geral Eleitoral), ID 300602/300605 (apresentada pela Coligação "Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos e por Jair Messias Bolsonaro), ID 300969 (apresentada pelo Partido Novo – Nacional), ID 301637 (apresentada por Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes), ID 305088 (apresentada por Wellington Corsino do Nascimento), ID 305095 (apresentada por Alexandre Frota de Andrade), ID 305096 (apresentada por Kim Patroca Kataguiiri) e ID 305167 (apresentada por Marco Vinicius Pereira de Carvalho). Seus autores têm legitimidade ativa, uma vez que são candidatos nas eleições de 2018, e as impugnações foram propostas tempestivamente. Em relação às impugnações de ID 300458 (apresentada pela Procuradoria-Geral Eleitoral), ID 305095 (apresentada por Alexandre Frota de Andrade) e ID 305096 (apresentada por Kim Patroca Kataguiiri), o fato de elas terem sido protocoladas antes da publicação do edital contendo os pedidos de registro (e, logo, da abertura do prazo para impugnação) não constitui óbice ao seu conhecimento. Isso porque tais ações foram propostas após os impugnantes terem tomado conhecimento do pedido de registro de candidatura do requerente, o que é aferido pelo

horário do protocolo. Nesse sentido, o TSE já assentou que “a impugnação ajuizada antes da publicação do edital alusivo ao registro é tempestiva, quando evidenciada a ciência prévia da candidatura pelo impugnante” (REspe nº 26.418, rel. Min. Luciana Lóssio, j. em 10.10.2013).

24. Em relação às notícias de inelegibilidade, como os noticiantes Fernando Aguiar dos Santos e Marcelo Feliz Artilheiro não fizeram prova de pleno gozo dos direitos políticos, entendo que é o caso de não recebê-las. Ressalto, porém, que não há prejuízo, pois a causa de inelegibilidade noticiada por ambos também é objeto das impugnações e demais notícias de inelegibilidade conhecidas.

Julgamento antecipado do mérito

25. Conforme consta do relatório, todas as impugnações e notícias de inelegibilidade apresentadas tratam de uma mesma questão: elas alegam que incide sobre o candidato requerente a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, tendo em vista ter ele sido condenado criminalmente por órgão colegiado, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

26. Foram juntadas ao processo de registro de candidatura, entre outras, as seguintes provas documentais da incidência da inelegibilidade arguida: (i) certidão narratória da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (TRF 4ª Região) (ID 300458); (ii) sentença condenatória proferida pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba nos autos da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (ID 300612); (iii) acórdão da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, proferido pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (ID 300974 e ID 300613); (iv) acórdão dos primeiros embargos de declaração na Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (ID 300975 e ID 300614); (v) acórdão dos segundos embargos de declaração na Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (ID 300976 e ID 300615); (vi) decisão de indeferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos por Luiz Inácio Lula da Silva relativamente ao acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região (ID 300981); (vii) decisão monocrática do Ministro Felix Fischer,

do STJ, de indeferimento do pedido de tutela provisória, visando à atribuição de efeito suspensivo ao REsp interposto pelo requerente contra o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região (ID 300983); e (viii) acórdão da 5ª Turma do STJ que desproveu o agravo interno interposto em face da decisão monocrática do Ministro Felix Fischer que negou o pedido de tutela provisória (ID 300984).

27. Embora alguns impugnantes tenham protestado pela produção de provas documentais e testemunhais (*e.g.*, Alexandre Frota de Andrade, Marcos Aurélio Paschoalin e Ernani Kopper), entendo que as providências requeridas são desnecessárias, de modo que as indefiro. A incidência da inelegibilidade no caso é matéria eminentemente de direito, a ser examinada a partir do enquadramento dos fatos – a condenação criminal transitada em julgado, comprovada pelos documentos já acostados aos autos – na causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea *e*, itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010. Portanto, considerado o princípio da celeridade, não há necessidade de realização de dilação probatória. Nesse sentido é a previsão do art. 5º da LC nº 64/1990, que dispõe que “decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial”. A respeito, confirmam-se os seguintes julgados: AgR-AI nº 147-38, rel. Min. Rosa Weber; AgR-REspe nº 72-10/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, que afastam a alegação de cerceamento de defesa no indeferimento de pedidos de provas nesses casos.

28. Ademais, não há razão para abrir prazo para a apresentação de alegações finais, uma vez que: (i) não havendo provas a serem produzidas, não se justifica nova manifestação das partes; e (ii) os documentos apresentados pelo requerente em sua contestação, notadamente a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, além de se referirem a fatos notórios amplamente debatidos pela mídia, não são capazes de alterar a solução jurídica do caso, de modo que não há prejuízo³.

29. Nos termos do art. 6º da LC nº 64/1990, “encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo anterior, as partes, inclusive

o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias". Nesse sentido, a jurisprudência do TSE afirma que, inexistindo dilação probatória, não constitui cerceamento de defesa a não abertura de oportunidade para apresentação de alegações finais, ainda quando o impugnado tenha juntado documentos novos. Isso porque, nesse caso, as alegações finais são facultativas e a decretação da nulidade depende de demonstração de efetivo prejuízo à parte. Tal entendimento vigora de longa data e foi recentemente reiterado. A respeito, confirmam-se: o AgR-REspe 286-23, rel. Min. Henrique Neves, j. em 28.11.2016; e o REspe 166-94, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19.9.2000:

Eleições 2016. Registro de candidatura. Vereador. Deferimento. Instâncias ordinárias. Recurso especial. Coligação impugnante. Cerceamento de defesa. Improcedência. 1. Este Tribunal já decidiu que *"o artigo 6º da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece apenas a faculdade – e não a obrigatoriedade – de as partes apresentarem alegações finais. Em observância do princípio da economia processual, é permitido ao juiz eleitoral, nas ações de impugnação ao registro de candidatura, e passada a fase de contestação, decidir, de pronto, a ação, desde que se trate apenas de matéria de direito e as provas protestadas sejam irrelevantes"* (REspe 166-94, rel. Min. Maurício Corrêa, PSESS em 19.9.2000).

2. Se é certo que o impugnante, em regra, tem inequívoco direito de se manifestar sobre documentos apresentados pelo candidato com a contestação, a decretação da nulidade, no caso, esbarra no fato de a Corte de origem ter expressamente indicado que os documentos em questão nada agregariam ao deslinde da causa. A nulidade não deve ser declarada sem que haja demonstração de prejuízo, nos termos do art. 219, *caput*, do Código Eleitoral. Agravo regimental a que se nega provimento. (REspe 28623, rel. Min. Henrique Neves, j. em 28.11.2016 – grifou-se.)

Recurso especial. Registro de candidato. Impugnação. Vícios procedimentais. Inexistência. 1. O artigo 6º da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece apenas a faculdade – e não a obrigatoriedade – de as partes apresentarem alegações finais. Em observância do princípio da economia processual, é permitido ao juiz eleitoral, nas ações de impugnação ao registro de candidatura, e passada a fase de contestação, decidir, de pronto, a ação, desde que se trate apenas de matéria de direito e as provas protestadas sejam irrelevantes. [...]. Recurso especial não conhecido. (REspe nº 16694, rel. Min. Maurício José Corrêa, j. em 19.9.2000.)

30. Como resultado, todas as impugnações conhecidas podem ser julgadas no estado em que se encontram. Constatando-se que a questão a ser decidida é meramente de direito e que a incidência da causa de inelegibilidade, em razão da condenação criminal por órgão colegiado, já está devidamente provada nos autos e é incontroversa, impõe-se o julgamento antecipado de mérito. Da mesma forma, o sentido e o alcance a serem dados à manifestação do Comitê de Direitos Humanos da ONU constitui matéria exclusivamente de direito. Assim sendo, nos termos do art. 355, I, do CPC⁴, aplicado subsidiariamente ao processo eleitoral, “o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando [...] não houver necessidade de produção de outras provas”.

31. Ressalte-se aqui, igualmente, que este Tribunal Superior já afirmou que “inexiste cerceamento de defesa quando o magistrado decide julgar antecipadamente a lide, entendendo ser desnecessário produzir quaisquer outras provas, porque todos os elementos fático-probatórios necessários à solução da controvérsia estão presentes nos autos” (REspe nº 5286, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 23.10.2012). Na mesma linha de autorizar o julgamento antecipado do mérito e afastar a alegação de nulidade e cerceamento de defesa ante o indeferimento do pedido de produção de provas, confirmam-se os seguintes precedentes do TSE: RO 2148-07, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 2.3.2011; e REspe 5462-63, rel. Min. Marcelo Henriques, j. em 6.10.2010.

Mérito

32. Segundo alegam os impugnantes e noticiantes e conforme comprovam os documentos juntados aos autos, o candidato requerente foi condenado criminalmente pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput* e V, da Lei nº 9.613/1998).

33. A LC nº 135/2010 (a Lei da Ficha Limpa) estabelece que são inelegíveis, para qualquer cargo, “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o

cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; [...] 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores [...]”.

34. Como consequência, verificada a condenação criminal do candidato impugnado por órgão colegiado, há a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa. Deve-se, assim, reconhecer a inaptidão do candidato para participar das eleições de 2018 visando ao cargo de presidente da República.

35. Como já se disse, não há margem na legislação brasileira para que o Tribunal Superior Eleitoral aplique solução diversa. A lei não confere ao TSE competência para analisar se a decisão criminal condenatória está correta ou equivocada. Muito pelo contrário. Está inclusive sumulado neste Tribunal o entendimento de que “não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade” (Súmula nº 41/TSE). Para afastar a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “e”, da LC nº 64/1990, seria necessário, nos termos do art. 26-C da LC nº 64/1990⁵, que o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra a decisão do TRF da 4ª Região conferisse efeito suspensivo ao recurso e suspendesse, em caráter cautelar, a inelegibilidade. No entanto, embora tal providência tenha sido requerida pelo impugnado por ocasião da interposição de seus recursos especial e extraordinário, não houve, até o presente momento, a suspensão liminar prevista no art. 26-C.

*A medida cautelar do Comitê de Direitos Humanos da ONU:
Não afastamento da causa de inelegibilidade*

36. Antes de concluir pelo indeferimento do pedido de registro de candidatura, enfrente a recente manifestação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) a respeito do direito à elegibilidade do candidato Luiz Inácio Lula da Silva.

37. De acordo com o noticiado pelos meios de comunicação e conforme documentos juntados aos autos pela defesa, em 17 de agosto deste ano, o referido Comitê, criado em virtude do art. 28 do Pacto Internacional

sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) para monitorar os compromissos assumidos pelos Estados-membros⁶, concedeu “medida cautelar” (*interim measure*), em resposta à petição protocolada em 27 de julho na comunicação individual nº 2.841/2016, por Luiz Inácio Lula da Silva. Na decisão, o Comitê, entendendo haver risco iminente de dano irreparável ao direito “de votar e ser eleito” previsto no art. 25 do Pacto⁷, solicitou ao Estado brasileiro que assegure a Luiz Inácio Lula da Silva: (i) o exercício, mesmo durante a prisão, de seus direitos políticos como candidato nas eleições presidenciais de 2018, incluindo acesso apropriado aos meios de comunicação e aos membros de seu partido; e (ii) o direito de concorrer nas eleições de 2018 até que todos os recursos pendentes sejam julgados em um processo justo e a condenação tenha se tornado definitiva. Um dos peritos independentes que concedeu a medida cautelar esclareceu, publicamente, ainda, que o mérito da questão somente será julgado no ano que vem⁸.

38. A tese central do candidato requerente é a de que tal medida cautelar (*interim measure*) teria provocado a suspensão da inelegibilidade advinda da decisão condenatória proferida por órgão colegiado, constituindo fato superveniente, suficiente a afastar qualquer óbice à candidatura do requerente, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Sobre o tema, a defesa apresentou pareceres dos doutores Marcelo Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba, André Ramos Tavares e Fábio Konder Comparato. Apesar de relevantes, suas considerações, em especial a defesa da força vinculante das orientações emitidas pelo Comitê e a necessidade de suspensão da inelegibilidade com fundamento no art. 26-C da LC nº 64/1990, não podem ser acolhidas, pelos argumentos que passo a expor.

39. Há, no caso, diversos argumentos de natureza formal que afastariam, de plano, qualquer alegação no sentido de que o Tribunal Superior Eleitoral estaria obrigado a seguir a orientação do Comitê da ONU. Cito, em especial, (i) a ausência de força vinculante das recomendações emitidas pelo Comitê de Direitos Humanos⁹; (ii) a não incorporação do Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP na ordem interna brasileira; e (iii) aspectos procedimentais da medida cautelar concedida.

40. Em primeiro lugar, o Comitê de Direitos Humanos da ONU é órgão administrativo, sem competência jurisdicional, composto por 18 peritos

independentes. Por esse motivo, suas recomendações, mesmo quando definitivas – o que não é o caso –, não têm efeito vinculante¹⁰. Em segundo lugar, o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, que prevê a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos da ONU receber comunicações individuais, não foi incorporado na ordem interna brasileira (o que não impede, por certo, que ele seja levado em conta como uma manifestação de vontade no plano internacional¹¹). Embora ratificado internacionalmente e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 311/2009, referido protocolo não foi promulgado e publicado por meio de Decreto Presidencial. De acordo com a jurisprudência ainda prevalente no Supremo Tribunal Federal, trata-se de etapa indispensável à incorporação dos tratados internacionais no âmbito interno, conferindo-lhes publicidade e executividade¹².

41. Por fim, há aspectos procedimentais da medida cautelar (*interim measure*) emitida em 17.8.2018, que obstaculizam sua incorporação automática e acrítica. A orientação foi proferida: (i) no âmbito de comunicação protocolada antes do esgotamento de todos os recursos internos disponíveis, o que é requisito de admissibilidade da própria comunicação individual, nos termos dos arts. 2º¹³ e 5º, 2, b¹⁴, do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; (ii) sem a prévia oitiva do Estado brasileiro em relação à petição de 22.7.2018¹⁵, o que impede que o Comitê tenha à sua disposição todos os elementos de fato e de direito para a análise da questão¹⁶; (iii) por apenas dois dos 18 membros do Comitê, os relatores especiais sobre novas comunicações e medidas provisórias, Sara Cleveland (EUA) e Olivier de Frouville (França); (iv) sem fundamentação a respeito do risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no art. 25 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP); e (v) com previsão de julgamento final do mérito da questão, pelo Comitê, somente no ano que vem, *i.e.*, após as eleições, quando os fatos já estarão consumados e serão de difícil ou traumática reversão.

42. No Direito Comparado, há, inclusive, precedente recente do Supremo Tribunal da Espanha, em decisão proferida em caso semelhante ao presente, que reforça o argumento da ausência de força vinculante da decisão do Comitê¹⁷. Nesse caso, o Comitê de Direitos Humanos da ONU proferiu medida cautelar similar à ora discutida, objetivando garantir o exercício dos direitos políticos previstos no art. 25 do pacto pelo Deputado

catalão Jordi Sánchez, que se lançou candidato à presidência do governo da Catalunha, embora detido sob a acusação de ser o responsável por atos de violência ocorridos durante o referendo de independência da Catalunha. Em 12.4.2018, o Supremo Tribunal de Espanha negou pedido do Deputado de saída da prisão para participação da sessão de investidura, afirmando que as recomendações do Comitê de Direito Humanos da ONU não possuem efeito vinculante, apesar de servirem como referência interpretativa para o Poder Judiciário. O Tribunal afirmou, ainda, que, no caso de medidas cautelares, até mesmo a função de orientação interpretativa é mais limitada, sobretudo quando as medidas são adotadas sem o contraditório, quando se desconhece a versão do Estado.

43. Portanto, consigno que a Justiça Eleitoral não está obrigada a dar cumprimento à orientação do Comitê de Direitos Humanos da ONU. No entanto, em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional e à necessidade de se instaurar um diálogo com os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos para garantir a proteção de direitos fundamentais, entendo que o Tribunal Superior Eleitoral tem o dever de considerar os argumentos expostos pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, embora não esteja vinculado à determinação emitida¹⁸.

44. É possível aplicar a denominada doutrina da “margem de apreciação estatal”¹⁹, criada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Segundo essa doutrina, ao enfrentar uma medida estatal que alegadamente viola tratado internacional, deve-se atribuir aos estados certa margem de apreciação na concretização das medidas que interfiram sobre sua ordem interna, de modo a preservar um espaço de liberdade para que os estados integrem e concretizem as normas internacionais²⁰. Ao exercer o dever de consideração do mérito da decisão dos tribunais e órgão internacionais de proteção de direitos humanos, os tribunais internos devem estar atentos não apenas à Constituição, manifestação mais plena da soberania popular, mas também às suas especificidades culturais e às inclinações da vontade política do seu povo que componham a cultura constitucional local²¹.

45. Pois bem. No caso, a medida cautelar emitida pelo Comitê tem como fundamento o risco de violação ao art. 25, *b*, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que prevê que “todo cidadão

terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e *sem restrições infundadas*: [...] b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores” (grifou-se). Entendo, porém, que não podem ser consideradas restrições infundadas ao direito de se eleger a incidência da causa de inelegibilidade instituída pelo art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa.

46. Como se viu, a LC nº 135/2010: (i) originou-se de projeto de lei de iniciativa popular que contou com mais de 1,5 milhão de assinaturas e foi aprovada com votação expressiva no Congresso Nacional; (ii) tem lastro no art. 14, § 9º, da Carta de 1988, que impõe a proteção da moralidade como valor para o exercício de mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato; e (iii) teve sua constitucionalidade assentada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a condenação criminal por um órgão colegiado, ainda sem o trânsito em julgado, constitui forte indício de fato desabonador da moralidade do cidadão para o exercício do mandato, autorizando a restrição ao direito à elegibilidade. Além disso, referida causa de inelegibilidade tem sido aplicada pela Justiça Eleitoral, de forma igualitária e impessoal, a todos os cidadãos condenados em decisão proferida por órgão judicial colegiado.

47. Portanto, a medida cautelar, na parte em que determina que o requerente não seja impedido de concorrer nas eleições de 2018 até o julgamento de todos os recursos pendentes de sua condenação criminal, não pode produzir efeitos em nossa ordem jurídica interna. Isso porque ela conflita com a LC nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), norma que, além de declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seguramente atende às nossas particularidades culturais e à vontade política popular. Há de se reconhecer uma margem de apreciação estatal no caso, diante da impossibilidade de este Tribunal afastar a aplicação da legislação interna vigente, fruto da expressão da soberania popular, e alinhada às exigências constitucionais de moralidade e probidade para o exercício de cargos eletivos.

48. Em suma, apesar do respeito e consideração que merece, a recomendação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) quanto ao direito à elegibilidade do candidato Luiz Inácio

Lula da Silva não pode ser acatada pelo Tribunal Superior Eleitoral, por motivos formais e materiais que se cumulam e podem ser assim resumidos:

- (i) O protocolo que legitimaria a atuação do Comitê não foi incorporado ao ordenamento jurídico interno brasileiro; vale dizer, suas normas não estão em vigor entre nós;
- (ii) Não foram esgotados os recursos internos disponíveis, conforme exigido pelos arts. 2º e 5º, 2, b, do Protocolo;
- (iii) Não houve contraditório; isto é: ao governo brasileiro não foi concedida a oportunidade para apresentar informações sobre o pedido de medidas cautelares de 22.7.2018, apesar de a medida cautelar ter sido proferida 21 dias após a apresentação do pedido²²;
- (iv) A decisão, proferida por apenas dois dos 18 peritos independentes do Comitê, que só ouviram um dos lados da questão, teria a pretensão de se sobrepor às decisões condenatórias proferidas pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, bem como à decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que afastaram a ilegalidade da prisão após decisão condenatória em 2ª instância, e isso sem qualquer fundamentação;
- (v) A medida cautelar conflita com a Lei da Ficha Limpa, que, por ser compatível com a Constituição de 1988 e ter se incorporado à cultura brasileira, não pode ser considerada uma restrição infundada ao direito de se eleger previsto no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e
- (vi) O Brasil é um Estado democrático de direito, com todas as instituições em funcionamento regular e Poder Judiciário independente. Juízes de 1ª e 2ª instância no país são providos nos seus cargos por critérios seletivos de caráter técnico, sem qualquer vinculação política. O requerente pode sustentar, valendo-se de todos os recursos cabíveis, a ocorrência de erro judiciário. Mas não se afigura plausível o argumento de perseguição política.

49. Ademais, o não cumprimento da recomendação proferida resta plenamente justificado diante do abalo institucional que poderia gerar. Afinal, a medida cautelar concedida interfere diretamente nas eleições do país, sem que haja qualquer pronunciamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o mérito da comunicação individual levada à sua apreciação. O fato de o Comitê afirmar que sua decisão final sobre a existência ou não de violação ao art. 25 do PIDCP somente será proferida no próximo ano, quando as eleições brasileiras já terão se encerrado e o novo Presidente já terá tomado posse, cria o chamado *periculum in mora*

inverso. Vale dizer: a orientação produziria uma situação consumada, de difícil ou traumática reversão, o que constitui mais um fundamento para não lhe dar cumprimento.

50. Por fim, destaco que a recomendação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, além de não ostentar caráter vinculante, não é equiparável a uma decisão judicial de afastamento da inelegibilidade proferida nos termos do art. 26-C²³ da LC nº 64/1990. Isso porque a competência para a suspensão da inelegibilidade é atribuída com exclusividade aos órgãos colegiados dos tribunais aos quais couber a apreciação dos recursos interpostos contra o acórdão condenatório, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal. Ademais, como ressaltado, o Comitê de Direitos Humanos da ONU é um órgão administrativo, sem competência jurisdicional, circunstância que também afasta a equiparação pretendida pelo candidato.

Teses subsidiárias da defesa

51. Conforme relatado, o candidato traz três teses subsidiárias em sua defesa, que merecem ser enfrentadas. A primeira tese é a de que a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “e”, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa, deve ser interpretada de modo a considerar a incidência da causa de inelegibilidade somente após a eventual confirmação da condenação pelo Superior Tribunal de Justiça. O candidato argumenta que essa compreensão deve ser adotada em razão de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos em que se discutia a constitucionalidade da execução provisória da pena, haverem proposto que o início do cumprimento da pena se desse apenas depois de decisão do Superior Tribunal de Justiça. A pretensão deve ser rejeitada.

52. Primeiramente, não há que se confundir a execução provisória da pena, questão relativa à execução penal, com a causa de inelegibilidade decorrente da condenação criminal por órgão colegiado. A inelegibilidade estará presente, a partir da condenação por órgão colegiado, independentemente de haver sido ou não determinada a execução provisória da pena. Vale dizer: o candidato seria inelegível mesmo que estivesse solto. Em segundo lugar, ainda que por

argumentação se admitisse a vinculação entre ambos os institutos, o Supremo Tribunal Federal já assentou, em diferentes oportunidades, que a execução provisória da pena pode ser iniciada a partir do julgamento colegiado em segundo grau. Assim foi decidido no *HC* 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki (j. em 17.2.2016), no exame das medidas cautelares nas ADCs nº 43 e 44, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio e, novamente, em sede de repercussão geral, no ARE nº 964.246, rel. Min. Teori Zavascki. No próprio *HC* nº 152.752 (rel. Min. Edson Fachin, j. em 4.4.2018), em que Luiz Inácio Lula da Silva foi paciente, a questão foi discutida de forma exaustiva, afastando-se a proposta de que a execução provisória se iniciasse somente após decisão do Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, este Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo pela possibilidade da execução provisória da pena, nos mesmos moldes assentados pelo STF (*HC* 0600008-89, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 12.4.2018). Dessa forma, deve ser afastada a pretensão de ver aplicada interpretação do art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, apoiando-se em corrente de pensamento que não prevaleceu, quer no Supremo Tribunal Federal, quer nesta Corte Superior.

53. A segunda tese é a de que a jurisprudência do TSE deveria evoluir no sentido de aumentar a profundidade da cognição da Justiça Eleitoral na análise da incidência da inelegibilidade da alínea “e”, tal como tem sido feito com relação a outras causas de inelegibilidade. Ao contrário do alegado na contestação, os requisitos previstos no art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990 são eminentemente objetivos e não comportam qualquer margem de interpretação pelo juízo eleitoral. A referida norma prevê de forma expressa a incidência da hipótese de inelegibilidade àqueles que (i) tenham condenação pelos crimes nela especificados (ii) “em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado”. A hipótese do art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990 se resolve, portanto, pela mera subsunção do fato à norma, não contendo termos ou conceitos indeterminados que necessitem de interpretação ou integração à luz de outras regras de direito.

54. Tal hipótese difere, assim, dos requisitos previstos em outras alíneas que admitem uma cognição maior, por exemplo, com relação: (i) à configuração de ato doloso de improbidade administrativa (alíneas *g* e *l*) – hipótese que demanda a interpretação à luz das normas de direito

administrativo, (ii) à existência de enriquecimento ilícito (alínea I) – que deve ser aferida diante das peculiaridades do caso concreto narradas na decisão da Justiça comum; e (iii) ao órgão competente para julgamento das contas (alínea g) – que depende do cargo ocupado pelo agente público e da interpretação da norma à luz do disposto no art. 71 da Constituição.

55. Desse modo, se o requerente tem uma condenação pelos crimes nele enumerados que tenha sido proferida por órgão judicial colegiado, deve a Justiça Eleitoral aplicar a inelegibilidade. Incide plenamente a Súmula nº 41/TSE, que dispõe que “não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”.

56. Por fim, a terceira tese subsidiária é a de que, caso não seja reconhecida a aptidão da decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU para afastar a inelegibilidade, é indispensável que o processo de registro seja sobrestado até a apreciação dos pedidos sumários de suspensão de inelegibilidade pelo STJ e pelo STF. Como relatado pelo próprio requerente na contestação (ID 312580, fl. 156), já foi indeferida pelo Superior Tribunal de Justiça cautelar fundada no art. 26-C da LC nº 64/1990. De fato, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça no sentido de suspender a inelegibilidade do requerente poderia influenciar no julgamento deste processo, uma vez que, como já exposto, a Justiça Eleitoral está limitada à análise da existência ou não dos requisitos para o deferimento do registro de candidatura. No entanto, a não formulação e/ou apreciação de pedidos com fundamento no art. 26-C da LC nº 64/1990 não impede a análise do mérito do pedido de registro de candidatura, tendo em conta a necessária celeridade que informa este tipo de processo. Ademais, não é legítimo que o requerente busque o sobrestamento deste processo até que formule, dentro da sua conveniência, novos pedidos cautelares.

Improcedência das impugnações fundadas em outras causas de pedir

57. Quanto aos pedidos de impugnação fundados no art. 14, § 3º, II, da CF²⁴; art. 1º, I, *i* e *l*²⁵ da LC nº 64/1990; art. 8º da Lei 9.504/1997²⁶ e art. 11, § 1º, VII, da Lei nº 9.504/1997²⁷, assiste razão à defesa quanto à sua improcedência.

58. Em primeiro lugar, o art. 15, III, da Constituição²⁸ veda expressamente a cassação de direitos políticos anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória e enquanto seus efeitos durarem. Por esse motivo, o candidato preenche a condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, da Constituição de 1988, pois: (i) a condenação criminal ainda não transitou em julgado, como amplamente debatido nesse voto e (ii) o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em nada interfere no ponto.

59. De outro lado, não há provas nos autos de que o candidato: (i) tenha atuado em funções de direção em “estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro” sujeito à liquidação e (ii) tenha tido seus direitos políticos suspensos em decorrência de condenação com trânsito em julgado ou por órgão colegiado, em sede de ação de improbidade administrativa tendo como causa de pedir lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. As impugnações pautadas nas hipóteses previstas no art. 1º, I, *i* e *l*, da LC nº 64/1990 são, portanto, descabidas, por não terem os impugnantes se desincumbido do ônus de provar os fatos constitutivos do direito alegado²⁹.

60. Quanto à ausência de Lula na convenção partidária, ressalto que o art. 8º da Lei nº 9.504/1997 não traz qualquer determinação de comparecimento do candidato ao ato e sequer aponta a impossibilidade de participação nas eleições daquele que não comparecer. Por fim, considerando que as certidões exigidas pela resolução aplicável foram integralmente apresentadas (IDs 300479-300487 e 304348), deve ser afastada a alegação de ofensa ao art. 11, § 1º, VII, Lei nº 9.504/1997.

Conclusão

61. Pelo exposto, diante (i) da incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea *e*, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa; (ii) da impossibilidade de dar cumprimento à medida cautelar expedida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, pelos fundamentos acima; e (iii) da improcedência de todas as demais teses de defesa, voto pela procedência das impugnações formuladas e pelo reconhecimento da incidência da causa de inelegibilidade informada nas notícias de inelegibilidade. Como consequência, indefiro

o pedido de registro de candidatura do candidato Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República nas eleições de 2018.

III. Requerimento de registro de candidatura

62. Passo ao exame dos demais requisitos relativos ao requerimento de registro de candidatura. Verifico que o formulário RRC foi devidamente preenchido, contando com as seguintes informações: (i) dados pessoais; (ii) dados para contato; (iii) dados do candidato, incluindo nome de urna, cargo eletivo que ocupa e a quais eleições já concorreu; e (iv) declaração de ciência de que deve prestar contas à Justiça Eleitoral (Res.-TSE nº 23.548/2017, art. 26). Ademais, conforme informação da Seção de Gerenciamento de Dados Partidários (Sedap) (ID 312661), foram anexados os documentos exigidos, quais sejam: (i) relação atual de bens (ID 300491); (ii) fotografia recente (ID 300441); (iii) certidões criminais do domicílio do candidato (ID 300138, ID 304346, ID 300479, ID 300480 e ID 30081); (iv) prova de alfabetização (ID 300488); (v) cópia do documento oficial de identificação (ID 300489); e (vi) propostas defendidas pelo candidato (ID 301122) (Res.-TSE nº 23.548/2017, arts. 28 e 26, § 3º). Finalmente, com base nas informações constantes dos bancos de dados da Justiça Eleitoral, foi aferido o devido cumprimento dos requisitos legais referentes a: (i) filiação partidária, (ii) domicílio eleitoral, (iii) quitação eleitoral e (iv) inexistência de crimes eleitorais (Res.-TSE nº 23.548/2017, art. 29) (conforme informação de ID 312661).

63. Analisando-se as informações e os documentos apresentados, concluo que estão preenchidas as condições de elegibilidade previstas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal. O requerente (i) tem nacionalidade brasileira, (ii) está em pleno exercício dos direitos políticos, (iii) é alistado como eleitor, (iv) possui domicílio eleitoral na circunscrição do pleito, (v) possui filiação partidária e (vi) atende à idade mínima de trinta e cinco anos, aferida na data da posse, para concorrer aos cargos de presidente e vice-presidente da República.

64. Contudo, a partir dos documentos apresentados, identifico a incidência de causa de inelegibilidade. Conforme analisado acima, há registro de condenação criminal em decisão proferida por órgão colegiado, de modo que o requerente encontra-se inelegível, nos termos do art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990.

65. Por fim, não verifico a ocorrência de homonímia (Res.-TSE nº 23.548/2017, art. 53).

IV. Efeitos da decisão

66. Uma vez indeferido o pedido de registro de candidatura, impõe-se discutir os efeitos dessa decisão, à luz do que prevê o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 12.034/2009³⁰. O art. 16-A da Lei das Eleições autoriza o candidato cujo registro esteja *sub judice* a “efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição”.

67. No passado, o Tribunal Superior Eleitoral atribuía uma interpretação ampla à expressão “registro *sub judice*”, no sentido de candidatura cujo indeferimento fosse passível de alteração. Dessa forma, enquanto não transitada em julgado a decisão de indeferimento, o candidato permanecia na disputa eleitoral “por sua conta e risco”. Nesse sentido: AgR-REspe nº 335-19/PE, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, j. em 28.10.2008; MS nº 87.714, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, j. em 4.10.2012; AgR-Rcl nº 876-29, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, j. em 4.10.2012.

68. Mais recentemente, porém, o Tribunal Superior Eleitoral conferiu alcance mais limitado à expressão, assentando que, após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral que indefere o registro de candidatura, a candidatura não pode mais ser considerada *sub judice*, afastando-se a incidência do art. 16-A (ED-REspe nº 139-25, rel. Min. Henrique Neves, j. em 28.11.2016). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes trechos da ementa do julgado:

Eleições 2016. Registro. Candidato a prefeito. Indeferimento. Embargos. Omissões. Art. 224 do Código Eleitoral. [...] 2. A determinação da realização de nova eleição na hipótese em que o candidato eleito tem o registro de sua candidatura indeferido não é inconstitucional, pois privilegia a soberania popular e a democracia representativa. 3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/1997. 4. As decisões da Justiça Eleitoral

que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária. 5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/1997; 15 da Lei Complementar 64/1990; 216 e 257 do Código Eleitoral. 6. É inconstitucional a expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, por violar a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular. 7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral. [...]. (Grifou-se.)

69. Este precedente já revela que a interpretação da expressão “registro *sub judice*” não pode ocorrer de forma isolada. Ao contrário, deve harmonizar os interesses em conflito e garantir a coerência do sistema das inelegibilidades, sobretudo levando em conta: (i) a superveniente edição da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida por Lei da Ficha Limpa; (ii) a abreviação do período de campanha eleitoral, empreendida pela minirreforma eleitoral do ano de 2015 (Lei nº 13.165/2015); e (iii) a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura.

70. Em primeiro lugar, a LC nº 135/2010 introduziu profundas modificações no sistema de inelegibilidades. Passou a ser suficiente, para a caracterização da causa de inelegibilidade, a existência de condenação proferida por “órgão colegiado”, dispensando-se o trânsito em julgado. Assim ocorre, por exemplo, nos casos em que o candidato é condenado em decisão transitada em julgado ou “proferida por órgão colegiado” em processo criminal (art. 1º, I, e), em ação de improbidade administrativa (art. 1º, I, II) ou em ação que apure ilícitos eleitorais (art. 1º, I, d e j).

71. Por essa razão, o art. 15³¹ da LC nº 135/2010 dispõe que “transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por “órgão colegiado” que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido”. A exequibilidade da decisão no âmbito de processos de registro de candidatura ou de ação de investigação judicial eleitoral da qual resulta a inelegibilidade passou a ser imediata a partir da publicação do julgamento por órgão colegiado.

72. Dessa forma, a fim de que seja mantida a coerência do sistema, impõe-se reconhecer que o candidato deixa de ser considerado *sub judice* a partir do momento em que sobrevém decisão de órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral) em que o registro da candidatura é indeferido. Em outras palavras, se o candidato, até a decisão do órgão colegiado da Justiça Eleitoral, relativa ao registro de sua candidatura, não obtiver o afastamento da inelegibilidade no processo que a ela deu origem (art. 26-A³² da LC nº 64/1990) ou, pelo menos, a suspensão dos efeitos da decisão colegiada naquele mesmo processo (art. 26-C³³ da LC nº 64/1990), não mais ostentará a condição de candidato *sub judice*, sendo-lhe, assim, inaplicável o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, que autoriza a realização de atos relativos à campanha eleitoral e a manutenção de seu nome na urna eleitoral. Nesse sentido é a lição de José Jairo Gomes³⁴:

Os efeitos atinentes à negativa e ao cancelamento de registro e à invalidação de diploma só surgem com o trânsito em julgado da sentença proferida pelo juiz eleitoral de 1º grau ou com a *publicação* do acórdão proferido por órgão colegiado no exercício de sua competência originária ou recursal. Para fins de cumprimento e concretização da decisão, não é necessário que se aguarde o trânsito em julgado do ato colegiado, bastando sua publicação. Tal solução harmoniza-se com as modificações introduzidas pela LC nº 135/10, que alterou substancialmente a sistemática relativa às inelegibilidades. Assim, até antes do trânsito em julgado da sentença ou da publicação do acórdão denegatório de pedido de registro de candidatura prolatado pelo órgão colegiado, poderá o candidato prosseguir em sua campanha (LE, art. 16-B, introduzido pela Lei nº 12.891/2013), inclusive arrecadando recursos e realizando propaganda eleitoral, além de ter seu nome mantido na urna eletrônica. Após a publicação do acórdão, a manutenção da campanha do candidato só poderá ocorrer se: (1) for

concedida antecipação da tutela da pretensão recursal (CPC, arts. 300, § 2º, 303 e 1.019, I); (2) for concedida tutela provisória de natureza cautelar (CPC, art. 300, *caput* e § 2º c.c. art. 305) conferindo efeito suspensivo ao recurso ajuizado para o tribunal *ad quem*. Nesses casos, é mister que se demonstre que a eficácia imediata da decisão recorrida pode provocar “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação” ao direito ou situação jurídica da parte, e a “probabilidade de provimento do recurso”. Esse último requisito é expresso pela viabilidade do recurso interposto ou a ser interposto, de sorte que, sendo inviável o recurso, quer por razão de ordem material, quer processual, referido requisito não se configura.

73. De outro lado, a minirreforma eleitoral realizada pela Lei nº 13.165/2015 abreviou a duração do período de campanha eleitoral, uma vez que fixou o dia 15 de agosto do ano das eleições como prazo final para o registro das candidaturas³⁵. Considerando-se que o prazo para substituição de candidaturas se encerra 20 dias antes das eleições (art. 13, § 3º³⁶ da Lei nº 9.504/1997), a Justiça Eleitoral dispõe de apenas 30 a 40 dias para apreciar um pedido de registro de candidatura em todas as suas instâncias. Essa circunstância torna materialmente impossível que o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro ocorra antes do advento da data-limite para substituição dos candidatos, o que lança um quadro de insegurança sobre a situação jurídica dos candidatos.

74. Nesse contexto, interpretar a expressão “registro *sub judice*” do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 como a candidatura cujo indeferimento é passível de revisão significa, na prática, afirmar que a Justiça Eleitoral está impossibilitada de obstar a participação de um candidato inelegível. Essa conclusão não pode ser aceita, uma vez que acarreta elevados custos: (i) institucionais e ao processo eleitoral, em razão da invalidação de votos recebidos pelo candidato inelegível (art. 175, § 3º³⁷, do Código Eleitoral) e da violação à soberania popular; e (ii) financeiros, em razão da eventual necessidade de realização de novas eleições, a depender da expressividade dos votos anulados (art. 224, *caput* e seu § 3º do Código Eleitoral³⁸).

75. É preciso considerar, ainda, que o STF, no julgamento da ADI 5525, sob a minha relatoria, declarou a inconstitucionalidade da locução “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral (com redação dada pela Lei nº 13.165/2015) para a realização de nova

eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura. No julgamento, o STF entendeu que aguardar o trânsito em julgado para convocar novas eleições após o indeferimento do registro de candidatura violaria a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular. Assim, determinou-se que basta a manifestação do órgão colegiado, ou do Tribunal Superior Eleitoral para que seja realizado novo pleito, a partir da interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei nº 9.504/1997; 15 da Lei Complementar nº 64/1990; 216 e 257 do Código Eleitoral. Se para realizar novas eleições basta a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, com muito mais razão deve-se permitir a negativa de registro, impedindo-se que a candidatura seja considerada *sub judice* para fins de assegurar os atos relativos à campanha eleitoral e a manutenção do nome da urna. Ademais, a necessidade de execução imediata dos julgados do TSE não é novidade, já tendo sido afirmada por esta Corte Superior em diversos julgados, a exemplo do RO nº 2246-61-ED/AM, em que fui designado redator para acórdão, j. em 22.8.2017; e RO nº 1220-86/TO, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 22.3.2018.

76. Portanto, a interpretação que afasta o caráter *sub judice* do candidato que teve o seu registro indeferido por decisão colegiada do Tribunal Superior Eleitoral privilegia a transparência, a estabilidade e a segurança do processo eleitoral, além de atender ao direito do eleitor de conhecer com antecedência os candidatos aptos a disputar o pleito.

77. Cabe, por fim, breve consideração acerca do pedido formulado pela Procuradoria-Geral Eleitoral em seu parecer final (ID 312600), no sentido de que seja determinada “a devolução ao Tribunal Superior Eleitoral [dos] recursos destinados ao financiamento da campanha do candidato impugnado, até sua eventual substituição”.

78. Nos limites da cognição exercida no processo de registro de candidatura, a providência requerida não me parece compatível, até porque a realização da campanha eleitoral, enquanto não apreciado o requerimento de registro de candidatura, encontra suporte no art. 16-B³⁹ da Lei nº 9.504/1997. Isso não impede, por natural, que a Procuradoria-Geral Eleitoral, em ação própria, busque o ressarcimento pretendido, na qual poderá se dar a discussão relativa à sua tese do abuso de direito,

assegurando-se dilação probatória e amplo contraditório incompatíveis com os estreitos limites do processo de registro de candidatura.

V. conclusão

79. Diante do exposto, voto no sentido de: (i) receber as notícias de inelegibilidade apresentadas por Guilherme Henrique Moraes (ID 301547), por Ari Chamulera (ID 304014/304113) e por Diego Mesquita Jaques (ID 305124); (ii) receber como notícias de inelegibilidade as impugnações apresentadas por Marcos Aurélio Paschoalin (ID 304846) e por Ernani Kopper (ID 301546); (iii) não receber as notícias de inelegibilidade apresentadas por Fernando Aguiar dos Santos (ID 301543) e Marcelo Feliz Artilheiro (ID 301545); (iv) extinguir sem julgamento do mérito as ações de impugnação de mandato eletivo ajuizadas pela Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (ID 305093 e 305094); (v) julgar procedentes as impugnações apresentadas pela Procuradoria-Geral Eleitoral (ID 300458), pelo Partido Novo (NOVO) – Nacional (ID 300969/300970), por Kim Patroca Kataguirí (ID 305096), pela Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos (ID 300602/300605), por Wellington Corsino do Nascimento (ID 305088), por Marco Vinícius Pereira de Carvalho (ID 305167) e por Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes (ID 301637); e (vi) julgar parcialmente procedente a impugnação apresentada por Alexandre Frota de Andrade (ID 305095).

80. Desse modo, declaro a inelegibilidade do candidato Luiz Inácio Lula da Silva, com base no art. 1º, I, e, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, e, por consequência, indefiro o seu registro de candidatura para concorrer ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018 pela Coligação O Povo Feliz de Novo, integrada pelos partidos: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Republicano da Ordem Social – PROS.

81. Publicada a presente decisão colegiada em sessão, afasto a aplicação do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, nos termos da fundamentação. Por consequência: (i) faculta-se à Coligação substituir o candidato Luiz Inácio Lula da Silva, no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei nº 9.504/1997; (ii) fica vedada a prática de atos de campanha

presidencial pelo candidato cujo registro vem de ser indeferido; e (iii) determina-se a retirada do nome do candidato da programação da urna eletrônica.

É como voto.

¹ Res.-TSE nº 23.548/2017, Art. 38. Cabe a qualquer candidato, partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, impugná-lo em petição fundamentada (Lei Complementar nº 64/1990, art. 3º, *caput*). [...] Art. 42. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos pode, no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, dar notícia de inelegibilidade ao tribunal eleitoral competente, mediante petição fundamentada.

² Res.-TSE nº 23.548/2018, art. 54. O pedido de registro do candidato, a impugnação, a notícia de inelegibilidade e as questões relativas à homonímia devem ser julgados em uma só decisão.

³ Os arts. 9º e 10 do CPC positivaram o princípio da não surpresa, a fim de evitar prejuízos à parte que não teve oportunidade de se manifestar em relação a fundamento que afaste o direito que lhe é caro, conferindo à parte a possibilidade de influenciar a decisão do juiz de forma favorável a si. Confirmam-se: Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴ CPC, Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

⁵ LC nº 64/1990, Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. (Incluído pela LC nº 135, de 2010) § 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de *habeas corpus*. (Incluído pela LC nº 135, de 2010) § 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput*, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente. (Incluído pela LC nº 135, de 2010) § 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo. (Incluído pela LC nº 135, de 2010.)

⁶ Artigo 28. 1. Constituir-se-á um Comitê de Diretores Humanos (doravante denominado o “Comitê” no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante. 2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas. 3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

⁷ Artigo 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

⁸ Jota, “Não temos interesse no resultado eleitoral, apenas no direito à participação”. Disponível em: <<https://www.jota.info/eleicoes-2018/nao-temos-interesse-resultado- apenas-participacao-todos-21082018>>

⁹ Conforme previsto no PIDCP e no Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, ao monitorar o cumprimento do Pacto pelos Estados Partes, o Comitê exerce as seguintes competências: (i) análise dos relatórios apresentados periodicamente pelos signatários, emitindo observações finais, que salientem os aspectos positivos e os problemas detectados (art. 40 do PIDCP); (ii) análise das comunicações de descumprimento feitas por outro Estado Parte (art. 41 do PIDCP); e (iii) exame de petições individuais em que se noticie violação de qualquer dos direitos enunciados no PIDCP (Art. 1º do Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP).

- ¹⁰ Nesse sentido, v. Flávia Piovesan. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18. edição, 2018, p. 266.
- ¹¹ A ausência de incorporação do Protocolo ao ordenamento jurídico interno não significa que o Estado Brasileiro não esteja com ele obrigado internacionalmente. A sua ratificação junto à ONU, em 25.7.2009, implicou, no cenário internacional, na assunção de direitos e obrigações pelo Brasil. Essa questão, no entanto, não deve ser solucionada pelo Judiciário, a quem cabe, unicamente, aplicar o direito interno vigente.
- ¹² ADI 1.480, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 13.5.1998: "O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno."
- ¹³ Decreto Legislativo nº 311/2009, que aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Artigo 2º. Ressalvado o disposto no artigo 1º os indivíduos que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine.
- ¹⁴ Artigo 5º, [...] 2. O Comitê não examinará nenhuma comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que: a) A mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou de decisão; b) O indivíduo esgotou os recursos internos disponíveis. Esta regra não se aplica se a aplicação desses recursos é injustificadamente prolongada.
- ¹⁵ De acordo com os documentos apresentados pela defesa, o Estado brasileiro foi formalmente comunicado da representação individual nº 2.841/2016 em 4.11.2016 e, em janeiro de 2017, apresentou manifestação (ID 312583 e 312584). Posteriormente, em setembro de 2017 e em abril de 2018, o Brasil enviou ao Comitê "observações adicionais" em resposta a novas alegações apresentadas pelo ora requerente (ID 312585 e 312586).
- ¹⁶ Rule 92: The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such expression of its Views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication.
- ¹⁷ Nesse sentido, confira a Causa Especial nº 20907/2017, relator D. Pablo Llerena Conde, Tribunal Supremo, Sala de Ió Penal, j. em 12.4.2018. O inteiro teor da decisão pode ser acessado em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-juez-Pablo-Llerena-deniega-el-permisosolicitado-por-Jordi-Sanchez-para-acudir-al-Pleno-de-investidura-o-comparecer-por-via-telematica>>
- ¹⁸ Nesse sentido, confira: Daniel Sarmento, O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha, *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, 2016, p. 122.
- ¹⁹ O. Pollicino, *Margine di apprezzamento*, art. 10, c.1, *Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, In: www.forumcostituzionale.it, 2009.
- ²⁰ A. Ruggeri, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, In: www.diritticomparati.it, 2011.
- ²¹ Confira-se Daniel Sarmento. *Op. cit.*, p.123-124.
- ²² No Brasil, a concessão de medida cautelar em ações constitucionais, salvo situações de excepcional urgência, exige sejam ouvidos os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias. Lei nº 9.868, de 10.11.98, art. 10.
- ²³ LC nº 64/1990, Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.
- ²⁴ Constituição de 1988, Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- ²⁵ LC nº 64/1990, Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou

extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade; l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

²⁶ Lei nº 9.504/1997, Art. 8º. A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

²⁷ Lei nº 9.504/1997, Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: VII - certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual; [...].

²⁸ LC nº 64/1990, Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

²⁹ CPC, Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [...].

³⁰ Lei nº 9.504/1997, Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

³¹ LC nº 64/1990, Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado o registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.

³² LC nº 64/1990, Art. 26-A. Afastada pelo órgão competente a inelegibilidade prevista nesta Lei Complementar, aplicar-se-á, quanto ao registro de candidatura, o disposto na lei que estabelece normas para as eleições. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

³³ LC nº 64/1990, Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

³⁴ José Jairo Gomes, *Direito Eleitoral*, 2018, pp. 452-453.

³⁵ Lei nº 9.504/1997, art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

³⁶ Lei nº 9.504/1997, art. 13, § 3º. Tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo.

³⁷ Código Eleitoral, art. 175, § 3º. Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

³⁸ Código Eleitoral, art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias. [...] § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

³⁹ Lei nº 9.504/1997, art. 16-B. O disposto no art. 16-A quanto ao direito de participar da campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito, aplica-se igualmente ao candidato cujo pedido de registro tenha sido protocolado no prazo legal e ainda não tenha sido apreciado pela Justiça Eleitoral.

QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Consulto o Ministro Edson Fachin sobre duas questões. Primeiro, se prosseguimos desde logo ou fazemos pequeno intervalo de quinze minutos?

A outra questão diz com um requerimento formulado da tribuna, no sentido de que se aprecie a questão primeira, que diz com as alegações finais e o julgamento do indeferimento do registro, assim como submeti ao Tribunal a questão proposta pela Doutora Marilda de Paula Silveira, anteriormente. Quando formulado o requerimento, ouvi o relator e ele, porque enfrenta expressamente a matéria no voto, optou por proferir todo o seu voto.

Consulto, portanto, Vossa Excelência com relação ao breve intervalo agora e como Vossa Excelência se pronuncia com relação ao enfrentamento, ou se prefere, como o eminente relator, proferir o voto na íntegra?

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Pois não, Senhora Presidente. Em relação ao intervalo, fica ao critério da disposição de todos e de Vossa Excelência. Estou ao dispor para prosseguir. Mas também não obsto a que façamos mais um intervalo, se assim entender Vossa Excelência.

Quanto à questão do prazo das alegações finais, não estou necessariamente de acordo com as motivações que constam do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, uma vez que, ao motivar o afastamento do pleito para que houvesse esse lapso temporal de 5 (cinco) dias, em tese previsto normativamente, Sua Excelência utilizou alguns argumentos com os quais eu poderei estar de acordo ou não quando eu examinar o mérito.

Mas há de se reconhecer – e nisso Vossa Excelência tem razão – que há precedente do eminente Ministro Henrique Neves da Silva assentando a facultatividade desse prazo e condicionando-o à existência de dilação probatória ou de provas protestadas. E, neste caso, por parte do impugnado, não houve pedido de prova, a não ser aquelas carreadas aos autos.

Portanto, percebe-se, nessa dimensão, que a matéria, de modo geral, se enfeixa na perspectiva do precedente do Ministro Henrique Neves da Silva.

Reconheço, não há dúvida alguma, que há tema de complexidade aqui, com relação aos fundamentos utilizados, quer pelas ilustradas sustentações orais, quer pelo eminente relator.

Evidentemente, caberá ao Colegiado apreciar, mas, para afastar esse precedente que trata da facultatividade do prazo, de algum modo teríamos de demonstrar que há complexidade inerente à matéria. E eu precisaria adentrar a essa demonstração ou não da complexidade. A rigor, isso está em meu voto.

Creio ser melhor que eu profira meu voto, uma vez que este tema poderá eventualmente ser apreciado pelo Colegiado mais adiante, porque não haveria preclusão em relação a essa questão, no meu modo de ver.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Há inclusive precedente específico nessa linha, quando houve o julgamento da chapa Dilma/Temer. O julgamento havia começado, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, quando houve um questionamento e nós suspendemos o julgamento. Ou seja, não seria algo inusitado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, estou aberto a ouvir os demais. Vossa Excelência está me ouvindo porque sou o próximo a proferir voto.

Adianto que examinei os dois argumentos centrais e estou pronto a externar meu ponto de vista. Mas não tenho óbice a que o Tribunal entenda que, diante do que aqui foi suscitado, dos poderosos e importantes argumentos que foram trazidos pelo relator, se o Colegiado entender por conceder lapso temporal, eu não objetaria.

Mas entendo que a posição do relator está centrada também nesse precedente. E não houve, no caso, dilação probatória, não houve provas protestadas. Há, sem dúvida nenhuma, complexidade que poderia recomendar que o Tribunal concedesse os 5 (cinco) dias e pautasse o julgamento para a quinta-feira que vem.

Eu não objetaria a isso. Se Vossa Excelência entender de ouvir os demais ministros, estou à disposição. Mas anuncio que estou pronto a proferir voto quanto à matéria de fundo.

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Senhora Presidente, eu gostaria de dizer ao Ministro Edson Fachin que não estamos, na verdade, a pedir alegações finais, propriamente. Como apresentamos fato impeditivo do direito do autor, expresso no Código de Processo Civil, que ele deve voltar a falar sobre a nossa defesa.

O prazo foi de 5 (cinco) dias para alegações finais, mas eu sugiro um prazo de 48 horas para que todos os impugnantes pudessem falar. Porque, caso contrário, o precedente do Ministro Caputo Bastos, depois reiterado em outros julgados, se Vossas Excelências indeferissem as impugnações, quaisquer dos impugnantes que não estão aqui poderiam dizer: “não falei sobre a defesa”, e o julgamento seria nulo. Há vários precedentes do STF, STJ e TSE citados na peça.

Agradeço a atenção de Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, como eu disse, o argumento é ponderável. Nada obstante, há um sentimento que deriva da ordem normativo-jurídico-eleitoral de celeridade e, como eu disse e repito, estou obviamente à disposição para proferir o voto quanto ao mérito.

Penso que essa heterodoxia do lapso temporal, com toda vênia ao ilustre advogado, se for para deferir, creio que devamos nos ater à legislação e deferir os 5 (cinco) dias. Porque encontrarmos um meio termo, encontraremos uma razão para que haja uma impugnação, acerca desta deliberação, pois este Tribunal estaria de algum modo quase que legislando.

Então, quanto ao lapso temporal, manifesto desde já minha objeção: ou concluímos o julgamento hoje – e reitero que estou pronto para proferir o voto – ou então concedemos o prazo que está estabelecido na ordem normativa, que é de 5 (cinco) dias. Quanto a isso, já adianto o meu posicionamento, Senhora Presidente, acerca de não acolher a proposta de um tempo intermediário. Ou deliberamos por seguir o julgamento, ou deferimos os 5 (cinco) dias.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, não vejo prejuízo e voto no sentido de prosseguir o julgamento.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhora Presidente, acompanho integralmente o que disse o Ministro Edson Fachin.

Se Vossa Excelência entender que deve o Colegiado tomar uma posição de mais garantismo aos fatos aqui tratados pela defesa, eu acompanho. No entanto, a exemplo do que disse o Ministro Edson Fachin e, agora, o Ministro Jorge Mussi, eu estou preparado. Se Vossa Excelência quiser continuar, a noite será longa.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, eu também, assim como o Ministro Edson Fachin, entendo que a questão, pelo que entendi, seria: o ilustre advogado está pleiteando eventual direito de terceiros, de falar sobre um documento trazido pela parte impugnada.

Fosse o caso de avaliar algo, seria uma eventual concessão das alegações finais. Mas, quanto a esta parte, conforme aduziu o ministro relator, entendo que, não tendo havido sequer requerimento de dilação probatória ou a apresentação de documento pela parte impugnada, mas apenas pela parte impugnante, não vejo razão, primeiro, para se abrir prazo de dilação probatória e, não tendo sido aberto esse prazo de dilação probatória – não tendo sido aduzido ou trazido a parte aos autos outros elementos que já não estejam à disposição do relator –, entendo que não há necessidade, conforme precedentes da Corte, o primeiro deles de 2002, da relatoria do sempre eminente e saudoso Ministro Maurício Corrêa, que foi reafirmado há pouco tempo pelo ex-ministro e também eminente doutor Henrique Neves da Silva, entendo que não há

necessidade, até porque é aplicável à questão o brocardo de que “não há que se alegar nulidade sem demonstração de prejuízo”, conforme dispõe o art. 219 do Código Eleitoral.

Nesse contexto, portanto, entendo ser dispensável o prazo de 5 (cinco) dias de alegações finais, por absoluta desnecessidade.

É assim que voto, Senhora Presidente.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, eu também guardo a compreensão de que o impugnado, com o devido respeito, está sustentando eventual cerceamento de defesa, em desfavor dos impugnantes, à moda de uma perspectiva de contraditório meramente formal, que não entendo contemplado pela ordem constitucional, a preconizar o contraditório material.

Demais disso, por força do que se contém no § 2º do art. 282 do Código de Processo Civil, aplicado supletiva e subsidiariamente ao processo eleitoral:

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

[...]

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Na mesma trilha exegética, faço referência ao parágrafo único do art. 219 do Código Eleitoral:

Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

Parágrafo único. A declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa nem a ela aproveitar.

Essa parte final é bastante relevante.

Por fim, fazer menção – e por lealdade dizer que recolho esses excertos jurisprudenciais do material complementar produzido pela

douta Procuradoria-Geral Eleitoral – a ao menos seis precedentes na linha da flexibilização desse rito, além dos dois mencionados, um da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, de saudosa memória, e o outro, mais recente, do eminente Ministro Henrique Neves da Silva.

Há um precedente, ainda da década de oitenta, da lavra do eminente relator, Ministro Sebastião Reis, o REspe nº 6.951, sobre a interpretação de uma resolução, em tudo assemelhada à que estamos a interpretar; há outro precedente de Serra/ES, o REspe nº 13.641, da lavra do eminente Ministro Eduardo Alckmin, de 1996; ainda desta semana, um precedente do Ministro Og Fernandes, uma decisão monocrática em que Sua Excelência, na fundamentação, alude a esse precedente de Santa Catarina, exatamente para justificar a flexibilização; e eu mesmo proferi uma decisão monocrática idêntica – substancialmente idêntica – ainda no dia 9.8.2018, no RO nº 866-35, de São Luís/MA.

Esses precedentes todos somados à interpretação que fiz do Código de Processo Civil e do Código Eleitoral me animam, a mais não poder, a acompanhar às inteiras o eminente ministro relator, na proposta de prosseguir o julgamento, quanto ao enfrentamento de mérito.

É como voto, Senhora Presidente.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Senhores Ministros, como foi lembrado da tribuna, eu entendo, e sempre reitero, que o Direito tem seu tempo e seus ritos, suas formas e institutos em prol, basicamente, da segurança jurídica. Sem esta, não temos uma vida em sociedade que se sustente.

O Ministro Celso de Mello, que já foi tão lembrado hoje, costuma repetir, no Supremo Tribunal Federal, Cícero, quando dizia que “sejamos servos da lei para sermos livres”.

Então, eu tenho grande preocupação com a segurança jurídica, com a observância dos ritos e das formas, mesmo que, de uma forma mais ortodoxa, eu prefira, às vezes, seguir de maneira mais lenta.

O Direito Eleitoral, pelas suas especificidades, mais do que nunca está atrelado ao tempo. E, nesse sentido, esta Corte, com sua atual composição,

diante dessas eleições e da diminuição do calendário eleitoral, está empreendendo esforço enorme para responder de forma célere a todas essas demandas. Só nesse registro são dezessete candidaturas.

Fiz esses registros apenas para dizer que o eminente relator está observando a lei e as formas. Não bastasse a invocação do art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ou supletiva, todos os precedentes que agora foram lembrados pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Pessoalmente, eu guardo reserva com relação a esses precedentes, mas não tenho nenhuma dificuldade em acatá-los neste julgamento, como tenho feito em tantos outros, justamente como um norte, um farol iluminando a nossa caminhada.

Mas, neste caso, quero deixar registrado: o que, de fato, me leva a fazer essa observação, normalmente eu não faria, é o princípio da igualdade.

Quando chegaram os treze pedidos de registro de candidaturas, a nossa ideia, desde logo, foi enfrentar todos aqueles sem impugnação. Sobraram três pedidos com impugnação. E a ideia era trazê-los todos juntos hoje, como pleiteado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, na medida em que começa a propaganda eleitoral. Infelizmente isso não foi possível.

Pessoalmente, se dependesse de mim, faria esse julgamento na terça-feira, dia 4.9.2018, ou na quinta-feira, dia 6.9.2018. Não é a posição prevalecente. Repito, única e exclusivamente, para assegurar a todos a igualdade de tratamento. Embora não exista qualquer ilegalidade ou descumprimento de rito, seja no comportamento ou no caminho adotado pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, no processo em que houve impugnação à candidatura do candidato Geraldo Alckmin, seja no processo em que há impugnação de candidatura de Jair Bolsonaro. Porque, de fato, ocorreram situações diferentes da que agora estamos a enfrentar.

Há mais um detalhe: neste processo, havia pedido de tutela de evidência nas impugnações, o que não existiu nos outros processos.

Essa situação, de fato, nos obrigava a reunir o Colegiado para o enfrentamento. Eu ficaria no exame da tutela de evidência e deixaria o julgamento do todo para terça ou quinta-feira. Mas, em um Colegiado, a maioria prevalece.

VOTO (VENCIDO EM PARTE) (SÍNTESE)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, o presente voto, ao dispor aos eminentes pares e às partes a respectiva íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 22 (vinte e duas) páginas. A síntese e conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas.

Primeira: A existência de uma causa de inelegibilidade impede o deferimento do pedido de registro de candidatura. Esse é o direito brasileiro, em sentido estrito, a seguir explicitado neste voto, como primeira parte relevante de análise.

Segunda: A Medida Provisória concedida pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos paralisa a eficácia da decisão que indefere o registro e garante ao requerente, de forma provisória, o direito de gozar e exercer seus direitos políticos como candidato à eleição presidencial.

Terceira: A decisão do Comitê de Direitos Humanos afirma que “o Comitê solicita que o Estado-parte tome todas as medidas necessárias para assegurar que o autor goze e tenha o exercício de seus direitos políticos enquanto estiver na prisão, como candidato às eleições presidenciais de 2018, incluindo acesso apropriado à mídia e aos membros de seu partido político; assim como para abster-se de impedir que o autor concorra às eleições para as eleições presidenciais de 2018, até que os pedidos de revisão de sua condenação tenham sido apreciados em um processo judicial justo e que a condenação se torne final”.

Quarta: A decisão produz efeitos internos no Brasil, porque é o próprio texto constitucional que define o momento a partir do qual um tratado de direitos humanos passa a ter efeito, isto é, o do depósito do instrumento

de ratificação, momento a partir do qual o Estado brasileiro se torna parte de um tratado internacional. Além disso, porque o direito de petição ao Comitê é protegido pela própria Constituição, não há como o Poder Judiciário deixar de reconhecer a decisão que veio de ser proferida.

1.2. Base constitucional. Cláusula constitucional de abertura (art. 5º, § 2º, da CRFB); a regulação constitucional das inelegibilidades (art. 14, § 9º, da CRFB); a competência constitucional para celebrar e aprovar tratados (arts. 49, I; e 84, VIII); *base convencional*: o direito de participação política (art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos); o direito de petição ao Comitê (art. 1º do Protocolo Facultativo); *base legal*: Lei de Inelegibilidades e Código Eleitoral.

1.3. Base doutrinária. O voto se assenta no pensamento de diversos autores autoras nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes: Antônio Augusto Cançado Trindade, José Francisco Rezek, João Grandino Rodas, Valério Mazzuoli e Stephen Breyer.

1.4. Base em precedentes. O voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, dos órgãos internacionais de proteção à pessoa humana, e da própria Corte Internacional de Justiça; especificamente citam-se os seguintes: a REspe n. 204-91/PR, rel. Min. Herman Benjamin; REspe 139-25, rel. Min. Henrique Neves; ADI 1.480, rel. Min. Celso de Mello; CR 8.279, rel. Min. Celso de Mello; RE 71.154, rel. Min. Oswaldo Trigueiro; os Comentários Gerais nº 31 e 33 do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Caso Paindiong *et al.* v. Filipinas, julgado pelo Comitê de Direitos Humanos; e o caso sobre o Projeto Gabíkovo-Nagymaros, julgado pela Corte Internacional de Justiça.

1.5. Conclusão do voto. Em suma, assento a inelegibilidade do interessado, com o consequente indeferimento do pedido de registro da candidatura respectiva, contudo, se impõe, em caráter provisório, reconhecer, em face da medida provisória concedida no âmbito do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República, que ao requerente foi garantido o direito, mesmo estando preso, de se candidatar às eleições presidenciais de 2018.

RELATÓRIO

Em 15.8.2018 houve o protocolo do requerimento de registro de candidatura (Doc. 300441).

Na mesma data a Procuradoria-Geral Eleitoral apresentou impugnação ao registro de candidatura (Doc. 300458) e, em outro movimento, o requerente suscitou dúvida quanto à distribuição ao e. Min. Luís Roberto Barroso em razão de anterior distribuição da Pet nº 0600897-43.2018.6.00.0000 ao e. Min. Admar Gonzaga (Doc. 300470).

Em 16.8.2018 a Procuradoria-Geral Eleitoral apontando que o requerente tomou ciência da impugnação por ela apresentada e, caso não ocorra o indeferimento liminar do registro de candidatura, seja considerada a data para início do prazo de apresentação de defesa (Doc. 300537).

Na mesma data os autos foram enviados à Presidência deste Tribunal para sanar dúvida levantada quanto à distribuição (Doc. 300538) que foi resolvida em favor da relatoria do Min. Roberto Barroso (Doc. 300994) e o requerente apresentou pedido de substituição de documentos (Doc. 300942).

Foram protocoladas impugnações ao pedido de registro de candidatura pela Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos (Doc. 300602), pelo Partido Novo, cumulada com pedido de tutela de evidência (Doc. 300970).

Em 17.8.2018 foi publicado o Edital nº 13/2018 dando publicidade ao Requerimento de Registro de Candidatura (Doc. 300688), a Coligação “Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos” ratificou a impugnação anteriormente proposta (Doc. 301307), foram apresentadas 4 notícias de inelegibilidade (Docs. 301543, 301545, 301546 e 301547).

Em 20.8.2018 foi apresentada impugnação ao registro de candidatura pelo candidato a deputado federal Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes (Doc. 301637) e a Procuradoria-Geral Eleitoral apresentou manifestação pelo provimento das 4 notícias de inelegibilidade apresentadas (Doc. 301748).

Em 21.8.2018 foi apresentada nova notícia de inelegibilidade (Doc. 304014) e o requerente apresentou certidão faltante de Distribuição da Justiça Comum do Estado de São Paulo (Doc. 304346).

Em 22.8.2018 foram apresentadas três novas impugnações ao requerimento de registro de candidatura pelos candidatos a deputado federal Alexandre Frota de Andrade (Doc. 305095), Kim Patroca Kataguiiri (Doc. 305096) e pelo candidato a suplente de senador Marco Vinicius Pereira de Carvalho (Doc. 305167) e três novas notícias de inelegibilidade (Docs. 305088 e 305093 e 305123).

Em 23.8.2018 o requerente e a Coligação O Povo Feliz de Novo foram intimados para, querendo, contestarem as impugnações e notícias de inelegibilidade, todas, no prazo de 7 (sete) dias (art. 4º da LC 64/1990, Doc. 305381).

Em 25.8.2018 a Procuradoria-Geral Eleitoral se manifestou pelo acolhimento das outras 4 notícias de inelegibilidade (Doc. 307400).

Por fim, no dia 29.8.2018 o Partido Novo Nacional reiterou pedido de tutela de urgência formulado em sua Impugnação (Doc. 310520).

Passo ao exame da matéria

A existência de uma causa de inelegibilidade impede o deferimento do pedido de registro de candidatura. Esse é o direito brasileiro, em sentido estrito, a seguir explicitado neste voto, como primeira parte relevante de análise.

O art. 1º, inciso I, alínea e, itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, dispõe que são inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

A certidão anexada ao Documento 300470 traduz que o requerente incorre nessa causa de inelegibilidade, o que constitui impedimento ao deferimento do registro de candidatura. Com efeito, ali consta sua condenação a doze anos e um mês de reclusão, em regime inicialmente fechado, com julgamento definitivo dos embargos de declaração, no dia 18.4.2018, com encerramento do julgamento em segundo grau de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/AC, reconheceu a constitucionalidade

da Lei Complementar nº 135/2010, ressaltando que “a razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional”. Assim, “a presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal” (ADC nº 29, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16.2.2012, *DJe*-127 div. 28-6-2012 pub. 29-6-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00011).

Nem sequer seria possível afirmar que a Lei da Ficha Limpa poderia ser afastada em razão de uma violação de um direito fundamental, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, autorizou a previsão legal de hipóteses de inelegibilidade decorrentes de decisões não definitivas, sob pena de esvaziar-lhe o conteúdo, de modo que a Lei da Ficha Limpa não apenas é compatível com a Constituição como concretiza comando expresso de seu texto.

A constitucionalidade das causas de inelegibilidade trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010 foi reiterada por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 929.670/DF, fixando, o Supremo Tribunal federal, a tese de que “a condenação por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea *d*, na redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite” (ATA Nº 5, de 1º.3.2018. *DJe* nº 45, divulgado em 8.3.2018).

O correspondente acolhimento da tese da constitucionalidade das causas de inelegibilidade previstas na Lei Complementar nº 64/1990, com as modificações introduzidas em 2010, está presente em farta jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, inclusive em relação a fatos ocorridos antes de sua vigência:

Eleições 2016. Agravo regimental. Recurso especial. Registro de candidatura. Vereador. Indeferimento. LC nº 135/2010. Constitucionalidade. Retroatividade. Inelegibilidade. Art. 1º, I, e, 1, da LC nº 64/1990. Incidência. Desprovimento.

1. Nas Eleições 2016, este Tribunal Superior decidiu pela aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa a fatos anteriores à sua vigência, segundo o que decidido pelo STF no julgamento das ADCs nos 29 e 30 e da ADI nº 4.578 (REspe nº 75-86/SC, de minha relatoria, redator designado Min. Rosa Weber, PSESS em 19.12.2016).

2. Na espécie, o candidato foi condenado pelo crime previsto no art. 121 do Código Penal, com trânsito em julgado em 1º.9.2003 e extinção da pena em 22.6.2010, o que leva à conclusão da inelegibilidade do agravante, nos moldes da Súmula nº 61/TSE.

3. Agravo regimental desprovido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 11647, relatora Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: *DJe – Diário de Justiça eletrônico*, Tomo 68, data 5.4.2017, página 26-27.)

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2012. Prefeito. Inelegibilidade. Art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990. Condenação criminal. Decisão colegiada. Princípio da presunção de inocência. Violação. Inexistência. Não provimento.

1. No julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF consignou que a aplicação da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990, sem o trânsito em julgado de condenação criminal, não viola o princípio da presunção de inocência.

2. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se esta Justiça Especializada, conforme dispõe o art. 102, § 2º, da CF/1988.

3. Na espécie, o recorrente foi condenado por órgão judicial colegiado pela prática de crime contra a administração e o patrimônio públicos. Desse modo, o indeferimento do seu pedido de registro de candidatura deve ser mantido por incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990.

4. Agravo regimental não provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 173-58, relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, data 4.10.2012.)

Assentada essa circunstância, impende agora fazer a análise dos efeitos do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 que tem a seguinte redação:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

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

Esta norma foi introduzida pela Lei nº 12.034/2009 consistindo em mais uma reforma eleitoral, tendo incorporado ao texto da Lei das Eleições diversas orientações jurisprudenciais do TSE. Naquilo que interessa ao presente caso, a referida lei se utilizou de equivalente preceito contido no art. 43 da Resolução TSE nº 22.717/2008, com a seguinte redação:

Art. 43. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Aliás, trata-se de disposição normativa existente desde 2004, contida na Resolução TSE nº 21.608/2004, consagrando a chamada “teoria da conta e risco”, refletindo consolidada orientação jurisprudencial desta Corte.

Era nítida a intenção deste Tribunal Superior em preservar o direito dos candidatos com registro provisoriamente indeferido, haja vista a possibilidade de reversão da decisão, em instância superior. Afinal, o reconhecimento apenas tardio do direito do candidato, caso inexistente a referida garantia, teria o efeito de suprimir-lhe o *jus honorum*, irreversível pela passagem do período eleitoral sem o exercício pleno da propaganda eleitoral, ou mesmo pela impossibilidade de repetição do momento da eleição.

A técnica utilizada foi a previsão de efeito suspensivo automático ao recurso do candidato atingido pelo indeferimento.

A despeito dessa orientação jurisprudencial, há ampla jurisprudência desta Corte, no sentido de que o limite para se prestigiar a garantia do candidato ao *jus honorum* é a manifestação do TSE, em analogia ao que dispõe o art. 216 do Código Eleitoral:

Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda sua plenitude.

De fato, os recursos eleitorais sempre foram desprovidos de efeito suspensivo, cuja regra só foi afastada com a edição da Lei nº 13.165/2015 que emprestou efeito suspensivo automático aos recursos eleitorais interpostos para as instâncias ordinárias (art. 257, § 2º, do Código Eleitoral) que resultassem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo.

Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.
[...]

§ 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo.

Assim, o Código Eleitoral reconhece ao candidato diplomado o direito de exercer seu mandato até que eventual recurso contra a expedição do seu diploma seja examinado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Da mesma forma, o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 assegura ao candidato, cujo registro tenha sido indeferido pela Justiça Eleitoral, a prática dos atos típicos de campanha, apenas condicionando a validade dos votos ao provimento do recurso.

Por essa razão, o TSE firmou a tese de que, “em regra, execução de acórdão em processo de registro de candidatura ocorrerá somente após *decisum* desta Corte Superior” (REspe nº 204-91/PR, relator Ministro Herman Benjamin, *DJe*, data 22.6.2018).

No mesmo sentido, o TSE tem decidido que “a edição da regra do art. 16-A da Lei das Eleições, que impõe a manutenção da campanha do

candidato cujo registro foi indeferido até a apreciação da matéria por instância superior, converge no sentido de se aguardar o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, tal como ocorre no caso de aplicação do art. 216 do Código Eleitoral” (trecho do voto do relator Ministro Henrique Neves da Silva no REspe nº 139-25, publicado em sessão, em 28.11.2016). Consta da ementa deste julgado:

3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/1997.

4. As decisões da Justiça Eleitoral que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária.

5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/1997; 15 da Lei Complementar 64/1990; 216 e 257 do Código Eleitoral.

Como consequência, o indeferimento do registro de candidatura, no âmbito desta Corte, realmente tornaria defensável o imediato cumprimento da decisão, quanto à inaplicabilidade do art. 16-A da Lei das Eleições.

Esse é o exame e o cenário jurídico do direito interno, em sentido estrito.

Há, contudo, como já se indicou, um segundo ponto: apresenta-se um fato novo, que se alega apto a afastar os efeitos da decisão de inelegibilidade. Esse afastamento ocorre porque há uma decisão proferida pelo Comitê de Direitos Humanos, organização internacional criada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A interrogação que daí emerge é a seguinte: tal decisão, proferida por uma organização vinculada a um tratado de que a República Federativa do Brasil é parte, é válida e eficaz e consequentemente suspende a eficácia da decisão que indefere o registro de candidatura?

Vamos apresentar a resposta que entendo ser a adequada, circunscrita, como não poderia deixar de ser, ao arcabouço normativo que está na Constituição Federal brasileira.

A decisão expressamente afirma que “o Comitê solicita que o Estado-Parte tome todas as medidas necessárias para assegurar que o autor goze e tenha o exercício de seus direitos políticos enquanto estiver na prisão, como candidato às eleições presidenciais de 2018, incluindo acesso apropriado à mídia e aos membros de seu partido político; assim como para abster-se de impedir que o autor concorra às eleições para as eleições presidenciais de 2018, até que os pedidos de revisão de sua condenação tenham sido apreciados em um processo judicial justo e que a condenação se torne final”.

Para justificar o afastamento dessa decisão, objeções foram levantadas. A primeira sustenta que a decisão não possui efeitos internos no Brasil, porquanto a atuação do Comitê teria por fundamento o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tratado que não teria sido internalizado por meio de um indispensável decreto presidencial. A segunda defende que a decisão não possui efeitos vinculantes para o Estado brasileiro e que ostenta natureza jurídica de mera recomendação, uma vez que o Comitê nem sequer órgão judicial seria.

Indaga-se: tais razões têm suporte no Direito? Examinemos. De um lado, é o próprio texto constitucional brasileiro que define o momento a partir do qual um tratado de direitos humanos passa a ter efeito, isto é, o do depósito do instrumento de ratificação; de outro, a vinculação das decisões decorre não apenas de interpretação feita pelo próprio Comitê, mas da própria razão de ser do regime internacional de proteção da pessoa humana.

A grande força do argumento que defende que o Protocolo Facultativo não é aplicável internamente está em precedentes do Supremo Tribunal Federal, segundo os quais, tal como em um projeto de lei, apenas com a manifestação do presidente da República é que um tratado passaria a valer internamente.

Esse entendimento tem origem no julgamento da medida cautelar na Ação Direta 1.480, em 4.9.1997, no qual a Corte Suprema debatia a constitucionalidade do Decreto Legislativo e do Decreto Presidencial

que incorporaram ao direito nacional a Convenção 158 da OIT, que dispõe sobre a proteção ao trabalhador contra a despedida arbitrária. Ao defender a possibilidade de controle de constitucionalidade de tratados internacionais, o Min. Celso de Mello afirmou que “o iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação do Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”.

Utilizando dessa mesma afirmação, o Tribunal, em 17.6.1998, confirmou a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello que tinha negado a execução de carta rogatória fundada no Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul. Na decisão monocrática da Carta Rogatória 8.279, o relator explicou que, porque o Protocolo não tinha sido promulgado pelo Decreto Presidencial, o tratado não tinha aplicação no âmbito doméstico: “a aprovação congressional, de um lado, e a promulgação executiva, de outro, atuam, nessa condição, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, no plano normativo interno, da convenção internacional celebrada no Brasil [...]”.

A justificar a imprescindibilidade do Decreto Presidencial para que um tratado produza efeitos no âmbito interno, o Tribunal, por meio de uma analogia com um projeto de lei, acolheu a posição de parte da doutrina e, ainda, utilizou o célebre precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 71.154, relatado pelo saudoso Min. Oswaldo Trigueiro (*DJ* 27.8.1971).

Na doutrina, a orientação acolhida pelo Tribunal remonta à primeira Constituição Republicana. Ela decorre de uma interpretação de seus arts. 48, n. 16, e 34 que dispunham ser da competência privativa do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras” e do Presidente da República “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”.

Ao interpretar esses dispositivos, o legislador ordinário, por meio da Lei 23, de 30 de outubro de 1891, equiparou o ato de aprovação de

um tratado ao projeto de lei, conforme previsão constante do art. 9º, § 3º. Assim, como em um projeto de lei, o decreto executivo equivaleria à sanção e, pela publicação, daria a conhecer o teor do tratado que agora deveria ser cumprido em todo o território nacional. Seguiu-se, daí, o que parte da doutrina brasileira, como João Grandino Rodas e Francisco Rezek, chamou de prática constitucional assente. Rezek, por exemplo, afirma que “um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário” (REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 385). Já Rodas defende que “o Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados ratificados por meio de um decreto do Executivo. Embora as Constituições Brasileiras da República incluindo a vigente, não façam qualquer referência, esse costume vem sendo mantido” (RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora RT, 1991, p. 54). É, pois, em função de uma prática, que se equipara o Decreto à sanção e, por consequência, atribui-se a ele sua força executiva.

Já no precedente do Supremo Tribunal Federal, firmou-se a orientação segundo a qual “aprovada essa convenção [Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra] pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna”. Nesse recurso, o Tribunal examinava se era preciso editar nova lei para que um tratado tivesse aplicação interna. Ao dispensar a edição de nova lei, a Corte dava, assim, um passo decisivo para reconhecer a plena aplicação dos tratados internalizados, dispensando-se, pois, nova elaboração de lei, naquilo a que parte da doutrina designou como sendo um dualismo moderado.

Esse posicionamento doutrinário, no entanto, está longe de ser pacífico e a compreensão jurisprudencial não tem, com a devida vênua, o alcance que se lhe emprestou.

Oponto central da divergência doutrinária reside na singela constatação de que o texto constitucional não contém nenhuma das palavras que pudesse autorizar a redução de uma competência congressional que é privativa e definitiva. Ademais, o ato de aprovação pelo Congresso

Nacional é, nos termos da Constituição de 1988, uma verdadeira espécie legislativa e, ao contrário do que se dava em experiências constitucionais anteriores, é promulgado no *Diário Oficial da União*. Em outras palavras, se é para conhecer do ato internacional, o Decreto Legislativo satisfaz essa exigência. No caso do Decreto 311, de 17 de junho de 2009, em particular, foi precisamente, o que ocorreu.

No que tange ao precedente do STF, o próprio relator Oswaldo Trigueiro explicou que “a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação”. A competência do Congresso, porém, como advertiu o relator, é definitiva, o que significa que a sanção presidencial é dispensável, “porque, quando celebra um tratado e o submete à aprovação legislativa, o Presidente obviamente manifesta sua concordância”.

A analogia com o projeto de lei é, portanto, maléfica para tentar investigar a razão que justifica a elaboração de um decreto presidencial para promulgar os tratados.

A leitura dos “consideranda” dos decretos presidenciais é um guia melhor. A partir deles, é possível perceber que, entre os “consideranda” está a notícia de depósito de uma carta de adesão, como se lê, por exemplo, no Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que promulgou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “considerando que a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992”.

De fato, a prática constitucional brasileira sempre utilizou para o depósito das cartas de adesão a aprovação congressual, não o decreto presidencial. Ou seja, o Decreto Presidencial dá publicidade não ao tratado, mas à notícia do depósito do instrumento de ratificação.

Essa publicidade é importante para que os que estão no território brasileiro saibam que, a partir do depósito, o Estado passa a ser parte em um determinado tratado. No âmbito internacional, a publicidade interna não é condição para a produção de efeitos. Não é difícil de imaginar, no entanto, que, se a publicação for condição para a produção de efeitos no âmbito doméstico, haverá casos em que um tratado é válido internacionalmente, mas não é internamente exigível. Também não é difícil conceber que, em uma situação como essa, o Brasil estaria

a descumprir o tratado, uma vez que, como exige a Convenção de Viena em seu artigo 27, “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Em casos tais, o próprio Comitê de Direitos Humanos, em seu Comentário Geral nº 31, afirma que, em caso de inconsistência entre o Pacto e o direito interno dos Estados, “o artigo 2 exige que a lei ou a prática doméstica sejam alteradas para atender às exigências impostas pelas garantias substanciais do Pacto”.

Por isso, afirmar que apenas com o decreto presidencial um tratado passa a ter validade é negar vigência a dispositivo de Convenção que está em vigor no Brasil. Nenhum juiz, muito menos o Supremo Tribunal Federal, está autorizado a agir dessa forma. Não por acaso, no Decreto Presidencial 4.316, de 30 de julho de 2002, que promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o então Presidente da República expressamente consignou que “o Protocolo entra em vigor, para o Brasil, em 28 de setembro de 2002, nos termos de seu art. 16, parágrafo 2”, ou seja, o protocolo facultativo entrou em vigor três meses após a data do depósito de seu instrumento de ratificação.

É no mesmo sentido a posição de Valério Mazzuoli:

[...] a vigência de um tratado no plano interno prescinde do decreto presidencial de promulgação. Ora, a Constituição de 1988 diz competir privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, não se referindo aos tratados celebrados pelo Brasil. E se a Carta silenciou a respeito, é porque achou desnecessária a promulgação interna do compromisso internacional que, tecnicamente, já começou a vigorar no País – desde que já em vigor no plano internacional – a partir da troca ou depósito de seus instrumentos de ratificação (se outra data não tiver sido prevista pelo tratado). Seria um contrassenso admitir que um Estado seja obrigado a executar um tratado no plano internacional, desde a sua ratificação, e que esse mesmo tratado não possa ser aplicado internamente por faltar-lhe a promulgação executiva. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 380-381.)

Ainda que se defenda que é dos poderes implícitos do Presidente da República que surge a necessidade do Decreto, é o próprio texto

constitucional que está a exigir solução diversa. Nos termos dos dois primeiros parágrafos do art. 5º da CRFB, há apenas uma condição para que os tratados que definam normas de direitos fundamentais tenham sua aplicabilidade imediatamente reconhecida: a de que o Estado brasileiro seja deles *parte*.

“Ser parte”, de acordo com a Convenção de Viena, significa que um Estado consentiu em se obrigar pelo tratado. Nos termos do artigo 16, é o depósito do instrumento de ratificação que estabelece consentimento de um Estado em vincular-se pelo tratado. Especificamente em relação ao Decreto Legislativo 311, o depósito a cargo do governo brasileiro ocorreu em 25.9.2009.

Assim, nos exatos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB, *desde então*, têm aplicabilidade as normas previstas no referido Protocolo. A produção de efeitos a partir do depósito do instrumento de ratificação é, portanto, exigência da própria constituição para os tratados, como ocorre no caso concreto, de direitos humanos. É incompatível com o texto constitucional condicionar a produção de efeitos internos dos tratados de direitos humanos à promulgação presidencial.

A segunda objeção apresentada para afastar a incidência da decisão do Comitê é a que repousa sobre o caráter não vinculante das deliberações dessa organização.

O principal argumento dos que defendem esse posicionamento é o de que não há, no texto do tratado, determinação expressa sobre a força normativa da decisão. A afirmação leva em conta não apenas o histórico da negociação, mas compara o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. *A Convenção expressamente prevê, em seu artigo 68, que os Estados se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que sejam parte*. É por essa razão que alguns autores definem que a natureza dos comitês criados pelos tratados do sistema global é a de organizações “quase-judiciais”, uma vez que, à diferença da Corte Interamericana, não há norma expressa no Pacto que vincule os Estados ao cumprimento das deliberações do Comitê.

Logo, o Estado brasileiro, por meio de ente integrante do Poder Judiciário, pode, sem dúvida, não seguir a decisão contida na medida

provisória do Comitê; nada obstante, em tal caso, se deve assumir que o Brasil deliberou descumprir regra vigente no Direito internacional e assumiu não cumprir norma válida e eficaz no direito interno. O que significa que não há aqui uma opção redutora da complexidade do problema, como se o debate somente encobrisse uma determinada candidatura. O nominalismo e suas razões são péssimos conselheiros ao julgador. Se o ordenamento há de ser, mesmo, igual para todos, inexistente diante da norma escolhas apriorísticas que se agasalham fora da normatividade, ainda que sustentem o oposto.

Portanto, posto que o requerente está inelegível, a partir da decisão do Comitê que aportou ao debate processual, não mais se trata de indagar *quem* está no objeto do julgamento, mas sim *do que* agora se trata no cerne da controvérsia. O pretense candidato, assentada sua inelegibilidade, já foi julgado e condenado com a confirmação da sentença condenatória por juízo colegiado de segundo grau; não há trânsito em julgado, em face de recursos interpostos, mas à luz da orientação majoritária no STF cumpre pena em execução antecipada da decisão condenatória.

É diante dessa inequívoca realidade que se interroga, doravante, os limites e as possibilidades da decisão do Comitê em pauta.

Agora, e daqui em diante, quem está em julgamento é a validade e os efeitos dessa decisão para o processo eleitoral brasileiro, e não mais um candidato que é mesmo inelegível.

Pergunta-se, pois, reiterando-se: pode aquele Comitê suspender no Brasil efeitos de inelegibilidade? Tal decisão vincula o Estado brasileiro?

Averiguemos esse ponto.

É o próprio Comitê, no entanto, que esclarece o sentido de sua competência quando do exame de comunicações individuais. No Comentário Geral nº 33 (CCPR/C/GC/33), de 25 de junho de 2009, “a opinião do Comitê acerca do Protocolo Facultativo representa uma determinação autorizada do órgão encarregado pelo próprio Pacto Internacional da interpretação desse instrumento”.

Perceba-se que os Comentários Gerais do Comitê de Direitos Humanos são ferramentas de importância basilar para a concretização normativa dos direitos humanos previstos no texto do Pacto. Como explica Cançado Trindade:

Os referidos comentários gerais foram concebidos como elementos de interpretação das disposições comentadas do Pacto e expressão da experiência acumulada pelo Comitê ao considerar determinadas questões do ângulo do Pacto; as interpretações neles contidas, no entanto, têm relevância para a aplicação do Pacto de modo geral, e inclusive na solução de tais casos concretos.

(CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. V. II*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 68.)

Essa interpretação do Comitê é corroborada pela regra da boa-fé, prevista na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Ela decorre, ainda, do artigo 2 do Pacto, que expressamente estabelece a obrigação dos Estados em (a) garantir que toda pessoa tenha direito a um recurso efetivo em face de violações do Pacto e (b) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Com efeito, o procedimento de comunicações individuais, previsto pelo Protocolo Facultativo, garante precisamente aos indivíduos sujeitos à jurisdição de um Estado-Parte o direito de comunicar uma violação das obrigações do tratado. Essa comunicação, por sua vez, tem nítida feição de um recurso subsidiário, na medida em que o peticionamento está condicionado ao esgotamento dos recursos internos. A natureza recursal dessa comunicação decorre da possibilidade, prevista no Artigo 5º do Protocolo, de se afastar a regra do esgotamento, nos casos em que a espera dos recursos seja injustificada. Nessa situação, impedir o recebimento da comunicação seria, precisamente, retirar das pessoas qualquer recurso eficaz em face de uma eventual violação dos direitos garantidos pelo Pacto. Por essa razão, novamente o próprio Comitê, no Comentário Geral nº 33, afirma que “em qualquer caso, os Estados-Parte devem utilizar qualquer meio a sua disposição para cumprir com as observações feitas pelo Comitê”.

Especificamente em relação às medidas provisórias, o Comitê expressamente reconheceu que seu cumprimento está diretamente relacionado com o dever de boa-fé. “A falha em implementar as medidas provisórias é incompatível com a obrigação de respeitar de boa-fé o procedimento de comunicações individuais criado pelo Protocolo

Facultativo”, conforme consta de seu parágrafo 19. Essa compreensão, por sua vez, remonta à decisão proferida no Caso Piandiong et al. v. Filipinas (Caso n. 869/1999; CCPR/C/70/D/869/1999), no qual o Comitê consignou que os Estados se comprometeram em reconhecer sua competência para examinar a comunicações individuais. Como as medidas provisórias visam a assegurar eventual utilidade da decisão a ser futuramente proferida, viola o dever de boa-fé o descumprimento da medida, uma vez que, na prática, a competência do Comitê seria esvaziada.

É certo que esse posicionamento do Comitê recebeu críticas dos próprios Estados Partes. Após a primeira versão desse Comentário Geral, o Comitê convidou os Estados Partes a avaliar o Comentário. Responderam ao pedido vinte Estados. Nenhum desses estados defendeu a posição adotada pelo Comitê. Ao contrário, para a maioria dos Estados as observações do Comitê não são legalmente vinculantes.

Os pontos que foram então levantados pelos Estados remetem precisamente à história da formação do tratado e à ausência, no texto, de dispositivo que expressamente autorizasse essa interpretação. De acordo com as informações apresentadas pelos Estados Unidos, por exemplo, nada há no tratado que assemelhe o Comitê a um órgão judicial: ele não produz provas, não ouve testemunhas, não faz audiências e se limita a adotar conclusões que futuramente são encaminhadas ao Estado Parte. Além disso, ainda de acordo com a visão norte-americana, os trabalhos preparatórios (*“travaux preparatoires”*) indicariam que o propósito dos Estados foi o de criar uma organização que não tivesse nenhum caráter judicial. Em síntese, não haveria no texto do tratado base normativa para emprestar às decisões do Comitê força vinculante. As decisões seriam, assim, no máximo, uma recomendação. Caso os Estados quisessem dar a elas a força vinculante que não possuem, o procedimento correto seria a elaboração de um novo protocolo facultativo.

Um ponto de vista semelhante a este está na declaração que foi apresentada pela Nova Zelândia. Para esse país, é correto pressupor uma responsabilidade legal para agir de boa-fé, mas não é possível equiparar essa obrigação a uma imposição legal. O dever de boa-fé imporia aos Estados a obrigação de examinar de boa-fé cuidadosamente as conclusões a que chegou o Comitê, o que não equivale a atribuir-lhes força vinculante.

No que tange às medidas provisórias, os Estados expressamente consignaram que a aplicação dessas medidas decorre apenas das regras de procedimento adotadas pelo Comitê e que não há no Protocolo Facultativo qualquer indicação que dê base para essa atuação.

As razões apresentadas pelos Estados são relevantes, mas o critério pelo qual um tratado deve ser interpretado só pode ser, nos termos do Artigo 31 da Convenção de Viena, o “sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Por isso, são as conclusões do Comitê em seu Comentário Geral que mais se ajustam à finalidade do tratado, ao menos no que tange às medidas provisórias.

A fim de tentar desvendar a teleologia do sistema de comunicações individuais a partir dos trabalhos preparatórios, é preciso, advertir que as comunicações individuais não foram debatidas no tópico relativo à composição do Comitê, mas ao cabimento de um direito de peticionamento ao órgão. A partir da leitura das atas reunidas pelo Secretário-Geral da ONU em 1º.7.1955 (A/2929), percebe-se que a discussão acerca da instituição de um direito de petição tinha por objetivo assegurar a eficácia dos direitos garantidos pelo Pacto. Na ocasião, diversos Estados manifestaram preocupações quanto ao alcance de eventual competência do Comitê para processar tais pedidos. Como aspectos negativos, por exemplo, citaram a possibilidade de abuso do direito, a eventual sobrecarga de trabalho no Comitê e a impossibilidade de se considerar que as pessoas fossem sujeitos de direito internacional.

Outros Estados, contudo, defenderam que, nos termos do Pacto, os indivíduos eram, de fato, sujeitos de direito. Alegava-se que os Estados Parte, nesse ponto, estavam obrigados a adotar medidas específicas em favor de seus próprios cidadãos. Além disso, também se afirmou que “sem a previsão de um mecanismo adicional além das comunicações Estado-a-Estado, os Pactos não seriam efetivamente implementados” (p. 237). Aduziu-se, ainda, que o Pacto reconhece que os direitos ali estabelecidos derivam da própria dignidade humana, comum a todas as pessoas, por isso dever-se-ia reconhecer o direito humano básico de protestar, caso se entenda que a dignidade tenha sido vulnerada.

O sistema de comunicações individuais tinha, portanto, um propósito nítido: o de dar efetividade aos direitos previstos no Pacto, tal como a previsão de um recurso eficaz garante, no âmbito interno, a efetividade

dos direitos na jurisdição do Estado. Nos trabalhos preparatórios, o direito de petição era comparado precisamente com o direito a um recurso efetivo previsto no “âmbito doméstico”. Como se observa, a dúvida dos Estados não recaía sobre a legitimidade desse mecanismo, mas sobre sua eficácia. Por isso, é à luz dessa finalidade específica de tornar efetivos os direitos previstos no Pacto que se deve interpretar suas disposições. Como expôs a Corte Internacional de Justiça no caso Projeto Gabíkovo-Nagymaros, “o princípio da boa-fé obriga que as Partes apliquem o tratado de forma razoável e de modo a que seu propósito possa ser realizado” (Case Concerning The Gabíkovo-Nagymaros Project, Hungria v. Eslováquia, julgamento de 25.9.1997, par. 142).

Porque o Comitê deve garantir a efetividade dos direitos do Pacto, e particularmente do próprio sistema de comunicações individuais, deve-se reconhecer que há espaço no mandato que lhe foi outorgado pelo Pacto e por seu protocolo para determinar, como decorrência do próprio tratado, que os Estados cumpram de boa-fé suas conclusões.

Sem, por ora, adentrar na força vinculante das conclusões finais, não há como deixar de concordar com as conclusões do Comitê no que toca às medidas provisórias. Uma coisa é defender que a decisão do Comitê não é vinculante, outra é permitir que o Estado retire do indivíduo o direito que lhe foi assegurado. Afinal, se o objetivo do sistema de comunicações individuais é garantir a efetividade dos direitos do Pacto, negar força a uma liminar é simplesmente impedir que o Comitê venha a deliberar sobre uma comunicação apresentada. Nada pode ser mais contraditório do que atribuir ao Comitê uma competência que venha a ser unilateralmente esvaziada.

Não bastassem as razões que decorrem do próprio Pacto, a Constituição Federal dispõe expressamente, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos decorrentes dos tratados integram os demais direitos atribuídos à pessoa humana. O direito à comunicação ao Comitê é, portanto, um direito garantido pela própria Constituição brasileira. Eis aí a força normativa da decisão do Comitê. Uma interpretação em sentido diverso, com a devida vênia, pode atender a sentimento de ocasião, legítimos na arena social e política, entretanto os limites para o aplicador da norma somente podem decorrer dos sentidos da própria norma. Fora disso, há hipertrofia da atividade judicante.

A incidência da cláusula constitucional de abertura impõe reconhecer que esse direito detém, no mínimo, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, força supralegal. Noutras palavras, a norma convencional prevalece sobre a legislação infraconstitucional, de modo a paralisar sua eficácia. Embora inelegível por força da Lei da Ficha Limpa, não há como o Poder Judiciário deixar de reconhecer que a consequência de uma medida provisória do Comitê de Direito Humanos é a de paralisar a eficácia da decisão que nega o registro da candidatura.

Essa não é uma opção do julgador: essa foi escolha do legislador constituinte, do Congresso Nacional e do Estado brasileiro que firmou e ratificou o Pacto.

Em suma, assento a inelegibilidade do interessado, com o consequente indeferimento do pedido de registro da candidatura respectiva, contudo, se impõe, em caráter provisório, reconhecer, em face da medida provisória concedida no âmbito do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República, que ao requerente foi garantido o direito, mesmo estando preso, de se candidatar às eleições presidenciais de 2018.

A segurança jurídica não é princípio que possa ser desenhado apenas quando remete a compreensões que, majoritariamente ou não, se condensam como precipitado insolúvel nos dissensos sociais. A segurança está acima das convicções individuais ou coletivas, especialmente quando as escolhas dos caminhos foram previamente feitas pelo legislador constitucional. O Judiciário não reescreve a Constituição nem edita leis. Cumpre as regras e faz cumpri-las, independentemente da visão, do olfato, do paladar, da audição e do tato que estão fora dos limites constitucionais.

No entanto, entendo que, mesmo divergindo, um magistrado não pode desrespeitar norma constitucional, nomeadamente o parágrafo 2º do art. 5º da CRFB, e por consequência, decisão que tem na própria Constituição fundamentos para vinculação do Estado brasileiro (aí incluído o Poder Judiciário). Concordando-se ou não com o teor da decisão, posta a sua vinculação, impende cumprir enquanto perdurar a medida provisória. Ao Estado brasileiro, representado na ordem internacional, por força de texto constitucional, pelo presidente da República, cabem as funções que poderiam ou poderão suscitar revisão ou revogação ou demais

providências cabíveis. Ao Estado brasileiro, por meio de indesviável manifestação do Poder Legislativo, cabe a palavra final, segundo comando expresso da Constituição ao prever que o Congresso Nacional tem *competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*.

Esta é uma Corte Eleitoral que decide de acordo com a lei e não produz leis *ad hoc* para questões mais sensíveis e fundamentais. Isso nem de longe poderia autorizar que os juízes tenham motivação política. Como lembra o Justice Breyer da Suprema Corte dos Estados Unidos:

Os juízes podem até ter tido alguma experiência política e podem ter pessoalmente uma ou outra opção política. Mas quando vestem a toga, eles são politicamente neutros. Eles não favorecem uma ou outra parte [...] se um juiz pensa que está agindo por ideologia, ele sabe que é errado e tentará evitar (BREYER, Stephen. *The Court and The World: American Law and the New Global Realities*. New York: Radom House, 2016, p. 277).

Reconhecendo ser esse o dever constitucionalmente dirigido à magistratura, submeto-me ao dever indeclinável de cumprir a lei, e peço vênua ao relator que dissente, mas não vejo, neste momento, espaço constitucional para, subtraindo ao requerente um direito fundamental, amparar o afastamento *tout court* da decisão que veio de tomar o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, eminentes pares, senhores advogados a quem cumprimento na pessoa da Doutora Marilda de Paula Silveira, Doutora Maria Claudia Bucchianeri e Doutor Luiz Fernando que estiveram na tribuna na noite de hoje.

A hipótese cuida de 16 impugnações ao registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018, sendo uma ajuizada pelo Ministério Público, oito por candidatos, partidos e coligações e sete por eleitores.

No presente voto, adentro, de início, a relevância jurídico-social e a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, examino em seguida a suposta causa de inelegibilidade imputada ao candidato e, por último, sendo o caso, aprecio os efeitos jurídicos oriundos da restrição à capacidade eleitoral passiva.

1. Lei da Ficha Limpa: Relevância e constitucionalidade

Longínquo anseio da sociedade civil brasileira gravitava em torno de um imprescindível avanço quanto ao rigor dos requisitos para a candidatura a cargos eletivos, banindo-se do jogo democrático aqueles que ostentassem condutas antecedentes pouco republicanas e incompatíveis com o exercício do mandato, de forma a elevar a um novo patamar de legitimidade as eleições realizadas em nosso país.

Essa avidez social não passou despercebida pelo constituinte reformador, que, por meio da Emenda Constitucional de Revisão 4/942, expressamente autorizou o legislador complementar a introduzir novas hipóteses limitadoras do direito de concorrer a cargos eletivos, considerada a *vida pregressa do candidato*, surgindo dessa iniciativa o novo texto do § 9º do art. 14 da CF/1988, *in verbis*:

Art. 14. [omissis]

§ 9º *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*

(Redação conferida pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994.)
(Sem destaque no original.)

Sobre o tema, lapidar a lição do e. Ministro Luiz Fux e de Carlos Eduardo Frazão na obra *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*, segundo a qual:

Trata-se, à evidência, de arranjo institucional do processo político delineado pelo titular do poder constituinte que claramente optou por prestigiar, nesta quadra histórica, a moralidade no prélio eleitoral [...].
[...] *o próprio constituinte vislumbrou que a competição eleitoral não pode prescindir da observância de certos padrões mínimos de conduta por*

parte de seus players (e futuros agentes políticos): não se há de falar em legitimidade democrática quando as condutas atribuídas aos titulares dos mandatos eletivos ultrajam os patamares éticos e morais erigidos pelo legislador ordinário. (Sem destaque no original.)

A fim de suprir a lacuna e dar concretude ao texto constitucional encartado no aludido § 9º, editou-se a LC 135/2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa), fruto de intensa mobilização popular, que, modificando a LC 64/1990, incluiu novas hipóteses de inelegibilidade com substrato no critério balizador constitucional da *proibição administrativa e da moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato*.

Esse diploma legal traduziu-se em verdadeiro marco histórico no processo de moralização da política e de enaltecimento do sistema democrático representativo, porquanto promoveu a retirada da disputa eleitoral de pessoas que, em decorrência de condutas pretéritas, fossem potencialmente nocivos e inaptos à gerência da *res publica*.

A respeito dessa conquista, o e. Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto⁴, com sua habitual lucidez, em artigo intitulado “Ficha Limpa: A Moralidade Administrativa Revigorada pela Democracia”, destaca que:

O processo democrático que redundou na sua vinda à baila, de firme e decisiva participação popular, fez despertar, de um sono profundo, a consciência cívica necessária a um deflagrar de novos rumos civilizatórios, próprios da edificação de uma cena político-administrativa daqui por diante mais comprometida com a ética e com legítimos valores republicanos.

Tão logo veio a lume, inúmeros questionamentos surgiram em torno da novel legislação, destacando-se: a) seriam constitucionais as causas de inelegibilidade ali previstas?; b) elas poderiam alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência?; c) a incidência da inelegibilidade a partir de condenação judicial colegiada, mas ainda sem trânsito em julgado, fere o princípio da presunção de inocência?

Tais controvérsias foram submetidas à análise do c. Supremo Tribunal Federal nas ADCs 29 e 30/DF e na ADI 4.578/DF, apreciadas em conjunto, declarando-se a constitucionalidade *in totum* da Lei da Ficha Limpa.

A c. Suprema Corte assentou que a incidência da LC 135/2010 a fatos geradores pretéritos não traduz hipótese de retroatividade autêntica,

vedada pelo ordenamento pátrio, mas sim de retrospectividade, em que a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações já existentes, não havendo falar, por conseguinte, em ofensa à segurança jurídica. Confirmam-se, no particular, trechos ilustrativos do voto do relator, o e. Ministro Luiz Fux:

Primeiramente, é bem de ver que a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não viola o princípio constitucional da irretroatividade das leis. [...]

A aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135/10 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção supra, uma hipótese clara e inequívoca de retroatividade inautêntica, ao estabelecer limitação prospectiva ao ius honorum (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo.

*(ADCs 29 e 30/DF e ADI 4578/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 29.6.2012.)
(Sem destaques no original.)*

Essa tese foi reiterada ao se concluir, em 2017, o julgamento do RE 929.670/DF, entendendo-se que a alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com texto conferido pela LC 135/2010, que disciplina a inelegibilidade oriunda de condenação por prática de ilícitos eleitorais, é plenamente aplicável a fatos anteriores à sua entrada em vigor.

Por outro vértice, a respeito do suposto ultraje ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista a norma obstar a candidatura em casos de condenações não definitivas, o c. Supremo Tribunal Federal ponderou a necessidade de se harmonizarem garantias, compatibilizando-se o direito individual previsto no art. 5º, LVII, da CF/1988 com a evolução social que exige o aprimoramento ético e moral na política.

Segundo aquela Corte, o cânone da presunção de inocência – concebido à luz do direito penal – pode ser relativizado na seara eleitoral a fim de materializar os objetivos inerentes ao art. 14, § 9º, da CF/1988. Citem-se, a seguir, os principais extratos do voto do relator quanto ao tema:

Questiona-se, então: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser negativa. [...]

A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/2010.

[...]

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. [...] *Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, caput, da Constituição Federal.*

(ADCs 29 e 30/DF e ADI 4578/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 29.6.2012.)
(Sem destaques no original.)

Além disso, para reforçar a legitimidade da Lei da Ficha Limpa, em especial no ponto em que não exige a coisa julgada para a incidência de inelegibilidade, rememorou-se a regra do art. 26-C da LC 64/1990, que faculta àqueles que porventura se considerem injustiçados pelo provimento colegiado inaugurador do empecilho à capacidade eleitoral passiva requererem cautelarmente sua suspensão, desde que haja presença de *fumus boni iuris*. Colham-se do voto do relator trechos abaixo:

Resta evidente, portanto, que são rígidos os requisitos para o reconhecimento das inelegibilidades, mesmo que não haja decisão judicial transitada em julgado. *Mais ainda, foi prudente o legislador ao inserir expressamente a possibilidade de suspensão cautelar da inelegibilidade por nova decisão judicial colegiada. Não haveria meio menos gravoso de atender à determinação do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.* [...].

Ademais, a própria Lei Complementar nº 135/2010 previu a possibilidade de suspensão cautelar da decisão judicial colegiada que ocasionar a inelegibilidade, ao inserir na Lei Complementar nº 64/1990 o art. 26-C [...].

(ADCs 29 e 30/DF e ADI 4578/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 29.6.2012.)
(Sem destaques no original.)

Com esboço em todos esses desdobramentos, o c. Supremo Tribunal Federal declarou a LC 135/2010 constitucional, merecendo ênfase o desfecho do voto do relator:

A balança, no caso, há de pender em favor da constitucionalidade das hipóteses previstas na Lei Complementar nº 135/2010, pois, opostamente ao que poderia parecer, a democracia não está em conflito com a moralidade – ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia, à custa do abuso de direitos políticos. [...].

(ADCs 29 e 30/DF e ADI 4578/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 29.6.2012.)
(Sem destaques no original.)

Nesse cenário, cabe ao Tribunal Superior Eleitoral conferir máxima efetividade à Lei da Ficha Limpa, sob pena de malferir inúmeros princípios e garantias inerentes ao Estado democrático de direito. Sobre esse aspecto, impecáveis as palavras do e. Ministro Luiz Fux e de Carlos Eduardo Frazão na obra *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*:

*Justamente por isso, o intérprete/aplicador deve potencializar sempre que possível, a teleologia subjacente à LC nº 135/2010, de ordem a maximizar os mandamentos constitucionais de moralidade e de ética que presidem o processo eleitoral. É preciso, pois, cautela para com a fixação de exegeses que vulnerem o escopo da norma, sob pena de, *permissa venia* aos que divergem, encerrar verdadeira fraude à manifestação legítima e soberana da sociedade brasileira, que contou com ampla aquiescência dos membros do Parlamento. (Sem destaque no original.)*

Ressalte-se, ainda, que decisão proferida pela c. Suprema Corte em âmbito de controle concentrado tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se esta Justiça Especializada, a teor do art. 102, § 2º, da CF/1988.

Em suma, *a Lei da Ficha Limpa, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo c. Supremo Tribunal Federal, representa essencial mecanismo de iniciativa popular para proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do pretendo candidato, e aplica-se de modo pleno e irrestrito a todos os cidadãos que desejam postular candidatura a cargo eletivo perante a Justiça Eleitoral.*

Sendo notórias a relevância e a constitucionalidade da LC 135/2010, cabe examinar a inelegibilidade atribuída ao candidato Luiz Inácio Lula da Silva, o que se fará no tópico a seguir.

2. Caso dos autos: Inelegibilidade por condenação criminal por órgão colegiado (art. 1º, I, e, 1 e 6, da LC 64/1990)

Consoante o art. 1º, I, e, 1 e 6, da LC 64/1990, com texto da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), são inelegíveis, para qualquer cargo, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, os que forem condenados – por decisão proferida por órgão judicial colegiado ou transitada em julgado – pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público, e, ainda, de lavagem ou de ocultação de bens, direitos e valores. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

[...]

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; [...].

Na espécie, é incontroverso que o candidato impugnado ostenta condenação penal em segundo grau – inclusive com majoração da pena imposta na sentença – pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (art. 317 do Código Penal e art. 1º da Lei 9.613/1998, respectivamente) no curso da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

O primeiro delito – corrupção passiva – encontra-se inserido no Título XI do Código Penal, atinente aos Crimes Contra a Administração Pública, atraindo, portanto, a causa de inelegibilidade do item 1 da alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/1990.

O segundo – lavagem de dinheiro – está previsto na Lei 9.613/1998, que cuida dos Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, e encontra correspondência no item 6 do mencionado dispositivo.

A fim de que não restem dúvidas acerca do enquadramento do candidato nas referidas inelegibilidades, saliente-se haver referência expressa aos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro não apenas na fundamentação da sentença como também em sua parte dispositiva.

Como já se frisou no início deste tópico, é incontroverso que a sentença foi mantida por unanimidade de votos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 24.1.2018 quanto à prática dos aludidos crimes (Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000).

Desse modo, *a inelegibilidade do candidato Luiz Inácio Lula da Silva é cristalina, patente e indubitosa, não cabendo à Justiça Eleitoral discutir o acerto ou o desacerto da condenação (Súmula 41/TSE).*

Como disse o eminente relator, “não estamos a discutir se foi certa ou errada a decisão do órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região”, porque o foro próprio será o Superior Tribunal de Justiça por meio da Quinta Turma, preventa para a matéria, e também qualquer exame sobre a parte criminal esbarra na Súmula-TSE nº 41, que estabelece:

Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade.

Acrescente-se, ainda, que os efeitos dessa condenação encontram-se plenamente vigentes, haja vista a inexistência de *decisum* emanado do Poder Judiciário suspendendo o decreto penal condenatório.

No ponto, frise-se que a decisão liminar – *interim measure* – exarada pelo Comitê de Direitos Humanos (CDH) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) não possui efeito vinculante e, além disso, limitou-se a assegurar ao candidato a prática de atos de campanha enquanto não decidido o seu registro, óbice superado nesta assentada.

Quanto à ausência de efeito vinculante, é necessário ressaltar que:

a) o Comitê de Direitos Humanos não possui competência jurisdicional, a incidir em processo de registro de candidatura, por se tratar de órgão meramente administrativo;

b) o candidato, a despeito de dispor da via judicial – Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça – para buscar a

suspensão da inelegibilidade, não o fez, de modo que não se esgotaram os recursos disponíveis em âmbito interno;

c) a liminar foi concedida sem que se concedesse oitiva prévia ao Estado brasileiro.

d) a inelegibilidade do requerente decorre da Lei da Ficha Limpa, que, como se demonstrou à exaustão, foi declarada constitucional pela c. Suprema Corte.

Além disso, é relevante salientar que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, eventual pendência do julgamento de embargos declaratórios nos autos da ação penal é incapaz de afastar a inelegibilidade, mormente porque, em regra, essa espécie de recurso não imprime efeitos modificativos e destina-se apenas a suprir omissão, contradição ou obscuridade. Confirmam-se, por todos:

[...] 7. *Segundo a jurisprudência do TSE*, para que incida a causa de inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, basta que haja condenação criminal emanada de órgão judicial colegiado, *não suspendendo a inelegibilidade a oposição de Embargos Declaratórios àquela decisão, ainda que pendentes de julgamento.* [...]. (AgR-REspe 52-17/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 16.6.2017.) (Sem destaque no original.)

Por todos esses fundamentos, reitere-se a inelegibilidade de Luiz Inácio Lula da Silva para se candidatar ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018.

Declarada a restrição à capacidade eleitoral passiva do candidato, cabe definir, no tópico subsequente, os efeitos jurídicos do indeferimento do registro.

3. *Consequências jurídicas*

Analisa-se as consequências jurídicas que emanam da inviabilidade da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva.

O candidato defende seu direito de prosseguir na campanha – inclusive com nome e foto na urna eletrônica – com base no art. 16-A da Lei 9.504/1997, incluído pela Lei 12.034/2009, que assim dispõe:

Art. 16-A. *O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.*

Todavia, a irresignação não merece prosperar.

A despeito da previsão expressa contida no mencionado dispositivo, sua parte final estabelece ressalva no sentido de que fica “a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”.

A teor do entendimento do c. Supremo Tribunal Federal e desta Corte, é possível vislumbrar que a “instância superior” equivale ao próprio Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, a título demonstrativo, no julgamento do ED-REspe 139-25/RS, o relator (e. Ministro Henrique Neves da Silva), ao analisar o art. 224 do Código Eleitoral, traçou detalhado histórico acerca das hipóteses de negativa de registro de candidatura e suas consequências, concluindo que, indeferido o registro por esta Corte, executa-se imediatamente o *decisum*. Confira-se trecho de seu judicioso voto:

Consoante se verifica do teor dos §§ 2º e 3º do mencionado art. 167, consignou-se a possibilidade de a nova eleição ser realizada a partir do momento em que há pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral sobre o registro de candidatura, *por ser esta Corte a última instância para a análise das questões infraconstitucionais*, como já havia sido consignado no Processo Administrativo 20.159. [...].

A partir da edição da LC 135/2010, a regra do art. 15 da Lei Complementar 64/1990 foi alterada, e a execução da decisão que reconhece a inelegibilidade está condicionada apenas ao pronunciamento do órgão colegiado.

De igual forma, a edição da regra do art. 16-A da Lei das Eleições, que impõe a manutenção da campanha do candidato cujo registro foi indeferido até a apreciação da matéria por instância superior, converge no sentido de se aguardar o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, tal como ocorre no caso de aplicação do art. 216 do Código Eleitoral.

(ED-REspe 139-25/RS, rel. Min. Henrique Neves da Silva, publicado em sessão em 28.11.2016.) (Sem destaques no original.)

Por sua vez, a c. Suprema Corte, na ADI 5.525/DF, em que se questionava a constitucionalidade do art. 224 do Código Eleitoral, concluiu no mesmo sentido: o marco para executar decisões que importem indeferimento ou cassação de registro é o do julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral, seja atuando esta Corte em única ou última instância, independentemente de oposição ou pendência de eventuais embargos declaratórios. Veja-se:

Portanto, interpretando conforme a Constituição, considero consentâneo com os princípios e valores constitucionais que a *decisão de última ou única instância da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro*, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário, em regra, *seja executada imediatamente, independentemente do julgamento dos embargos de declaração*.
(ADI 5.525/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgada em 8.3.2018.)
(Sem destaques no original.)

Saliente-se por oportuno que, após esses dois emblemáticos julgados, este Tribunal voltou a tratar do tema em 29.5.2018, no AgR-AI 281-77/MT, em que o e. Ministro Luís Roberto Barroso – por sinal, relator da ADI 5.525/DF – reforçou o entendimento contido nos dois precedentes acima mencionados, isto é, de que o Tribunal Superior Eleitoral é a instância *ad quem* para executar decisão de indeferimento de registro de candidato.

A fim de que não parem quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de execução imediata das decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, seja em única ou última instância, confira-se o voto condutor no já citado AgR-AI 281-77/MT:

A Corte afirmou que “a *decisão de última ou única instância da Justiça Eleitoral* que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma, ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário, em regra, *deve ser executada imediatamente, independentemente do julgamento dos embargos de declaração*”.

[...] a partir de uma análise mais detida dos debates ocorridos no julgamento da ADI nº 5525, entendo que a compreensão de “*decisão de última ou única instância da Justiça Eleitoral*” deve ser aquela que já vigorava neste Tribunal Superior Eleitoral, consolidada no julgamento do ED-REspe nº 13.925/RS, rel. Mm. Henrique Neves [...].

Assim, as novas eleições devem ser convocadas após a manifestação de última instância da Justiça Eleitoral, independente do julgamento de embargos de declaração. Quanto a esse ponto, o entendimento consolidado do TSE é o de que tal marco é representado pela última instância ordinária da Justiça Eleitoral, em caso de cassação de mandato. (AgR-AI 281-77/MT, rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 14.6.2018.) (Sem destaques no original.)

Diante dessas considerações, o art. 16-A da Lei 9.504/1997, ao permitir a prática de atos de campanha e a inclusão na urna eletrônica enquanto o registro estiver *sub judice*, deve ser compatibilizado com a ressalva final de seu texto – em que se emprega a expressão “instância superior” – e com a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral quanto à execução imediata das decisões de indeferimento de candidatura proferidas por esta Corte em única ou última instância.

A contrario sensu, condicionar a execução da decisão de indeferimento do registro ao eventual julgamento de outros recursos – seja na ação penal ou no próprio processo de registro – ensejaria afronta aos princípios da duração razoável do processo e da celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), inerentes a esta Justiça Especializada.

Entender de modo diverso também violaria os princípios e garantias ínsitos à democracia, ao voto direto, à proteção da confiança e à boa-fé, além de esvaziar por completo o escopo da Lei da Ficha Limpa.

Isso porque o cidadão-sufragista é a espinha dorsal de todo o processo eleitoral e é imprescindível conferir-lhe ampla e irrestrita clareza quanto à elegibilidade dos postulantes a cargos eletivos, o mais cedo possível, para que sua escolha espontânea não venha a ser anulada com a posterior exclusão de candidato que ostenta causa de inelegibilidade amplamente conhecida, como no caso que verte.

Não se pode olvidar que, no presente ano de 2018, cerca de 147 milhões de brasileiros – autênticos titulares do poder – estão aptos a se apresentar às urnas no dia sete de outubro a fim de exercer o aspecto mais relevante da cidadania: a eleição de seus representantes por meio do voto.

Daí a responsabilidade da Justiça Eleitoral em conferir segurança à disputa, verificando *a priori*, como ora se faz, a aptidão de candidatos que postulam cargos políticos para que a democracia se realize integralmente, alcançando um resultado soberano, justo e válido.

Por isso que tenho dito que a Justiça não é bela apenas quando manuseia o código e o aplica, mas é bela sim e chega a ser até grandiosa, quando mergulha nas profundezas e na razão moral e ética do fato que julga.

Assim, ancorado nos princípios democrático, do voto direto, da proteção da confiança, da duração razoável do processo e da celeridade, e, ainda, levando-se em conta a inequívoca constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e os legítimos anseios por eleições disputadas apenas por candidatos que atendam aos requisitos legais e constitucionais (considerada sua vida pregressa), indefiro o registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva.

4. Conclusão

Ante o exposto, *voto pelo acolhimento* das impugnações e pelo *indeferimento* do registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018.

Considerando a publicação deste aresto na própria assentada de julgamento (art. 46, § 2º, da Res.-TSE 23.548/2017), *voto por sua imediata execução*, retirando-se o nome e a foto do candidato da urna eletrônica e vedando-se a prática de atos de propaganda.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhora Presidente, Senhores Ministros, Senhora Procuradora-Geral Eleitoral – Doutora Raquel Dodge –, senhoras e senhores, advogadas e advogados. Começo por lembrar versos de Chico Buarque de Holanda:

A História é um carro alegre
Cheio de um povo contente
Que atropela indiferente
Todo aquele que a negue

Permito-me, neste momento, contraditar os belos versos de Chico Buarque. Nem sempre a História é um carro alegre. Esta data – este momento em que o Tribunal Superior Eleitoral está a marcar a História

do Judiciário brasileiro –, não é um momento de alegria, é um instante de apenas exação do nosso dever.

O ex-presidente da Corte Constitucional Mexicana, já falecido, Ministro Juan Diaz Romero, certa ocasião, disse que nós, juízes, temos, tal como os professores, as mães e os psicólogos, o compromisso de ver muito de perto os bons e os maus comportamentos, a boa ou a má conduta humana.

Nós temos isso, mas, se estamos aqui, é porque prestamos um compromisso e juramos defender e fazer cumprir a Constituição brasileira e as leis do país.

Sobre o tema aqui em discussão, penso que a primeira análise que posso fazer é que estamos, no fundo, discutindo poder. E a melhor forma de empalmar o poder é por meio da paz.

Faz algum tempo, objetivamente em 1988, o Brasil ingressou nesse caminho da solução do poder pela paz. E justiça é o outro nome da paz. Em um Estado democrático, a obediência ao Direito é obediência a si mesmo.

O que se julga nesta sessão não é a indiscutível popularidade de uma liderança política nem questões postas na seara penal. Estamos a decidir a igualdade de todos perante a lei e a Constituição. E isso implica resistir a um Estado anticonstitucional ou aconstitucional, na expressão feliz de Luigi Ferrajoli. Noutros termos, se a lei vale para uns, há de valer para todos.

Tomo por empréstimo a frase do Ministro Luís Roberto Barroso, ao dizer que “o que desafia a seriedade com que deve ser tratada a Constituição Federal é o raciocínio fundado em que não vale o escrito”. Igualdade é rima rica para liberdade.

Tratamos, principalmente, sobre a aplicação da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação formulada pela Lei Complementar nº 135/2010, conhecida nacionalmente como a Lei da Ficha Limpa, que refundou a normativa brasileira sobre inelegibilidade, a partir da eficácia nascente da proposta popular, com mais de 1.600.000 (um milhão e seiscentas mil) pessoas deste país.

Lembro que, àquela altura, o Congresso Nacional não tinha uma metodologia específica a respeito de como introduzir, no cenário congressional, a Lei da Ficha Limpa.

Isso resultou em um incomparável número de assinaturas de congressistas – em outras palavras, do sentimento popular ali representado – que adotaram a iniciativa dentro do modelo estabelecido regimentalmente, como momento de harmonia entre as aspirações populares e o sentimento de uma República representativa.

Até este momento, dos votos que ouvi, parece haver mais consenso do que dissenso. O conflito básico, objeto de alguma controvérsia, até onde vai a minha apreensão, é sobre a aplicação da recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a sua eventual força normativa dentro do ordenamento brasileiro, do cenário *interna corporis* brasileiro.

Vou me cingir, sucintamente, a tratar desse tema. Penso que a recomendação não tem força normativa suficiente para empecer o raciocínio argumentativo elaborado, tal como foi no voto do ministro relator. Colho o que foi dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

[...]

7. A medida cautelar (*interim measure*) concedida em 17 de agosto pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no âmbito da comunicação individual, para que o Estado brasileiro assegure a Luiz Inácio Lula da Silva o direito a concorrer nas eleições de 2018 até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória, não constitui fato superveniente apto a afastar a incidência da inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, a manifestação do Comitê merece ser levada em conta, com o devido respeito e consideração. Não tem ela, todavia, caráter vinculante e, no presente caso, não pode prevalecer, por diversos fundamentos formais e materiais.

[...]

Diz ainda o Ministro Luís Roberto Barroso:

[...]

7.1 Do ponto de vista formal, (i) o Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, sem competência jurisdicional, de modo que suas recomendações [repeto] não têm caráter vinculante; (ii) O Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional, que legitimaria a atuação do Comitê, não está em vigor na ordem interna brasileira; (iii) não foram esgotados os recursos internos disponíveis, o que é requisito de admissibilidade da própria comunicação individual; (iv) a medida cautelar foi concedida sem a prévia oitiva do Estado brasileiro e por apenas dois dos 18 membros do Comitê, em decisão desprovida de fundamentação.

Neste ponto, cabe raciocínio: os peritos poderiam modificar, em tese, todo o processo eleitoral brasileiro? Os peritos internacionais modificariam todo o processo legislativo e toda a construção que o Brasil vem a fazer desde a Constituinte até hoje?

Diz ainda o eminente Ministro relator:

[...]

7.2 Do ponto de vista material, tampouco há razão para acatar a recomendação. O Comitê concedeu a medida cautelar por entender que havia risco iminente de dano reparável ao direito previsto no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que proíbe restrições infundadas ao direito de se eleger. Porém, a inelegibilidade, neste caso, decorre da Lei da Ficha Limpa, que, por haver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e ter se incorporado à cultura brasileira, não pode ser considerada uma limitação infundada à elegibilidade do requerente.

Minhas últimas palavras, em face de meu posicionamento diante da controvérsia: aqui se disse que houve diversas decisões autorizando outros candidatos a perseverarem na campanha, após acolhimento da impugnação de elegibilidade. Penso que essa argumentação não pode prosperar. Vai de encontro à própria razão do Direito como parceiro das mutações sociais e dos avanços da legislação eleitoral.

Houve, sim, mudanças jurisprudenciais, e já há dois anos. E essas mudanças, a meu sentir, não geram insegurança jurídica, geram ajustes. É o espírito das leis.

Peço, enormemente, vênias ao Ministro Edson Fachin pela belíssima manifestação que fez para todos aqui. Mas cuido que, nesta assentada e neste momento, assiste entendimento mais consentâneo a respeito das matérias tratadas pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, razão pela qual eu o acompanho integralmente.

É como voto, Senhora Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, eu sei que já vamos no adiantado da hora, mas não poderia deixar de louvar, em

primeiro lugar, a condução de Vossa Excelência neste processo. Outro dia, aliás, em ambiente público, ouvi merecidos elogios a Vossa Excelência por parte de advogados.

Ao eminente relator também não se pode dizer que não foi ortodoxo nos prazos necessários ao deslinde da controvérsia que se põe hoje em julgamento.

Quanto aos advogados, hoje tivemos a prova da qualidade dos advogados que pleiteiam nesta Corte. Digo também da elegância, da lhaneza e da lealdade.

Assento ainda que, nem de longe, percebi qualquer movimento que pudesse ter significado de chicana por parte dos patronos do impugnado. Essa crítica, para aqueles que fazem crítica fácil e de plantão, não pode ser atribuída aos eminentes patronos, que sequer utilizaram prazos integrais que lhe foram conferidos, como revelado da tribuna.

A Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PC do B/PROS) e Luiz Inácio Lula da Silva requereram o registro de candidatura deste último, visando à habilitação para concorrer ao cargo de presidente da República nas eleições de 2018.

O requerimento foi alvo de várias impugnações e notícias de inelegibilidade, nas quais se alega, em suma, que o impugnado foi condenado por órgão colegiado, nos autos da Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, em razão da prática de crime contra a administração pública e de ocultação de bens, de modo que incide a causa de inelegibilidade do art. 1º, I, e, da Lei Complementar 64/1990.

Há também pedido de tutela de evidência, formulado pelo Diretório Nacional do Partido Novo, visando a obstar: a) a realização de gastos de recursos oriundos de financiamento público (Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC); b) a participação em debates [ou mesmo a menção de seu nome como candidato convidado a participar; c) a realização de qualquer tipo de propaganda eleitoral; e d) a destinação de tempo para que participe da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Adoto, no tocante às alegações defensivas, o bem lançado relatório do eminente Ministro Luis Roberto Barroso.

Analiso as questões alusivas ao registro de candidatura, começando pela matéria preliminar.

Matéria preliminar

Cerceamento de defesa – Ausência de prazo para alegações finais

Foi apontado o suposto cerceamento de defesa, em razão da não abertura de prazo para as alegações finais, as quais estão previstas no art. 6º da Lei Complementar 64/1990.

De fato, o referido dispositivo prescreve que, “encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo anterior, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias”.

Porém, a interpretação do preceito deve levar em conta a lógica e a organicidade do rito da ação de impugnação ao registro de candidatura, que prevê a existência de dilação probatória, “se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante” (art. 5º, *caput*) e condiciona a faculdade de alegações finais quando “encerrado o prazo de dilação probatória” (art. 6º, *caput*).

Dessa forma, apenas nos casos em que for necessária a dilação probatória – entre os quais não se enquadra a análise de inelegibilidade a partir de condenação criminal aferível mediante certidões e cópias dos provimentos jurisdicionais exarados pela Justiça Comum –, será igualmente necessária a abertura de prazo para as alegações finais, pois somente nessa hipótese haverá matéria relevante que tenha eventualmente assomado aos autos, após o oferecimento da inicial e da defesa.

Por outro lado, se a matéria for unicamente de direito ou possa ser provada apenas por elementos documentais (caso dos autos), afigura-se desnecessária a abertura de prazo para o oferecimento de alegações finais.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

Eleições 2016. Registro de candidatura. Vereador. Deferimento. Instâncias ordinárias. Recurso especial. Coligação impugnante. Cerceamento de defesa. Improcedência.

1. *Este Tribunal já decidiu que “o artigo 6º da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece apenas a faculdade – e não a obrigatoriedade – de as partes apresentarem alegações finais. Em observância do princípio da economia processual, é permitido ao juiz eleitoral, nas ações de impugnação ao registro de candidatura, e passada a fase de contestação, decidir, de*

pronto, a ação, desde que se trate apenas de matéria de direito e as provas protestadas sejam irrelevantes” (REspe 166-94, rel. Min. Maurício Corrêa, PSESS em 19.9.2000).

2. Se é certo que o impugnante, em regra, tem inequívoco direito de se manifestar sobre documentos apresentados pelo candidato com a contestação, a decretação da nulidade, no caso, esbarra no fato de a Corte de origem ter expressamente indicado que os documentos em questão nada agregariam ao deslinde da causa. A nulidade não deve ser declarada sem que haja demonstração de prejuízo, nos termos do art. 219, *caput*, do Código Eleitoral.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe-286-23, rel. Min. Henrique Neves, PSESS em 2.11.2016, grifo nosso.)

Ademais, entendo correta a posição do Ministro relator, o qual observou que o impugnado pleiteia a tutela sobre direito alheio, o direito ao contraditório dos impugnantes.

Ante o exposto, *rejeito essa preliminar de cerceamento de defesa, porquanto se afigura desnecessário oportunizar o oferecimento de alegações finais no caso.*

Mérito

O processo de registro de candidatura e o papel da Justiça Eleitoral

Antes de adentrar propriamente o mérito das impugnações, cumpre tecer algumas considerações a respeito do processo de registro de candidatura e do papel exercido pela Justiça Eleitoral na análise dos pedidos de pretensos candidatos.

O registro de candidatura é o procedimento por meio do qual se avalia a viabilidade jurídica de candidaturas apresentadas à Justiça Eleitoral, seja sob o ângulo da regularidade dos atos partidários – conforme destaquei no processo anterior –, seja sob a ótica do preenchimento de requisitos pessoais para a postulação da candidatura almejada.

Com ou sem impugnação, é poder-dever do magistrado eleitoral competente aferir, no âmbito do Processo de Registro de Candidatura (RRC), a presença das condições de elegibilidade e a inexistência de causas de inelegibilidade, bem como, no bojo do demonstrativo de regularidade de atos partidários, averiguar se a agremiação partidária está regular e

autorizada pelos convencionais, que fazem o papel de eleitor soberano no âmbito partidário.

Esse relevante ofício atribuído à Justiça Eleitoral tem como baliza manter a Constituição da República Federativa do Brasil, expressão máxima do poder soberano do povo, que se sobrepõe a qualquer vontade dos poderes constituídos e de manifestações subseqüentes do próprio povo.

Pois foi exatamente esse poder original, incondicionado, decorrente da atuação de representantes do povo em Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceu que a postulação a candidaturas, quaisquer que sejam, depende do preenchimento de certos requisitos positivos (condições de elegibilidade) e da não incidência de alguns requisitos negativos (inelegibilidades), os quais são aferidos em processos específicos, da competência da Justiça Eleitoral.

Nessa linha, o art. 14, § 3º, da Constituição Federal estipula que são condições de elegibilidade: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral; (v) a filiação partidária e (vi) a idade mínima, de acordo com o cargo em disputa.

A própria Constituição prevê hipóteses de restrição temporária à capacidade eleitoral passiva, relacionadas ao grau de instrução, ao exercício sucessivo de mandatos e às relações de parentesco, *outorgando, por oportuno, ao legislador complementar a fixação de outras hipóteses de inelegibilidade*, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Em razão dessa reserva legal, foi editada a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, a qual, desde o seu texto original, contemplava várias hipóteses de inabilitação para candidatura, a exemplo da perda de mandato parlamentar ou executivo (alíneas b e c), da condenação em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político (alínea d), da declaração de indignidade de oficialato (alínea f), da rejeição de contas (alínea g), da condenação por ato abusivo praticado no exercício de cargo da administração pública (h) e da condenação criminal (alínea e).

Com o advento da Lei Complementar 135/2010, diploma legislativo que contou com elevado prestígio popular e expressiva aprovação no Congresso Nacional, promoveram-se profundas alterações no sistema de inelegibilidades, entre as quais a previsão, como regra, do prazo linear de 8 anos – sobre o qual guardo reservas –, a possibilidade da incidência da restrição a partir de decisão de órgão colegiado e a previsão de novas hipóteses de inelegibilidade.

Na análise das várias hipóteses de inelegibilidade descritas na referida lei complementar, extrai-se que os fatos ensejadores da inelegibilidade podem decorrer de juízos políticos, condenações da Justiça Eleitoral, condenações da Justiça Comum, decisões de tribunais de contas, decisões de órgãos profissionais e, até mesmo, de atos unilaterais de mandatários.

No caso específico das decisões oriundas de órgãos do Poder Judiciário, a repartição constitucional de competências e as limitações próprias da cognição judicial em sede de registro de candidatura impedem que a Justiça Eleitoral examine o mérito das condenações, seja para corroborá-las, seja para infirmá-las.

Essa orientação está há muito consolidada na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, conforme se vê:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2012. Inelegibilidade. Art. 1º, I, I, da LC 64/1990. Desprovimento.

1. Segundo a jurisprudência, não cabe à Justiça Eleitoral analisar o acerto ou desacerto da decisão do Tribunal de Justiça que concluiu pela existência de ato doloso de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito e dano ao erário, sob pena de indevida usurpação de competência (RO 8924-76/SC, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 1º.10.2010; AgR-REspe 1055-41/PA, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 29.9.2010).

2. Na espécie, reconhecida a existência de todos os elementos conformadores da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC 64/1990, o indeferimento do pedido de registro de candidatura é medida que se impõe. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 608-45, rel. Min. Nancy Andrighi, PSESS de 4.10.2012, grifo nosso.)

Eleições 2016. Agravo regimental. Recurso especial. Registro de candidato. Vereador. Inelegibilidade. Condenação criminal. Trânsito em julgado. Crime contra o patrimônio privado. Art. 1º, I, e, 2, da Lei Complementar 64/1990.

[...]

4. *Nos termos da Súmula 41/TSE, não compete à Justiça Eleitoral apreciar o acerto ou o desacerto das decisões de outros órgãos do Judiciário que possam configurar causas de inelegibilidade, de forma que o reconhecimento de duplicidade de ações criminais e a eventual desconstituição de sentença condenatória só podem ser pleiteadas na Justiça Comum.*

5. Não tendo havido debate nem decisão do Tribunal de origem acerca da alegada ocorrência de transação penal antes da edição da Lei Complementar 135/2010 e da suposta natureza culposa do crime, o recurso especial não pode ser conhecido nesse particular, a teor da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

6. É inelegível, nos termos do art. 1º, I, e, 2, da Lei Complementar 64/1990, o candidato condenado pela prática de crime contra o patrimônio privado, por meio de decisão transitada em julgado, até o prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 160-51, rel. Min. Henrique Neves, PSESS de 19.12.2016, grifo nosso.)

Registro. Inelegibilidade. Condenação criminal.

1. A Lei Complementar nº 135/2010 aplica-se às eleições de 2010, porque não altera o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta nº 1120-26. 2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido).

2. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, não havendo, portanto, falar em retroatividade da lei.

3. Tendo sido o candidato condenado, por órgão judicial colegiado, pela prática do crime capitulado no art. 1º, IV, do Decreto-Lei nº 201/1967, incide, na espécie, a causa de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 64/1990, acrescentada pela Lei Complementar nº 135/2010.

4. *Não compete à Justiça Eleitoral verificar a prescrição da pretensão punitiva e declarar a extinção da pena imposta pela Justiça Comum.*

Agravo regimental não provido.

(RO nº 4174-32, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 28.10.2010, grifo nosso.)

O entendimento acima está cristalizado no verbete sumular 41 desta Corte, a saber: “Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou

desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”.

Portanto, ao apreciar o requerimento de registro de candidatura e eventual ação de impugnação, não cabe à Justiça Eleitoral se manifestar acerca do mérito dos fatos ensejadores da inelegibilidade. A competência se restringe a examinar a adequação do pretense candidato às regras constitucionais e infraconstitucionais alusivas à elegibilidade, tomando como base suporte fático-jurídico já consolidado, não mais sujeito à pesquisa no âmbito do processo de registro de candidatura.

Nessa linha, para a solução do presente feito, *são absolutamente neutras* as alegações colhidas dos presentes autos, de que o impugnado seria responsável por tantos outros ilícitos, cíveis administrativos e penais, ou mesmo – em defesa – de que seria vítima de grave injustiça, fruto de condenação criminal sem provas e sem a observância de garantias inerentes ao devido processo legal.

Em outros termos, no processo de registro de candidatura, não se investiga a culpa ou a inocência do pretense candidato em relação a fatos cuja competência para processo e julgamento é constitucionalmente atribuída a outros órgãos do Poder Judiciário. Se a condenação foi justa ou injusta, cabe ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, se e quando provocados, deliberar a respeito.

Nessa linha:

Eleições 2014. Registro de candidatura. Governador. Condenação. Ação de improbidade. Órgão colegiado. Condição de elegibilidade. Inelegibilidade. Lei Complementar nº 64/1990. Artigo 1º. Inciso I. Alínea I. Dano ao erário. Enriquecimento ilícito. Prazo. Incidência. Segurança jurídica. Fixação de tese. Pleito 2014.

1. Os conceitos de inelegibilidade e de condição de elegibilidade não se confundem. Condições de elegibilidade são os requisitos gerais que os interessados precisam preencher para se tornarem candidatos. Inelegibilidades são as situações concretas definidas na Constituição e em Lei Complementar que impedem a candidatura.

2. *No processo de registro de candidatura, a Justiça Eleitoral não examina se o ilícito ou irregularidade foi praticado, mas, sim, se o candidato foi condenado pelo órgão competente.*

3. A Justiça Eleitoral não possui competência para reformar ou suspender acórdão proferido por Turma Cível de Tribunal de Justiça

Estadual ou Distrital que julga apelação em ação de improbidade administrativa.

[...]

(RO nº 154-29, rel. Min. Henrique Neves, RJTSE de 26.8.2014, grifo nosso.)

Assim, a despeito da excelência dos argumentos vertidos nos autos no tocante à condenação mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *o exame a ser feito neste momento é **estricto**, apenas vinculado à conformação do substrato fático (condenação criminal) aos elementos necessários à incidência da inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, da Lei Complementar 64/1990.*

Feitos esses registros, passo ao exame do mérito das impugnações.

Mérito

Da alegada incidência da inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, da Lei Complementar 64/1990

Conforme relatado, as diversas impugnações narram, em síntese, o mesmo fato, qual seja: o pretenso candidato foi condenado criminalmente pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, à pena de 12 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicialmente fechado, e a 280 dias-multa, à razão unitária de 5 salários mínimos vigentes ao tempo do último fato criminoso, em razão da prática dos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, V, da Lei 9.613/1998).

No caso, a existência da condenação está devidamente comprovada, mediante documento público que goza de presunção de veracidade e legitimidade, nos seguintes termos (pp. 6-8 do Documento 300.458):

CERTIFICO, em razão do meu cargo e a pedido da parte interessada, que tramita perante este Tribunal a Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, processo originário da 13ª Vara Federal de Curitiba, em que figuram, como APELANTES, dentre outros, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (070.680.938-68), e APELADOS, dentre outros, as mesmas partes. Consta dos autos que a inicial acusatória foi acostada ao evento 1 dos autos da ação penal originária,

com documentos no evento 3, contendo as seguintes capitulações: 1) LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, pela prática, no período compreendido entre 11/10/2006 e 23/01/2012, por 7 vezes, em concurso material, do delito de corrupção passiva qualificada, em sua forma majorada, previsto no art. 317, *caput* e §1º, c.c. art. 327, §2º, todos do Código Penal; [...]; 3) LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, [...] pela prática, no período compreendido entre 08/10/2009 e a presente data, por 3 vezes, em concurso material, do delito de lavagem de capitais, previsto no art. 1º c.c. o art. 1º § 4º, da Lei nº 9.613/98; 4) LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA [...], pela prática, no período compreendido entre 01/01/2011 e 16/01/2016, por 61 vezes, em continuidade delitiva, do delito de lavagem de capitais, previsto no art. 1º c.c. o art. 1º § 4º, da Lei nº 9.613/98. Em sentença, publicada em 12/07/2017, foi julgada parcialmente procedente a pretensão punitiva, para (a) absolver LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA das imputações de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo o armazenamento do acervo presidencial, por falta de prova suficiente da materialidade (art. 386, VII, do CPP) [...], (f) condenar LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, (i) por um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, com a causa de aumento na forma do §1º do mesmo artigo, pelo recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência de valores oriundos do contrato do Consórcio CONEST/RNEST com a Petrobras, à pena de 6 anos de reclusão, além de multa de 150 dias-multa, no valor unitário de 5 salários mínimos (em 06/2014); (ii) por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998, envolvendo a ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, triplex, e do beneficiário das reformas realizadas, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, além de multa de 35 dias multa, no valor unitário de 5 salários mínimos (12/2014). Foi aplicado o concurso material, totalizando 9 anos e 6 meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, além de multa total de 185 dias-multa, no valor de 5 salários mínimos o dia-multa, nas respectivas datas. Imposta, ainda, como condição para progressão de regime, a reparação do dano, na forma do art. 33, § 4º do CP. Consta, ainda, da sentença, decretação de (a) interdição LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o exercício de cargo ou função pública ou de diretor, membro de conselho ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º da mesma lei pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade, com base no art. 7º, II, da Lei nº 9.613/1998; (b) confisco e sequestro do apartamento 164-A, triplex, Edifício Salina, Condomínio Solaris, no Guarujá, matrícula 104.801 do Registro de Imóveis do Guarujá, por ser produto de crime de corrupção e de lavagem de dinheiro, com base no art. 91, II, “b”, do CP. Para reparação do dano, foi limitado o montante àquele destinado à conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com agentes do Partido

dos Trabalhadores, consistente em R\$16 milhões, a ser corrigido monetariamente e agregado de 0,5% de juros simples ao mês a partir de 10/12/2009, descontados os valores confiscados relativamente ao apartamento. Por força dos apelos, subiram os autos a esta Corte. Em sessão realizada em 24/01/2018, a 8ª Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares e conheceu em parte da apelação do réu LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento para 9.10. Mantidas as condenações de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, [...] pelo delito de corrupção. [...] 9.11. Preservada a condenação de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA por único ato de corrupção passiva. [...] 9.15. Preservada a absolvição de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, [...] dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro quanto ao armazenamento do acervo presidencial. 9.16. Não conhecimento das apelações de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA [...] no ponto em que postulam a reforma da sentença para que se faça constar que os fatos relacionados ao acervo presidencial não constituem crime, por falta de interesse jurídico recursal. Reformadas as sanções aplicadas, foi o réu condenado: (a) LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: 12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 280 (duzentos e oitenta) dias multa, à razão unitária de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato criminoso. [...] 9.18 Provido parcialmente o apelo da defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA tão somente para aplicar a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal no patamar de 1/6 (um sexto) [...]. 9.19. Hígida a pretensão punitiva, pois não decorridos os prazos prescricionais entre os marcos interruptivos. 9.20. Preservada a sentença no tocante ao valor definido a título de reparação do dano. 9.21. Mantida, forte no art. 7º, II, da Lei nº 9.613/1998, a interdição de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, para o exercício de cargo ou função pública ou de diretor, membro de conselho ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º da mesma lei pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade. 9.22. Determinada a execução das penas após esgotada a jurisdição de segundo grau ordinária. Foram opostos embargos de declaração por LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA. Em sessão realizada em 26/03/2018, os embargos foram julgados, restando não conhecidos no ponto em que alega omissão sobre tese sustentada por coapelante, no tópico em que sustenta contradição entre o presente julgado e o entendimento exposto em ação penal referida, por se tratarem de inovação, e também no requerimento de prequestionamento. Na porção remanescente, os embargos foram parcialmente providos apenas para sanar erros materiais no voto, sem, todavia, alterar a conclusão e o provimento do julgado. O réu opôs novos embargos, não conhecidos em sessão do dia 18/04/2018. Pleiteando a reforma do acórdão, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA interpôs recurso especial, que foi

admitido, e recurso extraordinário, que não foi admitido, ensejando a interposição de agravo para o Supremo Tribunal Federal. Atualmente, encontra-se ABERTO, com data inicial em 06/08/2018, o prazo de 15 dias da Intimação Eletrônica - Expedida/Certificada para Contrarrazões ao(s) agravo(s) pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela – PETROLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS, bem como o prazo da Intimação Eletrônica – Expedida/Certificada – Despacho/Decisão – Refer. ao Evento 326 (Despacho/Decisão – Interlocutória Reconsiderando) para o Apelante LUIZ INACIO LULA DA SILVA. ERA O QUE HAVIA A CERTIFICAR. O REFERIDO É VERDADE E DOU FÉ. Dada e passada nesta cidade de Porto Alegre, aos 13 de agosto de 2018.

Ademais, em praticamente todas as impugnações, foram juntadas cópias do acórdão indicado na certidão acima, de modo que não há dúvida acerca do suporte fático, cujo enquadramento, na hipótese de inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, da Lei Complementar 64/1990, se preconiza.

Eis o teor da alínea e:

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

São requisitos para a incidência da inelegibilidade: (a) condenação criminal proferida por órgão colegiado ou transitada em julgado; (b) enquadramento em um dos crimes descritos nos itens; (c) não se tratar de

crime culposos, de menor potencial ofensivo ou de ação penal de iniciativa privada (art. 1º, § 4º, Lei Complementar 64/1990).

Considera-se órgão colegiado qualquer tribunal, ainda que atue em sua competência originária, não se exigindo, bem por isso, a confirmação de condenação criminal em grau de recurso¹.

Além disso, entende-se por decisão de órgão colegiado aquela oriunda do plenário da respectiva Corte ou do órgão fracionário que analisa a ação penal ou o recurso, sendo dispensável o aguardo do esgotamento da instância, ou seja, sendo desnecessário aguardar o julgamento de embargos de declaração².

No caso dos autos, é incontroverso que o impugnado foi condenado por sentença confirmada pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, não havendo maiores dúvidas sobre o preenchimento do requisito.

Sobre o tema, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 4578 e das ADCs 29 e 30³, assentou a plena constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade descritas na Lei Complementar 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010, rejeitando, inclusive, a tese de que a incidência da inelegibilidade a partir da decisão colegiada violaria a presunção de inocência. O Tribunal Superior Eleitoral também se manifestou nesse sentido⁴.

No que toca aos crimes que autorizam a inelegibilidade, o item 1 da referida alínea faz referência aos delitos contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público.

Os crimes contra a administração pública são os constantes dos arts. 312 a 359 do Código Penal, *entre os quais se enquadra o delito de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), pelo qual o impugnado foi condenado*.

O item 6 da referida alínea alude aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, os quais estão previstos na Lei 9.613/1998, com as modificações da Lei 12.683/2012. Conforme se observa da prova documental carreada aos autos – correta ou não a decisão –, *o impugnado foi condenado pela prática do crime do art. 1º, caput, V, da Lei 9.613/1998, de modo que se tem como satisfeito esse requisito*.

Com relação ao prazo de inelegibilidade, o dispositivo indica que ele incide a partir da decisão colegiada e se estende até oito anos após o cumprimento da pena. De igual modo o enunciado 61 da súmula

da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral⁵ e, no caso, de acordo com a prova documental juntada aos autos e com informações de conhecimento público, *o investigado cumpre pena, em caráter provisório, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da prisão de condenados em 2º grau de jurisdição.*

Também não se passaram mais de oito anos da publicação do acórdão que manteve a condenação, nem houve cumprimento integral da pena, *de modo que também se considera satisfeito o requisito.*

Ademais, certa ou não a decisão, fato é que o crime não foi imputado na forma culposa, nem se trata de delito de menor potencial ofensivo ou de ação penal de iniciativa privada, como também não houve suspensão da condenação pelo órgão competente para o julgamento de recurso.

Estão preenchidos, portanto, todos os requisitos da inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, 1 e 6, da Lei Complementar 64/1990, o que, por si só, constitui óbice ao deferimento do registro de candidatura, como há muito esta Corte já vem assentando:

Registro. Inelegibilidade. Condenação criminal.

1. A Lei Complementar nº 135/2010 aplica-se às eleições de 2010, porque não altera o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta nº 1120-26. 2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido).

2. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato ou condenação seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, não havendo, portanto, falar em retroatividade da lei.

3. *Tendo sido o candidato condenado, por órgão judicial colegiado, pela prática de crime contra a administração pública e formação de quadrilha, incide, na espécie, a causa de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, inciso I, alínea e, 1 e 10, da Lei Complementar nº 64/1990, acrescentada pela Lei Complementar nº 135/2010.*

Agravo regimental não provido.

(RO nº 186-84, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 13.10.2010, grifo nosso.)

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2012. Prefeito. Inelegibilidade. Art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990. Condenação criminal. Decisão colegiada. Princípio da presunção de inocência. Violação. Inexistência. Não provimento.

1. No julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF consignou que a aplicação da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990, sem o trânsito em julgado de condenação criminal, não viola o princípio da presunção de inocência.

2. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se esta Justiça Especializada, conforme dispõe o art. 102, § 2º, da CF/1988.

3. *Na espécie, o recorrente foi condenado por órgão judicial colegiado pela prática de crime contra a administração e o patrimônio públicos. Desse modo, o indeferimento do seu pedido de registro de candidatura deve ser mantido por incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 173-58, rel. Min. Nancy Andrighi, PSESS de 4.10.2012, grifo nosso.)

Eleições 2012. Registro de candidatura. Prefeito. Questões relativas às contas rejeitadas dos exercícios de 2003 e 2004 supostamente aptas a afastar causa de inelegibilidade. Inovações em sede de agravo regimental. Incabíveis. Recurso especial. Deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. Não atendimento a procedimentos licitatórios e descumprimento da lei de responsabilidade fiscal. Irregularidades insanáveis e atos dolosos de improbidade administrativa. Precedentes. Causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990. Desnecessidade de imputação em sede de ação penal ou civil pública. Precedentes. Lei Complementar nº 135/2010. Incidência imediata. Precedentes. Condenação, perpetrada por órgão colegiado do Poder Judiciário. Crime contra a administração pública. Incidência da causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 64/1990. Agravo regimental não provido.

[...]

6. *A condenação do candidato, por órgão colegiado do Poder Judiciário, por crime contra a administração pública é apta a atrair a incidência da causa de inelegibilidade objeto do art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 135/2010.*

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 466-13, rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 22.2.2013, grifo nosso.)

Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Vereador. Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 1º, I, e, da LC 64/1990. Condenação criminal transitada em julgado. Não exaurimento do prazo de oito anos após extinção da punibilidade. Desprovidimento.

1. Autos recebidos no gabinete em 23.10.2016.

2. *É inelegível, por oito anos, quem tiver contra si condenação penal transitada em julgado por prática de crime contra a administração pública, a teor do art. 1º, I, e, 1, da LC 64/1990.*

3. No caso, o candidato foi condenado pelo delito de descaminho – art. 334 do Código Penal – e sua punibilidade foi extinta em 17.12.2010.

4. A incidência da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) a condenações criminais transitadas em julgado antes de sua vigência não ofende o princípio da segurança jurídica, conforme decidido pelo c. Supremo Tribunal Federal na ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 29.6.2012.

5. Os votos divergentes proferidos naquela oportunidade não elidem o consenso da maioria, cujo entendimento vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, conforme art. 102, § 2º, da CF/1988.

6. A repercussão geral reconhecida no RE/STF 929.670/DF ainda pende de análise. Assim, prevalece o que decidido na ADC 29/DF acerca da incidência da LC 135/2010 a fatos anteriores à sua entrada em vigor.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 188-40, rel. Min. Herman Benjamin, PSESS de 3.11.2016, grifo nosso.)

Eleições 2016. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura indeferido. Cargo. Vereador. Condenação criminal por decisão colegiada. Coação no curso do processo (CP, art. 344). Crime contra a administração pública. Inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1, da LC nº 64/1990. Agravo a que se nega provimento.

1. O delito de coação no curso do processo constitui crime contra a administração pública, porquanto inserido no Capítulo III do Código Penal, intitulado “Dos Crimes Contra a Administração da Justiça”, o qual está contido no Título XI do Codex cognominado “Dos Crimes Contra a Administração Pública”.

2. *In casu*, extrai-se da moldura fática do aresto regional que a condenação do candidato pela prática do ilícito deu-se por órgão colegiado, o que se amolda à norma insculpida no art. 1º, I, e, 1, da LC nº 64/1990, que exige a condenação por meio de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, como no caso *in concreto*.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 55-52, rel. Min. Luiz Fux, PSESS de 19.12.2016.)

Como se vê, não há nenhum ineditismo, senão o cargo em disputa, no reconhecimento da inelegibilidade em hipóteses como a dos autos,

em que o pretense candidato foi condenado por órgão colegiado em razão de crime contra a administração pública e de lavagem de dinheiro ou ocultação de capitais. Repito, sem embargo aqui do acerto ou do desacerto da decisão condenatória.

Este Tribunal sempre aplicou as disposições da Lei Complementar 64/1990, com a redação da Lei Complementar 135/2010, porquanto este é o comando que exsurge diretamente do texto constitucional, especificamente o art. 14, § 9º, da Constituição da República Federativa, em que se estipulam requisitos mínimos para a postulação da candidatura, entre eles os alusivos à moralidade e à vida pregressa.

Reconhecida a incidência da inelegibilidade, cumpre analisar a tese da eventual aplicação de regras de direito internacional em favor do impugnado.

Mérito – A decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU e a arguição de fato superveniente que afastaria a inelegibilidade

Em sua defesa, o impugnado apresenta a decisão proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, na qual se observa a seguinte recomendação: “Requeru ao Brasil tomasse todas as medidas necessárias para assegurar que Lula pode fruir e exercer seus direitos políticos enquanto estiver preso, como candidato nas eleições presidenciais de 2018. Isso inclui ter acesso apropriado aos meios de comunicação de massa e aos membros do seu partido político. O Comitê também requereu que o Brasil não o impeça de participar das eleições presidenciais de 2018, até que os recursos apresentados à Justiça tenham sido julgados em processos justos”⁶.

Alega tratar-se de fato superveniente, ou seja, advindo após a formalização do registro, apto a afastar a inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997.

De início, ressalto, na linha exposta pelos próprios pareceristas indicados na defesa, que *a medida em destaque não pode ser considerada medida judicial, de efeito cogente, porquanto não foi exarada por órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário brasileiro.*

Tal circunstância, por si só, já exclui a aplicação do disposto no art. 26-C da Lei Complementar 64/1990, o qual exige que a suspensão

da inelegibilidade seja exarada pelo “órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas”, o que evidentemente não é o caso do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Afastada essa hipótese, resta indagar se a observância dos requerimentos acima obrigaria, necessariamente, o deferimento do registro de candidatura do impugnado, derogando-se o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, no art. 1º, I, e, da Lei Complementar 64/1990 e desafiando a autoridade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4578 e nas ADCs 29 e 30.

A despeito do brilho reluzente dos argumentos aduzidos pela defesa e também dos sólidos subsídios constantes dos pareceres, *entendo que não é possível subordinar os comandos constitucionais ao requerimento exarado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.*

Sem maiores considerações teóricas, observo que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cuja promulgação em território nacional foi determinada pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, goza de *status* supralegal, estando entre a Constituição da República, à qual está subordinado, e as leis ordinárias. Nesse sentido, destaco a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. *A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.*

3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo

dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

4. *Habeas corpus* concedido.

(HC 95.967, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em DJe de 28.11.2008, grifo nosso.)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/1988). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio.

2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida.

3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil – Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. *Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/1988, prevalece como norma suprallegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma suprallegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.*

4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial.

5. Ordem concedida.

(HC 94013, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJe de 13.3.2009, grifo nosso.)

Cito, ainda, trecho do alentado voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento do REspe 471-53, ocorrido em 2.12.2014, *in verbis*:

Em primeiro lugar, rejeito a alegada ofensa ao art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos. É que, diversamente do que preconiza o agravante, o reconhecimento da causa impeditiva ao *ius honorum* (no caso, da alínea g) decorre de mandamento constitucional insculpido no § 9º do art. 14.

Deveras, a própria Constituição da República traz em seu bojo verdadeiro estatuto constitucional do processo político, contendo disposições que estabelecem mecanismos de participação direta dos cidadãos, habilitadoras e limitadoras ao exercício do *ius sufragii* e do *ius honorum* (e.g., condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidades), bem como preceitos que interdita modificações das regras do jogo democrático em período próximo ao das eleições (e.g., princípio da anualidade/anterioridade eleitoral) etc.

Dentro desse arcabouço normativo, o constituinte originário – e posteriormente o revisor (ECR nº 04/1994) – erigiu um verdadeiro imperativo para o legítimo exercício dos cargos político-eletivos: o cidadão ostenta o direito fundamental à capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), desde que reúna todas as condições de elegibilidade, sem *pari passu* incorrer nas causas de inelegibilidade.

E, neste pormenor, a norma contida no art. 14, § 90, da Carta de 1988, é inequívoca: ela autoriza que o legislador infraconstitucional veicule, por meio de lei complementar, novas hipóteses de inelegibilidade que tenham por desiderato a proteção da probidade administrativa, da moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Daí que se revela defeso habilitar um cidadão a concorrer a cargos político-eletivos, cujas condutas não se amoldem a estes imperativos de conduta fixados *in abstracto* e *prima facie* pelo legislador constituinte.

Dito noutros termos, não se pode examinar o conteúdo da capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*) desconsiderando esses mandamentos de moralidade e probidade na gestão da res publica. E, como é sabido, estas exigências vêm sendo vocalizadas pela sociedade civil organizada brasileira – e paulatinamente incorporadas na legislação pátria –, cujo exemplo mais recente (e emblemático) foi a apresentação do Projeto de Lei Complementar que ensejou a edição da Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010).

Oportuno mencionar, a propósito, que o salutar aumento da participação cívica, com uma intensa rede de interação entre os diferentes segmentos representativos da sociedade civil, estimula a produção do cognominado “capital social”, formulado inicialmente por James Coleman e difundido na obra do cientista político de Harvard Robert Putnam (COLEMAN, James S. *Social Capital in the Creation of Human Capital*. *American Journal of Sociology* (Supplement), Vol.

94, 1988, p. S100-S101; PUTNAM, Robert. *Bowling Alone: America's Declining Social Capital*. Journal of Democracy, Vol. 6, nº 1, January, 1995), indispensável para o adequado funcionamento e manutenção da estabilidade das instituições democráticas.

É de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país.

Destarte, ao editar a Lei Complementar nº 135/2010, o legislador ordinário emprestou significativa proeminência aos cânones de moralidade, ética e probidade encartados no § 9º do art. 14 da Lei Maior, de sorte a ampliar, sobremodo, as exigências para o exercício da capacidade eleitoral passiva. Tal circunstância presidiu, em larga medida, a compreensão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do pronunciamento da constitucionalidade de suas disposições, dentre as quais a da alínea g, nos autos das ADCs nº 29 e nº 30. A propósito, transcrevo excedo da ementa dos referidos arestos:

[...]

Pois bem. Se é certo que a cognominada Lei da Ficha Limpa concretiza, no plano infraconstitucional os mandamentos de moralidade e probidade para a gestão da coisa pública, *ex vi* do art. 14, § 9º, descabe cogitar que as hipóteses de inelegibilidade nela veiculadas, notadamente a alínea g, vulneram o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como aduz o ora Agravante. Na realidade, defender a tese oposta (i.e., de que a inelegibilidade da alínea g estaria com a sua eficácia paralisada em razão das disposições convencionais) criaria um imbróglcio metodológico: implicaria a subtração da eficácia do imperativo constitucional do art. 14, § 9º, da Constituição de 1988, em flagrante descompasso com os postulados da força normativa e da máxima efetividade das normas constitucionais, que, na esteira do escólio de Konrad Hesse (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.20), em textual:

[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Dessa forma, ao contrário do que supõe o Agravante, as hipóteses de inelegibilidade no ordenamento jurídico pátrio são fixadas de acordo com os parâmetros constitucionais de probidade, moralidade e de ética, e veiculadas por meio de reserva de lei formal (lei complementar). Do contrário, a prevalecer a tese de que a restrição ao direito de ser votado se submete às normas convencionais, negligenciando o art. 14, § 9º, haveria a subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar o status supraconstitucional à Convenção Americana, o que, como se sabe, não encontra esteio na jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal que atribui o caráter supralegal aos tratados internacionais que versem direitos humanos (ver por todos RE nº 466.343, rel. Min. Cezar Peluso). Daí por que, na hipótese vertente, resta inviável o pretendido controle, de vez que, a teor da interpretação dada pela Corte Suprema, o tratado internacional não se sobrepõe à Constituição.

Além disso, e sob um enfoque de modelagem interinstitucional, encampar referida tese estar-se-ia tolhendo, pela via da hermenêutica, a atuação confiada pelo constituinte ao legislador infraconstitucional de estabelecer qualquer causa restritiva ao *ius honorum*. Vale dizer: toda e qualquer hipótese de inelegibilidade veiculada por norma infraconstitucional (no caso, através de lei complementar) seria atentatória ao art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a despeito de a Constituição facultar tal prerrogativa ao legislador ordinário. Ora, cancelar essa consequência, concessa venha, não encontra lastro constitucional, e não pode ser admitida. Exatamente porque as inelegibilidades infraconstitucionais nomeadamente a alínea *g*, derivam da própria Lei Fundamental, e não da Convenção, é que não se aplica *in casu* o precedente firmado no caso *López Mendoza v. Venezuela*.

Também em desabono à pretensão veiculada pelo agravante, e como bem destacado na decisão vergastada, as questões relacionadas à aplicação retroativa, à ofensa ao princípio do Juiz Natural e à presunção de não culpabilidade dos atos reputados ao gestor público restaram devidamente equacionadas nos autos das ADCs nº 29 e nº 30, ambas de minha relatoria, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da aplicação da novel disciplina normativa das inelegibilidades introduzidas pela LC nº 135/2010.

Assim, não se pode deixar de conferir a plena eficácia às regras que alteraram as disposições contidas na Lei das Inelegibilidades, impondo-se o afastamento da preliminar ora suscitada.

Na realidade, a despeito da candente discussão acerca da observância dos seus requisitos de internalização, as disposições do referido Pacto

devem ter tratamento similar, do ponto de vista hermenêutico, às disposições acerca da elegibilidade constantes do art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, a despeito da suprallegalidade dos tratados que versam sobre direitos humanos, o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) não tem força normativa suficiente para derogar o texto originário da Constituição da República em matéria de elegibilidade.

Eis o teor do referido dispositivo:

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Com o devido respeito, pretender a superação da ordem constitucional em favor do disposto no item 2, de modo a infirmar todos os óbices às candidaturas que não sejam fundados em motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal, impediria muitas hipóteses de inelegibilidade, constitucionais e infraconstitucionais, há muito sedimentadas no direito brasileiro e sufragadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A vingar a interpretação nesse sentido, não subsistiriam, *v.g.*, as inelegibilidades decorrentes do exercício sucessivo de mandatos (CF, art. 14, § 5º), de parentesco (CF, art. 14, § 7º), de condenações eleitorais (art. 1º, I, *d, h, j e p*, da Lei Complementar 64/1990), de rejeição de contas públicas (art. 1º, I, *g*, da Lei Complementar 64/1990), de improbidade

administrativa (art. 1º, I, I, da Lei Complementar 64/1990), de renúncia de mandato (art. 1º, I, k, da Lei Complementar 64/1990), de demissão no serviço público (art. 1º, I, o, da Lei Complementar 64/1990). Ou seja, o cerne da tão festejada Lei Complementar 64/1990, com as alterações trazidas pela Lei Complementar 135/2010, restaria derogado pelo Pacto.

No entanto, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 4578 e das ADCs 29 e 30, assentou a plena constitucionalidade do referido diploma legislativo, inclusive no tocante à instituição de novas hipóteses de inelegibilidade, fundadas em imperativos de moralidade.

Assim, como não se pode opor a parte final do item 2 do art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos às hipóteses de restrição à elegibilidade que constem do próprio texto originário da Constituição, também não se pode dar maior prevalência, no caso concreto, à decisão emanada pelo Comitê de Direitos da ONU, sob pena de o direito convencional se sobrepor à autoridade do Texto Maior, o que não se admite nem sequer por hipótese, *data venia*.

Na mesma linha desses precedentes referenciais, entendo que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – e, por conseguinte, os atos do Comitê de Direitos Humanos da ONU – ostenta a natureza de norma intermediária e, bem por isso, não pode contrariar o texto originário da Constituição, mormente no que este estipula requisitos mínimos de probidade e moralidade para o exercício dos mandatos.

Isso porque, a despeito de a inelegibilidade do impugnado decorrer de lei complementar – o que poderia, em tese, justificar o respectivo afastamento com base em ordem de órgão internacional fundada em pacto cuja suprallegalidade é reconhecida –, *é certo que a própria Constituição impõe ao legislador complementar a instituição de novas hipóteses de inelegibilidade “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”*.

Nesse contexto, por mais respeitável que seja a decisão exarada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, a sua execução, no caso concreto, nega, esvazia em absoluto, a eficácia do citado dispositivo constitucional. Assim, não se trataria apenas de afastar o preceito contido no art. 1º, I, e, da Lei Complementar 64/1990, situado em tese abaixo do Pacto, mas de

negar cumprimento à própria Constituição da República, no ponto em que estipula balizas axiológicas muito precisas acerca da disposição de novas hipóteses de inelegibilidade.

Nesse ponto, é importante registrar – até para esclarecimento – que o óbice à candidatura do impugnado nada tem a ver com o seu recolhimento ao cárcere. A inelegibilidade decorre do desvalor alusivo à condenação criminal e pela inadequação, considerados os vetores da probidade e da moralidade, de exercício de mandato por réu condenado, por órgão colegiado, em razão da prática de crime contra a administração pública.

Em termos mais diretos: o impugnado estaria inelegível mesmo que não tivesse sido implementada a execução provisória da pena.

De igual sorte, no tocante às referências constantes da documentação que acompanha a defesa, no sentido de que a inelegibilidade não poderia ser aplicada em relação a condenações criminais não transitadas em julgado, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade⁷, declarou a plena adequação da Lei Complementar 135/2010 com a Constituição da República, rejeitando expressamente a alegação de que as disposições do referido diploma normativo estariam em descompasso com o princípio da presunção de inocência.

Tal orientação do Pretório Excelso goza de efeito vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, consoante constou do texto originário da Constituição, especificamente no seu art. 102, § 2º, disposição contra a qual o Pacto não pode se opor.

Por fim, ainda em relação a esse ponto, ressalto que uma das recomendações – alusiva à garantia ao impugnado de efetivo acesso aos meios de comunicação e a seus colegas de partido – não é da competência da Justiça Eleitoral, considerado o disposto no art. 66 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais).

De resto, coloco-me em pleno acordo com os demais fundamentos aduzidos pelo eminente relator sobre o tema.

Por essas razões, ante a inexistência de alteração fática ou jurídica superveniente apta a afastar a inelegibilidade, mantenho a posição acima, no sentido do indeferimento do registro.

Mérito

(In)aplicabilidade do art. 76, c.c. o art. 77, § 4º, da Constituição da República de 1988
(Impugnação do Partido Novo)

O Partido Novo (NOVO), ao fundamentar o seu pedido de tutela de evidência, defendeu a aplicação ao caso do art. 76, c.c. o art. 77, § 4º, da Constituição da República, dispositivos que justificariam, dada a relevância atribuída pela Constituição ao cargo de presidente, a não admissão de registro de candidatura por quem tenha algum impedimento legal.

Na mesma linha do eminente relator, apesar de reconhecer o brilho dos argumentos constitucionais lançados na peça de impugnação e na manifestação feita da Tribuna pela ilustre causídica – com o brilho e o poder argumentativo que lhe é peculiar –, entendo que a solução deste caso depende tão somente da aplicação da jurisprudência já consolidada deste Tribunal acerca do alcance do art. 16-A da Lei 9.504/1997 ao processo de registro de candidatura, sendo desnecessário o exame de questões constitucionais complexas, inéditas, que poderiam dificultar a entrega célere da prestação jurisdicional.

Nessa linha, sem embargo de reflexão futura acerca do tema, em caso no qual tal manifestação seja absolutamente necessária, entendo que o conhecimento dessa alegação resta prejudicado pelo próprio sentido do meu voto.

Mérito

Execução do acórdão e efeitos da decisão

Reconhecida a inelegibilidade e assentado o óbice à candidatura, cumpre-me manifestar acerca do momento de execução do presente acórdão, bem como, em razão da repercussão do caso no tocante aos atos de campanha, especificar estritamente quais são os seus efeitos.

A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a execução dos acórdãos do TSE pressupõe tão somente a respectiva publicação, sendo dispensável o esgotamento dos recursos no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. Nessa linha:

Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Execução de julgado. Eleição 2014. Deputado estadual. Registro de candidatura indeferido. Inelegibilidade. Recurso especial desprovido. Embargos de declaração acolhidos. Efeito modificativo. Registro deferido. Acórdão publicado. Comunicação imediata. Desprovinimento.

1. *Em regra, a execução dos acórdãos proferidos pelo TSE está vinculada apenas a sua publicação, não sendo necessário aguardar a oposição e o julgamento de eventuais embargos de declaração, os quais não são dotados de efeito suspensivo.*

2. Se a decisão que indefere o registro de candidatura deve ter imediata eficácia, nos termos do art. 15 da LC nº 64/1990, com maior razão a decisão da Justiça Eleitoral que reforma o indeferimento, prestigiando-se, portanto, a livre vontade do eleitor. Precedente.

3. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental e desprovido.

(Pet nº 530-73, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 5.2.2016, grifo nosso.)

Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Execução de julgado. Eleição 2012. Prefeito. Vice-prefeito. Cassação. Recurso contra expedição de diploma. Embargos de declaração. Ausência de efeito suspensivo. Desprovinimento.

1. Na dicção do art. 216 do Código Eleitoral, “enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude”. *Uma vez publicado o acórdão do TSE que manteve a decisão regional na qual se determinou a cassação dos diplomas de prefeito e vice-prefeito no âmbito de RCED, a comunicação deve ser imediata e, em regra, não está vinculada ao julgamento dos embargos de declaração.*

2. Admite-se, na jurisprudência, a concessão de efeito suspensivo a recursos desprovidos de tal atributo, pela via cautelar ou mandamental e desde que demonstrada a probabilidade de êxito recursal, não sendo esta a hipótese dos autos, pois os agravantes não obtiveram nenhuma medida que suspendesse os efeitos do acórdão deste Tribunal.

3. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental e desprovido.

(Pet nº 1852-65, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16.3.2015, grifo nosso.)

Portanto, uma vez publicado o acórdão em sessão, é possível a plena execução da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que indefere o pedido de registro de candidatura, não sendo necessário aguardar o julgamento de eventuais embargos de declaração, recurso que é, ademais, desprovido de efeito suspensivo.

No que diz respeito aos efeitos desta decisão, entendo que eles devem ser plenos, desde a publicação do acórdão, extraindo-se daí todas as consequências do indeferimento, no tocante à interdição de atos de campanha, à não inclusão do respectivo nome na urna e à intimação da coligação para, querendo, exercer a faculdade de que trata o art. 13 da Lei 9.504/1997.

A esse respeito, destaco que o disposto no art. 16-A da Lei 9.504/1997⁸ não impede a execução de acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que indefere o registro de candidatura de candidato à presidência da República, seja por se tratar da derradeira instância da jurisdição eleitoral, seja pelo fato de que as decisões desta Corte, no modelo constitucional pátrio, são em regra irrecorríveis.

A exceção – no caso dos processos de registro de candidatura – corre por conta da interposição de recurso extraordinário, apelo desprovido de efeito suspensivo e que, bem por isso, não tem como impedir a produção dos efeitos da mais elevada Corte Eleitoral, a qual tem entre seus membros três ministros oriundos do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o próprio art. 16-A, ao condicionar a validade dos votos à decisão de instância superior, autoriza a leitura de que, se o registro de candidatura for analisado antes da eleição e até mesmo do prazo de substituição pelo Tribunal Superior Eleitoral, não cabe permitir a continuidade da campanha e a manutenção do nome na urna, o que poderia levar o eleitor a externar votos que, nos termos legais, serão considerados inválidos. Ou seja, se votação futura já pode ser considerada nula, porquanto já existe decisão “de instância superior”, não faz sentido permitir que a nulidade se implemente.

Cumprе salientar que esta Corte já assentou que “a decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/1997” (ED-REspe 139-25, rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS em 28.11.2016, grifo nosso).

Por óbvio, não faria sentido que a decisão oriunda do Tribunal Superior Eleitoral, órgão de composição heterogênea, com membros da cúpula do Poder Judiciário e de advogados abonados pela Suprema Corte,

tomada em caráter urgente com vistas a oferecer segurança jurídica ao eleitorado, devesse aguardar a chancela do Supremo Tribunal Federal para a produção de seus efeitos.

Essa situação levaria a verdadeira perplexidade, decorrente da não execução de decisão que, em regra, é irrecorrível pela simples circunstância da interposição do recurso extraordinário.

Além disso, sujeitar-se-ia a manifestação de todo eleitorado brasileiro a quadro deveras instável, em que seria impossível a certeza acerca de quem são os candidatos aptos a concorrer ao mais elevado cargo da República Federativa do Brasil. Com efeito, não é possível tamanha sobreposição do interesse difuso de eleições legítimas e normais (art. 14, § 9º, da Constituição Federal) pelo interesse individual de, a qualquer custo, manter-se inelegível na campanha eleitoral (art. 16-A da Lei 9.504/1997) e eventualmente conduzir porção significativa do eleitorado a ter o seu voto anulado.

Assim, entendo, na mesma linha do eminente relator, que, desde a publicação deste acórdão, devem incidir todos os efeitos do indeferimento do registro de candidatura, inclusive a proibição de o impugnado se apresentar como candidato na propaganda eleitoral, sob pena de eventual apuração de fraude eleitoral, nos termos do art. 14, § 10, da Constituição Federal (cite-se, por exemplo: AgR-REspe 975-40, rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 11.4.2018; REspe 631-84, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 5.10.2016).

No ponto, ressalvo meu ponto de vista em relação ao que consta do item 65 do voto de Sua Excelência, no que considera afastado o art. 16-A da Lei 9.504/1997 também em relação a registros de candidatura julgados pelos colegiados dos tribunais regionais eleitorais. Por ora, e nos termos da fundamentação acima, considero que as graves medidas de impedimento de campanha e de retirada do nome da urna demandam manifestação de instância superior, ou seja, do Tribunal Superior Eleitoral.

Pelo exposto, *voto no sentido de acompanhar o relator e julgar procedentes as impugnações apresentadas, indeferindo o registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República, em razão da incidência da inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, 1 e 6, da Lei Complementar 64/1990, julgando prejudicados os pedidos de tutela de evidência e/ou urgência formalizados nos autos.*

Ademais, também na linha do eminente relator, voto no sentido da execução imediata do presente acórdão, a partir da respectiva publicação em sessão, determinando, entre outros efeitos: a) a proibição de atos de campanha pelo impugnado, ressalvada a sua participação na propaganda eleitoral na condição de filiado; b) a não inclusão do nome do impugnado na urna eletrônica; c) a intimação da coligação para, querendo, exercer a faculdade de que trata o art. 13 da Lei 9.504/1997.

A única divergência que faço, Senhora Presidente e eminentes pares, é sobre o que consta do item 65 do voto do eminente relator, quanto à imposição de se reconhecer que o candidato deixa de ser considerado *sub judice*, a partir do momento em que sobrevém decisão de órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral), em que o registro de candidatura é indeferido.

Apenas uma divergência pontual com relação a esse item. Acompanho em todo o resto o eminente relator.

É assim que voto, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Ministro Admar Gonzaga, eu precisaria, por gentileza, que Vossa Excelência explicitasse a divergência do voto do relator. Apenas o ponto de divergência.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Leio do voto de Sua Excelência, o eminente relator, no item 65:

[...]

72. Dessa forma, a fim de que seja mantida a coerência do sistema, impõe-se reconhecer que o candidato deixa de ser considerado *sub judice*, a partir do momento em que sobrevém decisão de órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral).

Não é assim que eu voto. Voto assim, apenas neste caso, por estarmos julgando registro de candidatura em relação ao cargo de presidente da República, na primeira e derradeira instância da Justiça Eleitoral. Na hipótese, por exemplo, de uma impugnação de registro de governador ou de prefeito, penso que se impõe, no mínimo, revisão por instância superior desta Justiça Especializada.

Portanto, entendo que nos demais casos é aplicável o art. 16 da Lei nº 9.504/1997, e não aquela redação antiga, do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990. Inclusive, Sua Excelência faz transcrição de trabalho doutrinário do eminente Doutor José Jairo Gomes, mas, quanto a isso, tenho alguma reserva por enquanto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Compreendi, Ministro Admar Gonzaga. Em função da quantidade de itens, de impugnações e de pedidos, precisaríamos, apenas para efeito de registro, saber se Vossa Excelência faz alguma alteração na parte dispositiva?

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: No voto do relator? De forma alguma.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Não. Apenas quanto ao fundamento.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Apenas em face de um dos fundamentos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): A nossa colocação é apenas de registro. Obrigada.

¹ "A colegialidade exigida não diz respeito a órgão recursal, a exemplo dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sua competência originária" (Recurso Especial Eleitoral nº 15804, Acórdão, relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, data 23.10.2012).

² "In casu, constata-se que o embargante, a pretexto de discutir supostos vícios, possui, em realidade, a nítida finalidade de obter o reexame da matéria quanto ao entendimento desta Corte Superior de que para que incida a causa de inelegibilidade prevista na alínea "e" do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, basta que haja condenação criminal emanada de órgão judicial colegiado, não suspendendo a inelegibilidade a oposição de Embargos Declaratórios àquela decisão, ainda que pendentes de julgamento" (Recurso Especial Eleitoral nº 5654, Acórdão, relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJe – Diário de Justiça eletrônico, data 14.9.2017).

³ Ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/2010. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida pregressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de

sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. *A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.* 3. *A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.* 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/2010 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/2010, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus público. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/2010, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. A Lei Complementar nº 135/2010 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (*v.g.*, o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, vencido o relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em

julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, rel. Min. Gilmar Mendes (repercussão geral).

(ADI 4578, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe em 29.6.2012, grifo nosso.)

⁴A presunção de inocência, consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não pode “frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal”, tampouco pode configurar óbice à validade da Lei Complementar nº 135/2010, conforme decidido nas ADCs nos 29 e 30 e na ADI nº 4.578/DF* (Recurso Especial Eleitoral nº 13577, Acórdão, relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, data 6.11.2012).

⁵O prazo concernente à hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC 64/1990 projeta-se por oito anos após o cumprimento da pena, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa.

⁶Tradução livre.

⁷Cf. as já citadas ADI 4578 e nas ADCs 29 e 30.

⁸Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, Vossa Excelência disse na última sessão que votar mais para o final do julgamento tem as suas vantagens, ainda mais quando os votos antecedentes sustentam uma verticalidade invulgar.

Assim como os demais colegas, eu gostaria de saudar, inicialmente, a primorosa condução desse julgamento por Vossa Excelência. Saudar também os eminentes advogados que ocuparam a tribuna e realizaram excepcionais sustentações orais – a Doutora Marilda, o Doutor Tiago, a Doutora Maria Cláudia, o Doutor Luiz Fernando. Também saudar, e homenagear, a eminente Procuradora-Geral Eleitoral, pelas mesmas razões. E mencionar a inegável honra de participar desse julgamento histórico, observando bem de perto os brilhantes votos até aqui proferidos, que honram a mais não poder e dignificam a Justiça Eleitoral do Brasil.

Procurarei fazer uma exposição bastante sumariada, justamente pelo exame que já foi feito até aqui pelos demais colegas e avançar o mais rápido possível, dado o adiantado da hora.

A meu sentir, não pairam dúvidas sobre a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, pois, além de estar devidamente comprovada nos autos, é público e notório que o requerente se encontra segregado em virtude de sua condenação criminal pela prática dos

crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, V, da Lei nº 9.613/1998), proferida pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR à pena de 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicialmente fechado, e a 280 (duzentos e oitenta) dias multa, à razão unitária de 5 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato criminoso.

Deve ser indeferido, portanto, o registro pleiteado, com base no art. 1º, I, e, 1 e 6, da Lei de Inelegibilidades, que dispõe serem inelegíveis, para qualquer cargo, os que forem condenados criminalmente, em decisão transitada em julgado *ou proferida por órgão judicial colegiado*, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena. Há iterativos precedentes do TSE acerca do tema em questão (REspe nº 188-40/PR, rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *PSESS* de 3.11.2016; REspe nº 56-54/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 14.6.2017; REspe nº 148-23/SP, rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 18.3.2013).

A manifestação da ONU – sem adentrar o mérito se é uma recomendação ou uma decisão propriamente dita –, por mais respeitável que seja, pelas razões esposadas no voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, com o devido respeito pelo eminente Ministro Edson Fachin, não tem o condão de suspender a inelegibilidade *ad eternum*, ou, pelo menos, por prazo incompatível com a efetividade do processo eleitoral em curso, sobretudo no seu núcleo de estabilidade e segurança jurídica.

Num exemplo dramático, poderíamos estar diante de decisões que suspendessem a eleição, ou até mesmo, na linha de pedidos que têm aportado neste Tribunal, que determinassem a própria soltura do candidato. Eu mesmo sou relator de pelo menos 4 (quatro) *habeas corpus* que contêm esse pedido.

Aliás, o próprio texto legal tem uma redação bastante inteligível e, diferentemente do que se contém na alínea g, a hipótese de suspensão da inelegibilidade da alínea e é remetida à exegese do art. 26-C, segundo o qual “o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a

inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso”.

Da fala da eminente Procuradora-Geral Eleitoral, colho o fundamento, que me parece perfeitamente ajustado à hipótese, de que a deliberação da ONU deve ser avaliada primeiramente pela Justiça Comum, de onde adveio, justamente, o fato gerador dessa inelegibilidade e só depois, sob o signo de uma comunicação oficial, isso pode e deve ser examinado pelo Tribunal Superior Eleitoral, sob pena, até mesmo, de sufragarmos comportamentos institucionais contraditórios, inconciliáveis, de órgãos do Poder Judiciário (despidos de personalidade jurídica) de um mesmo Estado.

Tal interpretação me parece a mais obsequiosa e consentânea com a celeridade e a diminuta órbita dos processos de registros de candidatura, nos quais não se permite a reabertura das discussões e a revisão integral das decisões proferidas por outros órgãos ou instâncias do Poder Judiciário, a teor do que determina a Súmula nº 41/TSE.

Quero crer que a respeitável medida provisória do Comitê da ONU tem 2 (dois) grupos de destinatários específicos. Quanto às liberdades públicas, o destinatário é o juiz da execução. Não compete à Justiça Eleitoral, por exemplo, deliberar sobre a soltura de candidatos que estão segregados em sua liberdade. O outro grupo de destinatários, quanto ao eixo da inelegibilidade, seria integrado pelo próprio STF e pelo STJ, na perspectiva concreta de afastamento do fato gerador de classificação no âmbito da Lei da Ficha Limpa.

Com base nessas considerações, voto pelo *indeferimento do registro* de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de presidente da República na eleição de 2018.

Efeitos do indeferimento do registro sob a ótica do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997

Detenho-me sobre a faculdade prevista no art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 e, desde já, ressalto que a norma foi encampada no texto da Resolução nº 23.548/2017, que dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos para as eleições.

Reproduzo o teor do aludido preceito legal:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

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

Eis o texto albergado pela Res-TSE nº 23.548/2017:

Art. 55. O candidato cujo registro esteja *sub judice* pode efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição.

O eleitoralista Joel José Cândido, em alentada retrospectiva histórica sobre o instituto, pontua que a regra foi adotada nas instruções que disciplinaram as eleições de 2004, 2006 e 2008, até que, finalmente, foi incorporada à Lei das Eleições por força da Lei nº 12.034/2009.

Vejam os que dispuseram as mencionadas instruções:

Eleição de 2004, Resolução nº 21.608, 5.2.2004 (art. 60) e Resolução nº 21.610, de 5.2.2004 (art. 17)

Art. 60. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Art. 17. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à sua campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito para sua propaganda, no rádio e na televisão.

Eleição de 2006, Resolução nº 22.156, de 3.3.2006 (art. 58) e Resolução nº 22.261, 29.6.2006 (art. 12)

Art. 58. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica.

Art. 12. O candidato cujo registro estiver *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à sua campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito para sua propaganda, no rádio e na televisão.

Eleição de 2008, Resolução nº 22.717, de 28.2.2008 (art. 43) e Resolução nº 22.718, de 28.2.2008 (art. 16)

Art. 43. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Art. 16. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à sua campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito para sua propaganda, no rádio e na televisão.

Fica claro, portanto, que esta Corte Superior, no exercício do seu poder regulamentar, inclusive para o pleito atual, permite a participação do candidato *sub judice* na campanha eleitoral, bem como a manutenção de seu nome na urna eletrônica, enquanto discute o seu registro de candidatura, o que dá concretude ao direito de sufrágio e aos postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O mesmo autor acrescenta que o sistema se tornou ainda mais harmônico com o advento dos arts. 26-A e 26-C da LC nº 64/1990 (ambos incluídos pela LC nº 135/2010), pois “[...] afastada a inelegibilidade previamente imposta por decisão colegiada, nas alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n*, do art. 1º, *J*, pelo mecanismo propiciado pelo art. 26-C, *caput* (medida liminar), o registro das respectivas candidaturas seguirá intacto, embora *sub judice*, nos exatos termos e com as prerrogativas previstas neste art. 16-A” (CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Vol. Único. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 451-452).

De outra banda, os professores Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues esclarecem que o pedido de registro faz com que haja uma antecipação tutela *ex lege* e que “tornou-se comum em nosso sistema jurídico permitir que o mero pedido de registro já produza os efeitos jurídicos advindos da futura e eventual decisão que reconhecer a existência de condições de elegibilidade e a ausência de inelegibilidades” (JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de Direito Eleitoral*. Vol. Único. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 488).

Ao enveredarem pela interpretação sistemática do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 em conjugação com o disposto no art. 15 da LC nº 64/1990,

os autores lançam seguinte questão: na hipótese de indeferimento do registro, a partir de quando essa decisão fará cessar os efeitos concedidos *ex lege* àquele que gozava, a título precário, da situação de candidato?

Em percuciente abordagem, a obra apresenta algumas reflexões:

Como é sabido, a LC 64/1990, em sua redação original, foi precisa ao tratar da eficácia da decisão que julga procedente a ação de impugnação de registro de candidato. Tal disciplina veio inserta em seu art. 15, com a seguinte redação: “Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido”.

É de se notar que o artigo supra prescreve três situações distintas, advindas da decisão transitada que declarar a inelegibilidade do candidato — declaração esta que não faz parte do dispositivo da sentença, mas sim de sua fundamentação, como já visto —, quais sejam: (i) “ser-lhe-á negado registro”; (ii) “ou cancelado”; (iii) “ou declarado nulo o diploma”.

A primeira situação contempla a hipótese de ainda não ter sido concedido, mesmo que provisoriamente, o registro ao candidato; a segunda quando já aceito o registro pela Justiça Eleitoral; e a terceira quando o candidato já foi diplomado.

Evidencie-se que o escopo do legislador era, ao mesmo tempo, permitir, enquanto pendente o processo de registro de candidatura sem uma decisão colegiada e sem o trânsito em julgado que indeferia o registro, que o candidato participe do pleito eleitoral, que faça campanha e tenha condições de ser votado e eleito (*Op. cit.* p. 490).

Tal solução, contudo, a meu sentir, ainda não contempla a seguinte especificidade: a decisão colegiada referida no texto legal seria proveniente dos tribunais regionais eleitorais, do Tribunal Superior Eleitoral ou, eventualmente, do Supremo Tribunal Federal?

Pois bem. Entre as constantes reformas legislativas que incidem sobre o direito eleitoral, a inclusão do § 3º ao art. 224 do CE pela Lei nº 13.165/2015, reacendeu a discussão sobre o marco inicial da eficácia executória das decisões que importem no indeferimento dos registros de candidatura. Eis o teor do dispositivo em comento:

Art. 224. [...]

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato

eleito em pleito majoritário acarreta, *após o trânsito em julgado*, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

Todavia, a expressão “após o trânsito em julgado” foi declarada inconstitucional por este Tribunal na sessão de 28.11.2016, no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Eleitoral no REspe nº 139-25/RS.

Naquele julgado, além de ter sido determinada a realização de novas eleições no Município de Salto do Jacuí/RS em razão do indeferimento do registro do prefeito eleito na disputa de 2016, fixou-se a tese de que “a decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não *ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior*, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/1997”.

Transcrevo excertos do voto do e. relator, Ministro Henrique Neves, que destrincham muito bem o tema em questão:

Assiste razão à douta Procuradoria-Geral Eleitoral no que tange à inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” contida no mencionado dispositivo.

Para a compreensão do tema, é necessário relembrar alguns aspectos do processo eleitoral brasileiro na sua concepção instrumental e a evolução empreendida.

Pela redação original do Código Eleitoral, os recursos eleitorais eram desprovidos de efeito suspensivo. A execução imediata das sentenças eleitorais sempre foi característica do Direito Eleitoral.

[...]

Igualmente, no que tange ao registro de candidatura, *a regra do art. 16-A da Lei das Eleições permite que o candidato cujo registro tenha sido indeferido pela Justiça Eleitoral permaneça na disputa, condicionando-se a validade dos seus votos ao provimento do recurso.*

Cabe relembrar que o art. 16-A da Lei 9.504/1997 tem provável origem na jurisprudência deste Tribunal que admitia a continuidade da campanha eleitoral na pendência do recurso contra o indeferimento do registro, “por conta e risco” do candidato. Na redação adotada pela Lei 12.034/2009, que introduziu o mencionado art. 16-A, a referência à expressão “por conta e risco” foi suprimida, passando-se a admitir, portanto, a continuidade da campanha eleitoral para todos os efeitos, que ficam condicionados ao provimento do recurso. Nesse sentido, este

Tribunal recentemente concedeu a ordem pleiteada em mandado de segurança para garantir a participação de candidato no segundo turno de votação apesar de o seu registro ter sido indeferido em segunda instância, como se vê da respectiva ementa:

Eleições 2016. Mandado de segurança. Segundo turno. Realização. Segundo candidato mais votado. Realização de atos de campanha.

1. A pendência de análise de recurso especial interposto pelo candidato que teve seu registro indeferido pelas instâncias ordinárias não impede que, se for o caso, ele dispute o segundo turno, com a prática de todos os atos de campanha, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/1997.

2. A proclamação do resultado provisório, para fins da apuração da necessidade de realização do segundo turno, deve considerar os votos válidos dados aos candidatos, excluídos apenas os brancos e os nulos por manifestação apolítica do eleitor.

3. Nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, os votos dados a candidatos que concorreram no primeiro turno de votação com registro indeferido que esteja submetido a recurso devem ser computados para o efeito da verificação da necessidade de realização do segundo turno de votação até decisão final do Tribunal Superior Eleitoral. Concessão da segurança.

(MS0602028-24, rel. Min. Henrique Neves, julgado em 11.10.2016.)

[...]

De igual forma, a edição da regra do art. 16-A da Lei das Eleições, que impõe a manutenção da campanha do candidato cujo registro foi indeferido até a apreciação da matéria por instância superior, converge no sentido de se aguardar o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, tal como ocorre no caso de aplicação do art. 216 do Código Eleitoral.

Anote-se, nesse ponto, que há realmente situações divergentes tratadas pelo novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral no que tange ao momento da execução da decisão que indefere o registro da candidatura, de acordo com o entendimento consagrado pela jurisprudência deste Tribunal.

Isso porque o indeferimento do registro de candidatura para afastar o candidato dos atos relativos à campanha eleitoral somente ocorre com a manifestação da instância superior (TSE), ao passo que o afastamento do exercício do cargo ou do mandato eletivo daqueles que praticam ilícitos eleitorais se dá, por força da nova regra do § 2º do art. 257 do Código Eleitoral, a partir do escoamento da instância ordinária. (Sem grifos no original.)

Posteriormente, a expressão “após o trânsito em julgado” foi declarada inconstitucional em controle abstrato no bojo da ADI nº 5525/DF, da relatoria do e. Ministro Luís Roberto Barroso, ao fundamento de que a exigência do trânsito em julgado para a perda do mandato contraria o princípio democrático e o princípio da soberania popular.

O Tribunal Superior Eleitoral, mais do que outros tribunais superiores, tem natureza jurídica de “Corte de passagem” ao STF.

Deveras, compõem o TSE 6 (seis) Ministros do STF (3 titulares e 3 suplentes). É dizer: a maioria do STF tem assento nesta Corte Superior.

Tal fato, aliado à possibilidade de envolvimento direto de matéria constitucional no julgamento, por exemplo, dos recursos especiais eleitorais, reconduz o STF, no meu entendimento, em matéria eleitoral, ao papel de Corte Constitucional “pura”.

Quero crer, então, que o princípio da colegialidade, exigível em todos os tribunais, mormente após a vinda à baila do CPC/2015, deve ser levado, no âmbito do TSE, às últimas consequências.

O respeito às decisões do STF e mesmo à ideologia subjacente à sua “doutrina jurisprudencial” atual há de ser total.

Propugno, assim, por uma interpretação holística do princípio da colegialidade, em matéria eleitoral, que seja abrangente, a um só tempo, do STF e do TSE.

Em tal contexto, o TSE não tem, a meu ver, (legítima) discricionariedade para desconsiderar, no equacionamento da espécie, as decisões do STF, sobretudo ligadas à prisão do condenado após a decisão em segundo grau e à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Sobre ambas as decisões, guardo ressalvas pessoais, no plano teórico e acadêmico, mas que não interessam nem ao julgador, nem ao julgamento atual.

Guardo, portanto, a convicção, a partir do impositivo quadro jurisprudencial do STF, de que o marco final para a manutenção das prerrogativas estatuídas no art. 16-A da Lei das Eleições é aquele traçado na LC nº 135/2010, ou seja, a existência de decisão colegiada, situação que, no caso dos autos, *se aperfeiçoará com a publicação, em sessão, do acórdão proferido pelo TSE*, detentor de competência originária para processar e julgar os registros de candidatos à presidência e vice-presidência da República, *ex vi* do art. 22, I, a, do CE.

Caso opte por permanecer na disputa eleitoral o candidato poderá buscar, na via do recurso extraordinário, aparelhado com a correspondente cautelar, a competente autorização judicial do STF.

Diante da celeridade que permeia os processos de registro, mormente por se tratar de candidatura à presidência da República, a ser julgada por este Tribunal em única instância, cuja decisão será *publicada em sessão*, impõe-se, desde já, a sua execução.

Nesse ponto, consoante já decidido por este Tribunal, “[...] a execução dos acórdãos proferidos pelo TSE está vinculada apenas a sua publicação, não sendo necessário aguardar a oposição e o julgamento de eventuais embargos de declaração, os quais não são dotados de efeito suspensivo” (Pet nº 530-73/SP, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 5.2.2016).

Ainda quanto à execução imediata das decisões, trago à baila excerto da decisão proferida pelo eminente Ministro Edson Fachin na Medida Cautelar na Reclamação nº 30.534/CE, em 12.6.2018:

Assim, a leitura das razões constantes de ambas as decisões: tanto a do TSE como do voto vencedor da ADI 5.525, que é o paradigma de controle, parece evidenciar que a declaração de inconstitucionalidade da locução “após o trânsito em julgado” prevista no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, e sua substituição *pela possibilidade de execução imediata de “decisão de última ou única instância da Justiça Eleitoral, independentemente do julgamento dos embargos de declaração”, aplica-se aos casos previstos na precitada regra (de indeferimento do registro, cassação do diploma ou de perda do mandato de eleito em pleito majoritário) na acepção de que a “única ou última instância” sejam as ordinárias, não abarcando as eventuais instâncias especiais. Essa é a lógica interpretativa que tem sido dada ao tema.*

Vale mencionar, também, a decisão do eminente Ministro Luís Roberto Barroso na AC nº 0600459-17/SP, na qual Sua Excelência, em juízo de reconsideração, consignou que a execução da decisão que determinou a realização de eleições suplementares no Município de Santa Cruz das Palmeiras/SP poderia ocorrer independentemente da oposição de embargos de declaração.

Na mesma trilha, Rodrigo López Zílio elucida que a decisão que julgar procedente a impugnatória de registro de candidatura surtirá efeitos a partir da publicação da decisão proferida por órgão colegiado, não

sendo mais necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão. Em arremate, afirma que “após a publicação do acórdão do órgão colegiado, o impugnado será afastado do pleito, salvo se obtiver efeito suspensivo determinando sua permanência na disputa”. (ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. Vol. Único. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 527.)

Diante desse quadro, a partir da publicação do acórdão, o requerente poderá, caso queira, valer-se das medidas cabíveis para obter, perante o STF, eventuais tutelas que assegurem a sua permanência na disputa, já que o efeito suspensivo automático *ex lege* do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, como já dito, esgota-se com o pronunciamento desta Corte.

Caso opte por outro caminho, a legislação eleitoral também faculta ao partido a substituição da candidatura, nos termos do art. 13, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.504/1997, que poderá ocorrer no prazo de até 10 (dez) dias contados da decisão que indeferir o seu registro e deverá ser apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito. Reproduzo a norma em questão:

Art. 13. É facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado.

§ 1º A escolha do substituto far-se-á na forma estabelecida no estatuto do partido a que pertencer o substituído, e o registro deverá ser requerido até 10 (dez) dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição.

[...]

§ 3º Tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo.

Tais prerrogativas sempre foram albergadas pela jurisprudência solidificada no âmbito desta Corte, ressalvadas as hipóteses de fraude comprovada, o que, repita-se, não se vislumbra no caso presente.

Ante o exposto, *julgo procedentes as impugnações* e, por conseguinte, *indefiro* o registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de presidente da República no pleito de 2018 devido à incidência da cláusula de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, com efeitos a partir da publicação do acórdão relativo ao presente julgamento.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Senhores Ministros, trata-se, em síntese – como extraio do relatório do Ministro Luís Roberto Barroso, eminente relator do feito –, de Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) da Coligação O Povo Feliz de Novo, integrada pelos partidos: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Republicano da Ordem Social – PROS, nos termos da Res.-TSE nº 23.548/2017, com pedido de registro da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República nas Eleições 2018. Apresentadas impugnações, com pedido de tutela de evidência, e notícias de inelegibilidade, bem como oferecida defesa pelo impugnado, com juntada de documentos, e exarado parecer final pelo Ministério Público Eleitoral. Passo a enfrentamento mais detido das principais questões controvertidas.

I. Preliminar. Razões finais. Não abertura de prazo. Art. 6º da Lei Complementar nº 64/1990. Requerimento reiterado em sustentação oral.

Não desconheço a jurisprudência do TSE – o último precedente relativo ao pleito de 2016 –, na linha de que “o artigo 6º da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece apenas a faculdade – e não a obrigatoriedade – de as partes apresentarem alegações finais. Em observância do princípio da economia processual, é permitido ao juiz eleitoral, nas ações de impugnação ao registro de candidatura, e passada a fase de contestação, decidir, de pronto, a ação, desde que se trate apenas de matéria de direito e as provas protestadas sejam irrelevantes” (REspe 166-94, rel. Min. Maurício Corrêa, PSESS em 19.9.2000)” (AgR-REspe – nº 28623/SC, rel. Min. Henrique Neves, PSESS de 28.11.2016).

Não obstante, a revelar que o Direito, ciência cultural que é, sempre comporta diferentes olhares, colho da abalizada doutrina de José Jairo Gomes:

Reza o artigo 6º da Lei de Inelegibilidades que, tão logo encerrada a fase probatória, “as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias”.

Talvez o emprego do vocábulo *poderão* nesse dispositivo seja o responsável pela divisão que se instalou na jurisprudência. Enquanto, para uns, a “abertura de prazo para alegações finais é opcional, a critério do juiz [...]” (TSE – AC nº 22.785, de 15-9-2004 – JURISTSE 7:92), outros sustentam ser necessária a apresentação de alegações finais, porquanto o artigo 6º prevê essa possibilidade; nesse sentido: TSE – AC nº 20.256 e Ac nº 581, de 10-9-2002 – JURISTSE 7: 93, 94.

Se a lei estabelece uma fase no processo para produção de provas, viola o devido processo legal não conferir às partes, e ao Ministério Público, oportunidade para sobre elas se manifestar. Não é exato que as provas se dirijam somente ao juiz. Ao contrário, é assente encontrar-se a serviço do processo judicial, pois para este são produzidas. Ao juiz cabe presidir sua produção e sopesá-las no momento de decidir. Mas, antes de sentenciar, devem as partes se manifestar, expondo suas narrativas e argumentos à luz do quadro probatório resultante da instrução (CPC, art. 10). Sem isso, não se pode dizer haja processo legal, mas mero arremedo.

Logo, o termo *poderão*, na aludida expressão legal, só pode ser compreendido como faculdade conferida às partes. Se não quiserem, se entenderem desnecessário ou supérfluo, *poderão* deixar de apresentar alegações finais. Mas a oportunidade para fazê-lo deve ser-lhe franqueada. Tanto é assim que o artigo 7º, *caput* da LC nº 64/1990 estipula que os autos serão conclusos ao juiz somente após “encerrado o prazo para alegações” das partes. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed., Atlas, 2018.)

Nessa linha, guardo reserva quanto à orientação prevalecente na Casa, à compreensão de que a exegese mais harmônica com os postulados do contraditório e da ampla defesa e que melhor atende à incessante busca do justo em concreto na entrega da prestação jurisdicional, ampliando o debate de teses e ideias – sobretudo quando em jogo questões sensíveis, ainda que tão só de direito –, é aquela que orienta à abertura pelo juízo, nas impugnações a registros de candidatura, do prazo para alegações finais, após o oferecimento de defesa pelo impugnado, reservado às partes o juízo de conveniência quanto a apresentá-las, ou não. Essa, aliás, a teleologia inspiradora dos arts. 9º e 10 do CPC e, de resto, o procedimento adotado nos Processos nºs 0600.833-33.2018.6.00.0000, 0600832-48.2018.6.00.0000 e 0600831-63.208.6.00.0000 julgados nesta mesma sessão, sob a relatoria do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, a aconselhar a observância do

mesmo rito nos processos de registro de candidatura, com impugnação, em curso no TSE, em homenagem à igualdade de tratamento.

Como sempre enfatizo, o Direito tem seu tempo, institutos, ritos e formas em prol basicamente da segurança jurídica, essencial à vida em sociedade. Oportuno lembrar, fazendo eco ao ilustre decano do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Celso de Mello, a peroração de Cícero, ainda no século I a.C. “Sejamos servos da lei para podermos ser livres”.

Daí não se segue, contudo, é importante o registro, não esteja a lei sendo observada, pelo eminente relator, à luz do art. 355, I, do CPC, aplicável subsidiariamente, a autorizar – especialmente diante da celeridade que se impõe ao processo eleitoral, máxime em pedidos de tal jaez –, o julgamento antecipado da lide (“o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito quando (não houver necessidade de produção de outras provas”), e adotados, repito, os precedentes da Casa como faróis a iluminar o caminho. A tanto, acresço, o iminente início da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão e o fato de que também pendentes de apreciação pedidos de tutela provisória, em juízo de cognição sumária, formalizado, inclusive, o do Partido Novo (NOVO) – Nacional, como *pedido de tutela de evidência*, em que necessária, é consabido, não só a plausibilidade da tese, mas também sua intensa probabilidade –, com vista à suspensão dos direitos inerentes à pretensão à candidatura *sub judice*, “notadamente: a) a realização de gastos de recursos oriundos de financiamento público (Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC), b) a participação em debates [ou mesmo a menção de seu nome como candidato convidado a participar], c) a realização de qualquer tipo de propaganda eleitoral e d) a destinação de tempo para que participe da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão”.

Manifesto-me, pois, no sentido do acolhimento do quanto reiterado da tribuna pelo impugnado, em que admitida inclusive a mitigação do prazo pretendido.

II. Pedido de registro de candidatura cargo de presidente da República. Eleições de 2018. Incidência de causa expressa de inelegibilidade:

Art. 1º, e, 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação da Lei Complementar nº 135/2010, a chamada “Lei da Ficha Limpa”.

Em análise o pleito deduzido de registro de candidatura ao cargo de presidente da República nas eleições de 2018.

O registro de candidatura, é cediço, deve ser deferido ao candidato que, tendo o seu requerimento apreciado, é considerado apto, vale dizer, está no gozo dos seus direitos políticos, satisfaz as condições de elegibilidade e contra ele não incide causa de inelegibilidade. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgamento conjunto da ADC 23, da ADC 30 e da ADI 4578, “a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral”.

No presente momento, cumpre aferir objetivamente a satisfação dos requisitos positivos – *condições de elegibilidade* – e a ausência de qualquer fator negativo – *causa de inelegibilidade*.

Orienta a jurisprudência desta Casa:

[...] No processo de registro de candidatura, não se declara nem se impõe sanção de inelegibilidade, mas se aferem tão somente as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, a fim de que se possa considerar o candidato apto a concorrer na eleição. Nesse sentido: Acórdão nº 21.709, Recurso Especial Eleitoral nº 21.709, relator Ministro Peçanha Martins, de 12.8.2004. [...] Agravo regimental a que se nega provimento”. (Ac. nº 23.556, de 18.10.2004, rel. Min. Caputo Bastos.)

Consabido, de outra parte, que as causas de inelegibilidade, no ordenamento positivo pátrio, têm como fontes formais a própria Constituição da República – art. 14, § 9º – e lei complementar. Rememoro o texto constitucional:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994.)

Dentre as causas de inelegibilidade estabelecidas na Lei Complementar nº 64/1990, com a redação da Lei Complementar nº 135/2010, a chamada “Lei da Ficha Limpa”, a seu turno, figura a condenação, proferida por órgão judicial colegiado, pelos crimes contra a administração pública e lavagem de dinheiro, art. 1º, I, e, 1 e 6. Confira-se:

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010.) [...]

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

A existência de condenação por crimes contra a administração pública e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, proferida por órgão judicial colegiado, não transcorridos 8 (oito) anos do cumprimento da pena, concretiza, pois, o suporte fático do art. 1º, I, e, 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, configurando hipótese de inelegibilidade conducente ao indeferimento do registro da candidatura. No dizer da doutrina,

incidirá a inelegibilidade sempre que na história ou no patrimônio jurídico do cidadão figurar evento como tal definido na norma complementar. Assim, por exemplo, é inelegível por oito anos a pessoa que tiver sido condenada pela prática de um dos crimes previstos na alínea “e” do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/1990 (independente da natureza e do montante da pena aplicada). (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2015.)

Vale enfatizar, aqui, como bem pontuou o eminente relator, que não cabe à Justiça Eleitoral se imiscuir nas condenações criminais proferidas pela Justiça comum para delas extrair a culpabilidade da conduta apurada ou o seu grau de correção. Dito em outras palavras: a Justiça Eleitoral, no caso, ao exame da causa de inelegibilidade do art. art. 1º, I, e, 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, não emite qualquer juízo de valor sobre a condenação imposta na Justiça Federal, confirmada, na fração de

interesse do dispositivo, por órgão colegiado, é dizer, não aprecia a justiça ou o desacerto da decisão criminal. Constata, apenas, a sua existência para declarar a concretização do suporte fático da norma. Aplicável a Súmula nº 4/TSE, *in verbis*: “não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”.

Acompanho, portanto, o eminente relator quanto ao ponto, cristalizada a jurisprudência deste Tribunal Superior pela constitucionalidade do referido preceito, forte nas decisões proferidas pela Suprema Corte nas ADCs 29 e 30 e na ADI 4578, reafirmada nos pleitos de 2012, 2014 e 2016.

Friso, aqui, que a consequência da causa de inelegibilidade em foco pode, em tese, ser afastada por força da mesma Lei Complementar 64/1990, na dicção de seu art. 26-C, a prever:

O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

Tal previsão, anoto, não diz propriamente com os processos eleitorais de registro e impugnação de candidatura, e sim com o fundamento da inelegibilidade – no caso do art. 1º, I, “e”, da LC nº 64/1990, efeito da condenação, imposta em processo penal, pela prática de um dos crimes nela enumerados, com projeção sobre a capacidade eleitoral passiva.

Na espécie, houve condenação pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, confirmada (com agravamento de pena) pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao exame da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, mediante acórdão prolatado em 24.1.2018 e publicado em 6.2.2018. Rejeitados os embargos de declaração que se sucederam, houve manejo, pela defesa, de recursos extraordinário e especial – o primeiro não admitido na origem, ao contrário do segundo. Encontra-se aberta, portanto, a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema de fundo – o mérito da condenação imposta. Nesse recurso especial, houve expresso

pedido para que suspensão a inelegibilidade do recorrente, o que, em termos formais, supre a exigência da parte final do supracitado art. 26-C (<https://www.conjur.com.br/dl/recurso-especial-lula.pdf>).

Acrescento, a respeito da literalidade do art. 26-C, que jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral mitiga a exigência de que a medida cautelar seja concedida pelo “órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso”, porque tal disposição “[...] não afasta o poder geral de cautela conferido ao juiz pelo art. 798 do CPC, nem transfere ao Plenário a competência para examinar, inicialmente, pedido de concessão de medida liminar, ainda que a questão envolva inelegibilidade” (Questão de Ordem na Ação Cautelar nº 142085/RJ, *DJe* de 28.6.2010, rel. Min. Marcelo Ribeiro)” (REspe nº 527-71.2012, relator Ministro Dias Toffoli, PSESS em 13.12.2012).

Não há notícia de decisão monocrática ou colegiada, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tenha afastado, em tutela provisória, a inelegibilidade decorrente da condenação confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pelo contrário, o Pedido de Tutela Provisória nº 1527/RS, destinado a dar efeito suspensivo ao citado recurso especial, foi monocraticamente indeferido pelo Ministro Felix Fischer em 13.6.2018, seguindo-se o desprovemento do agravo que tal decisão desafiou, pela 5ª Turma daquele Tribunal, em 2.8.2018 e, por fim, a rejeição de embargos declaratórios em 16.8.2018.

Diante do quadro fático do momento, ausente decisão jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro a afastar os efeitos do art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990 em relação à candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente da República, a consequência é o indeferimento do pedido de registro, nos termos do art. 15 da mesma Lei Complementar nº 64/1990 (“publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro”).

III. Medida cautelar do Comitê de Direitos Humanos ONU. Direitos humanos. Sistema de proteção da ONU. Relações com a ordem interna brasileira.

Questão sensível e de maior complexidade é a dos efeitos, no pedido de registro de candidatura em análise, da manifestação do Comitê de

Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, que me leva, para bem contextualizar o tema, a traçar, de início, breve panorama geral do sistema de proteção de direitos humanos da Organização das Nações Unidas, considerada sua estrutura normativo-organizacional.

1. Panorama geral da proteção dos direitos humanos pela ONU. Estrutura normativa e organizacional.

A missão das Nações Unidas está voltada aos objetivos primordiais de perseguir a manutenção da paz e da segurança internacionais, fomentar a cooperação internacional nos campos social e econômico e promover os direitos humanos de modo universal¹. Fortemente lastreada no interesse em evitar a repetição dos horrores da Segunda Grande Guerra, sua atuação é, portanto, indissociável da busca pela efetivação dos direitos e da dignidade da pessoa humana. Desde que criado tal órgão, “a relevância dada a este tema no seio da ONU está diretamente relacionada ao fato de se acreditar que, somente assegurando-se os direitos fundamentais aos homens, uma convivência pacífica e equilibrada entre os atores do cenário internacional será possível”².

Por isso, quase imediatamente ao seu estabelecimento, a determinação para que se redigisse uma Carta Internacional de Direitos Humanos. Esta é composta pela *Declaração Universal de Direitos Humanos*, que neste ano de 2018 completa seu septuagésimo aniversário, do *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos* e do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, estes últimos adotados em 1966 e com natureza, ao contrário daquela, de *tratado*. Por isso seu trâmite mais demorado e complexo, refletindo, a própria escolha pela divisão dos temas em dois instrumentos, o contexto geopolítico da época³.

Antes de prosseguir no exame dos dispositivos normativos consignados em tais documentos, é preciso delinear, ainda que de modo perfunctório, a estrutura interna das Nações Unidas, na medida em que os dois temas se interpenetram.

Os principais órgãos das Nações Unidas são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado (artigo 7º da Carta da ONU). Destes, destaco que a Corte Internacional de Justiça,

delineada no artigo 92 da Carta, é seu principal órgão judicial, composto por quinze juízes, e detém competência contenciosa e consultiva. Porém, *somente Estados* podem ser partes perante ela (artigo 34 do Estatuto da Corte), de modo que, “se simples particulares pretendem fazer valer direitos perante a Corte, é necessário que seu governo espouse as respectivas pretensões ou reclamações”⁴. A presente controvérsia, portanto, em nada se relaciona a tal órgão.

Por sua vez, o Conselho Econômico e Social criou, logo em 1946, a Comissão de Direitos Humanos, que foi abolida em 2006 e substituída pelo *Conselho de Direitos Humanos* (CDH), com quarenta e sete membros eleitos diretamente pela Assembleia Geral. Segundo Flávia Piovesan:

O Conselho de Direitos Humanos, como órgão subsidiário da Assembleia Geral, deve guiar-se pelos princípios da universalidade, da imparcialidade, da objetividade e da não seletividade na consideração de questões afetas a direitos humanos, afastando a politização e *double standards*, buscando fomentar a cooperação e o diálogo internacional. Cabe ao Conselho responder a violações de direitos humanos, incluindo violações graves e sistemáticas, bem como elaborar recomendações. Em 25 de fevereiro de 2011, o Conselho de Direitos Humanos recomendou, por unanimidade, a suspensão da Líbia, em face de graves e sistemáticas violações de direitos humanos. Compete ao Conselho promover também a efetiva coordenação das atividades de direitos humanos na ONU e a incorporação da perspectiva dos direitos humanos em todas as atividades da ONU (*mainstreaming of human rights within the UN system*). Tem ainda por desafio estabelecer um diálogo transparente e construtivo com as organizações não governamentais para a promoção e proteção dos direitos humanos⁵.

O Brasil nunca foi objeto de resolução editada pelo Conselho de Direitos Humanos, cuja competência está mais relacionada à edição de resoluções e decisões sobre temas gerais, como se dá em face do procedimento conhecido por *Revisão Periódica Universal* (EPU), em que relatórios sobre a situação dos direitos humanos em diversos países são analisados, emitindo-se, a partir disso, recomendações de caráter voluntário.

Em um segundo nível estão os *órgãos de tratado*, ou seja, órgãos criados pelos Pactos supramencionados para operacionalização das regras substantivas que consagram. Um desses órgãos é, justamente, o Comitê de Direitos Humanos, previsto no *Pacto Internacional dos Direitos*

Civis e Políticos, em suas Partes IV e V. Por serem muitos e extensos os dispositivos, transcrevo-os parcialmente:

ARTIGO 28

1. Constituir-se-á um Comitê de Diretores Humanos (doravante denominado o “Comitê” no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante.

2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas experiências jurídicas.

3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

[...] ARTIGO 38

Todo Membro do Comitê deverá, antes de iniciar suas funções, assumir, em sessão pública, o compromisso solene de que desempenhará suas funções imparciais e conscientemente.

ARTIGO 39

1. O Comitê elegerá sua mesa para um período de dois anos. Os membros da mesa poderão ser reeleitos.

2. O próprio Comitê estabelecerá suas regras de procedimento; estas, contudo, deverão conter, entre outras, as seguintes disposições:

a) O *quorum* será de doze membros;

b) As decisões do Comitê serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes.

[...] ARTIGO 44

As disposições relativas à implementação do presente Pacto aplicar-se-ão sem prejuízo dos procedimentos instituídos em matéria de direito humanos pelos ou em virtude dos mesmos instrumentos constitutivos e pelas Convenções da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas e não impedirão que os Estados Partes venham a recorrer a outros procedimentos para a solução de controvérsias em conformidade com os acordos internacionais gerais ou especiais vigentes entre eles⁶.

Embora não transcritos todos os dispositivos do Pacto, por questão de brevidade, consigno que a metodologia de proteção dos direitos humanos neles prevista incorporou um sistema de *relatórios* a serem submetidos diretamente pelos Estados Partes, ou por solicitação do Conselho (artigo 40), e um sistema de *comunicação interestatal*, em que “todo Estado Parte do presente Pacto poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece

a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto” (artigo 41, 1). Portanto, um Estado signatário poderia denunciar outro por violação de direitos humanos. Tais possibilidades, porém, desde logo não se mostravam suficientes. Por isso, foi constituído o subsequente *Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*, com o objetivo de atribuir à Comissão de Direitos Humanos uma terceira possibilidade: a de conhecer de *pedidos individuais*, ou seja, “denúncias feitas por indivíduos” a respeito de “violações de direitos humanos perpetradas por um Estado Parte”⁷ em seu desfavor. Este Protocolo passou, posteriormente, a ser chamado de “Primeiro Protocolo” porque, em 1989, foi criado um novo Protocolo Facultativo, assim conhecido por “Segundo Protocolo”.

Ainda em termos estruturais, no terceiro e último nível está o *Escritório do Alto Comissário para os Direitos Humanos* (EACDH), órgão vinculado à Secretaria das Nações Unidas, que tem por missão principal coordenar as atividades do sistema de defesa dos direitos humanos, inclusive pelo estabelecimento de contatos diplomáticos para prevenção e correção de violações⁸ – uma espécie, portanto, de “promotor dos direitos humanos” em nível global.

Delineada tal estrutura, é preciso reforçar, pelo interesse do tema para a presente controvérsia, o alcance das atividades e da possibilidade de implementação das medidas tomadas pelos órgãos de direitos humanos da ONU.

No segundo nível, ou seja, *no âmbito do Pacto*, os governos se comprometem a permitir o monitoramento de suas políticas e condutas por meio de relatórios sobre medidas legislativas, administrativas e judiciárias por eles adotadas – relatórios esses que se tornam objetos de discussão pública entre o país e a ONU no âmbito do Comitê de Direitos Humanos, que os estuda e propõe observações de caráter genérico. Da mesma forma, o supracitado procedimento das *comunicações interestatais* permite que a ONU faça mediação entre conflitos bilaterais nos quais uma das partes possa ser acusada de violação de direitos humanos, de modo a propor uma solução amistosa entre as partes, muito embora tal possibilidade seja restringida pela facultatividade na

adoção a tal mecanismo entre os países, devendo ser expressamente declarada em manifestação própria pelos envolvidos.

No terceiro nível, como visto, há o acréscimo (pelo “Primeiro Protocolo Facultativo”) da mecânica da *petição individual*, que dá capacidade processual internacional a indivíduos perante o Comitê de Direitos Humanos. Nesse âmbito, segundo Theodor Meron, “o Comitê tem uma atribuição ‘investigativa’, de acordo com o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. A competência do Comitê, em conformidade com o art. 1º do Protocolo Facultativo, é limitada a receber e considerar comunicações de indivíduos sujeitos à jurisdição de Estados Partes (que reconheçam a competência do Comitê), no sentido de que são vítimas de violações, por parte do Estado, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos”⁹. Complementa Siân Lewis-Anthony que “A autoridade do Comitê para receber e considerar comunicações deriva do art. 1º do Protocolo Facultativo. Embora não tenha um poder jurisdicional formal, o Comitê tem estabelecido uma doutrina informal de precedentes e tende a se orientar pelas decisões anteriores”¹⁰.

Em resumo, portanto, afirma Flávia Piovesan que “no âmbito global, a sistemática de monitoramento internacional dos tratados de direitos humanos se restringe ao mecanismo de relatórios, a serem elaborados pelos Estados Partes, e, por vezes, aos mecanismos das comunicações interestatais e petições individuais a serem apreciadas pelos Comitês internacionais, que, todavia, não apresentam caráter jurisdicional”¹¹.

O grau de imposição das decisões advindas da estrutura de proteção dos direitos humanos da ONU tem, portanto, considerável diferença em relação ao que se verifica no tocante a outros organismos regionais, como ocorre com o sistema interamericano e o europeu. No âmbito da Organização dos Estados Americanos, por exemplo, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, é respaldada pela existência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que esta última possui, entre suas atribuições, efetivo caráter contencioso e jurisdicional para julgar casos concretos de violação de direitos humanos por parte de Estado-membro que tenha reconhecido tal jurisdição – embora seja necessário ressaltar

que a submissão do caso depende de prévio exame da Comissão Interamericana (ou pedido de outro estado-membro), não sendo possível, também aqui, *demanda direta* perante a Corte por particular (art. 61,1, da Convenção). Superada a admissibilidade, porém, tal Corte profere sentenças definitivas e inapeláveis (art. 67 da Convenção), sendo assim obrigatórias na qualidade de sentenças internacionais¹², conforme estabelece literalmente o artigo 68,1, da Convenção: “os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

Os panoramas são, portanto, distintos quando comparados, *v.g.*, o sistema regional da OEA e o sistema global da ONU. Neste, as decisões proferidas pelo Comitê de Direitos Humanos não têm a mesma sustentação impositiva indeclinável das decisões (jurisdicionais) da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³.

Nessa linha, concluo que mesmo o mecanismo de denúncia individual perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU não deságua em decisão com “*força obrigatória ou vinculante*, [e] tampouco qualquer sanção é prevista na hipótese de o Estado não lhe conferir cumprimento”. Assim, “a condenação do Estado no âmbito internacional enseja consequências no plano político, mediante o chamado *power of embarrassment*, que pode causar constrangimento político e moral ao Estado violador”¹⁴.

2. A questão da ausência de promulgação do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Na hipótese de petição individual, Flávia Piovesan consigna que esta “só pode ser admitida se o Estado violador tiver ratificado tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como o Protocolo Facultativo, já que só assim o Estado terá reconhecido a competência do Comitê para tanto. Na explicação de Thomas Buergenthal: ‘Esse tratado, adotado como um instrumento em separado, suplementa os mecanismos de implementação do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Ele é destinado a habilitar entes privados, que clamam ser vítimas de violações de direito enunciado na Convenção, a submeter uma petição individual perante o Comitê de Direitos Humanos. As petições só podem ser propostas contra Estados Partes no Pacto que tenham ratificado o Protocolo’”¹⁵.

Trata-se, em linhas gerais, de consequência prática a ser extraída da resposta a ser dada a um dos problemas mais basilares do Direito Internacional. Em artigo publicado neste ano de 2018 a respeito das relações entre direito internacional, direitos humanos e a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, sustentam Paula Wojcikiewicz Almeida e Maria Luiza Belmiro Gomes:

As práticas constitucionais são claramente influenciadas pela posição de princípio no que se refere à relação entre direito internacional e direito interno prevista pelas constituições nacionais. Isso leva a pensar que os Estados que aderiram à concepção dualista, com a infinidade de variações que dela decorrem, não tendem a facilitar, do ponto de vista técnico, a aplicação imediata do direito internacional¹⁶.

No Supremo Tribunal Federal, já me manifestei sobre esse complexo tema de fundo, ainda que colateralmente, ao proferir voto na ADI nº 1625/UF, em 11.11.2015 (relator Ministro Dias Toffoli, julgamento suspenso em função de pedido de vista), ao exame de pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2100/1996, mediante o qual tornada pública a denúncia, pelo Estado brasileiro, da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador (Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT). A alegação principal a enfrentar, em tal feito, é a de que o aludido Decreto estaria a usurpar competência do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal – pois a este atribuída, de modo exclusivo, autoridade para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Em resumo, a tese dos autores é a de que, tendo sido aprovada a Convenção nº 158/OIT por Decreto Legislativo, depositada a Carta de Ratificação junto ao organismo internacional e promulgada a Convenção por Decreto Presidencial – do que decorreram publicidade interna e executoriedade do instrumento legislativo na ordem interna – não poderia outro Decreto retirá-lo da ordem jurídica nacional. Tal medida equivaleria, na melhor das hipóteses (pois passível de discussão o enquadramento de tal Convenção como norma de direitos humanos), a revogar lei infraconstitucional – âmbito mínimo de acolhimento da referida Convenção na estrutura normativa brasileira.

Em meu voto, acolhi tal argumentação para julgar procedente o pedido, com declaração da inconstitucionalidade formal do Decreto nº 2100/1996. Nos fundamentos por mim adotados, consignei:

No Brasil, a Convenção nº 158 foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16.9.1992. Depositada a Carta de Ratificação junto à OIT, pelo Governo brasileiro, em 05.01.1995, passou a vigor em relação ao Brasil – obrigar o Brasil – em 05.01.1996 (doze meses após a ratificação, a teor do artigo 16 da Convenção). Finalmente, *foi promulgada pelo Decreto nº 1885, de 10.4.1996, ato que deu publicidade interna à incorporação da Convenção ao direito doméstico, conferindo-lhe executoriedade no território nacional.*

[...]

Na esteira de remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, uma vez concluído o processo de sua incorporação ao direito brasileiro, com a aprovação pelo Congresso Nacional e *subsequente promulgação pelo Presidente da República*, os tratados que não veiculam norma protetiva de direitos humanos assumem status hierárquico equivalente ao das leis ordinárias.

Na mesma oportunidade, indiquei a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal no qual o tema relativo à importância da promulgação presidencial como fase de perfectibilização da adoção de um instrumento normativo internacional se encontra delineado em primeiro foco. Trata-se da ADI nº 1480-MC/DF, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 18.6.2001. Destaco trecho da ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO Nº 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/1992 E DECRETO Nº 1.855/1996) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/1988 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO

(CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C.C. O ART. 10, I DO ADCT/1988) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. – É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que *a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. [...].*

Do corpo do voto proferido pelo eminente Ministro decano de nossa Suprema Corte, extraio relevantes trechos que equacionam a questão doutrinária central, referente às diferenças entre monismo e dualismo, às estipulações da ordem constitucional brasileira:

[...] a Convenção nº 158 da O.I.T. (1982) [...] acha-se definitivamente incorporada à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que já se concluiu o procedimento de sua solene recepção pelo sistema de direito positivo interno do Brasil.

[...]

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (*"Droit International Public Approfondi"*, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera *"discussion d'école"*, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

[...]

Não se pode desconhecer, na linha da concepção dualista – que supõe a pluralidade, em caráter autônomo, de ordens normativas distintas e independentes e que sustenta a existência de limites definidos entre o direito interno e o direito externo –, que se impõe, para efeito de absorção das cláusulas constantes de tratados internacionais, um ato de formal recepção (que não se confunde com a mera ratificação) praticado segundo as regras inscritas no ordenamento positivo do Estado subscritor.

[...]

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

[...]

"O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

[...] a aprovação congressual e a promulgação executiva atuam, nessa condição, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, no plano normativo interno, da convenção internacional celebrada pelo Brasil [...].

Reputo de fundamental importância, porém, pela similitude entre os casos, referir-me ao Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8279/AT, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, Pleno, *DJ* de 10.8.2000. Em tal processo, a Justiça Federal da República Argentina requereu exequatur a carta rogatória, com base no Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto/MG, instrumento de direito internacional público vinculado ao MERCOSUL. Tal Convenção, porém, ainda não havia sido plenamente incorporada ao direito interno brasileiro. Na decisão monocrática agravada, como fundamento ao indeferimento do pedido, consignou o Ministro relator que:

O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/1995), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/1997), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República.

Nas razões de agravo, sustentou o interessado que a promulgação do tratado seria “simples formalidade não atributiva de juridicidade ou de eficácia às normas pactuadas” no instrumento internacional, decorrendo a juridicidade, nessa perspectiva, “da aprovação congressional”, e a eficácia, “da ratificação”.

No julgamento denegatório do agravo, estabelecido por unanimidade no Pleno do STF, reiterou o Ministro Celso de Mello as razões constantes da ADI nº 1480- MC/DF, às quais acrescentou:

Nem se alegue, para justificar a pretendida concessão de exequatur, que as diligências rogadas – embora de caráter executório – encontrariam fundamento em convenção internacional consubstanciada no Protocolo de Medidas Cautelares aprovado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL) [...].

É que esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/1995), não se achava formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, quando da recusa da concessão de exequatur pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/1997), o

Protocolo em questão, em 04/5/1998 (data da decisão ora agravada – fls. 55-63), ainda não havia sido promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República.

[...]

Desse modo, torna-se evidente que o Protocolo de Medidas Cautelares, celebrado no âmbito do MERCOSUL, ainda não se achava incorporado, formal e definitivamente, ao sistema de direito positivo interno do Brasil, quando, em 04/5/1998 (data da decisão ora agravada), foi por mim legitimamente recusada, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, a pretendida concessão de exequatur solicitada pela Justiça Federal da República Argentina.

[...]

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a Constituição brasileira – ao contrário do que prescreve, por exemplo, a Carta Política de Portugal (art. 8º, n. 3) – não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, de âmbito comunitário, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata.

Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos comunitários, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata).

Especialmente no que concerne ao princípio da aplicabilidade imediata, cabe insistir, por necessário, na asserção de que o ordenamento constitucional brasileiro não acolheu esse postulado, segundo o qual as normas de direito internacional passam a aplicar-se, desde logo, no território do Estado-membro que as subscreveu, sem necessidade de sua prévia incorporação, ao ordenamento positivo interno, mediante processos constitucionais específicos, como ocorre com os tratados internacionais de feição clássica.

[...] em tema de aplicabilidade dos atos internacionais, sob a égide do modelo constitucional brasileiro, e mesmo cuidando-se de pactos de índole comunitária ou de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção dos tratados internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência de norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.

[...]

O fato irrecusável é um só: o ordenamento constitucional brasileiro ainda não consagra qualquer solução que permita a recepção plena e automática das normas de direito internacional, mesmo daquelas que, elaboradas no contexto da experiência de integração regional, representam a expressão formal de um verdadeiro direito comunitário". Tal entendimento a respeito da necessidade de perfectibilização integral de todos os atos que perfazem o complexo procedimento de interiorização normativa de atos internacionais – dele fazendo parte inerente e necessária a promulgação presidencial por meio de Decreto, após a aprovação legislativa – está presente, também, em sede doutrinária. João Grandino Rodas escreveu, em 2015:

"Duas são as teorias tradicionais sobre o relacionamento entre a ordem internacional e a ordem interna. A teoria monista que afirma comporem ambas o mesmo âmbito, representada, visualmente, por dois círculos concêntricos; e a dualista, que as considera como dois círculos, quanto muito tangentes, mas nunca secantes. O corolário é que para os países que adotam a teoria monista (ex. Reino Unido), no momento em que um tratado passa a integrar a ordem internacional, ipso facto, já pertence também à ordem interna. Já para aqueles que perfilham o dualismo (ex. Brasil), a ratificação internacional de um tratado faz com que ele passe a figurar no direito internacional brasileiro; sendo necessário uma nova formalidade para inseri-lo no direito interno do Brasil. Se, por acaso, o tratado é ratificado e o país deixa de internalizá-lo, o tratado não é executório nesse país, acarretando-lhe responsabilidade internacional. [...]

Os poucos artigos das Constituições Brasileiras republicanas sobre a dinâmica interna dos tratados internacionais não mudaram muito, sendo formal e substancialmente semelhantes. A tradição constitucional brasileira, com exceção da Carta de 1937, determina a colaboração entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo na conclusão dos tratados internacionais. A Constituição vigente considera a vontade do Estado com referência aos atos internacionais como ato complexo, sendo necessária a vontade conjugada do Presidente da República e a do Congresso Nacional. O art. 84, Inciso VIII, estabelece como competência privativa do Presidente da República: "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Entretanto, completa o art. 49, inciso I, que tais atos só se tornam definitivos, após aprovação do Congresso Nacional.

Uma vez aprovado o tratado pelo Poder Executivo, aprovação essa materializada pela emissão do decreto do Legislativo, assinado pelo Presidente do Senado Federal, o Poder Executivo pode proceder à ratificação internacional, realizada pela troca (em caso de tratado

bilateral) ou depósito (no caso de tratado multilateral) de instrumento de ratificação. Chama-se ratificação internacional, pois obriga o Estado que a faz, internacionalmente, com relação ao conteúdo do tratado.

A incorporação do ato internacional à legislação brasileira dá-se, contudo, pela sua promulgação por meio de decreto do Executivo, que torna público seu texto e determina sua execução. A Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Esse decreto, assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores, é publicado no *Diário Oficial da União*.

Em razão de costume assente, a aprovação dos tratados no Brasil segue o mesmo processo da elaboração da lei. As Constituições brasileiras não se referem à internalização dos tratados no direito interno, continuando, nesse tocante, o Brasil a seguir a tradição lusitana de promulgar o tratado já ratificado por meio de decreto do Executivo.

No direito brasileiro, a promulgação e a publicação compõem a fase integratória da eficácia da lei. A promulgação atesta a adoção da lei pelo Legislativo, certifica a sua existência e o seu texto e afirma, finalmente, seu valor imperativo e executório.

A publicação, que se segue à promulgação, é condição de eficácia da lei. Não prevista constitucionalmente, rege-se pelo artigo 1º do Decreto-lei 4.657/1942, recentemente redenominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Para todos os efeitos, a prova de que o Brasil se encontra vinculado a um tratado solene ou em forma devida e de que ele é executório no território nacional deve ser feita pela exibição do decreto de promulgação e pela publicação¹⁷.

Na mesma linha leciona, em sede doutrinária, o Ministro Alexandre de Moraes, com apoio, ainda, no magistério dos Ministros Gilmar Mendes e Francisco Rezek:

[...] a edição do decreto legislativo, aprovando o tratado, não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio de decreto do Chefe do Executivo, recebe esse ato normativo a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória.

Importante salientar que o ato ou tratado internacional, para ser devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, deverá submeter-se a três fases:

1ª fase: compete privativamente ao presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);

2ª fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do parlamento será realizada por meio da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo presidente do Senado Federal e publica, salvo na hipótese do §3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/2004 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais;

3ª fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire exequutoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Gilmar Mendes Ferreira explica que, “ao contrário do sistema adotado na Alemanha, o Congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. Tal como observado, o decreto legislativo contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio de decreto do Chefe do Executivo recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória” (*Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 168). Mirtô Fraga, após expor o referido procedimento para incorporação do tratado internacional no direito brasileiro, conclui que, “o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser necessária a promulgação para que o tratado tenha força executória de ordem interna. O decreto do Presidente da República atestando a existência de nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, confere-lhe força executória, e a publicação exige sua observância por todos: Governo, particulares, Judiciário” (*O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P.69).

Da mesma maneira, Francisco Rezek é taxativo ao afirmar que, “no estágio presente das relações internacionais, é inconcebível, que uma

norma jurídica se imponha ao estado soberano à sua revelia" (*Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 83)¹⁸.

Reputo didática, em reforço, tamanho o relevo do tema, a descrição analítica das fases que envolvem a participação bilateral necessária entre Executivo e Legislativo, conforme apresentada por Silvia Pradines Coelho Ribeiro¹⁹:

O Presidente da República, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, após concluir a negociação de um tratado, submete-o à aprovação do Congresso para dar continuidade, ou não, ao processo determinante do consentimento.

O abono do Congresso Nacional é indispensável para o Presidente da República manifestar o seu consentimento definitivo a um tratado, embora não o obrigue à ratificação. Significa dizer que a validade de um compromisso externo depende da vontade conjunta dos poderes Executivo e Legislativo. Cada participação é necessária, mas insuficiente, de maneira individualizada.

[...]

A participação do Poder Legislativo está consagrada, desde a Primeira República até os dias atuais, no processo e conclusão de tratados sem grandes modificações nos textos constitucionais brasileiros.

A última versão que trata sobre a questão está disposta nos artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição Federal de 1988. Percebe-se que a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados.

[...]

A Constituição Federal de 1988 deu uma abrangência maior ao Congresso Nacional (art. 49, I). Isso significa que os acordos, por exemplo, sobre a dívida externa brasileira devem ser submetidos à aprovação do Legislativo e não poderão ser concluídos sob a forma de acordos firmados apenas na esfera do Executivo.

Enquanto cabe ao Poder Executivo conduzir a política externa, ao Legislativo é reservada a missão de exercer o controle dos atos executivos. Os dispositivos constitucionais previstos nos artigos 21, I, e 49, I, exprimem tais prerrogativas:

Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; [...].

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...]. O Congresso Nacional, quando se manifesta por meio da elaboração de decreto legislativo, consolida o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.

[...]

Se, por acaso, o Congresso Nacional se manifestar pela rejeição de um tratado, tal decisão será comunicada, por mensagem, ao Chefe do Poder Executivo. Ou seja, o decreto legislativo, como espécie normativa que é, versa sobre matérias de sua exclusiva competência arroladas no art. 49 da Constituição Federal, como a aprovação de tratados, o julgamento das contas do Presidente da República ou, ainda, sobre assuntos de seu interesse interno. Um único decreto pode, inclusive, aprovar mais de um tratado; mas, se o tratado anteriormente aprovado e devidamente ratificado for posteriormente denunciado, será necessária a elaboração de um novo decreto legislativo, no caso de nova aprovação do mesmo tratado.

O decreto legislativo, por ser da competência exclusiva do Congresso Nacional, não está condicionado à sanção presidencial, sujeitando-se, apenas, à promulgação do Presidente do Senado Federal. Em suma, no que diz respeito ao Estado brasileiro, os tratados, acordos e convenções internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento interno, necessitam de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo. É importante salientar que tal competência limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo. Ou seja, a priori as emendas não são admitidas.

[...]

Com relação ao papel do Congresso Nacional no processo de celebração de tratados, existem muitas discordâncias na doutrina. Alguns entendem que o Congresso ratifica tratados e outros, que somente os tratados “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” devem passar pelo crivo do parlamento.

O não consenso doutrinário remete às seguintes questões: o que seria “resolver definitivamente” e o que seria considerado “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Porém, segundo Mazzuoli (2001, p. 27), “habilitado a ratificar tratados internacionais está somente o Chefe do Executivo e mais ninguém. É sua, nesta sede, a última palavra. Ao Parlamento incumbe aprovar ou rejeitar o tratado assinado pelo Executivo, mais nada”. Assim, a expressão “resolver definitivamente sobre tratados” deve ser entendida em termos, não se podendo dar a ela significado acima de seu real alcance. Assim sendo,

a expressão não significa ratificação, que é ato próprio do Chefe do Executivo, responsável pela dinâmica das relações internacionais, a quem cabe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar as negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído. Por conseguinte, incumbe ao Parlamento aprovar ou não os tratados, submetidos à sua apreciação, e ao Chefe do Executivo, ratificá-los, se aprovados pelo Congresso. Assim sendo, o Congresso Nacional só resolve definitivamente sobre os tratados quando rejeita o acordo, ficando o Executivo, nesse caso, impedido de ratificá-lo. Em caso de aprovação, quem resolve de modo definitivo é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado. A expressão resolver definitivamente, apesar de se manter até hoje nas constituições brasileiras, tem sido considerada das mais impróprias dentre as que dizem respeito à matéria.

Cachapuz de Medeiros (1983, p. 133-134) julga inadequada a expressão, posto que “a decisão efetivamente definitiva incumbe ao Presidente da República, que pode ou não ratificar os tratados, depois de estes terem sido aprovados pelo Congresso”. A manifestação do Congresso Nacional, assim, só ganha foros de definitividade quando desaprova o texto do tratado anteriormente assinado, quando, então, o Presidente da República estará impedido de levar a efeito a ratificação. Mas, se aprovou o tratado submetido à sua apreciação, a última palavra é do Chefe do Executivo, que tem a discricionariedade de ratificá-lo ou não, segundo o que julgar conveniente.

Considera o autor que “os Parlamentos não ratificam tratados internacionais. Somente os examinam, autorizando ou não o Poder Executivo a comprometer o Estado”. E, ainda, afirma:

“a ratificação, por conseguinte, é ato privativo do Chefe do Executivo, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional. Assim, convém fique nítido que a aprovação dada pelo Poder Legislativo não torna um tratado obrigatório, pois o Executivo tem ainda a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar mais conveniente [...]. Um tratado entra em vigor internacionalmente no instante em que os Estados signatários comunicam reciprocamente a existência dos instrumentos de ratificação”.

Para enriquecer ainda mais o tema, Cachapuz (1983, p. 98) traz à discussão as opiniões de Carlos Maximiliano, Themístocles Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda e Celso de Albuquerque Mello. Os dois primeiros autores defendem a tese da possibilidade de o Congresso sugerir modificações. Por sua vez, Pontes de Miranda considera que, como cabe ao Congresso a aprovação ou não dos tratados a ele encaminhados, e, na hipótese de sugestão de alterações, o Presidente da República deveria interpretar que o acordo não conseguiu a devida aprovação, este deve, pois, entabular novas negociações, a seu juízo.

Segundo Mazzuoli (2001, p. 37), o Congresso Nacional não ratifica nenhum tipo de ato internacional. Em verdade, por meio de decreto legislativo, o nosso parlamento federal autoriza a ratificação, que é ato próprio do Chefe do Poder Executivo, a quem compete privativamente, nos termos da Constituição da República (art. 84, VIII), celebrar acordos internacionais. Em outras palavras, o Congresso Nacional apenas aprova ou não o texto convencional – fazendo-o por meio de decreto legislativo –, de forma que a aprovação dada pelo Poder Legislativo, em relação ao tratado, não tem o condão de torná-lo obrigatório, pois o Presidente da República, após isso, pode ou não, segundo o que for mais conveniente aos interesses da Nação, ratificá-lo.

João Barbalho (Cf. MEDEIROS, 1983, p. 97), comentarista de nossa primeira Constituição republicana, tinha o entendimento de que quebrar a integridade de um tratado era o mesmo que “rejeitá-lo *per totum*”. Afirmava, ainda, que “a Constituição reservou para o Poder Legislativo a resolução final dos tratados e, como pela aprovação parcial e indicação de outras cláusulas o ato ficará ainda dependente de novos acordos, a resolução do Congresso deixará então de ser conclusiva e de última instância; serão os tratados como que negociados e feitos por ele e por ele mesmo aprovados”.

[...]

Como se percebe, para a formalização dos tratados, participam sempre o Legislativo e o Executivo. Sem a participação desses dois Poderes, a realização do ato não se completa.

[...]

O decreto legislativo não tem o poder de transformar o acordo assinado pelo Executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional. Tal fato somente vai ocorrer com a posterior ratificação e promulgação do texto do tratado pelo Chefe do Poder Executivo, o qual o faz por meio de decreto, pois, assim como é sua a competência privativa para celebrar tratados, sua também será em matéria de ratificação.

[...]

Após a conclusão da negociação de um tratado, o Presidente da República, como responsável pelas atividades concernentes às relações exteriores, está livre para dar prosseguimento, ou não, ao processo de consentimento a ser desempenhado pelo Congresso Nacional. A remessa de todo tratado ao Poder Legislativo para que o examine e aprove, se assim julgar conveniente, se dará por envio de mensagem do Presidente da República, acompanhada do inteiro teor do compromisso, em língua portuguesa, além da exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores.

[...]

O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Quando o Congresso rejeita o tratado, há, apenas, a comunicação, mediante mensagem, ao Presidente da República.

[...]

O Presidente da República é a autoridade competente para promulgar o ato internacional, depois de devidamente ratificado e, assim, poder ser incorporado à legislação interna. Tal promulgação é dada por decreto presidencial. Não confundir com a promulgação da aprovação do ato internacional, que é feita pelo Congresso, na forma de um decreto legislativo, firmado pelo Presidente do Senado. Essa questão costuma trazer alguma confusão, mas, na realidade, são procedimentos bem distintos.

Segue, ainda, o mesmo artigo na explicitação sequencial dos atos relativos à perfectibilização de um tratado, desde sua negociação até a promulgação presidencial:

Segundo nos ensina Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 217), "negociação é a fase inicial do processo de conclusão de um tratado". Ela é da competência do Poder Executivo, mas não exclusiva do Ministro das Relações Exteriores, que possui competência limitada. Na realidade, ela é partilhada com os representantes do Chefe de Estado, ou seja, com os negociadores, que se reúnem com a intenção de concluir um tratado.

A negociação de um tratado multilateral se desenvolve nas grandes conferências e congressos e determina o fim dessa fase, com a elaboração de um texto escrito, que é o tratado. Em caso de tratado bilateral, normalmente a negociação é entre o Ministro do Exterior ou seu representante e o agente diplomático estrangeiro, assessorados por técnicos nos assuntos em negociação.

A assinatura é a fase que se sucede à negociação. Algumas modificações têm sido notadas com relação à sua importância, tanto em razão do desenvolvimento da ratificação como ato discricionário, como, também, pela sua desobrigação nas convenções internacionais do trabalho. Há, ainda, a assinatura diferida, que consiste em se dar aos Estados um prazo maior para a assinatura do tratado, a fim de que os Estados que não participaram das negociações constem como partes contratantes originárias. Essa prática tem tornado a assinatura diferida muito semelhante à adesão, distinguindo-se, desta, em razão da ratificação.

[...]

A ratificação é outra fase do processo de conclusão dos tratados. Ela confirma a assinatura do tratado e dá validade a ele. Sua principal

característica é ser um ato discricionário, do que decorrem duas consequências: a) a indeterminação do prazo para a ratificação, podendo ser realizada pelo Estado no momento que assim julgar oportuno, salvo quando há prazo estipulado para tal; e b) a licitude da recusa da ratificação.

A ratificação é o ato administrativo mediante o qual o Chefe de Estado confirma o tratado firmado em seu nome, ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. Como regra, só ocorre a ratificação depois que o tratado for devidamente aprovado pelo Poder Legislativo. Segundo ensina Accioly (2002, p. 35), o acordo ou tratado pode prever a sua própria ratificação, sem, contudo, dispensar as formalidades constitucionais estabelecidas para esse fim. Pode haver, inclusive, a recusa de um dos signatários, por qualquer motivo, a ratificá-lo, ainda que autorizado pelo órgão competente.

Na definição de Sette Câmara, citado por Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 220), “é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais”. A ratificação é um ato do Poder Executivo, exigindo ou não a prévia autorização do Legislativo. Como ensina Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 221), “a ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados”. E, segundo o autor, as principais razões são a importância das matérias que são objeto do tratado, que devem ser apreciadas pelo chefe de Estado; a questão do excesso de poderes ou violação das instruções dadas aos negociadores, quando da assinatura do tratado; e, ainda, a possibilidade que o procedimento oferece ao chefe de Estado de obter preventivamente o concurso dos órgãos (Congresso) necessários, pelo direito interno, para a formação da vontade que ele deverá declarar internacionalmente.

[...]

A promulgação existe em razão de o tratado não ser fonte do direito interno. Ou seja, o tratado dá-se no plano internacional e a promulgação é o instrumento por meio do qual a sua executoriedade é inserida no direito interno. A promulgação é a fase que ocorre após a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação. É, segundo Accioly (1935; 2002), “o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a

competência estatal". Os efeitos da promulgação são tornar o tratado executório no plano interno e constatar a regularidade do processo legislativo. No Brasil, a promulgação é feita por decreto do Presidente da República, com a publicação do texto, na íntegra, no *Diário Oficial da União*. *Após a fase da promulgação, segue-se a publicação, que é a condição essencial para o tratado ser aplicado no âmbito interno*. No Brasil, publica-se tanto o decreto legislativo, em que o Congresso aprova o tratado, quanto o decreto do Poder Executivo, no qual, efetivamente, ele é promulgado. O texto do tratado acompanha o decreto de promulgação. A publicação é feita no Diário Oficial da União e incluída na "Coleção de Leis do Brasil". *O Supremo Tribunal Federal considera obrigatória a promulgação para o tratado vigorar internamente.*

[...]

De acordo com a legislação brasileira, no que se refere aos tratados, constata-se que, após cumpridas as formalidades pelos agentes diplomáticos, eles tornam-se obrigatórios somente depois de submetidos às fases de apreciação e de autorização pelo Congresso Nacional e de, ainda, serem ratificados pelo Presidente da República.

No Brasil, para que os tratados sejam incorporados ao ordenamento interno, é necessária a prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo. Na aprovação de ato internacional, o Congresso se limita a autorizar o Executivo a ratificar e a promulgar o tratado, caso seja de sua vontade. Vale dizer que, *mesmo com a aprovação, no Congresso Nacional, o tratado, convenção ou acordo internacional não se completa, nem se torna obrigatório, sem a promulgação presidencial.*

É certo que há respeitáveis críticas à manutenção de tal sistemática de recepção que, baseada no dualismo, condiciona de modo impactante a configuração juridicamente complexa que passa a estruturar o ato²⁰. Contudo, já adotei, reitero, em voto proferido na Suprema Corte – órgão jurisdicional competente para delinear o sentido da nossa Lei Fundamental quanto ao procedimento de recepção de atos normativos internacionais, com orientação segura a respeito –, a linha de pensamento exposta.

Destaco que minha leitura constitucional parte do exame dos seguintes preceitos, essenciais ao equacionamento do tema:

Art. 49 CF: É da Competência exclusiva do Congresso Nacional
I - Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional

Art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Cabe enfatizar, aqui, que a locução “resolver definitivamente” sobre os tratados internacionais, considerada inadequada, reitero, por Cachapuz de Medeiros, ilustre professor gaúcho Consultor por muitos anos do Itamaraty, dentre outros insignes doutrinadores, se faz presente, na tradição do nosso Direito Constitucional republicano, desde a Constituição de 1891 até a Constituição Cidadã de 1988, em todos os textos, com ressalva da Carta autocrática de 1937. Confirmam-se:

(i) Constituição de 1891 – art. 34, 12: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 12. Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras”;

(ii) Constituição de 1934 – art. 40, “a”: “É da competência exclusiva do Poder Legislativo: a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz”;

(ii) Constituição de 1937 – diante de suas próprias características centralizadoras, esta Constituição contou com dispositivo diverso em relação à competência para analisar tratados, nos termos de seu art. 15, I: “Compete privativamente à União: I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo Diplomático e Consular, celebrar tratados e convenções internacionais”;

(iv) Constituição de 1946 – art. 66, “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República”;

(v) Constituição de 1967 – art. 47, I: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República”;

(vi) Emenda Constitucional nº 1/69 – art. 44, I: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”; e

(vii) Constituição de 1988 – art. 49, I: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Em suma, a incorporação ao direito interno dos tratados internacionais – designação genérica que abrange e equivale a convenção e atos internacionais em geral, como os Protocolos Facultativos, que são atos de direito internacional público, tudo conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados já incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro –, somente se completa ao se esgotar o ciclo de sua internalização. E a última fase ou estágio procedimental é a da promulgação/publicação por decreto presidencial, a viabilizar-lhe a vigência interna, conferindo-lhe publicidade, outorgando-lhe executóriedade e autorizando sua aplicação no âmbito doméstico pelos agentes e autoridades do Estado.

Acrescento que, de acordo com o sistema dualista moderado adotado tradicionalmente no Brasil, a incorporação de um tratado à ordem jurídica nacional depende da prática de um ato complexo, em que concorrem as vontades do Executivo e do Legislativo. O Congresso Nacional resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e do Presidente da República, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe da competência para promulgá-los, mediante decreto. De fato, as fases de elaboração e internalização de um tratado incluem, no Brasil: a negociação e a assinatura (atos do Executivo), a aprovação do Congresso por meio de Decreto Legislativo, a ratificação, a promulgação e a publicação (também atos do Executivo).

A perspectiva complexa do ato de interiorização, cuja integridade depende de que se levem a termo todos os atos a serem praticados pelo Legislativo e Executivo, é, portanto, tradição do Estado brasileiro. Na perspectiva constitucional, a atuação do Chefe de Estado, pela via do decreto presidencial, para promulgação e publicação dos atos internacionais, como etapas obrigatórias da respectiva internalização, justifica-se pela teoria dos poderes implícitos, a partir da leitura do art. 84, VIII, da Constituição.

O Estado brasileiro assume responsabilidade no Plano Internacional depois de ratificado o ato internacional pelo presidente da República, em sua condição institucional de Chefe de Estado, com o respectivo arquivamento, mas a aplicabilidade no âmbito interno depende da promulgação/publicidade por decreto presidencial.

A locução “resolver definitivamente”, contida no texto constitucional, longe de afastar a tese preconizada, traduz apenas a autorização parlamentar, via Decreto Legislativo – segunda fase do procedimento de incorporação do tratado (e atos internacionais equivalentes) ao ordenamento jurídico interno do Brasil) –, para a ratificação, ou não, do ato internacional, pelo Chefe de Estado, configuradora da terceira fase.

Só a deliberação negativa do Congresso Nacional é que tem o pretendido caráter de definitividade, a encerrar, em ocorrendo, e de forma anômala, o necessário procedimento de integração do tratado ao direito doméstico (e necessário porque o tratado não é fonte de direito interno). A aprovação congressual, mediante Decreto Legislativo, não obriga o presidente da República a ratificar o ato internacional.

Já a promulgação e publicação do tratado, a que anexo em sua íntegra, via decreto presidencial – a quarta fase, posterior à de ratificação e depósito –, imprime-lhe caráter executório no plano interno, tornando-o obrigatório.

Exemplifico o procedimento com o Decreto 9482, de 27.8.2018, que promulgou o Protocolo de Emenda à Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda e seu protocolo, firmado em Mendoza em 21.7.2017.

Note-se que a orientação a respeito da necessidade de promulgação presidencial, após a edição do Decreto Legislativo, não se altera nem mesmo em face da alteração procedida pela inserção, no art. 5º da Carta Magna, do § 3º, segundo o qual “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (EC nº 45/2004). De fato, ao julgar a ADI nº 903/MG, Pleno, relator Ministro Dias Toffoli, *DJe* de 7.2.2014, entendeu a Suprema Corte que (nos termos

da ementa do julgado unânime) “o primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, [...] foi internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009”. A questão relativa à especificidade do § 3º, no âmbito das consequências decorrentes da aprovação do tratado ou convenção pelo mesmo processo de emenda constitucional, está vinculada, portanto, à hierarquia normativa com que aqueles, assim internalizados, se inserem na ordem jurídica nacional, não havendo alteração quanto à parte final do ato complexo de internalização referente à atividade necessária e posterior do Poder Executivo.

Em outras palavras, ao contrário da vasta discussão entre dualismo e monismo, com reflexos diretos na questão controvertida, não repercute na esfera dos autos a extensa polêmica acerca do nível hierárquico de recepção, na ordem interna, dos instrumentos internacionais. Seja qual for a ótica adotada – dentre elas, a que vê nos instrumentos de direitos humanos normas equiparadas às constitucionais, ou supralegais, ou infraconstitucionais, dependendo da época e forma de recepção – não se está, aqui, a discutir possíveis relações de conflito entre o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seu Primeiro Protocolo Facultativo e outras normas internas, mas, tão somente, o nível de integridade do procedimento constitucional de recepção daqueles documentos.

O tema tem relevo para o caso concreto justamente *porque não ocorreu a promulgação presidencial do Primeiro Protocolo*. Chegou-se à edição de Decreto Legislativo (nº 311, de 16.6.2009, publicado no *DOU* do dia seguinte), mas o Executivo não implementou a última etapa necessária para completar o ciclo da internalização respectiva ao direito doméstico, o que significa, nos moldes expostos, a sua não vigência no plano interno brasileiro.

Há, portanto, dois prismas sobre a questão: do ponto de vista externo, ou internacional, o Estado brasileiro ratificou o *Primeiro Protocolo*, encontrando-se obrigado, na esfera internacional, a dar cumprimento, de boa-fé, ao que nele disposto; do ângulo interno, não há falar, contudo, em vigência nem em executoriedade.

3. O trâmite do Caso nº 2841/2016 no Comitê de Direitos Humanos e o compromisso brasileiro com a proteção desses direitos

Em 28.7.2016, o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva apresentou requerimento individual ao Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Caso nº 2841/2016) à alegação, de modo principal, da perda de imparcialidade do Juiz Federal Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, para julgar caso em que réu o peticionante. Tal situação estaria a violar o *Pacto de Direitos Políticos e Cívicos*, especialmente quanto à proteção contra prisão ou detenção arbitrária (artigo 9º); à presunção de inocência (artigo 14); à proteção contra interferência arbitrária na privacidade e contra ofensas ilegais à honra e à reputação (artigo 17); e à garantia de ser julgado por um tribunal independente e imparcial (artigo 14). A representante permanente do Brasil em Genebra foi notificada em nota de 25.10.2016. Após duas prorrogações, o Estado brasileiro apresentou manifestação em 27.1.2017, fornecendo informações sobre a Operação Lava-Jato e sobre os processos judiciais instaurados contra o peticionante, além de requerer a declaração de inadmissibilidade do pedido. Em 26.7.2017, o Escritório do Alto Comissariado remeteu às autoridades observações adicionais do interessado a respeito da admissibilidade da pretensão. Em resposta, estas enviaram ao Comitê de Direitos Humanos nova informação, em 29.9.2017, reiterando o requerimento de inadmissibilidade.

Em 5.10.2017, o peticionante se manifestou para informar sua condenação por sentença proferida pelo Juiz Federal Sérgio Moro, em 12.7.2017, a nove anos e meio de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, o que estaria a demonstrar a parcialidade com que conduzido tal processo e a inutilidade de utilização dos recursos internos cabíveis. Tal alegação foi transmitida ao Estado brasileiro pelo Alto Comissariado em 12.1.2018. Em 29.1.2017, realizada nova comunicação pelo interessado, desta vez para informar que, em 24.1.2018, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região havia confirmado a sentença condenatória anterior, com majoração da pena imposta para doze anos. Além do reforço ao argumento de parcialidade do Poder Judiciário brasileiro na condução do caso, pela primeira vez teceu o peticionante comentários a respeito da possibilidade e necessidade de concessão, pelo Comitê, de medida de caráter provisório apta a afastar os efeitos deletérios de tal condenação em relação à participação do autor nas eleições

presidenciais de 2018. Tal evento foi comunicado ao Estado brasileiro por nota do Alto Comissariado, em 30.1.2018. Nessa mesma oportunidade, o Alto Comissariado informou que eventual manifestação das autoridades brasileiras deveria ser encaminhada ao Comitê de Direitos Humanos até o dia 3.4.2018.

O Estado brasileiro apresentou manifestação no último dia do prazo, abordando tanto as considerações tecidas pelo autor em 5.10.2017, quanto as de 29.1.2018. Na sequência, em 4.4.2018, o Supremo Tribunal Federal denegou *habeas corpus* preventivo impetrado pelo ex-Presidente. Dois dias após, a defesa protocolou pedido de medida cautelar perante o Comitê de Direitos Humanos, deduzido com o objetivo de evitar a prisão do querelante. Indeferido tal pedido em 22.5.2018, porque ausente risco iminente de dano irreparável. Nesse ponto, decidiu o Comitê dar exame conjunto à admissibilidade e ao mérito da pretensão, diante da sobreposição de elementos a serem considerados nos dois pontos, de acordo com o que dispõe o artigo 100 das Regras de Procedimento do Comitê. Assim, na mesma data de 22.5.2018, o Estado brasileiro foi comunicado a se manifestar sobre a admissibilidade e o mérito do pedido no prazo de seis meses, ou seja, até 22 de novembro de 2018, encontrando-se, portanto, o prazo em curso.

Em 17.8.2018, todavia, o Comitê de Direitos Humanos veio a informar ter decidido atender o pedido de 27.7.2018, no que se refere ao exercício de direitos políticos em face da proximidade das eleições deste ano. A concessão da medida não foi precedida da oportunidade ao governo brasileiro para manifestação específica a respeito. Os relatores especiais do caso, em nome do Comitê (que não se encontrava reunido para deliberação) concluíram pela possível ocorrência de danos irreparáveis à esfera de direitos do autor. A concessão se lastreou, basicamente, no que dispõe o artigo 25 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, quanto ao aspecto substantivo, além do que estabelecido na Regra 92 das Regras de Procedimento do Comitê – normas adotadas em caráter interno, sem aprovação dos Estados Partes daquele Pacto – no âmbito procedimental.

O artigo 25 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* estabelece que:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país²¹.

Por sua vez, a Regra 92 estipula, basicamente, que o Comitê pode, antes de chegar à sua conclusão final, informar ao Estado Parte sua opinião a respeito da conveniência de adoção de medidas provisórias para evitar dano irreparável ao denunciante. Nesse caso (ainda segundo o dispositivo), o Comitê informará ao Estado Parte que essa expressão de sua opinião sobre as medidas provisórias não implica nenhuma decisão sobre o mérito da comunicação.

Como visto, não houve, ainda, exame da admissibilidade do pedido deduzido, estando expresso pelo próprio Regulamento Interno da Comissão, aliás, que o deferimento de medida provisória não significa qualquer julgamento relativo ao tema de fundo.

No aspecto da admissibilidade desse tipo de pleito individual, tem aplicação o artigo 5º do *Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*:

1. O Comitê examinará as comunicações recebidas em virtude do presente Protocolo, tendo em conta as informações escritas que lhe sejam submetidas pelo indivíduo e pelo Estado Parte interessado.
2. O Comitê não examinará nenhuma comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que:
 - a) A mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou dedecisão.
 - b) O indivíduo esgotou os recursos internos disponíveis. Esta regra não aplica se a aplicação desses recursos é injustificadamente prolongada.
3. O Comitê realizará suas sessões a portas fechadas quando examinar as comunicações previstas no presente Protocolo.
4. O Comitê comunicará as suas conclusões ao Estado Parte interessado e ao indivíduo²².

Comentando tal dispositivo, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma:

O primeiro requisito de admissibilidade [...] é a inexistência de litispendência internacional, não podendo a mesma questão ali deflagrada estar em exame (processada ou já julgada) por outra instância internacional de investigação (outro Comitê congênere) ou de solução (v.g., uma corte internacional). O segundo requisito versa sobre a já conhecida regra do prévio esgotamento dos recursos internos (também chamada de "*local remedies rule*"). Nos termos dessa regra, a parte, antes de iniciar um procedimento internacional qualquer, deve esgotar anteriormente todos os recursos disponíveis no âmbito do direito interno para salvaguardar o seu direito potencialmente violado, somente podendo iniciar um procedimento internacional quando a mais alta corte de seu país houver julgado improcedente a sua demanda. Tal é a regra em sua forma clássica que, modernamente, comporta várias limitações, entre elas a de não ser utilizável quando a aplicação de tais recursos prolongar-se injustificadamente, à maneira do que autoriza o art. 5º, § 2º, b, do próprio Protocolo²³.

A essência da restrição à admissibilidade de pedidos, quando ainda pendente a possibilidade de recursos internos, está também delineada no artigo 2º do *Primeiro Protocolo*, segundo o qual "[...] os indivíduos que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine".

Quando do exame conjunto da admissibilidade e do mérito, o Comitê de Direitos Humanos apreciará o requisito do esgotamento dos recursos internos, a partir inclusive das informações a serem ainda prestadas pelo Estado brasileiro, dentro do prazo aberto para manifestação em 22.5.2018 e ainda em curso, repito. Sobre esse tema, é sabido que, no momento, a condenação imposta pela sentença proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região está sendo objeto de recurso especial admitido na origem para o Superior Tribunal de Justiça, em 22.6.2018. Além disso, medidas internas de natureza cautelar têm sido usadas pela defesa no âmbito do Poder Judiciário – nesse sentido, por exemplo, o Agravo no Pedido de Tutela Provisória nº 1527/RS, destinado a dar efeito suspensivo ao citado recurso especial (STJ, 5ª Turma, relator Ministro Felix Fischer, DJe de 10.8.2018), assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM TUTELA PROVISÓRIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE MATÉRIA MERITÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – Nos termos em que aduzem os arts. 294, 300 e 1.029, § 5º, II, do Código de Processo Civil, a concessão da tutela provisória de urgência, dirigida ao relator do recurso exige a presença da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

II – Na hipótese, tem-se que as razões avocadas no presente pedido sugerem verdadeira antecipação em matéria meritória, para, *in limine*, alterar a conclusão do Tribunal *a quo*, o que implicaria, inevitavelmente, em precipitar o pronunciamento da instância *ad quem*, subvertendo o regular compasso procedimental, bem como a ordem sistêmica predisposta no cipoal normativo.

III – Tratando-se de condenação já confirmada em segundo grau de jurisdição é admissível a execução provisória da pena, na esteira da mais recente jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Justiça. Precedentes.

Destaco que a meu ver é impossível afirmar ter o Estado brasileiro faltado, em linhas gerais, com a cooperação de boa-fé em relação às Nações Unidas e seus órgãos de proteção dos direitos humanos. Pelo contrário, a partir da redemocratização, o Brasil tem se notabilizado por estreitar os laços com tais órgãos, não apenas no âmbito das medidas gerais anteriormente descritas, mas também em relação a eventuais procedimentos especiais – mecanismos destinados a averiguar e aprofundar o exame tópico de questões relativas a direitos humanos. Assim:

Nos últimos anos, o Brasil adotou medidas para aprofundar a cooperação e o diálogo com os procedimentos especiais das Nações Unidas. Em 19 de dezembro de 2001, o então Presidente da República [...] formulou um convite aberto aos peritos do sistema de direitos humanos para que visitassem o Brasil sempre que assim o desejassem. Como ressaltou o Secretário de Estado dos Direitos Humanos do respectivo governo, [...] o Brasil foi o primeiro país na América do Sul e o décimo segundo no mundo a estender esse tipo de convite aos relatores das Nações Unidas, tornando supérflua a costumeira autorização para entrada da missão no país. A iniciativa brasileira destacou-se, à época, entre os poucos países em desenvolvimento, podendo ser considerada como uma demonstração de abertura no campo dos direitos humanos, ainda mais ao se levar em conta o passivo na realização dos direitos humanos em âmbito nacional.

Entre 1992 e 2006, o Brasil recebeu a visita de diversos relatores especiais: violência contra as mulheres (1996), efeitos adversos de produtos tóxicos e perigosos e direitos humanos (1998), tortura (2000), direito à alimentação (2002), direito ao desenvolvimento (2003), tráfico de crianças, prostituição e a pornografia infantis (1992/2003), execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias (2003), direito à moradia adequada (2004), independência de juízes e advogados (2004), defensores dos direitos humanos (2005), e racismo e discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância racial (1995/2005).

Em geral, após as visitas, os peritos apresentam relatórios ao sistema de direitos humanos das Nações Unidas, que assinalam os pontos positivos e aspectos preocupantes, identificados durante a missão, e tecem recomendações para melhorar a situação geral dos direitos humanos no país visitado, no contexto de um diálogo construtivo. Neste contexto, na maioria das vezes, o governo brasileiro recebeu as observações dos peritos com naturalidade e procurou concretizar grande parte das recomendações²⁴.

Da soma de todos esses elementos – limitações do poder vinculante das decisões proferidas pelos órgãos da ONU, existência de pendência no processo de interiorização à ordem interna do Primeiro Protocolo, ausência de formalização, pelo Comitê de Direitos Humanos, do exame de admissibilidade do pedido deduzido, reiterada atuação do Estado brasileiro em cooperação e boa-fé no relacionamento com os órgãos de direitos humanos das Nações Unidas – deduz-se, a meu ver, a caracterização de uma situação especial no âmbito das relações de direito internacional. Considerada a questão sob essas premissas, a decisão emanada do Comitê é condicionada em duplo grau: pela natureza do órgão, não vinculante em suas conclusões, e pela própria natureza do ato – proferido em pedido ainda não analisado em termos de admissibilidade, e sem oitiva do Estado brasileiro. Há, é certo, uma carga inegável de compromisso necessário do Brasil, no adequado contexto das relações de direito internacional público, em relação à aplicação do *Primeiro Protocolo*, pois tal instrumento foi ratificado, a gerar justa expectativa na ordem internacional a respeito do acatamento do Estado brasileiro a instrumento livremente adotado²⁵. Em consequência desse acatamento, na esfera internacional, ao *Pacto* e ao *Primeiro Protocolo*, a decisão, ainda que provisória, do Comitê de Direitos Humanos da ONU precisa ser sopesada com todo o respeito que merece. Há, porém, que analisar a questão, como enfatizei, sob o âmbito interno,

porque o próprio direito previsto no artigo 25, *b*, do Pacto, quanto à prerrogativa “de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores” está, nos termos do *caput*, garantido contra “restrições infundadas”, o que equivale a dizer que restrições legalmente impostas pela lei nacional à capacidade de concorrer em eleições diretas podem ser consistentes com os termos do próprio *Pacto*. Essa possibilidade não foi sequer aventada pela decisão provisória, que não se manifestou, sequer colateralmente, a respeito do cumprimento da legislação nacional como razão para as restrições que o demandante considera indevidas.

A questão que se coloca, enfim, pode ser resumida em termos simples: deve ser suprimida do Poder Judiciário a possibilidade de exame aprofundado e exauriente de todas as questões que, a seu tempo e modo devidos, nos termos da lei nacional, foram jurisdicionalizadas em torno da possibilidade de candidatura do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, diante de decisão provisória dada por órgão internacional de direitos humanos sem poder vinculante e sequer realizada a admissibilidade prévia do pedido? Sem que disso decorra, no caso concreto e diante de suas peculiaridades, violação da boa-fé típica das relações internacionais das quais o Brasil faz parte, entendendo caber ao Poder Judiciário, com a devida vênia, o esgotamento jurisdicional de todas as questões envolvendo o registro de candidatura em questão, nada obstando que, a partir desse exame, chegue tal Poder a conclusão diversa da estabelecida, em caráter provisório, pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, mormente em face do que dispõe seu direito interno.

Peço vênia, pois, ao eminente Ministro Edson Fachin, que em voto profundo e brilhante abriu divergência, para, na esteira do convencimento que já manifestei em julgamento do STF e da jurisprudência da Suprema Corte a respeito, nos moldes antes expostos, acompanhar o Ministro relator no ponto.

IV. Candidatura sub-judice. Recurso pendente de julgamento. Art. 26-C da Lei Complementar nº 64/1990 e art. 16-a da Lei 9.504/1997. Exegese. CF, art. 77, § 4º. Da eficácia imediata das decisões proferidas pela Justiça

Eleitoral sob viés prospectivo. *Distinguishing*. Inviabilidade da adoção de exegese que implique prejuízo irreparável candidato requerente.

Definido o enquadramento do candidato Luiz Inácio Lula da Silva na inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, decorrente de condenação criminal por órgão colegiado, cujos efeitos reputo não atingidos pela manifestação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, prossigo no exame da controvérsia quanto à possibilidade de candidato a presidente da República com registro indeferido no TSE continuar na disputa da eleição com o nome registrado na urna, por conta e risco, na condição de *sub judice*, em razão da existência de recurso pendente de julgamento.

A compreensão da matéria enseja o exame, além do já apontado art. 26- C da Lei Complementar nº 64/1990, do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, *in verbis*:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por *instância superior*. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

Anoto que até 2009, parecia não haver dúvidas a respeito do exame definitivo das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade no momento do registro de candidatura, tal qual fotografia a retratar o instante. À época, eventos posteriores a tal marco não alteravam o então apurado e decidido. Porém, em 2009, a Lei nº 12.034 acrescentou dois dispositivos à Lei nº 9504/1997: os arts. 11, § 10 (“As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade”) e 16-A (“O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade

dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”). A seguir, em 2013, a Lei nº 12.891 acresceu o art. 16-B (“O disposto no art. 16-A quanto ao direito de participar da campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito, aplica-se igualmente ao candidato cujo pedido de registro tenha sido protocolado no prazo legal e ainda não tenha sido apreciado pela Justiça Eleitoral”), restando alterada a dinâmica anterior.

Nos termos de precedente do Tribunal Superior Eleitoral, “[...] o TSE, por maioria, entendeu que registro *sub judice* é todo aquele que foi impugnado, independentemente se deferido ou indeferido” (MS nº 4223-41/RO, redatora designada Ministra Nancy Andrighi, *DJe* de 8.8.2011).

A despeito de oscilações da jurisprudência desde então a respeito do limite temporal para o conhecimento do fato superveniente de que trata o art. 11, § 10, da Lei nº 9504/1997, o entendimento prevalecente na atualidade situa tal marco temporal na data da diplomação, embora o tema ainda esteja em debate, para efeito de eventual elastecimento, em processo ainda hoje em curso nesta Casa. Transcrevo precedentes:

Eleições 2016. Recurso ordinário. Recebimento. Recurso especial. Fungibilidade. Registro de candidatura. Vereador. Deferimento. Fato superveniente. Aprovação das contas com ressalvas. Exame de documento novo na instância especial. Mudança de jurisprudência. Provimento.

[...]

2. *As circunstâncias fáticas e jurídicas supervenientes ao registro de candidatura que afastem a inelegibilidade, com fundamento no que preceitua o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, podem ser conhecidas em qualquer grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias, até a data da diplomação, última fase do processo eleitoral, já que em algum momento as relações jurídicas devem se estabilizar, sob pena de eterna litigância ao longo do mandato. Deve-se conferir máxima efetividade à norma específica dos processos judiciais eleitorais, em prol de valores como a segurança jurídica, a prestação jurisdicional uniforme e a prevalência da vontade popular por meio do voto.*

3. Tal sistemática se harmoniza com o disposto no art. 493 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”.

[...]

6. Recurso provido para deferir o registro de candidatura (Recurso Ordinário nº 9671, rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, PSESS em 23.11.2016 – destaqueei).

Eleições 2016. Agravos regimentais em recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de prefeito indeferido pelas instâncias ordinárias. Motivo: condenação pela corte de contas, em procedimento de denúncia por irregularidade em procedimento licitatório enquanto presidente de comissão permanente de licitação. Para a incidência da causa de inelegibilidade da alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, faz-se necessária a existência de julgamento de contas de gestores públicos, relativas ao exercício de cargos ou funções públicas. Precedente: RO 752-53/ES, rel. resignada min. Luciana Lóssio, publicado na sessão de 30.9.2014. Fato superveniente à data da realização do pleito, mas anterior a 19.12.2016, último dia do prazo para a diplomação dos eleitos, pode afastar a causa de inelegibilidade. Precedente: ED-REspe 166-29/MG, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 7.3.2017. Ausência de argumentos hábeis para modificar a decisão agravada que proveu o recurso e deferiu o registro de candidatura. Agravos regimentais desprovidos, ficando, por conseguinte, prejudicado o pedido de liminar para suspender a execução imediata da decisão agravada.

[...]

4. A orientação jurisprudencial do colendo TSE é afirmativa de que os fatos supervenientes à eleição, que afastem as causas de inelegibilidade listadas no art. 1º, I da LC 64/1990, podem ser considerados e acolhidos, se ocorridos até o último dia do prazo para a diplomação dos eleitos. Precedente: ED-REspe 166- 29/MG, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 7.3.2017.

[...]

6. Agravos regimentais desprovidos (REspe nº 150-56.2016.6.23.0006, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.6.2017).

Conforme relatado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do AgR/ REspe nº 32311/SE, DJe de 7.8.2017:

Fixada a premissa de que os pressupostos para a candidatura devem estar preenchidos na data do pleito, entendo que as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro de que trata o art. 11, § 10, da Lei das Eleições só podem ser *aquelas ocorridas entre o registro e a eleição que afastam a inelegibilidade*, como ocorre, v.g, na hipótese da Súmula nº 70 do TSE, *ou as alterações ocorridas após a eleição e antes da diplomação*, que, precariamente ou definitivamente, afastem o próprio suporte fático-jurídico que dava origem à inelegibilidade,

desconstituindo a sua a eficácia (e.g., as decisões que afastam a inelegibilidade através da sistemática prevista no art. 26-C da própria Lei das Inelegibilidades ou do poder geral de cautela e as hipóteses de afastamento integral do suporte fático-jurídico da inelegibilidade pelo Judiciário ou pela administração). (Destaquei.)

Ora, aberta, por lei, a possibilidade de produção de efeitos de provimento jurisdicional que determina o afastamento, ainda que liminar, da causa de inelegibilidade pelo menos no período entre o registro e a diplomação, é preciso admitir, em consequência, que a negativa de registro, enquanto não transitar em julgado, leva a candidatura a permanecer *sub judice*, para os efeitos dispostos no art. 16-A da Lei nº 9504/1997. É que, cabendo revisão da decisão, não se pode impor ao postulante prejuízo irrecuperável. Daí resulta que o postulante a cargo eletivo tem assegurado, enquanto não transitada em julgado a decisão de indeferimento do registro de candidatura, o direito de participar da campanha eleitoral, inclusive quanto à utilização do horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Mandado de segurança. Indeferimento de registro. Realização de atos de campanha.

1. *O art. 45 da Res.-TSE nº 23.373 – reproduz o teor do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 – expressamente estabelece que o candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter o seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição.*

2. *Não se pode – com base na nova redação art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, dada pela Lei Complementar nº 135/2010 – concluir pela possibilidade de cancelamento imediato da candidatura, com a proibição de realização de todos os atos de propaganda eleitoral, em virtude de decisão por órgão colegiado no processo de registro, sobretudo porque, caso sejam adotadas tais medidas, evidentemente as candidaturas estarão inviabilizadas, quer em decorrência do manifesto prejuízo à campanha eleitoral, quer pela retirada do nome do candidato da urna eletrônica.*

Agravo regimental não provido. (AgR-MS nº 886-73, relator Ministro Arnaldo Versiani, PSESS de 25.9.2012. No mesmo sentido, o AgR-Rcl nº 87629/RN, relator Ministro Arnaldo Versiani, PSESS de 4.10.2012.)

Candidatura – Indeferimento – Consequência. A teor do disposto no artigo 16-A da Lei nº 9.504/1997, *o candidato com registro pendente de decisão judicial pode praticar todos os atos relativos à campanha, utilizando inclusive o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão, assegurada a inserção do nome na urna eletrônica, independentemente de liminar afastando os efeitos da glosa verificada* (RP nº 892-80.2012.6.00.0000, relator Ministro Marco Aurélio, PSESS de 9.10.2012).

Entendo que a exigência de celeridade que norteia o processo eleitoral não pode levar à supressão de garantias fundamentais inerentes ao contraditório e à ampla defesa asseguradas no art. 5º, LV, da Carta Magna. Destaco, nesse sentido, que o legislador prestigiou, no art. 10 do novo Código de Processo Civil, a imprescindibilidade da observância do postulado constitucional do contraditório, em todos os graus de jurisdição, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva o juiz decidir de ofício, como as matérias de ordem pública.

Com efeito, a atividade judicante, particularmente no âmbito da jurisdição eleitoral, pautada pela prudência, não pode desconsiderar o fato de que:

Ainda que passíveis de recurso, decisões judiciais proferidas em meio ao certame possuem efeitos políticos extraprocessuais inegáveis: fulminam candidaturas, direcionam a opinião pública, influenciam diretamente no momento decisório das urnas e, consequentemente, perpetuam seus efeitos sobre o processo democrático como um todo, não somente dentro dos limites da lide. (PECCININ, Luiz Eduardo e GOLAMBIUK, Paulo Henrique. O Impacto do Contraditório Substancial no Direito Eleitoral à Luz do Novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luz Fernando. *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.)

A tutela jurisdicional do pleito eleitoral tem como pressuposto a prevalência da Constituição Federal, instituidora de um Estado democrático de direito marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso porque todos os poderes da República têm a sua origem e fundamento na Constituição, manifestação da soberania popular representada em momento histórico pela Assembleia Nacional Constituinte e atualizada pelos procedimentos reveladores da manifestação do poder constituinte derivado.

De fato, em uma época na qual sobeja a desconfiança do povo em relação aos seus representantes e o descrédito da atividade política entre os brasileiros atinge níveis lamentavelmente elevados, uma época em que muito se fala em crise de representatividade, em déficit de legitimidade e diferentes modelos de reformas políticas são discutidas, não é difícil ficar tentado a uma interpretação do texto Constitucional que lhe subtraia garantias e proteções.

Vale lembrar que a história universal é farta de exemplos de que a erosão das instituições garantidoras da existência dos regimes democráticos, quando ocorre, lenta e gradual, normalmente tem origem nas melhores intenções – moralidade pública, eficiência do Estado, combate à corrupção etc.

A ideia de democracia – e, particularmente, a democracia representativa – não pode ser tratada, juridicamente, como conceito meramente abstrato, ideal vago ou simples retórica, sem densidade semântica e normativa apta a determinar, na vida prática da República, os modos de funcionamento do Estado e de relacionamento entre as instituições e os poderes. Nesse sentido:

Ação cautelar. Indeferimento de registro. Realização de atos de campanha. 1. O art. 45 da Res.-TSE nº 23.373 – que reproduz o teor do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 – expressamente estabelece que o candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter o seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição. 2. *Não se pode – com base na nova redação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, dada pela Lei Complementar nº 135/2010 – concluir pela possibilidade de cancelamento imediato da candidatura, com a proibição de realização de todos os atos de propaganda eleitoral, em virtude de decisão por órgão colegiado no processo de registro, sobretudo porque, caso sejam adotadas tais medidas, evidentemente as candidaturas estarão inviabilizadas, quer em decorrência do manifesto prejuízo à campanha eleitoral, quer pela retirada do nome do candidato da urna eletrônica.* Agravo regimental não provido. (Ação Cautelar nº 98713, relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: PSESS 4.10.2012.)

Recurso especial. Eleições 2012. Anulação do pleito. Registro de candidato. Deferimento. Prefeito. Nova eleição. Peculiaridades do caso concreto. Artigo 16-A da Lei nº 9.504/1997. Inelegibilidade. Lei

Complementar nº 135/2010. Candidato que não deu causa à anulação do pleito. Participação no certame. Possibilidade. Afronta ao art. 219 do Código Eleitoral. Ausência. Falta de demonstração do dissídio jurisprudencial. Recurso desprovido.

1. *Com fulcro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o candidato não pode ser prejudicado em seu direito subjetivo de ser votado, porquanto a compreensão segundo a qual o prazo inelegibilidade deve ser estendido até o final do ano das eleições somente veio a ser sedimentada no julgamento de seu próprio pedido de registro para as eleições que findaram anuladas.*

2. Não evidencia a responsabilidade do candidato pela nulidade do pleito, porquanto, de acordo com o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, lhe é facultado concorrer com registro indeferido e *sub judice*.

3. Esta Corte firmou o entendimento de que o candidato que deu causa à anulação do pleito não poderá participar das novas eleições, porém tal vedação ocorre em razão da prática de ilícito eleitoral pelo próprio candidato, o que não ocorreu no caso dos autos.

4. Segundo a jurisprudência do TSE, é “correta a decisão que defere o registro de candidatura no pleito renovado, desde que verificados o preenchimento das condições de elegibilidade e a ausência de causa de inelegibilidade” (REspe nº 35.901/SP, rel. Ministro Marcelo Ribeiro, DJe de 3.11.2009).

5. Inexistência de afronta à lei e dissídio jurisprudencial não caracterizado.

6. Recurso desprovido (REspe nº 7-20.2013.6.24.0079, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 1º.8.2013).

Eleições 2012. Registro de candidatura. Prefeito. Desincompatibilização. Substituição de candidato.

1. Afirmado pela Corte Regional que o candidato se afastou de fato de suas funções, não há como reexaminar a premissa fática em sede de recurso especial. Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

2. *O art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 permite o candidato cujo registro está sub judice prosseguir em sua campanha eleitoral.*

3. O prazo para substituição de candidatura, no caso, deve ser contado da desistência do anterior candidato e não do momento em que houve a cassação de liminar que causava reflexo na sua inelegibilidade que estava sendo discutida, com recurso pendente.

4. O TRE julgou que a substituição preencheria os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 67 da Res.-TSE nº 23.373. Incidência das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

Agravo regimental a que se nega provimento (REspe nº 362-41.2012.6.05.0193, relator Ministro Henrique Neves da Silva, DJe de 30.5.2014).

Consulta. Associação brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert. Ilegitimidade ativa. Relevância da matéria. Conhecimento como petição. Eleições. Debates. Regras. Art. 46, § 5º, da Lei nº 9.504/1997. Candidatos aptos. Representação na câmara dos deputados.

1. Para os fins do art. 46, § 5º, da Lei nº 9.504/1997, são considerados aptos os candidatos filiados a partido político com representação na Câmara dos Deputados e que tenham requerido o registro de candidatura na Justiça Eleitoral.

2. Julgado o registro, permanecem aptos apenas os candidatos com registro deferido ou, indeferido, esteja *sub judice*.

3. Consulta recebida como petição e respondida nos termos do voto do Ministro relator (Consulta nº 121034/DF, relator Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior, DJe de 23.6.2010).

Prossigo no exame da controvérsia quanto à possibilidade de o candidato a presidente da República com registro indeferido no TSE continuar na disputa da eleição com o nome registrado na urna, por conta e risco, na condição de *sub judice*, em razão da existência de recurso pendente de julgamento, sob enfoque trazido em impugnação:

A norma do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, antes transcrita, ao versar sobre a condição *sub judice* do candidato, nada diz acerca dos cargos em disputa no pleito, a restringir o seu alcance. Questiona-se, então: seria viável concluir pela existência, a partir de análise do texto constitucional, de regime diferenciado em se tratando de eleições presidenciais?

A meu juízo, a resposta deve ser negativa.

Reputa-se *sub judice* a controvérsia sob apreciação judicial, conceito que não se modifica pela natureza do mandato eletivo a que concorre o candidato.

Cediço que o art. 16-A da Lei das Eleições, acrescido pela Lei nº 12.034/2009, trouxe para o arcabouço normativo o que a jurisprudência havia tempo consagrava: a possibilidade de o candidato com registro impugnado praticar todos os atos de campanha na pendência de recurso em instância superior.

A partir do referido dispositivo, o legislador positivou o efeito suspensivo aos recursos eleitorais em matéria de registro de candidatura, caracterizando como *sub judice*, no contexto do seu conjunto normativo, aquele candidato que, diante de juízo negativo, está a aguardar o exame do recurso dirigido à instância revisora.

Conforme salienta Edson Resende de Castro²⁶, a norma em enfoque “não está se dirigindo àquele que tem registro admitido, mas que aguarda decisão final em recurso ofertado por qualquer legitimado, porque não faria qualquer sentido a lei garantir o óbvio, ou seja, a continuidade da campanha daquele que tem registro deferido, pois o recurso em face dessa decisão não tem efeito suspensivo e por isso não paralisa a campanha”.

Complementa o mencionado autor, “o dispositivo gravita em torno apenas do candidato indeferido (que o art. 16-A resolveu chamar de ‘*sub judice*’), cuja campanha era ameaçada pela inexistência de previsão de efeito suspensivo ao seu recurso, porque, ao contrário, o Código Eleitoral confere efeito meramente devolutivo aos recursos em geral”.

À luz do art. 16-A da Lei n 9.504/1997, a viabilidade dos atos de campanha por aquele que teve o seu registro de candidatura indeferido não está atrelada ao mandato eletivo perseguido nas urnas, e sim a aspecto de índole processual concernente à pendência de julgamento de recurso dirigido à instância superior, ao qual, por força de lei, atribuída eficácia suspensiva.

Indaga-se, ainda, se o disposto no art. 77, § 4º, da CF – invocado pelo Partido Novo em sua impugnação – afastaria a incidência do art. 16-A da Lei das Eleições no particular quanto à disputa pelo cargo de presidente da República.

Em meu entender, tal raciocínio não se sustenta. Reproduzo a dicção do § 4º do art. 77 da Constituição:

Art. 77. A eleição do presidente e do vice-presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

[...]

§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou *impedimento legal de candidato*, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

O preceito, longe de criar regime jurídico diferenciado para os registros ao cargo de presidente da República afastando a aplicação dos arts. 11, § 10 e 16-A da Lei nº 9.504/1997, enuncia regra de composição do segundo

turno, caso algum dos candidatos originalmente aptos a disputá-lo venha a perder essa condição, o que ocasionaria a convocação daquele mais votado entre os remanescentes.

Ainda que as inelegibilidades listadas no art. 1º, I, da LC nº 64/1990 possam constituir o impedimento legal mencionado no § 4º do art. 77 da Constituição e que seu reconhecimento, em algumas hipóteses, se embase em pronunciamento da Justiça Comum – como ocorre na espécie –, a efetiva declaração desse óbice não pode ser feita aprioristicamente pela simples existência de um título judicial, mas sim nos autos do processo de registro de candidatura, facultados a ampla defesa e o contraditório ao interessado.

Dito de outro modo, embora as inelegibilidades possam ser constituídas a partir de decisões judiciais oriundas da Justiça Comum, *a sua existência é declarada por esta Justiça Especializada* em feito próprio, respeitadas todas as garantias constitucionais daquele que deseja se candidatar. Somente depois de declarado inelegível por esta Justiça Especializada é que o impedimento legal a que se refere a norma constitucional ganha corpo e aptidão para obstar a participação do postulante na disputa eleitoral.

Nesse contexto, não verifico antinomia entre os preceitos em tela, voltada a regra constitucional à disciplina do segundo turno, em caso de candidatos que venham a se achar impedidos, ao passo que os arts. 11, § 10 e 16-A da Lei nº 9.504/1997 se dirigem ao processo de reconhecimento da existência desse impedimento.

Fixada essa premissa, carece, ainda, de definição o espectro de alcance da segunda parte do disposto no art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, a qual condiciona a validade dos votos atribuídos a candidato *sub judice* ao deferimento do seu registro por instância superior.

A questão circunscreve-se a saber se fica o candidato impedido de continuar na disputa em razão do indeferimento do seu registro de candidatura pela instância máxima da Justiça Eleitoral, ainda que o pleito não tenha sido realizado. Caso positiva a resposta, estaria tal interpretação a contrariar a primeira parte da referida norma, no ponto em que garante ao candidato *sub judice* o direito de permanecer na disputa?

Encaminho meu voto partindo da premissa de que consubstancia direito dos candidatos o acesso às funções públicas de seu país, em

condições gerais de igualdade, vedado comportamento discriminatório no exercício dos direitos políticos passivos pelo Estado-Juiz, cujo *munus* deve ser o de assegurar tratamento isonômico a todos os candidatos, garantindo a aplicação uniforme do Direito.

Sem descurar da natureza sabidamente autoexecutável dos acórdãos proferidos pelo TSE, seja em eleições municipais, seja em eleições gerais, a atribuir-lhe a condição de instância superior em matéria eleitoral – trago à reflexão dos eminentes pares distinção que me parece de todo relevante.

Sabido que a jurisprudência desta Corte, ao decidir pela executoriedade imediata de seus acórdãos, sempre o fez, e com o meu voto, sob a perspectiva de eleições já realizadas, é dizer, com o olhar voltado a evento passado, visando ao resguardo de seus efeitos futuros.

Nessa linha, inclusive, decidiu o TSE, no julgamento dos ED-REspe nº 139-25/RS, relator Min. Henrique Neves da Silva, em sessão de 28.11.2016, pela *possibilidade de convocação de novas eleições* a partir de suas próprias decisões, quando indeferido o registro de candidato eleito à titularidade do executivo, independentemente do trânsito em julgado.

Confira-se o respectivo trecho da ementa:

Fixação de tese. Cumprimento da decisão judicial e convocação de novas eleições.

1. As hipóteses do *caput* e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não confundem nem se anulam. O *caput* se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado.

2. A expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional.

3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra:

3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/1990, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, *caput*); e

3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/1990 ou em ação de impugnação de mandato eletivo. Embargos de declaração acolhidos e providos, em parte.

Inédito, porém, é o debate acerca da eficácia imediata das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral sob viés prospectivo, qual seja, visando ao afastamento de candidato da disputa eleitoral que ainda se realizará (no futuro, portanto). Tais decisões, caso confirmadas, mostram-se suscetíveis de provocar prejuízos irreparáveis.

A propósito, este Tribunal já decidiu, em eleições pretéritas, que “não se pode – com base na nova redação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990²⁷, dada pela Lei Complementar nº 135/2010 – concluir pela possibilidade de cancelamento imediato da candidatura, com a proibição de realização de todos os atos de propaganda eleitoral, em virtude de decisão por órgão colegiado no processo de registro, sobretudo porque, caso sejam adotadas tais medidas, evidentemente as candidaturas estarão inviabilizadas, quer em decorrência do manifesto prejuízo à campanha eleitoral, quer pela retirada do nome do candidato da urna eletrônica” (AgR-MS nº 88673/PI, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 25.9.2012).

A meu ver, portanto, a perspectiva em análise deve prevalecer como elemento legitimador do *distinguishing*, em ordem a se resguardar a viabilidade prática de eventual provimento judicial favorável ao candidato ao cargo de presidente da República, enquanto perdurar a campanha eleitoral, como sói acontecer com todos os demais cargos em disputa.

Sob o enfoque da igualdade, diante do princípio da isonomia, as atribuições distintas de competências entre os diversos tribunais eleitorais não podem ser motivo de tratamento anti-isonômico e de interpretação diferenciada do alcance do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, de forma a se permitir que candidatos a determinado cargo, não por acaso o mais elevado da República, passem a ter tratamento distinto daquele concedido aos demais.

Há diferenças práticas consideráveis entre os efeitos que decorrem de se considerar executável, de plano, uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral proferida em sede recursal e outra proferida por esta mesma Corte em análise de impugnação de registro de sua competência originária. No

primeiro caso, não se nega eficácia ao art. 16- A da Lei nº 9.504/1997, pois o tempo consumido nos trâmites processuais que levam o processo da origem a este TSE dão ensejo a que não ocorra prejuízo irreparável ao candidato diante de sua ausência no processo eleitoral (motivada por decisão judicial que pode ser revista). Ao contrário, considerar executável de plano decisão que julga procedente impugnação de candidatura presidencial, em competência originária deste Tribunal Superior, enquanto ainda cabíveis recursos, causa prejuízo imediato e irreparável ao candidato, que se vê alijado de praticar atos de campanha numa extensão que não lhe pode ser reconstituída, caso se reverta a decisão.

Reforça essa conclusão os termos da Res.-TSE nº 23.554/DF²⁸, a qual expressamente *limita a ausência de efeito suspensivo dos recursos voltados contra acórdãos do TSE apenas às hipóteses em que apreciadas decisões dos TREs quetenham indeferido ou cassado o registro do candidato.*

Confira-se:

Art. 245. Nas eleições majoritárias, deve o tribunal eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos válidos, não computados os votos em branco e os votos nulos, devendo, no entanto, aguardar enquanto houver candidatos nas seguintes situações:

I - com registro indeferido e recurso pendente de julgamento no dia da eleição cuja votação nominal tenha sido a maior;

II - com registro indeferido e recurso pendente de julgamento no dia da eleição cuja soma das votações nominais tenha sido superior a 50% (cinquenta por cento) da votação válida.

§ 1º Para fins de aplicação deste artigo, a votação válida deve ser aferida levando-se em consideração os votos dados a todos os candidatos participantes do pleito, excluindo-se somente os votos em branco e os nulos decorrentes da manifestação apolítica ou de erro do eleitor.

§ 2º Quando as decisões sobre os recursos a que se referem os incisos I e II puderem ensejar a realização de novas eleições, os feitos judiciais deverão tramitar no Tribunal Superior Eleitoral em regime de urgência.

§ 3º Na hipótese do *caput*, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o recurso contra a decisão proferida pelo tribunal regional eleitoral que tenha indeferido ou cassado o registro do candidato deverá observar o disposto no art. 257 do Código Eleitoral e o art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990.

Igualmente dispõe a mencionada Resolução, em seu art. 50, § 2º, que “podem participar do pleito as chapas cujos candidatos estejam

nas situações *deferido ou sub judice* – nos termos do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 – no que é complementado pelo art. 55 da mesma Resolução, *verbis*: “o candidato cujo registro esteja *sub judice* pode efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição”.

Nessa linha de raciocínio, na minha compreensão, ainda que indeferido *o pedido de registro de candidatura pelo TSE e desde que não verificado o trânsito em julgado da decisão respectiva, deve ser garantida ao candidato a continuidade da prática de atos de campanha, entre eles a realização de gastos de recursos oriundos de financiamento público (Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC), a veiculação de propaganda eleitoral e a destinação de tempo para que participe da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, condicionada a validade dos votos por ele obtidos à obtenção de provimento judicial favorável, pelo deferimento do seu registro de candidatura.*

Conclusão

Pelo exposto, *acolho em parte* os pedidos formulados nas impugnações do Ministério Público Eleitoral, do Partido Novo e de Kim Patroca Kataguirí, para indeferir o registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva, com fundamento na alínea e do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, assegurada, todavia, a realização de todos os atos de campanha pelo candidato impugnado, enquanto perdurar a sua condição *sub judice*, nos termos do voto.

Pelos mesmos fundamentos:

1. *Acolho* os pedidos de indeferimento do registro de candidatura, formulados com base na alínea “e” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, em impugnações proposta por:

a. *Jair Messias Bolsonaro*, candidato a presidente da República, e *Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos*;

b. *Marcos Vinicius Pereira de Carvalho*, candidato a suplente de senador pelo PSL, e *Júlio César Martins Casarin*, candidato a deputado estadual pelo PSL; e

c. *Wellington Corsino do Nascimento*, candidato ao cargo de deputado federal pelo Partido Democratas, *prejudicado* o exame de que trata o art. 86, § 1º, I, da CRFB²⁹.

2. Acolho as notícias de inelegibilidade igualmente calcadas na alínea e do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, apresentadas por:

- a. *Guilherme Henrique Moraes*;
- b. *Diego Mesquita Jaques*; e
- c. *Ernani Kopper*³⁰.

3. Acolho, *em parte*, os pedidos formulados em ação de impugnação de registro de candidatura por (i) *Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes*, candidato a deputado estadual pelo Partido Novo e (ii) *Alexandre Frota de Andrade*, candidato a deputado federal pelo PSL; e na notícia de inelegibilidade de *Ari Chamulera*, apenas no que toca à inelegibilidade da alínea “e” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, rejeitados os fundamentos atinentes, respectivamente: (i) à ausência de condição de elegibilidade por alegada suspensão dos direitos políticos do impugnado (art. 14, § 3º, II, CF), visto que ausente o trânsito em julgado da decisão condenatória, a afastar o óbice do art. 15, III, CF³¹; (ii) ao não comparecimento do candidato no ato da convenção partidária visando à sua participação no pleito, ausente imperativo legal nesse sentido; e (ii) ao pedido³² de retenção do repasse de valores oriundos do Fundo Partidário para o Partido dos Trabalhadores, no valor de R\$70.000.000,00 (setenta milhões), referente ao limite de gasto para campanha à presidência da República de 2018, aplicável o disposto no art. 19, § 2º, da Res.-TSE nº 23.553/2017³³.

4. *Rejeito* a impugnação de *Marco Aurélio Paschoalin*³⁴, pois, ainda que admitida a sua manifestação como notícia de inelegibilidade – não comprovada a sua condição de candidato³⁵ –, da leitura das razões apresentadas, constato dissociada a fundamentação arguida, não constituindo o presente feito meio adequado para requerer a abertura de ação de investigação judicial eleitoral ou de representação para apurar a prática de abuso do poder, conduta vedada e captação ilícita de sufrágio.

5. *Não conheço* da notícia de inelegibilidade de *Fernando Aguiar dos Santos* e de *Marcelo Feliz Artilheiro*, não comprovado o pleno gozo de seus direitos políticos e do pedido³⁶ formulado pela *Associação dos*

Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ), visto que, além de notoriamente incabível a via eleita – Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) –, legitimados para a propositura de notícia de inelegibilidade tão somente: (i) os candidatos, as coligações e os partidos políticos para apresentação de Impugnação de Registro de Candidatura (arts. 97 da Lei nº 9.504/1997 e 3º da LC nº 64/1990); e (ii) cidadãos no gozo de seus direitos políticos (art. 42, da Res.-TSE nº 23.548/2017).

É como voto.

¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, pp. 217-8.

² Cf. JUBILUT, Liliana Lyra. *Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos* (1966). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coord.). *Direito internacional dos direitos humanos – instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2. edição, 2007, pp. 25-6.

³ “O bloco capitalista defendia a positivação apenas dos direitos humanos de primeira geração – os direitos civis e políticos [...]. tal fato decorre diretamente da concepção de um Estado mínimo e da liberdade de mercado, típica do pensamento liberal. Já o bloco socialista, por acreditar em um sistema em que a nota primordial é a igualdade econômica e social, entendia que o melhor seria a institucionalização dos direitos humanos de segunda geração” (JUBILUT, Liliana Lyra. *Ob. Cit.*, p. 30).

⁴ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, vol. II, 3. edição, 2009, p. 40.

⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 219.

⁶ Cf. Decreto nº 592/1992.

⁷ Cf. JUBILUT, Liliana Lyra. *Ob. Cit.*, p. 36.

⁸ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 214, nota 34.

⁹ Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 255, nota 16.

¹⁰ Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 255, nota 18.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 314.

¹² Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 5. edição, 2018, p. 154.

¹³ “A implementação da sentença da Corte é dever do Estado-réu, que possui liberdade para fixar os meios de execução interna das decisões da Corte. Essa liberdade do Estado foi reduzida, no caso das indenizações, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu artigo 68.2, dispõe que a indenização compensatória deve ser executada de acordo com o processo interno de execução de sentença contra o Estado (no caso brasileiro, de acordo com os artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil)”.

SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 15. ed., 2002, p. 364).

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 258.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 255.

¹⁶ ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; GOMES, Maria Luiza Belmiro. O direito internacional e os direitos humanos na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros: a manutenção de uma lógica ultrapassada. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte: ano 12, nº 38, p. 75-110, jan./jun. 2018, p. 80.

¹⁷ <https://www.conjur.com.br/2015-dez-24/olhar-economico-tratado-executorio-depois-promulgacao>, acesso em 23.8.2018.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 11. ed. rev. e atual., 2017, pp. 395-6.

¹⁹ A participação do Legislativo no processo de celebração dos tratados. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, nº 170, pp. 273-85, abr./jun. 2006.

²⁰ Nesse sentido, Paula Wojcikiewicz Almeida e Maria Luiza Belmiro Gomes: “[...] a exigência de promulgação não encontra base jurídica no texto constitucional, sendo um resultado da prática diplomática brasileira datada da época do Império. [...] Além de constituir um costume, o executivo justifica a importância da promulgação em razão da necessidade de tornar pública a celebração de um ato internacional, bem como determinar sua execução no direito interno. Isso porque a publicação do decreto legislativo que aprova um ato internacional não é acompanhada de uma versão integral de seu texto. O Diário Oficial contém apenas uma menção ao ato internacional que acaba de ser aprovado. Apesar da publicidade assegurada pela promulgação, tal prática afigura-se manifestamente inadequada aos imperativos internacionais. Com efeito, a entrada em vigor no nível interno de um ato internacional não coincide com a entrada em vigor no nível internacional. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, confere uma grande liberdade aos Estados nesse sentido. O procedimento para a entrada em vigor aplicável às convenções multilaterais é geralmente a troca ou o depósito de certo número de instrumentos de ratificação. A promulgação intervém apenas após a conclusão desse procedimento. Segue-se que um tratado já pode estar em vigor no nível internacional ou regional, mas ainda requerer um ato interno de promulgação para que se torne invocável no ordenamento jurídico brasileiro. A exigência de promulgação é reflexo da adesão à doutrina dualista que ignora manifestamente as condições de entrada em vigor dos tratados internacionais” (*ob. cit.*, pp. 83-4).

²¹ Cf. Decreto nº 592, de 6.7.1992.

²² Cf. Decreto Legislativo nº 311, de 2009.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 5. edição, 2018, p. 109. No mesmo sentido, Flávia Piovesan: “[...] a petição deve respeitar determinados requisitos de admissibilidade [...], como o esgotamento prévio dos recursos internos – salvo quando a aplicação desses recursos se mostrar injustificadamente prolongada, ou se inexistir do Direito interno o devido processo legal, ou ainda se não se assegurar à vítima o acesso aos recursos de jurisdição interna. Na lição de Henkin: ‘A razão deste requisito é dar ao Estado, acusado como responsável, uma oportunidade para remediar o erro cometido pelas suas próprias instituições domésticas, antes da petição ser lançada ao plano internacional’” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 16. edição, 2016, p. 257).

²⁴ APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. *Os Procedimentos Especiais do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas*. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coord.). *Direito internacional dos Direitos Humanos – Instrumentos Básicos*. São Paulo: Atlas, 2. edição, 2007, pp. 100-1.

²⁵ “No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, dispostos a proceder de acordo com certas regras na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento” (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 15. edição, 2014, p. 23).

²⁶ CASTRO. Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8 ed. Belo Horizonte: El Rey, 2016, p. 129.

²⁷ Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

²⁸ Disciplina a escolha e o registro de candidatos para as eleições de 2018.

²⁹ Art. 86. Admitida a acusação contra o presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

³⁰ Embora intitulado o pedido como ação de impugnação de registro de candidatura, por faltar-lhe a legitimidade, impõe-se o recebimento como notícia de inelegibilidade.

³¹ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

³² Pedido formulado exclusivamente por Ari Chamulera.

³³ Art. 19. [...]

§ 2º Os recursos provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) que não forem utilizados nas campanhas eleitorais deverão ser devolvidos ao Tesouro Nacional, integralmente, por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU), no momento da apresentação da respectiva prestação de contas.

³⁴ O impugnante relata a prática de diversos atos supostamente ilegais – que configurariam crimes de responsabilidade, improbidade administrativa e corrupção – pelo impugnado e pelos Ministros de Estado, durante o exercício do mandato de presidente da República, e requer a abertura de ação de investigação judicial eleitoral e de Representação para apurar abuso do poder, conduta vedada e captação ilícita de sufrágio, pugnando, ao final, pela declaração de inelegibilidade, imposição de multa, bem assim pela cassação de registro e dos direitos políticos do impugnado.

³⁵ LC nº 64/1990. Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

³⁶ A notícia de inelegibilidade está calcada no art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990.

ESCLARECIMENTO

A DOUTORA RAQUEL DODGE (Procuradora-Geral Eleitoral): Senhora Presidente, pelo plano de mídia encaminhado na forma da Res.-TSE nº 23.551/2017, a partir de amanhã haveria o início da veiculação no rádio, às 7 (sete) horas e, na parte da tarde, na televisão. Parece-me que seria necessário explicitar que, tanto no rádio quanto na TV, amanhã, a partir desses horários, não seria possível a veiculação.

Se Vossa Excelência me permite, Senhora Presidente, eu também gostaria de referir que a Resolução nº 23.551/2017 autoriza propaganda na internet e na imprensa, mas proíbe em *outdoors*, tanto para postulantes a candidatos quanto para candidatos.

Penso que devido ao fato de a internet ser hoje um dos principais veículos de propaganda, que também constasse essa proibição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): No meu dispositivo eu vedo a prática de atos de campanha. É verdade que apenas especifiquei rádio e televisão, mas a vedação é geral.

A DOUTORA RAQUEL DODGE (Procuradora-Geral Eleitoral): Por fim, no pedido de impugnação feito pela Procuradoria-Geral Eleitoral havia menção, que também foi referida, no tocante ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha e ao Fundo Partidário não poderem ser utilizados, de qualquer modo, para o financiamento desse tipo de campanha.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Essa parte, Senhora Presidente, para ser sincero, eu não inseri em meu voto. De modo que, como não cogitei, eu não gostaria de colocar no dispositivo. Não que eu esteja divergindo ou concordando, mas apenas não refleti e não me pronunciei sobre isso. Se for o caso, certamente, Vossa Excelência poderá pedir em embargos de declaração.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Ministro Luís Roberto Barroso, a situação é a seguinte, segundo me passa a área técnica: aquelas inserções e aquela propaganda relativa às rádios já foram liberadas, não há como substituí-las neste horário, já que estamos a uma da madrugada de sábado, 1º de setembro. Então, essa propaganda de rádio, não temos como proceder à substituição. Podemos substituir a mídia de televisão, desde que elas cheguem às 7 (sete) horas no *pool*, para publicação às 13 (treze) horas.

Essa é a informação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): O que Vossa Excelência encaminhar, com o apoio da área técnica, está bem para mim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Nós temos de nos resguardar, porque estamos aqui a decidir com eficácia imediata e, pelo menos essas primeiras que já foram liberadas pelo sistema de encaminhamento, não temos mais como reter.

Seria para ficar resguardado o próprio...

A DOUTORA RAQUEL DODGE (Procuradora-Geral Eleitoral): Senhora Presidente, a Procuradoria-Geral Eleitoral recebeu a informação de que a Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), geradora dos programas de rádio e televisão, teria montado programação para amanhã às 7 (sete) horas, com e sem a presença do candidato Lula. Se for o caso de ela conseguir cumprir, eu penso que seria adequado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Nós notificamos na crença de que, em boa-fé, o que for possível cumprir será cumprido.

QUESTÃO DE ORDEM

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Senhora Presidente, uma questão com relação ao tema. A lei estabelece o prazo de 10 (dez) dias para promover a substituição. Como há eficácia imediata, pela maioria formada, começa a contar amanhã, dia 2, o prazo para a substituição de candidatura.

A questão é que o TSE aprovou hoje o registro do candidato a vice-presidente da chapa. Então, nós estávamos com a leitura, diante do precedente, inclusive do Tribunal Superior Eleitoral na eleição passada, quando faleceu o candidato Eduardo Campos às vésperas de iniciar o horário eleitoral gratuito. E a candidata a vice, Marina Silva, demorou um tempo para fazer a substituição, aliás o tempo que a lei estabeleceu.

Durante três dias, é a questão de ordem que temos, o tempo ficou com o partido político, porque a Lei Eleitoral estabelece que o tempo é do partido. E nós temos um candidato a vice que é candidato. Não tivesse havido a impugnação, o PT, que é dono do tempo, a coligação, poderia usar só o candidato a vice.

Nós vamos cumprir a determinação, já foi enviada hoje, às 22h, a programação. Mas os partidos têm resoluções próprias para a definição do processo de escolha do substituto. Então vamos colocar, nesses três ou quatro dias, como no caso do Eduardo Campos, a tela azul, tendo deixado o Partido Socialista Brasileiro (PSB) usar o tempo na eleição passada?

Eu considero esta uma questão importante. O PT quer cumprir a decisão, rende-se à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, embora possa, eventualmente, apresentar recurso. Nós perdemos hoje aqui, com o voto vencido do Ministro Edson Fachin. Mas, no tempo da substituição, colocar tela azul, contra o precedente do caso Eduardo Campos e na linha de toda regra eleitoral, a qual estabelece que o tempo é do partido e não do candidato? Tendo aprovado hoje o Fernando Haddad como candidato a vice?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Doutor Luiz Fernando Casagrande, Vossa Excelência pede então que seja possível a campanha do partido, embora não do candidato a que negamos registro?

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Isso. Nós estávamos entendendo assim: o Lula está fora. Ele não pode mais aparecer como candidato a Presidente em nenhum ato de campanha. Mas retirar o tempo do partido enquanto ele promove a substituição?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Eu gostaria de refletir, porque considerei relevante a ponderação do ilustre advogado.

Nós estamos negando registro de candidatura do candidato a Presidente, mas não estamos suprimindo o direito do partido ao horário eleitoral gratuito. Apenas não se pode fazer campanha do candidato a que negamos registro.

Parece-me razoável a ponderação do advogado, de que o partido continue com o tempo para fazer a sua campanha.

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Vossa Excelência me permite outra observação? A lei estabelece que a redistribuição do tempo do candidato indeferido somente se dá dez dias depois. A lei estabeleceu esse intervalo de dez dias até para distribuir entre os outros candidatos, se não houver substituição.

Era isso que eu queria mencionar, o partido está pronto para fazer a troca das mídias no primeiro minuto e irá cumprir a decisão de Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Senhora Presidente, se Vossa Excelência estiver de acordo, eu gostaria de ouvir a Doutora Marilda de Paula Silveira para deliberar sobre esse tema e fazer o que for mais adequado.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: (Presidente): Estou de total acordo. Estou deixando que Vossa Excelência conduza porque me sinto absolutamente vencida neste ponto.

QUESTÃO DE ORDEM

A DOUTORA MARILDA DE PAULA SILVEIRA (advogada): Senhora Presidente, o Partido Novo pondera que o caso de Eduardo Campos é

muito diferente do presente, porque, como ele havia falecido, não havia possibilidade de recorrer de eventual decisão e manter a sua candidatura no futuro.

Com relação à ponderação do advogado que me antecedeu, Doutor Luiz Fernando, a quem eu muito respeito, a lei diferencia a propaganda partidária da propaganda eleitoral. A propaganda eleitoral é direcionada ao pedido de votos. Por isso a legislação estabelece uma série de requisitos para a propaganda, inclusive com relação ao percentual de participação dos candidatos e dos apoiadores.

Isso seria, na verdade, um salvo-conduto para que o partido tivesse uma propaganda mais benéfica do que os demais candidatos, porque somente eles não estariam sujeitos às regras de limitação da propaganda com a participação de 75% no tempo do próprio candidato, que é quem deve pedir votos e expor o seu programa de governo.

Por essas razões, o Partido Novo não concorda com a ponderação do candidato que, fazendo a substituição amanhã na primeira hora, ele terá a propaganda eleitoral exatamente no primeiro momento em que a substituição acontecer.

Caso contrário, eles poderão recorrer ao Supremo, vão pedir efeito suspensivo, enquanto isso a propaganda mais benéfica está acontecendo e, caso não ganhe, a propaganda vai passar três dias sem lógica nenhuma, depois a substituição acontece com o novo candidato.

Muito obrigada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Penso que temos de resolver isso.

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Senhora Presidente, eu sei que não cabe réplica, mas eu gostaria de fazer uma pequena observação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Há um fato novo, sobre o qual estamos deliberando. Se a Presidente estiver de acordo, ouço Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Estou inteiramente de acordo.

O DOUTOR LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA (advogado): Faço uma ponderação em relação às boas ponderações da excelente advogada, Doutora Marilda de Paula Silveira. Mas o PT vai seguir a regra dos 75%, que é para os candidatos. E Fernando Haddad é candidato, deferido por Vossas Excelências. O Lula é que não vai poder aparecer.

A Doutora Marilda de Paula Silveira sugere que façamos a substituição amanhã. Mas o PSB não fez a substituição no dia seguinte à morte de Eduardo Campos. Portanto, eu quero pelo menos o mesmo prazo do PSB para que os partidos possam deliberar sobre a substituição, sem tela azul na televisão.

Penso ser este um pedido razoável.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Senhora Presidente, posso fazer uma sugestão?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Sei que já está tarde, mas poderíamos fazer um conselho, brevemente? Podemos nos recolher durante um tempo para refletir sobre isso?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Claro. Excelente sugestão, que acolho.

Vamos nos retirar por uns minutos e deliberaremos logo após.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Senhores Ministros, reabro a sessão. Readéquo a parte dispositiva da decisão e refaço a proclamação neste item específico, em que, por decisão majoritária, a Corte, no ponto, decidiu publicar a presente decisão colegiada em sessão.

Afasta-se a aplicação do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, nos termos da fundamentação. Por consequência:

1) Faculta-se à coligação substituir o candidato Luiz Inácio Lula da Silva no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei nº 9.504/1997;

2) Fica vedada a prática de atos de campanha presidencial pelo candidato cujo registro vem a ser indeferido;

3) Determina-se a retirada do nome do candidato da programação da urna eletrônica.

Fica assim readequada a proclamação do resultado neste ponto específico. Os demais registros permanecem íntegros.

EXTRATO DA ATA

RCand nº 0600903-50.2018.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Requerente: Luiz Inácio Lula da Silva (Advogados: Fernando Haddad – OAB: 88022/SP e outros). Requerente: Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PC do B/PROS). Impugnante: Ministério Público Eleitoral. Impugnante: Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos 17-PSL/28-PRTB (Advogados: Gustavo Bebianno Rocha – OAB: 81.620/RJ e outros). Impugnante: Jair Messias Bolsonaro (Advogados: Gustavo Bebianno Rocha – OAB: 81.620/RJ e outros). Impugnante: Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes (Advogado: Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes – OAB: 63.784/RS). Impugnante: Ernani Kopper. Impugnante: Partido Novo (NOVO) – Nacional (Advogados: Flávio Henrique Unes Pereira – OAB 31.442/DF e outros). Impugnante: Marcos Aurélio Paschoalin (Advogado: Marcos Aurélio Paschoalin – OAB: 177.991/MG). Impugnante: Wellington Corsino do Nascimento (Advogado: Pedro José Ferreira Tabosa – OAB: 32.381/DF). Impugnante: Alexandre Frota de Andrade (Advogado: Cleber dos Santos Teixeira – OAB: 162.144/SP). Impugnante: Kim Patroca Kataguirí (Advogados: Rubens Alberto Gatti Nunes – OAB: 306.340/SP e outro). Impugnante: Marco Vinicius Pereira de Carvalho (Advogado: Marco Vinicius Pereira de Carvalho – OAB: 32.913/SC). Impugnante: Julio Cesar Martins Casarin (Advogados: Alice Elena Eble – OAB: 40.773/SC e outro). Noticiante: Guilherme Henrique Moraes (Advogado: Guilherme Henrique Moraes – OAB: 24.464/MT). Noticiante: Fernando Aguiar dos Santos (Advogado: Fernando Aguiar dos Santos – OAB: 391.939/SP). Noticiante: Marcelo Feliz Artilheiro (Advogado: Marcelo Feliz Artilheiro – OAB: 16.493/SC).

Noticiante: Ari Chamulera (Advogados: Thiago de Araújo Chamulera – OAB: 62.203/PR e outro). Noticiante: Associação dos Advogados e Estagiários do Estado do Rio de Janeiro (AAEERJ) (Advogado: Roque Z Roberto Vieira – OAB: 71.572/RJ). Noticiante: Diego Mesquita Jaques (Advogado: Diego Mesquita Jaques – OAB: 38.003/PE). Impugnado: Luiz Inácio Lula da Silva (Advogados: Fernando Haddad – OAB: 88022/SP e outros). Noticiado: Luiz Inácio Lula da Silva (Advogados: Fernando Haddad – OAB: 88022/SP e outros).

Usaram da palavra, pelos impugnantes Partido Novo (NOVO) – Nacional e outro, a Dra. Marilda de Paula Silveira; pela impugnante Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos, o Dr. Tiago Ayres; pela impugnante Procuradoria-Geral Eleitoral, a Dra. Raquel Dodge; pelo impugnado, Luiz Inácio Lula da Silva, a Dra. Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro e o Dr. Luiz Fernando Casagrande Pereira.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedentes as impugnações apresentadas pela Procuradoria-Geral Eleitoral, pelo Partido Novo (NOVO) – Nacional, por Kim Patroca Kataguirí, pela Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos, por Wellington Corsino do Nascimento e por Marco Vinícius Pereira de Carvalho e parcialmente procedente a impugnação apresentada por Alexandre Frota de Andrade, declarou a inelegibilidade de Luiz Inácio Lula da Silva, com base no artigo 1º, inciso I, alínea e, itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/1990, e indeferiu o pedido de registro de candidatura ao cargo de presidente da República. Além disso, facultou à Coligação O Povo Feliz de Novo a substituição de Luiz Inácio Lula da Silva, no prazo de dez dias; vedou a prática de atos de campanha do candidato com pedido de registro indeferido, em especial a veiculação de propaganda eleitoral relativa à campanha presidencial no rádio e na televisão; determinou a retirada do nome de Luiz Inácio Lula da Silva da programação da urna eletrônica; por fim, julgou prejudicada a tutela de evidência requerida pelo Partido Novo (NOVO) – Nacional.

Votaram com o relator os Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, que votou pelo deferimento do pedido do registro de candidatura de Luiz Inácio Lula

da Silva, considerada a medida cautelar deferida pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Vencida, também em parte, a Ministra Rosa Weber (Presidente), que votou pelo indeferimento do pedido de registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva, assegurando, todavia, a realização de todos os atos de campanha e a inserção do nome na programação da urna eletrônica. Acórdão publicado em sessão.

Composição: Ministra Rosa Weber (Presidente), Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Procuradora-Geral Eleitoral: Raquel Dodge.

Notas de julgamento do Ministro Jorge Mussi e da Procuradora-Geral Eleitoral, Raquel Dodge, sem revisão.

REPRESENTAÇÃO Nº 0600963-23.2018.6.00.0000

BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Representante: Coligação Para Unir o Brasil

(PSDB/DEM/PP/PPS/PR/PRB/PSD/PTB/SDD)

Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros

Representado: Jair Messias Bolsonaro

Advogados: Tiago Leal Ayres – OAB: 22219/BA e outros

Representado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

Advogados: Dafny Fontenele Teixeira de Oliveira – OAB: 50892/DF e outros

Representado: Luciano Hang

Advogados: Monique Cristhie de Moura – OAB: 91938/PR

Eleições 2018. Representação. Propaganda eleitoral. Internet. Publicação. Rede social. Impulsioneamento. Pessoa natural. Vedação. Procedência parcial.

1. A ressalva de impedimento para utilização do impulsionamento por pessoas naturais está relacionada à necessidade de controle dos gastos de campanha, de modo a possibilitar a fiscalização, pela Justiça Eleitoral, das quantias destinadas por cada candidato.

2. Os elementos que levam ao entendimento de que determinada publicação configura propaganda eleitoral são, dentre outros, a forma ostensiva de promover o candidato, bem como a demonstração do vínculo existente entre o usuário da aplicação da internet e o conteúdo divulgado, por meio de contratação de impulsionamento eletrônico ou *link* patrocinado, realizada com a intenção de difundir uma candidatura.

3. Em relação a alegação de prévio conhecimento do beneficiário, não há prova nos autos que demonstre nexo de causalidade entre o candidato ou pessoas ligadas a ele e a divulgação da propaganda.

4. O fornecimento de dados no âmbito das representações eleitorais abrange as informações relacionadas ao registro

do número de IP (Internet Protocol), acompanhada da data e hora do acesso em que utilizada determinada aplicação de internet, o que viabilizaria futura identificação do usuário responsável pela publicação do conteúdo danoso. Assim, na controvérsia envolvendo publicação de cunho eleitoral promovida por pessoa natural, qualificada pelo impulsionamento de conteúdos – exatamente como ocorre na hipótese dos autos –, o enfoque pelo qual deve se pautar esta Justiça Especializada é o de contenção de danos, atuando prontamente na remoção do ilícito, aplicando, inclusive e se for o caso, a sanção de multa ao responsável pela divulgação e, quando comprovado o prévio conhecimento, também ao beneficiário (art. 57-D, § 1º, da Lei nº 9.504/1997). As demais esferas de responsabilização devem ficar, se for o caso, para serem apuradas em procedimentos próprios.

5. Pedidos parcialmente procedentes, para confirmar os efeitos da tutela de urgência deferida e para acolher a pretensão relacionada à condenação do representado ao pagamento de multa.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em julgar parcialmente procedente os pedidos formulados na representação, para confirmar os efeitos da tutela de urgência deferida e acolher a pretensão relacionada à condenação do representado Luciano Hang ao pagamento de multa, arbitrada em R\$10.000,00 (dez mil reais), nos termos do voto do relator.

Brasília, 13 de outubro de 2018.
Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, relator

Publicado em sessão, em 13.9.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: Senhora Presidente, trata-se de representação, com pedido de tutela de urgência, ajuizada

pela Coligação Para Unir o Brasil (PSDB/DEM/PP/PPS/PR/PRB/PSD/PTB/SDD) contra Jair Messias Bolsonaro, Facebook Serviços Online Brasil Ltda. e Luciano Hang, alegando contratação e utilização irregular de impulsionamento para publicação de conteúdos em rede social.

A representante afirmou que o empresário Luciano Hang contratou serviço de impulsionamento eletrônico da empresa Facebook Serviços Online Brasil Ltda. para divulgar propaganda eleitoral em benefício do candidato à Presidência da República Jair Messias Bolsonaro.

Alegou que o impulsionamento ilícito teve repercussão na imprensa estrangeira, uma vez que o jornal espanhol *"El País"* publicou matéria sobre o alcance da citada divulgação.

Afirmou a proibição de divulgação de propaganda eleitoral na internet, por pessoa natural, mediante a contratação de impulsionamento de conteúdos, conforme estabelece o art. 57-B da Lei nº 9.504/1997.

Sustentou que "a divulgação do conteúdo impulsionado foi intensa, atingiu elevado número de pessoas e houve interação entre pessoas ligadas ao candidato e a pessoas que divulgaram a propaganda impugnada" (ID 305701, fl. 4).

Pleiteou a concessão de tutela provisória para que a representada Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. retirasse as publicações realizadas por meio de impulsionamento, como modo de conter a disseminação dos conteúdos, e a aplicação de multa pelo descumprimento de eventual decisão concessiva de liminar.

Por meio da decisão proferida em 24.8.2018 (ID 306199), o Ministro Og Fernandes deferiu o pedido de tutela provisória, para "determinar que a representada Facebook Serviços Online Brasil Ltda., no prazo de 24h, remova os conteúdos armazenados nas URLs indicadas na petição inicial publicados por meio da ferramenta de impulsionamento na página do representado Luciano Hang".

Feitas as devidas comunicações, os representados apresentaram suas defesas.

Destaco que o Facebook Brasil apresentou petição, em 25.8.2018, para fins de demonstrar o cumprimento da decisão liminar, ressaltando que, em relação às URLs citadas nos autos, apenas uma constava da plataforma Facebook, no que foi removida, e colocou-se à disposição

deste juízo para “indisponibilizarem outros conteúdos específicos eventualmente indicados” (ID 308057, fl. 2).

Em 26.8.2018, a representada ressaltou, em sua defesa, a ausência de identificação da URL específica do conteúdo impugnado e requereu a improcedência do pedido de apresentação de quaisquer dados além daqueles exigidos por lei e coletados pelo *site* Facebook (ID 308252).

Na sua contestação, em 27.8.2018, Jair Messias Bolsonaro sustentou ilegitimidade de parte, em face de sua não participação ou anuência na veiculação da postagem impugnada, motivo pelo qual requereu sua exclusão do polo passivo da representação (ID 309460).

Em defesa protocolizada em 31.8.2018, Luciano Hang aduziu, em síntese, que (ID 313952): (i) não há prova do prévio conhecimento do candidato Jair Bolsonaro sobre o vídeo impugnado; (ii) as manifestações espontâneas na internet, como é o caso do representado, não configuram propaganda eleitoral e, portanto, podem ser impulsionadas; (iii) a divulgação representou manifestação do pensamento, direito previsto no art. 5º, inciso IV, da CF; e (iv) não seria legítima a aplicação de penalidade, na medida em que os valores despendidos estão dentro dos limites legais de doação. Assim, requereu a improcedência da representação, a revogação da medida liminar e a não aplicação de multa e, caso seja fixada, que seja no valor mínimo.

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pela procedência parcial da representação, “apenas para que seja confirmada a tutela de urgência deferida nos autos, com a condenação do terceiro representado ao pagamento da multa prevista no art. 57-B, § 5º, da Lei nº 9.504/1997” (ID 316691, fl. 6).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (relator): Senhora Presidente, de início, analiso o ponto central desta controvérsia, relacionada à publicação, por pessoa física, em rede social, mediante a contratação de impulsionamento de conteúdos.

Com efeito, o recurso de impulsionamento de publicações em ambiente virtual pode ser contratado com o provedor da aplicação e configura modalidade de propaganda eleitoral paga na internet, introduzida na Lei nº 9.504/1997, em 2017, cuja previsão normativa é a seguinte:

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

[...]

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por: (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017.)

a) candidatos, partidos ou coligações; ou (Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017.)

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos. (Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017.)

Art. 57-C. É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes. (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017.)

O impedimento para a utilização desse serviço por pessoas naturais – segundo penso – está relacionada à necessidade de controle dos gastos de campanha, de modo a possibilitar a fiscalização, pela Justiça Eleitoral, das quantias destinadas por cada candidato. E isso só é viável no que toca as contratações feitas por candidato, partido ou coligação, em sede de prestação de contas eleitorais.

O enquadramento do impulsionamento como despesa eleitoral, e por isso submetido à prestação de contas eleitorais, está previsto no art. 26, inciso XV, da Lei nº 9.504/1997:

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

[...]

XV - custos com a criação e inclusão de sítios na internet e com o impulsionamento de conteúdos contratados diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no país; (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017.)

Noutro vértice, não há como a Justiça Eleitoral ter acesso aos gastos praticados por todos os cidadãos e direcionados a campanha eleitoral, o que desencadearia incontrolável desequilíbrio entre os candidatos e os seus respectivos limites de gastos eleitorais.

A comprovação de utilização do impulsionamento de conteúdos é de fácil demonstração, na medida em que deve ser “identificado de forma inequívoca como tal”, pelo provedor da aplicação de internet, conforme preconiza o art. 57-C da Lei nº 9.504/1997.

No caso ora em julgamento, conforme demonstrado na petição inicial (ID 305701, fl. 2), abaixo do nome do representado Luciano Hang, nas publicações que fazem menção explícita de apoio eleitoral ao candidato Jair Messias Bolsonaro, há a inscrição “patrocinado”, identificação que, no ambiente da rede social *Facebook*, tipifica determinada publicação como impulsionada, o que pressupõe o prévio pagamento pela contratação desse serviço e, conforme demonstrado acima, configura ilícito de natureza eleitoral.

Além disso, o terceiro representado, autor da publicação objeto desta ação, não controverteu a existência de contratação do serviço de impulsionamento de conteúdos. Admitindo o uso da tecnologia de difusão de conteúdo, Luciano Hang defendeu-se alegando que sua postura na rede social tratou-se, tão somente, de “manifestação espontânea na internet” (ID 313952, fl. 8), a qual não seria considerada como propaganda eleitoral, nos termos do § 6º do art. 23 da Res.-TSE nº 23.551/2017.

Portanto, segundo sua tese, não teria ocorrido utilização indevida de impulsionamento, pois este só é vedado em relação à propaganda eleitoral, e não em relação à livre manifestação do pensamento.

No entanto, o citado dispositivo prescreve que “a manifestação espontânea na internet de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político, não será considerada propaganda eleitoral [...]”. Contudo, toda propaganda eleitoral levada a efeito por pessoa natural caracteriza – por essência –, manifestação espontânea.

Na verdade, o que, segundo entendo, leva a concluir no sentido de que a publicação de Luciano Hang configura propaganda eleitoral são outros elementos, tais como a forma ostensiva de promover o candidato,

bem como a demonstração do vínculo existente entre o usuário da aplicação da internet e o conteúdo divulgado, por meio de contratação de impulsionamento eletrônico ou *link* patrocinado, realizada com a intenção de difundir a candidatura de Jair Messias Bolsonaro ao cargo de presidente da República.

Assim, penso deva ser mantido o entendimento firmado na decisão liminar proferida pelo Ministro Og Fernandes, nos seguintes termos (ID 306199):

Observe, por oportuno, que a ferramenta de impulsionamento de postagens no Facebook é uma ação paga, com o objetivo de potencializar o alcance e a divulgação da informação, a fim de atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo.

O art. 57-C da Lei das Eleições veda expressamente qualquer tipo de veiculação de propaganda eleitoral paga na internet, com o objetivo de evitar a interferência do poder econômico e a introdução de interesses comerciais no debate eleitoral.

Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, [...] “a ferramenta denominada página patrocinada do Facebook – na modalidade de propaganda eleitoral paga – desatende o disposto no art. 57-C da Lei 9.504/1997, sendo, pois, proibida a sua utilização para divulgação de mensagens que contenham conotação eleitoral” (AgR-REspe nº 108-26/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 17.10.2017).

Outrossim, merece destaque o pronunciamento certo do eminente Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Humberto Jacques de Medeiros (ID 316691):

14. Inicialmente, é preciso salientar que o impulsionamento de conteúdo questionado na inicial é incontroverso, já que o terceiro representado, autor das publicações impugnadas nos autos, não questionou sua realização.

15. Pois bem. O art. 57-B, IV, “b” permite a realização de propaganda eleitoral “por meio de *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos”. Tal previsão é repetida no art. 23, IV, da Resolução TSE nº 23.551/2017.

16. O terceiro representado defende que sua conduta estaria amparada pela ressalva constante do parágrafo 6º do art. 23 da aludida Resolução, que dispõe que “a manifestação espontânea na internet de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de

elogio ou crítica a candidato ou partido político, *não será considerada propaganda eleitoral na forma do inciso IV*, devendo observar, no entanto, os limites estabelecidos no § 1º do art. 22 desta resolução”.

17. Em outras palavras, o terceiro representado afirma que as publicações questionadas pelo representante seriam manifestação espontânea sua, não configurando propaganda eleitoral, circunstância que, em sua ótica, tornaria regular o impulsionamento de conteúdo verificado no caso concreto.

18. Em sua contestação, o terceiro representado informa ter realizado um “live” em 17 de agosto de 2018, quando já era permitida a realização de propaganda eleitoral na internet, com duração de aproximadamente cinquenta minutos.

19. Assevera que na “live” divulgou “publicamente que apoia o candidato Jair Bolsonaro, ressaltando os motivos pelos quais fez esta escolha”.

20. Não se discute que a legislação eleitoral permite a manifestação espontânea de eleitores em favor de determinada candidatura, nos expressos termos do art. 57-B da Lei das Eleições e do art. 23 da Resolução TSE nº 23.551/2017.

21. Mas estes mesmos dispositivos proíbem expressamente “a utilização de impulsionamento de conteúdos e ferramentas digitais não disponibilizadas pelo provedor da aplicação de internet, ainda que gratuitas, para alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral, tanto próprios quanto de terceiros” (art. 23 da Resolução TSE nº 23.551/2017 e art. 57-B, § 3º, da Lei nº 9.504/1997).

22. Há que se ter em vista que manifestação espontânea de eleitor e propaganda eleitoral em muito pouco diferem. Em ambas podem ser apresentadas razões para se votar em determinado candidato. Aliás, a depender do teor da manifestação espontânea e de quem a realiza, seu poder de convencimento pode ser mais efetivo que a própria propaganda eleitoral.

23. E por tal razão é que o impulsionamento de conteúdo por pessoa natural é vedado pelo ordenamento jurídico eleitoral.

24. O objetivo da norma sem dúvida é o de evitar a interferência do poder econômico do processo eleitoral. Por isso é que apenas candidatos e partidos políticos podem contratar impulsionamento de conteúdo, uma vez serem obrigados a declararem seus gastos de campanha e a respectiva fonte de financiamento.

25. Em se admitindo que eleitores possam realizar impulsionamento de conteúdo, a pretexto de realizarem manifestação espontânea em favor de candidatos, restará inviabilizado qualquer tipo de controle financeiro por parte dessa Justiça Especializada sobre a campanha eleitorais.

26. Ainda que assim não fosse, a publicação questionada nos autos possui clara conotação eleitoral, já que em pleno período de campanha o terceiro representado expôs motivos para se votar no candidato representado.

27. Embora o ato impugnado veicule manifestação espontânea do pensamento, particulariza-se pela intenção de persuadir, de forma propositada e sistemática, com fins ideológicos, políticos ou comerciais, as emoções, atitudes, opiniões e ações de públicos-alvo através da transmissão controlada de informação parcial através de canais diretos e de mídia.

28. Tais circunstâncias revelam a conotação eleitoral da manifestação, o que é suficiente à configuração da propaganda paga na internet, nos termos da jurisprudência dessa Corte¹.

29. Assim, por ter infringido as normas dos arts. 57-B, IV, "b" e § 3º, da Lei das Eleições, o terceiro representado está sujeito à sanção prevista no parágrafo 5º do mesmo dispositivo.

- III -

30. No que se refere à responsabilização do primeiro representado, há que se tecer as seguintes considerações.

31. O art. 57-B, § 5º, da Lei das Eleições preceitua que "a violação do disposto neste artigo sujeita o usuário responsável pelo conteúdo e, *quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário*, à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais) ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida, se esse cálculo superar o limite máximo da multa".

32. O representante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prévio conhecimento do primeiro representado, se limitando a trazer considerações muito genéricas sobre tal circunstância.

33. Para tanto, afirmou que bastaria a mera "leitura da página do primeiro [terceiro] representado para verificar que se trata de estratégia eleitoral conjunta, com remissão expressa à página do candidato Jair Bolsonaro".

34. Contudo, o fato de a publicação questionada fazer remissão à página de campanha do primeiro representado não demonstra seu prévio conhecimento acerca de seu conteúdo, sequer de sua existência.

35. Além disso, o representante ressalta que a divulgação do conteúdo impulsionado foi intensa, atingindo elevado número de pessoas, e que "houve interação entre pessoas ligadas ao candidato e a as pessoas que divulgaram a propaganda impugnada".

36. No entanto, o representante não teve o cuidado de apontar quando e como se deu tal interação e nem quem seriam as pessoas ligadas à campanha do primeiro representado.

37. De tal forma, em razão da ausência de demonstração do prévio conhecimento do primeiro representado, devem os pedidos formulados na inicial ser julgados improcedentes em relação a ele.

- IV -

38. Diante do exposto, o Ministério Público Eleitoral pugna pela *procedência parcial* da representação, apenas para que seja confirmada

a tutela de urgência deferida nos autos, com a condenação do terceiro representado ao pagamento da multa prevista no art. 57-B, § 5º, da Lei nº 9.504/1997.

2. Por outro lado, sobre a alegação contida na inicial de que “houve interação entre pessoas ligadas ao candidato e pessoas que divulgaram a propaganda impugnada” (ID 305701, fl. 4), fato que poderia indicar o prévio conhecimento do beneficiário, entendendo não haver prova nos autos que demonstre nexo de causalidade.

Como bem avaliado pela Procuradoria-Geral Eleitoral, “o fato de a publicação questionada fazer remissão à página de campanha do primeiro representado não demonstra seu prévio conhecimento acerca de seu conteúdo, sequer de sua existência” (ID 316691, fl. 6).

Desse modo, afasto a responsabilização de Jair Messias Bolsonaro como suposto beneficiário, em razão da deficiência do conjunto probatório quanto ao alegado prévio conhecimento do conteúdo da publicação impugnada.

3. Em relação ao Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., destaco que houve cumprimento da determinação constante da decisão liminar, concernente à remoção do conteúdo impugnado nesta representação, nos termos do art. 57-B, § 4º, da Lei nº 9.504/1997.

Quanto aos demais pedidos relacionados a este representado, penso não devem ser acolhidos.

A requisição judicial de dados e registros eletrônicos foi devidamente regulamentada por este Tribunal Superior, em harmonia com a Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet), de modo que o preceito normativo descrito no art. 34 da Res.-TSE nº 23.551/2017 instituiu que “o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros de acesso a aplicações de internet, de forma autônoma ou associados a dados cadastrais, dados pessoais ou a outras informações disponíveis que possam contribuir para a identificação do usuário, mediante ordem judicial”.

Em complemento ao dispositivo invocado, o art. 32, inciso VIII, da Resolução, conceitua registros de acesso a aplicações de internet como “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”.

Desse modo, impende reconhecer que o fornecimento de dados – no âmbito das representações eleitorais – abrange as informações relacionadas ao registro do número de IP (*Internet Protocol*), acompanhada da data e hora do acesso em que utilizada determinada aplicação de internet, o que viabilizaria a futura identificação do usuário responsável pela publicação do conteúdo danoso.

É que, no âmbito das representações com fundamento no art. 96 da Lei nº 9.504/1997 – e que tem como característica intrínseca a sumariada do procedimento, a fim de atender à exigência do direito material invocado –, exige-se da Justiça Eleitoral a adoção de postura de intervenção mínima possível, além de bastante célere.

Assim, segundo entendo, quando a controvérsia envolver publicação de cunho eleitoral promovida por pessoa natural, qualificada pelo impulsionamento de conteúdos – exatamente como ocorre na hipótese dos autos –, o enfoque pelo qual deve se pautar esta Justiça Especializada é o de contenção de danos, atuando prontamente na remoção do ilícito, aplicando, inclusive e se for o caso, a sanção de multa ao responsável pela divulgação e, quando comprovado o prévio conhecimento, também ao beneficiário (art. 57-D, § 1º, da Lei nº 9.504/1997).

As demais esferas de responsabilização devem ficar, se for o caso, para serem apuradas em procedimentos próprios.

4. Ante o exposto, com base nos fundamentos expendidos, *o voto é no sentido de se julgar parcialmente procedente os pedidos da representação*, para confirmar os efeitos da tutela de urgência deferida e para acolher a pretensão relacionada à condenação do representado Luciano Hang ao pagamento de multa, arbitrada em R\$10.000,00 (dez mil reais), com fundamento no art. 57-B, § 5º, da Lei nº 9.504/1997.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, tenho alguma dificuldade com relação a essa reserva da liberdade de expressão. O dispositivo 57-C da Lei nº 13.488/2017 dispõe:

Art. 57-C. É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes.

Trata-se, sem dúvida, de impulsionamento na internet.

Mas da leitura do art. 27 da Lei nº 9.504/1997, um dispositivo já mais antigo da norma, vemos o seguinte:

Art. 27. Qualquer eleitor poderá realizar gastos, em apoio a candidato de sua preferência, até a quantia equivalente a um mil Ufir, não sujeitos a contabilização, desde que não reembolsados.

No caso, temos a liberdade de manifestação, de expressão do eleitor.

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (relator): Ministro Admar Gonzaga, desculpe interrompê-lo, apenas um aparte breve.

O que a lei veda é o impulsionamento e não a livre manifestação do eleitor. O eleitor pode se manifestar tranquilamente, não há problema nenhum. O eleitor não pode é contratar, e está expresso no art. 57-B, inciso IV, *b*, da Lei nº 13.488/2017:

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

[...]

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:

[...]

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

A regra é bastante clara. O eleitor não pode é pagar para o “robô” funcionar. O eleitor pode sim fazer a propaganda que quiser. Somente um esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Mas esse impulsionamento não estaria inserido em um contexto de liberdade de manifestação do eleitor?

Tenho dúvidas quanto a isso, mas, por ora, até amadurecer a questão, acompanho Vossa Excelência e me reservo ao que consta da norma, mas penso que esse dispositivo talvez não atenda, nem mesmo o texto constitucional, com todas as vênias.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, parece-me de precisão cirúrgica a análise temática empreendida pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão.

A meu sentir, a regra segue sendo a proibição de qualquer propaganda paga na internet. E as exceções correm a conta do impulsionamento restrito à contratação pelos agentes mencionados no art. 57-C da Lei nº 13.488/2017.

Então, não só neste caso não estaríamos alargando nenhuma norma, mas estaríamos agindo contra a letra expressa do art. 57-B, ao dispor que qualquer pessoa natural pode fazer propaganda eleitoral, desde que não contrate impulsionamento, e também contra o art. 26, no sentido de que os custos do impulsionamento são considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta lei.

Com essas breves considerações, acompanho *in totum* a análise e o equacionamento feitos pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhora Presidente, eu acompanho o eminente relator, Ministro Luis Felipe Salomão, sem deixar de ter, na linha do Ministro Admar Gonzaga, alguma reserva sobre essa restrição e sua constitucionalidade, que deixarei para reflexão futura.

De fato, essa restrição está prevista em lei, não declarada inconstitucional, e, portanto, penso que o Ministro Luis Felipe Salomão deu a solução adequada para o caso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, há determinadas matérias que têm vindo aos tribunais, entre elas esta, em que se tem a impressão de que estamos numa corrida atrás dos fatos.

Como escreveu o sempre lembrado e grande pensador brasileiro Milton Santos, “o tropel dos eventos desmancha o saber” e vamos nessa corrida tentando reconstruí-lo, tendo-se às vezes a percepção de que a revolução tecnológica, especialmente da segunda metade do século XX, deixou-nos com os pés no final do século IX e a cabeça no século XXI.

Portanto, é uma espécie de leito de Procusto, em que procuramos adaptar o fato e as circunstâncias. Eis aí um desses casos, o impulsionamento de conteúdo com todas as vicissitudes que a cibernética projeta nessa ordem de ideias.

No caso, creio que o Ministro Luis Felipe Salomão bem fez a subsunção dos fatos à norma, compreendendo a diversidade de papéis levados a efeito pela tríplice composição dos destinatários dessa representação.

Acredito que a solução atende a ordem normativa vigente, cujo paradigma constitucional não foi colocado em questão e, por isso, acompanho integralmente o relator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Há um ponto apenas para enriquecer o debate: o impulsionamento pago pelo eleitor seria um tipo de dispêndio não fiscalizável. Há uma restrição efetiva.

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (relator): Por esse motivo a norma veda.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, acompanho o voto do eminente relator, apenas incorporando ao voto a manifestação do Doutor Humberto Jacques de Medeiros, que assenta: Já verificado – Parecer MPE – PJE item 27 e 28, fl. 5-6.

[...]

27. Embora o ato impugnado veicule manifestação espontânea do pensamento, particulariza-se pela intenção de persuadir, de forma propositada e sistemática, com fins ideológicos, políticos ou comerciais, as emoções, atitudes, opiniões e ações de público-alvo através da transmissão controlada de informação parcial de canais diretos de mídia.

28. Tais circunstâncias revelam a conotação eleitoral da manifestação, o que é suficiente à configuração da propaganda paga na internet, nos termos da jurisprudência dessa Corte.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Senhores Ministros, de fato andamos a reboque dos fatos e hoje já se destacou aqui que o tempo do Direito é um, o tempo da imprensa é outro e o tempo do Direito Eleitoral também é outro, e temos de decidir.

Proponho-me a uma reflexão maior, mas, por ora e nessa perspectiva, entendo que a solução dada pelo Ministro Luis Felipe Salomão é a que melhor se impõe, pelo menos nesse primeiro olhar.

Acompanho o relator.

EXTRATO DA ATA

Rp nº 0600963-23.2018.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Representante: Coligação Para Unir o Brasil (PSDB/DEM/PP/PPS/PR/PRB/PSD/PTB/SDD) (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin - OAB: 2977/DF e outros). Representado: Jair Messias Bolsonaro (Advogados: Tiago Leal Ayres - OAB: 22219/BA e outros). Representado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Advogados: Dafny Fontenele Teixeira de Oliveira - OAB: 50892/DF e outros). Representado: Luciano Hang (Advogados: Monique Cristhie de Moura - OAB: 91938/PR).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na representação, para confirmar os efeitos da tutela de urgência deferida e acolher a pretensão relacionada à condenação do representado Luciano Hang ao pagamento de multa,

arbitrada em R\$10.000,00 (dez mil reais), nos termos do voto do relator. Acórdão publicado em sessão.

Composição: Ministra Rosa Weber (Presidente), Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

Notas de julgamento do Ministro Jorge Mussi sem revisão.

**RECURSO NA REPRESENTAÇÃO Nº 0600969-
30.2018.6.00.0000**

BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Carlos Horbach

Recorrente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – Nacional

Advogados: André Brandão Henriques Maimoni – OAB: 29498/DF

Recorrente: Guilherme Castro Boulos

Advogados: André Brandão Henriques Maimoni – OAB: 29498/DF

Recorrida: Google Brasil Internet Ltda.

Advogados: Eduardo Luiz Brock – OAB: 91311/SP e outros

Recorrido: Canal Hipócritas

Advogados: Leonardo Relvas Rodrigues Pinto – OAB: 196352/RJ e outros

Eleições 2018. Recurso inominado. Representação. Vídeos hospedados no YouTube. Canal humorístico. Críticas e sátiras a candidato. Exercício da liberdade de expressão. Desprovidimento.

1. Os vídeos contêm crítica sarcástica às ações do candidato, utilizando-se de encenações exageradas e de imagens caricatas, que revestem a manifestação de comicidade.

2. O debate eleitoral suscitado por meio da arte, do humor ou da sátira deve ser especialmente protegido, de modo a auxiliar a formação de juízos críticos por parte do eleitor.

3. A prevalecer a tese dos recorrentes, os humoristas estariam impossibilitados de utilizar a sátira e o exagero para expor críticas às ações, às posições políticas e às pessoas dos candidatos, o que se apresenta como verdadeiro contrassenso no ambiente plural de debate de ideias que caracteriza o regime democrático.

4. Recurso desprovido.

Acordam os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Brasília, 20 de setembro de 2018.

Ministro CARLOS HORBACH, relator

Publicado em sessão, em 20.9.2018.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS HORBACH: Senhora Presidente, trata-se de recurso inominado interposto pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – Nacional e por Guilherme Castro Boulos contra decisão monocrática na qual julguei improcedente a representação, com pedido de direito de resposta, em que se alega que o canal do YouTube denominado Hipócritas publicou dois vídeos cujo conteúdo seria ilícito, pois veiculariam informações sabidamente falsas e ofensivas à honra do candidato recorrente.

Na decisão recorrida, considerei que as publicações impugnadas apenas expressam críticas sarcásticas às ações do candidato, sabidamente vinculado a movimento social em defesa da moradia, inseridas, a meu ver, no campo da liberdade de expressão e de opinião.

Os recorrentes, em suas razões recursais, alegam que, ao associar o PSOL e Guilherme Boulos à prática de crimes, os responsáveis pelo vídeo ofenderam a honra do candidato com calúnias e difamações.

Afirmam que o referido canal possui inúmeros vídeos de apoio a Jair Bolsonaro enquanto direciona críticas e sátiras contra os demais candidatos, razão pela qual requerem o provimento deste recurso.

Em contrarrazões ao recurso, a recorrida Google Brasil Internet Ltda. requer a manutenção da decisão impugnada, sustentando que os vídeos impugnados pelos recorrentes têm cunho humorístico e encontram-se amparados pelos direitos constitucionais à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento.

Aduz que “a esfera de proteção da vida privada do candidato é, sem dúvida, mais mitigada se comparada à do homem médio, não podendo o candidato esperar passar incólume ao julgamento da sociedade [...]” (ID 325904, fl. 6).

Quanto ao pretendido direito de resposta, o recorrido defende sua inviabilidade, uma vez que, “ao disponibilizar o YouTube, a Google atua simplesmente como provedora de hospedagem de páginas na internet, não exercendo qualquer atividade editorial [...]” (fl. 12).

Em 10.9.2018, o canal recorrido apresentou contrarrazões requerendo a improcedência dos pedidos e concordando em publicar resposta do ora recorrente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS HORBACH (relator): Senhora Presidente, o material impugnado nesta representação, que ora vem a Plenário em recurso nominado, é composto por dois vídeos de esquetes humorísticos. O primeiro, emulando um telejornal, tece comentários jocosos sobre diversos candidatos participantes de um debate e afirma que a segurança da emissora teria sido acionada contra uma invasão terrorista, que era, na verdade, a chegada do candidato ora recorrente ao evento.

O segundo apresenta um fictício candidato, que se apresenta como “traficante”, cujos comentários, manifestamente farsescos, associam o recorrente a invasões de residências. Nesse contexto, é possível concluir, sem maior esforço, que os humoristas do canal representado, ora recorrido, quiseram expressar crítica sarcástica às ações do candidato, sabidamente vinculado a movimento social em defesa da moradia, mas utilizando-se de proporções exageradas que revestem a manifestação de comicidade.

No tocante à alegação de que o conteúdo dos vídeos é de natureza eleitoral e privilegia um dos candidatos em detrimento dos demais, deve-se concluir que essa constatação não corresponde à realidade, mesmo ao olhar comum e não técnico, na medida em que os autores direcionam suas críticas e sátiras contra todos os candidatos, sempre ressaltando alguma característica que possa ser distorcida da realidade ou exacerbada com a finalidade, indiscutível, do humor, seja de boa qualidade ou nem tanto, a depender de quem assiste à peça cômica.

Ademais, não se tem na legislação eleitoral vedação alguma à expressão de preferência por este ou aquele candidato por parte de humoristas que divulgam seu trabalho na internet, ambiente de ampla liberdade de manifestação e de opinião. Não é correta a extensão ao cenário das redes sociais, como parecem pretender os recorrentes, das normas sobre tratamento isonômico previstas pela Lei das Eleições aos concessionários dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Registre-se, ainda, como expresso no parecer do Ministério Público Eleitoral, que os vídeos sob exame enquadram-se na esfera de proteção consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.451, rel. Min. Alexandre de Moraes (ID 312590).

De fato, esse importante precedente do STF reforça a orientação de que *o debate eleitoral suscitado por meio da arte, do humor ou da sátira deve ser especialmente protegido*, de modo a auxiliar a formação de juízos críticos por parte do eleitor.

Com efeito, a prevalecer a tese exposta na exordial e reiterada no recurso ora em exame, os humoristas estariam impossibilitados de utilizar sátiras e encenações exageradas para expor quaisquer críticas às ações, às posições políticas e às pessoas dos candidatos, o que se apresenta como verdadeiro contrassenso no ambiente plural de debate de ideias que caracteriza o regime democrático.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso*.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, saúdo o ilustre advogado e também a sustentação do Ministério Público e o voto do eminente relator, cuja conclusão irei acompanhar, mas não sem antes dizer que esta representação traz à tona um debate que, a tempo e modo, este Tribunal, a comunidade jurídica eleitoral no Brasil deverá levar a efeito. E o Ministro relator tocou nisso, quando, na parte final da sua intervenção, fez referência à compreensão jurídica dos diversos instrumentos da linguagem.

Neste caso, nós estamos a ver que, embora não tenha verticalizado nessa direção, essa representação trouxe a debate aquilo que Lyotard, na obra sobre a pós-modernidade, chama de metanarrativa – [o sujeito] disse algo, na verdade, querendo dizer coisa adversa, que vem encoberta e, na verdade, é a narrativa, o conteúdo que está num continente da grande narrativa. O problema é que neste momento não me parece que a Justiça Eleitoral e o Poder Judiciário encontrem instrumentos para superar esses limites tênues, e fazer um controle sem que também seja ferida a própria compreensão da liberdade de expressão.

Desse modo, acompanho Vossa Excelência, mas enalteço o debate que está sendo trazido à colação, e creio que hoje se levantou a ponta de uma cortina do futuro que nos espera nesse tipo de exame.

Com essa observação, acompanho Sua Excelência.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS HORBACH (relator): Senhora Presidente, seguindo a linha do Ministro Edson Fachin, outra questão suscitada por este caso que me parece relevante, mas que não temos condições de apreciar neste momento, é a relacionada à propaganda paga na internet, algo que também foi levantado na brilhante sustentação do advogado da parte recorrente. De fato, somente é possível a propaganda paga na internet por meio de postagens impulsionadas na página do candidato nas redes sociais. Mas aqui se pode fazer o seguinte questionamento: até que ponto determinados canais não podem ser patrocinados para orientar suas manifestações em favor desse ou daquele candidato?

Essa é uma preocupação que não se põe neste caso, mas é algo que, muito provavelmente, em breve, será posto à apreciação do Tribunal, e haverá de se fazer um controle dessa nova face da propaganda política por meio dos canais humorísticos, que têm, no contexto do ambiente de liberdade de expressão da internet, uma voz bastante privilegiada, especialmente protegida pelo entendimento do Supremo no precedente há pouco mencionado.

MATÉRIA DE FATO

O DOUTOR ALBERTO BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI (advogado): Senhora Presidente, há uma preliminar de legitimidade, que não sei se o voto abordou, contra o partido.

O SENHOR MINISTRO CARLOS HORBACH (relator): Na verdade, a questão foi superada, inclusive por um precedente do TSE, de algumas semanas, referente à legitimidade do partido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Senhora Presidente, a sessão de hoje está extremamente filosófica, pois discutimos o que é a

verdade no caso anterior e, agora, o que é o humor. O eminente advogado disse que o que é humor.

De início, quero assentar que nós só podemos discutir o que estamos discutindo hoje, sobre a questão de exhibir e ver essa filmagem na internet, porque nós vivemos num amplo momento de democracia no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, como já citou o relator, no julgamento da ADI nº 4451, em 21 de junho passado, debateu amplamente esse tema e quero recordar os dois pontos que ficaram definidos.

O primeiro é a absoluta impossibilidade de se tentar, em relação ao humor, às sátiras – sejam sátiras irônicas, sarcásticas –, de se pretender definir conteúdo, formatação, programação, restrição da criatividade. Nós podemos gostar ou não, podemos entender que há humor ou não, mas é algo subjetivo, o que não podemos fazer é censurar. Talvez não tenha sido dada tanta divulgação porque a questão do humor, da sátira é mais marqueteira e acaba tendo uma paixão maior.

O segundo ponto definido é que ficou também afastada a vedação em relação à liberdade jornalística e de opinião, ou seja, ficou afastada a possibilidade de se vedar que determinados meios jornalísticos apoiem determinado candidato, favoreçam determinado candidato.

É como ocorre em todas as grandes democracias do mundo. Ninguém pensaria em censurar o *New York Times* que, às vésperas de toda a eleição presidencial, publica em seu editorial qual o candidato está apoiando.

A Justiça Eleitoral, principalmente o TSE, talvez seja o maior vetor no sentido da importância de se atingir o afastamento da tutela ao eleitor. Numa democracia não se pode tutelar o eleitor de forma a limitá-lo naquilo que se pode ou não ouvir. O eleitor não é incapaz. O eleitor sabe, como bem disse o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, que não é notícia verdadeira, sabe que não se confunde com *fake news*, não se quer levar uma notícia falsa como verdadeira, sabe que não é discurso de ódio. O eleitor sabe que é uma sátira. Pode achar absolutamente sem graça, pode achar engraçado, ou nem tanto, mas o eleitor sabe diferenciar.

Não compete aos órgãos estatais realizarem essa censura. Lembro-me de que discutíamos, eu fui relator na ocasião, e citei *Justice Holmes*, no mercado livre de ideias, no sentido de que os órgãos públicos não são sábios ou estadistas que podem filtrar o que o eleitor ou cidadão deve [consumir]...

Assim como alguns vão achar graça, outros vão achar de extremo mau gosto – e reverte contra quem fez. Mas isso faz parte da democracia. Impedir a liberdade de expressão, no sentido de opiniões satíricas, que fazem parte também do mercado livre de ideias, é tutelar a democracia.

O próximo passo seria também impedir que, em debates, um candidato falasse, em relação ao outro, termos como racista, homofóbico, machista. Isso está no campo do debate e cada um defende as suas ideias, e é o eleitor quem vai decidir.

Com essas rápidas considerações, eu acompanho integralmente o eminente relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, o Doutor Humberto Jacques de Medeiros, em nome do Ministério Público Eleitoral, coloca com propriedade, e traz o julgamento da ADI nº 4451, da relatoria de Vossa Excelência, Ministro Alexandre de Moraes, em que os vídeos sob exame enquadram-se na esfera de proteção consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da relatoria de Vossa Excelência, naquela ADI. E diz o seguinte:

É importante o precedente do Supremo Tribunal Federal que reforça a orientação de que o debate eleitoral suscitado por meio da arte, do humor ou da sátira, deve ser especialmente protegido, de modo a auxiliar a formação de juízos críticos por parte do eleitor.

E conclui:

Com efeito, a prevalecer a tese exposta na exordial, reiterada no recurso ora em exame, os humoristas estariam impossibilitados de utilizar sátiras e encenações exageradas para expor quaisquer críticas às ações, às posições políticas, às pessoas dos candidatos, o que se apresenta como verdadeiro contrassenso no ambiente plural do debate de ideias que caracteriza o regime democrático.

Com essas considerações, acompanho o eminente relator no sentido de negar provimento ao recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhora Presidente, não é à toa que, em regra, os roteiristas de cinema, especializados em humor, são os mais caros. Porque fazer humor é coisa séria. Escrever humor requer leveza, agilidade, sensibilidade, sob pena de incorrer em texto tosco, na grosseria e, no mínimo, no mau gosto.

No entanto, não podemos dizer que no Estado democrático de direito isso não seja possível e, às vezes, até isso reverbera contra quem o fez. Caso mundialmente conhecido é o do jornal francês *Charlie Hebdo*. É um caso típico em que o feitiço virou lamentavelmente contra o feiticeiro e contra pessoas que não teriam sequer responsabilidade pela sátira.

Neste caso, se eu tivesse instrumentos normativos que me permitissem aplicar determinada pena, eu condenaria os autores do texto a, durante trinta dias, ver esse vídeo, antes do café, antes do almoço e antes do jantar, até antes de dormir – talvez nem dormissem.

Por isso, acompanho o que foi assentado aqui, com muita propriedade, sobre liberdade de expressão.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, a maioria já está formada, mas eu peço respeitosa vênias para divergir.

Reforço tudo o que eu disse no julgamento anterior, mas me parece que o representante desistiu do direito de resposta.

O DOUTOR ALBERTO BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI (advogado): Na verdade, em relação ao direito de resposta, o próprio canal já ofertou esse direito.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Então, o representante pretende a supressão da veiculação.

Faço uso das palavras de Vossa Excelência, com as quais concordo integralmente, pois entendo que é muito desagradável assistir a esse tipo de vídeo. Penso que isso vai muito além da crítica sarcástica e da sátira. Percebo claramente, na veiculação, uma ofensa tipificada como crime.

O que o representado busca na sátira, na minha opinião, é escusar-se da ofensa. A se considerar esse pretexto como válido, entendo que haverá a nossa chancela para o descumprimento do escopo da norma.

Entendo que, no caso, há incitamento ao ódio, e não podemos chancelar o *bullying* político, o desrespeito, a discriminação e o ódio propagados no debate político.

Então, com estas breves considerações, ousou divergir da maioria já formada para dar como procedente a representação para o pedido adicional de retirada do filme impugnado.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Presidente): Senhores Ministros, penso que o eminente relator e o Ministro Edson Fachin assentam que esse é um tema que há de nos levar necessariamente a reflexão maior e, quem sabe, à fixação de algumas balizas. O Ministro Admar Gonzaga, no entanto, vota no sentido do acolhimento.

Se se tratasse de direito de resposta, o meu voto seria numa linha, mas, como destacou o Doutor Humberto Jacques de Medeiros, estamos no terreno da internet e foi explicitado que o direito de resposta não está em jogo, porque foi assegurado pelo próprio canal.

Entendo que o debate há de ser feito de forma muito séria, sobretudo considerando o signifiicante e o significado, não no sentido da semiótica, mas no sentido psicanalítico.

O Ministro Edson Fachin aludiu à questão da metanarrativa, ou seja, o que se pretende com o vídeo e em que medida se fixam conceitos, fazem-se ataques e se formam consciências, mas há a liberdade de expressão, tão cara, assegurada constitucionalmente. É uma zona limítrofe. Com certeza, voltaremos com muita seriedade a esse debate, sobretudo porque é muito difícil votar quando se entende que a peça, no caso – não digo humorística, sarcástica –, é de extremo mau gosto, no mínimo.

Entendo bem ponderadas as colocações e bem esgrimidos os fundamentos do Ministro Carlos Horbach.

Por isso o acompanhamento.

EXTRATO DA ATA

R-Rp nº 0600969-30.2018.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Carlos Horbach. Recorrente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – Nacional (Advogados: André Brandão Henriques Maimoni – OAB: 29498/DF e outros). Recorrente: Guilherme Castro Boulos (Advogados: André Brandão Henriques Maimoni – OAB: 29498/DF e outros). Recorrida: Google Brasil Internet Ltda. (Advogados: Eduardo Luiz Brock – OAB: 91311/SP e outros). Recorrido: Canal Hipócritas (Advogados: Leonardo Relvas Rodrigues Pinto – OAB: 196352/RJ).

Usaram da palavra, pelos recorrentes, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e outro, o Dr. Alberto Maimoni e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Admar Gonzaga. Votaram com o relator os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Jorge Mussi, Og Fernandes e Rosa Weber. Acórdão publicado em sessão.

Composição: Ministra Rosa Weber (Presidente), Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Jorge Mussi, Og Fernandes, Admar Gonzaga e Carlos Horbach. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

Notas de julgamento dos Ministros Alexandre de Moraes e Jorge Mussi sem revisão.

ÍNDICE NUMÉRICO



ACÓRDÃOS

Tipo de Processo	Número	UF	Data	Página
REspe	1003-27	SP	19.12.2017	7
REspe	145-89	RN	22.5.2018	82
Cta	0600252-18	DF	22.5.2018	184
Cta	0600450-55	DF	12.6.2018	212
Pet	572-25	DF	19.6.2018	225
AgR-Pet	278-36	DF	19.6.2018	278
AgR-AI	9-24	SP	26.6.2018	322
REspe	752-31	RN	28.6.2018	397
RO	1277-61	SE	28.6.2018	433
RO	5370-03	MG	21.8.2018	544
RCand	0600903-50	DF	1º.9.2018	618
Rp	0600963-23	DF	13.9.2018	820
R-Rp	0600969-30	DF	20.9.2018	836



Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10,5 e entrelinhas de 14 pontos.

