



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 587-38.2012.6.26.0141 – CLASSE 32
– TAUBATÉ – SÃO PAULO**

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrentes: José Bernardo Ortiz e outro
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros
Recorrente: Coligação Taubaté com Tudo de Novo
Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras
Recorrente: Ministério Público Eleitoral
Recorridos: José Bernardo Ortiz e outro
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros
Recorrida: Coligação Taubaté com Tudo de Novo
Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras
Recorrido: Edson Aparecido de Oliveira
Advogados: Rodrigo Canineo Amador Bueno – OAB: 218148/SP e outro
Recorrido: Ministério Público Eleitoral

**AÇÃO CAUTELAR Nº 22-30.2015.6.00.0000 – CLASSE 1 – TAUBATÉ – SÃO
PAULO**

Relator: Ministro Herman Benjamin
Autor: José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e outro
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros
Réu: Ministério Público Eleitoral

RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO.
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL.
RECURSO DOS CANDIDATOS E DA COLIGAÇÃO.
INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. CASSAÇÃO DOS
DIPLOMAS EM AIJE. POSSIBILIDADE. ABUSO
DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO.
CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. RECURSO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDUTAS VEDADAS.
PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. NÃO
CONHECIMENTO.

Recursos especiais eleitorais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo.

1. O art. 105-A da Lei 9.504/97 – que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei 7.347/85 – deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/88, 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. Precedente: REspe 545-88/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.9.2015.

2. O afastamento de prefeito e vice-prefeito é plenamente cabível em ação de investigação judicial eleitoral, ainda que julgada após diplomação de candidatos, sendo desnecessário ajuizar-se ação de impugnação de mandato eletivo para esse fim. Entendimento em sentido diverso contraria os princípios da celeridade e da economia processuais e também o art. 22, XIV, da LC 64/90.

3. Fatos ocorridos em período muito anterior à eleição podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser posteriormente empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos.

4. O TRE/SP entendeu que o esquema de fraude em licitações da Fundação para o Desenvolvimento da Educação, com uso *a posteriori* na campanha de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior de recursos ilicitamente auferidos, configurou abuso de poder político e econômico, assentando terem sido demonstradas ingerência do candidato no órgão estatal, forma de condução das negociações, finalidade da conduta e, ainda, conivência de seu pai, José Bernardo Ortiz (Presidente da Fundação). Conclusão em sentido diverso demanda, como regra, reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJ.

5. A manipulação de licitações para financiar campanha, ainda mais em se tratando de recurso da educação, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito,

além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados. Requisito do art. 22, XVI, da LC 64/90 preenchido.

Recurso especial do Ministério Público Eleitoral.

1. O TRE/SP não apreciou a conduta em discussão sob ótica dos incisos I e II do art. 73 da Lei 9.504/97, motivo pelo qual a Súmula 282/STF incide no caso, por analogia, por falta de prequestionamento. Além disso, ao apontar suposto uso de servidores da Fundação para fins eleitorais, o *Parquet* deveria ter indicado ofensa ao inciso III do art. 73.

Conclusão.

Recursos especiais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo desprovidos e recurso do Ministério Público Eleitoral não conhecido. Pedido na ação cautelar julgado improcedente, com revogação da liminar outrora deferida.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em negar provimento aos recursos de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo, não conhecer do recurso do Ministério Público Eleitoral, julgar improcedente a ação cautelar e revogar a liminar nela deferida, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de agosto de 2016.


MINISTRO HERMAN BENJAMIN - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, trata-se de três recursos especiais eleitorais, sendo o primeiro interposto pelo Ministério Público Eleitoral, o segundo por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz (respectivamente, Prefeito do Município de Taubaté/SP eleito em 2012 em segundo turno com 62,92% dos votos válidos¹ e ex-Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE) e o terceiro pela Coligação Taubaté com Tudo de Novo (vinculada aos primeiros colocados), contra acórdãos proferidos pelo TRE/SP assim ementados (fls. 2.972-2.973, vol. 15; fl. 3.117, vol. 16):

RECURSO ELEITORAL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE RECURSOS – ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO – OBTENÇÃO DE RECURSOS PARA CAMPANHA ELEITORAL ADVINDOS DE FRAUDE EM LICITAÇÕES.

1. REPRESENTAÇÃO QUE FOI OFERTADA CONTRA QUATRO ACUSADOS, APONTANDO AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: A) CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE “APADRINHADOS POLÍTICOS” POR MEIO DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS; B) USO DE BENS MÓVEIS COM FINALIDADE ELEITORAL; E C) FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM O OBJETIVO DE OBTER RECURSOS FINANCEIROS PARA CAMPANHA ELEITORAL.

2. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO. REJEITOU A PRÁTICA DOS FATOS NARRADOS NOS ITENS “A” E “B”, POR FALTA DE PROVAS, MAS RECONHECEU O ILÍCITO DESCRITO NO ITEM “C”, QUE CONSTITUI A PRÁTICA DE ABUSO POLÍTICO E ECONÔMICO. CONDENAÇÃO SOMENTE DO SEGUNDO E DO TERCEIRO REPRESENTADOS, RESPECTIVAMENTE PREFEITO E VICE-PREFEITO ELEITOS.

3. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL NO SENTIDO DE SE RECONHECER, TAMBÉM, A PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO REPRESENTADO. ALMEJA, AINDA, SEJA APLICADA AO TERCEIRO REPRESENTADO, O VICE-PREFEITO, A SANÇÃO COMPLEMENTAR DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. POSTULA, ADEMAIS, A APLICAÇÃO DE MULTA A TODOS OS CONDENADOS.

¹ Equivalente a 99.365 votos.

4. RECURSOS DO SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO REPRESENTADOS, TODOS PUGNANDO PELA IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

5. QUESTÕES UNICAMENTE DE MÉRITO.

6. RECURSO DO MPE. ACOLHIDO EXCLUSIVAMENTE PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE DE JOSÉ BERNARDO ORTIZ, NOS TERMOS DO ART. 1º, INC. I, ALÍNEA "D", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. REJEITADO QUANTO À CONDUTA VEDADA, POIS A ALEGADA DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, COM FINS ELEITORAIS, NÃO RESTOU COMPROVADA, POSTO QUE FORAM OBJETO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO, TENDO COMO PERMISSIONÁRIA ENTIDADE COM FINS SOCIAIS. INDEVIDA, VIA DE CONSEQUÊNCIA, A APLICAÇÃO DA MULTA. POR OUTRO LADO, EMBORA O MANDATO DO VICE SEJA ATRELADO AO DO PREFEITO, INCABÍVEL A EXTENSÃO DA INELEGIBILIDADE, DADO O CARÁTER PESSOAL DESTA SANÇÃO QUE, IMPOSTA A UM DOS CANDIDATOS, NÃO SE ALASTRA, OBRIGATÓRIA E AUTOMATICAMENTE, AO OUTRO COMPONENTE DA CHAPA MAJORITÁRIA, CONFORME PRECEITUAM O ART. 18 DA LC Nº 64/90 E OS PRECEDENTES DO TSE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, PORTANTO, PARCIALMENTE PROVIDO.

7. RECURSOS INTERPOSTOS PELOS DEMAIS RECORRENTES. DESPROVIDOS, MANTENDO-SE A R. SENTENÇA EM SEU DESFAVOR. CORRETAMENTE DECRETADAS A PERDA DOS MANDATOS ELETIVOS E A INELEGIBILIDADE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO CARACTERIZADO. ESQUEMA DE FRAUDE EM LICITAÇÃO COM A FINALIDADE DE FINANCIAR CAMPANHA ELEITORAL. SUFICIENTE O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO A ESTES VOLUMOSOS. DETALHADO E CONVINCENTE RELATO DE TESTEMUNHA QUE PARTICIPOU DIRETAMENTE DA PRÁTICA ILÍCITA, CONFESSANDO-A E DELATANDO OS PARTÍCIPIES, O FAZENDO SEM SE EXIMIR DA SUA PRÓPRIA RESPONSABILIDADE NOS FATOS.

DOIS EMBARGOS DECLARATÓRIOS – MANIFESTA IMPROPRIEDADE DOS RECURSOS – DEVERIAM TER ELES COMO FUNÇÃO APRIMORAR O JULGADO E NÃO MODIFICÁ-LO – RECORRENTES QUE ALMEJAM, NA VERDADE, MODIFICAÇÃO DO JULGADO, ALGO A OUE NÃO SE PRESTAM, OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REJEIÇÃO DOS DOIS RECURSOS.

Na origem, o Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de investigação judicial eleitoral em desfavor dos demais recorrentes e também de Edson Aparecido de Oliveira (vice-prefeito eleito) com fundamento em suposto



abuso de poder político e econômico (art. 22, *caput*, da LC 64/90²) e condutas vedadas a agentes públicos em campanha (art. 73, I a IV, da Lei 9.504/97³).

Dentre os inúmeros fatos alegados na inicial, o *Parquet* apontou esquema fraudulento iniciado após a posse de José Bernardo Ortiz em 21.1.2011 como Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), órgão integrante da administração indireta do Estado de São Paulo e vinculado à Secretaria Estadual de Educação.

Aduziu que este teria sido montado por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, ainda em 2011 e com conivência de seu genitor, visando arrecadação de recursos financeiros para disputa do cargo de prefeito de Taubaté/SP nas Eleições 2012, e consistia em direcionamento de licitações relativas a materiais escolares em favor de determinadas empresas, em especial a de nome Diana Paolucci, representada pelo seu Diretor Comercial Djalma Santos, de modo que o pré-candidato auferisse porcentagem para posterior uso em campanha.

Sustentou, por fim, que o esquema viera a ser posteriormente denunciado por Djalma Santos, o qual teria deixado de receber porcentagem que também lhe era cabível nas fraudes.

Em primeiro grau de jurisdição, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, cassando-se diplomas de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e de Edson Aparecido de Oliveira e declarando-se inelegibilidade do primeiro pelo prazo de oito anos. O pai de Ortiz Júnior, José Bernardo Ortiz, foi absolvido ao argumento de que “não se evidenciou, indene

² 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: [...]

³ 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:

I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de Convenção partidária;

II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV – fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; [...]

de dúvida, sua ciência, tampouco sua anuência com os atos praticados por aquele” (fls. 2.454-2.475; vol. 13).

Foram interpostos recursos eleitorais por ambas as partes: pelo Ministério Público Eleitoral, visando reconhecer também participação de José Bernardo Ortiz e aplicação de multa a todos os envolvidos, e pelos demais, objetivando improcedência dos pedidos.

O TRE/SP, por cinco votos a dois, negou provimento aos recursos eleitorais dos candidatos e da coligação e, de outra parte, proveu o recurso do *Parquet* somente para estender a inelegibilidade a José Bernardo Ortiz, assentando-se, assim, sua participação no esquema. Os embargos declaratórios opostos contra esse acórdão foram rejeitados.

Seguiu-se a interposição de três recursos especiais.

O Ministério Público Eleitoral aduziu, em síntese (fls. 3.098-3.103; vol. 16):

a) violação ao art. 73, I e II, e §§ 4º e 8º, da Lei 9.504/97, porquanto “o abuso do poder político, concretizado por meio da utilização de servidores públicos – notadamente o próprio José Bernardo Ortiz, presidente da FDE, e demais agentes públicos participantes do esquema – e de dinheiro público, em flagrante desvio de finalidade (fatos incontroversos), demonstra a efetiva prática de conduta vedada” (fl. 3.100v), motivo pelo qual deve ser aplicada multa em grau mínimo a todos os envolvidos;

b) dissídio jurisprudencial, haja vista cumulatividade das sanções previstas nos arts. 22, XIV, da LC 64/90 (inelegibilidade e cassação do diploma) e 73, § 4º, da Lei 9.504/97 (multa).

Por sua vez, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz apontaram inicialmente (fls. 3.135-3.157; vol. 16).

a) ofensa ao art. 14, §§ 10 e 11, da CF/88⁴, tendo em vista que só poderiam ser afastados dos cargos em ação de impugnação de mandato eletivo, considerado o fato de que os pedidos na presente ação de investigação judicial eleitoral foram acolhidos em 19.8.2013, isto é, muito após outorga de mandato pela Justiça Eleitoral. Ainda a esse respeito, citaram decisão liminar proferida em 11.9.2013 pelo e. Min. Dias Toffoli na AC 622-22/RS, na qual se ressaltou que, “após a diplomação do candidato, para que a ação possa ter o efeito de cassar o diploma do beneficiado, deverá haver a ratificação pela parte interessada mediante ação de impugnação de mandato eletivo (AIME)”;

b) dissídio jurisprudencial e violação ao art. 105-A da Lei 9.504/97⁵ ante a impossibilidade de o Ministério Público Eleitoral valer-se do inquérito civil público na seara eleitoral.

Paralelamente, alegaram contrariedade ao art. 275, I e II, do Código Eleitoral⁶ caso se entenda que as matérias acima não possam ser conhecidas. No tocante ao mérito propriamente dito, aduziram afronta ao art. 22, XIV e XVI, da LC 64/90⁷, nos seguintes termos:

⁴ Art. 14. [omissis]

[...]

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante à Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

⁵ Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁶ Art. 275. São admissíveis embargos de declaração:

I – quando há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição;

II – quando for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o Tribunal.

⁷ 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;

[...]

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

- a) o abuso de poder foi reconhecido com fundamento em suposto ato de improbidade administrativa, sem qualquer prova acerca de sua repercussão eleitoral;
- b) a condenação deu-se com base em meras presunções, notadamente diante de falta de liame entre a conduta em tese ilícita e as eleições realizadas em 2012;
- c) os fatos apurados referem-se ao ano de 2011, período, em muito, anterior à campanha eleitoral;
- d) comprovou-se nos autos que os editais de licitação lançados pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação não sofreram quaisquer alterações no decorrer dos últimos anos;
- e) a principal prova que embasou a condenação consistiu em depoimento de única testemunha (Djalma Santos, Diretor Comercial da empresa Diana Paolucci), que denunciou o suposto esquema para aquisição de materiais escolares, não merecendo assim qualquer credibilidade. Ademais, o depoente consignou de modo expresso não ter presenciado nenhum dos pagamentos ao recorrente José Bernardo Ortiz Júnior;
- f) o TJ/SP, acatando parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, arquivou inquérito criminal instaurado em desfavor de Ortiz Júnior pelos crimes de cartel e de fraude em licitação, circunstância que reforma a ilicitude das condutas;
- g) ainda que se admita que o cheque de R\$ 34.000,00 – compensado por Marcelo Tadeu Pimentel (em tese coordenador de campanha de Ortiz Júnior) e consistente na segunda prova que fundamentou a condenação – foi destinado à campanha, o valor é insignificante no contexto de eleição majoritária realizada em dois turnos e, portanto, inexistente a gravidade necessária à cassação.

A Coligação Taubaté com Tudo de Novo apresentou, em suma, as mesmas razões contidas no recurso especial de Ortiz e Ortiz Júnior (fls. 3.159-3.207; vol. 16).

Os três recursos foram inadmitidos pela Presidência do TRE/SP, o que ensejou a interposição de agravos.

Em 3.8.2015, o e. Ministro João Otávio de Noronha, meu antecessor, proveu os agravos para determinar o processamento dos recursos especiais e intimar as partes para a apresentação de contrarrazões (fl. 3.369).

José Bernardo Ortiz e José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior apresentaram contrarrazões ao recurso do *Parquet* (fls. 3.353-3.367; vol. 17). Sustentaram que o especial não merece ser conhecido, porquanto a questão nem sequer foi tratada pela Corte Regional sob o enfoque dos incisos I e II do art. 73 e, ademais, não houve recurso contra a sentença na parte em que foi afastada a conduta vedada.

O Ministério Público Eleitoral, por sua vez, reportou-se ao parecer de folhas 3.394-3.401 e pugnou pelo desprovimento dos recursos dos candidatos e da coligação (fls. 3.394-3.401; vol. 17).

A Coligação Taubaté com Tudo Novo não apresentou contrarrazões (certidão de fl. 3.372; vol. 17).

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso especial do *Parquet* e pelo desprovimento dos demais recursos (fls. 3.353-3.367; vol. 17).

Por fim, registre-se que em 12.1.2015 o e. Ministro João Otávio de Noronha deferiu liminar nos autos da AC 22-30/SP para determinar permanência de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e de Edson Aparecido de Oliveira nos cargos de prefeito e vice-prefeito até julgamento dos recursos especiais com base na jurisprudência desta Corte Superior vigente à época segundo a qual o inquérito civil não poderia ser utilizado na seara eleitoral.

É o relatório.



VOTO

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, os autos foram recebidos no gabinete em 9.9.2015 e encaminhados para julgamento após minha posse como Ministro efetivo desta Corte em 28.10.2015.

Examino, separadamente, os recursos especiais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo e, de outra parte, o do Ministério Público Eleitoral.

I. Dos recursos de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo.

Os recorrentes apontaram dissídio jurisprudencial e violação ao art. 105-A da Lei 9.504/97⁸ por suposta impossibilidade de o Ministério Público valer-se de inquérito civil público na espécie. Segundo o mencionado dispositivo, “em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

No caso dos autos, extraído do acórdão regional que “o Inquérito Civil Público nº 383/2012 foi instaurado em 29 de junho de 2012, portanto, antes do ajuizamento da presente demanda” (fls. 3.005-3.006; vol. 15), e que os mesmos fatos são objeto da ação civil pública 0045527-93.2012.8.26.0053⁹, em trâmite perante a 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo¹⁰ (fl. 2.984).

Esta Corte Superior, a despeito de ter adotado inicialmente essa posição (por todos, o RO 4746-42/AM¹¹, julgado em 26.11.2013), a reformulou no julgamento do REspe 545-88/MG em 8.9.2015, quando foram fixadas três vertentes quanto ao possível uso de inquérito civil na Justiça

⁸ Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁹ Últimos quatro dígitos citados erroneamente no acórdão regional (fl. 2.984).

¹⁰ Último andamento processual (considerada a data de 9.12.2015): juntada das contestações de José Bernardo Ortiz e José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e posterior abertura de vista ao *Parquet*.

¹¹ “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”.

Eleitoral – duas interpretando o dispositivo conforme a Constituição e a terceira declarando-o inconstitucional – nos termos da fundamentação dos e. Ministros João Otávio de Noronha, Henrique Neves e Luiz Fux, acompanhados pelos demais membros desta Corte. Quanto ao tema, consta da ementa o seguinte:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CONDOTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS. ART. 73, § 10, DA LEI 9.504/97. PRELIMINARES REJEITADAS. ART. 105-A DA LEI 9.504/97. APLICABILIDADE ÀS AÇÕES ELEITORAIS. MÉRITO. PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI PRÉVIA. MULTA. DESPROVIMENTO.

[...]

2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/97 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 9.504/97, 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 9.504/97 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 9.504/97 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/88 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/88, 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, julgado em 8.9.2015) (sem grifos no original)

Dessa maneira, considerando que o uso de inquérito civil no âmbito eleitoral encontra guarida na Constituição, a irresignação dos recorrentes não merece prosperar.

De outra parte, os recorrentes sustentaram que seu afastamento dos cargos de prefeito e vice-prefeito somente deveria ter ocorrido via ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), único meio processual cabível, segundo eles, para se desconstituir mandato após diplomação. Assim, alegaram que, cassados seus diplomas apenas em 19.8.2013 na ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), seria necessário manejo da ação constitucional.

No entanto, o afastamento do mandato constitui decorrência lógica da cassação de diploma, sendo desnecessário ajuizar-se nova ação para esse fim. Raciocínio em sentido diverso encontra óbice nos princípios da celeridade e da economia processuais.

Além disso, com advento da LC 135/2010 (denominada Lei da Ficha Limpa), o inciso XIV do art. 22 da LC 64/90 passou a prever expressamente, como consequência do acolhimento de pedidos em AIJE, “a 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”, de modo que, verificada essa hipótese, deve o mandatário ser afastado do cargo para o qual se elegeu.

Por fim, o Tribunal Superior Eleitoral, ao assentar no julgamento do RCED 8-84/PI em 17.9.2013 que a AIME é único meio cabível para impugnar mandato já reconhecido pela Justiça Eleitoral, o fez em contexto diverso da presente hipótese. Em nenhum momento esta Corte

Superior vedou possibilidade de, em AIJE proposta antes da diplomação, afastar-se do cargo candidato beneficiado por abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação, mas sim decidiu que, tendo sido ele diplomado, não havia outra ação a ser ajuizada que não a AIME, não se servindo o recurso contra expedição de diploma (RCED) a esse propósito. Reproduzo, no ponto, o voto do e. Ministro Dias Toffoli, relator do caso:

O § 10 do artigo 14 da Constituição Federal dispõe, expressamente:

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Qual o tema do Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED)? Corrupção, captação ilícita de sufrágio. Vejam que o § 11 do artigo 14 da Constituição Federal ainda estabelece:

[...]

O que mais interessa é o § 10, que estabeleceu constitucionalmente qual é o único veículo pelo qual é possível impugnar o mandato já reconhecido pela justiça.

Quando a Justiça Eleitoral reconhece o mandato? Com a sua diplomação; quando o candidato é diplomado “eleito” e recebe o seu diploma, já passa a deter o direito à posse e a exercer o seu mandato. Daí o prazo estabelecido na Constituição Federal para a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) ser contado, exatamente, quinze dias da diplomação.

Na primeira oportunidade que tive nesta Corte, como juiz substituto, de votar sobre o tema – no RCED nº 755 –, eu disse exatamente que não reconhecia, no artigo 262, IV, do Código Eleitoral, compatibilidade com a Constituição Federal. No que diz respeito à redação original do dispositivo, entendo que não tenha sido recepcionado pela Constituição brasileira.

[...]

Posteriormente, a Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, acrescentou à parte final – cuja redação anterior ficava apenas até o artigo 222 do Código Eleitoral – também a hipótese do artigo 41-A da Lei nº 9.504/1 997, que é, exatamente, a do caso concreto, ou seja, corrupção eleitoral, compra de voto.

De tal sorte que a redação atual contempla uma parte na redação dada anteriormente à Constituição Federal, que vai até o artigo 222 desse Código. Quanto a essa parte, entendo não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Quanto à parte final, entendo ser incompatível com o § 10 do artigo 14 da Constituição Federal de 1988.



Em ambas as hipóteses, naquilo que era a redação anterior à Constituição Federal, não recepcionada; naquilo que é redação posterior, faço o incidente de declaração de inconstitucionalidade, como preliminar de meu voto.

(sem grifos no original)

Despicienda, portanto, propositura da ação de impugnação de mandato eletivo visando afastamento dos recorrentes.

No tocante à questão de fundo propriamente dita, o Ministério Público, autor da ação, apontou existência de esquema fraudulento iniciado após a posse de José Bernardo Ortiz em 21.1.2011 como Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação, órgão integrante da administração indireta do Estado de São Paulo e vinculado à Secretaria Estadual de Educação.

Aduziu que este teria sido montado por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, ainda em 2011 e com conivência de seu genitor, visando arrecadação de recursos financeiros para disputa do cargo de prefeito de Taubaté/SP nas Eleições 2012, e consistia em direcionamento de licitações (de materiais escolares) em favor de determinadas empresas, em especial a de nome Diana Paolucci, representada por seu Diretor Comercial, Djalma Santos, de modo que o pré-candidato auferisse porcentagem do negócio para utilização em campanha.

Os recorrentes apontaram não ser possível sua condenação com base nesse suposto ilícito, por se tratar de conduta praticada em 2011, período muito anterior às Eleições 2012, constituindo no máximo ato de improbidade sem qualquer repercussão eleitoral.

Todavia, mais uma vez não lhes assiste razão. Embora esta Corte tenha apreciado recentemente caso que à primeira vista seja favorável a esse argumento (AgR-AI 514-75/RJ¹²; conduta praticada em maio de 2011 –

¹² AgR-AI 514-75/RJ, redator para acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe de 2.6.2015: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. [...]"

2. No caso dos autos, embora a conduta praticada pelo agravante - custeio de revista com recursos públicos em maio de 2011 enaltecendo sua pessoa - tenha atentado contra inúmeros princípios contidos no art. 37 da CF/88, ela não teve repercussão na seara eleitoral, haja vista o extenso lapso temporal de dezessete meses faltante para as Eleições 2012. Nesse sentido: AgR-REspe 35.999/PE, de minha relatoria, DJe de 2.9.2014." [...]

custeio de revista com recursos públicos em que se enalteceu prefeito), a presente hipótese não possui nenhuma similitude fática com referido julgado.

Com efeito, ainda que na espécie o suposto esquema tenha operado em 2011, sua concretização sob aspecto eleitoral ocorreu exatamente durante uma das principais etapas do processo de registro e votação de candidatos, isto é, na campanha, quando os recursos obtidos vieram em tese a ser utilizados, conforme se alegou na exordial. Em outras palavras, apesar de a hipotética arrecadação ilícita remontar ao ano anterior ao pleito, é possível apurar-se a conduta sob o viés do abuso de poder no caso de uso desse montante em campanha eleitoral.

Consequentemente, inexistente óbice à condenação em ação de investigação judicial eleitoral com base nesse pretexto.

Por outro lado, o TRE/SP reconheceu abuso de poder político e econômico por entender configurada fraude em licitações, com destaque especial para o Pregão Eletrônico de Registro de Preços 36/00499/11/05, e assentou que as provas demonstraram ingerência de Ortiz Júnior no órgão estatal como se o integrasse, destinação de determinada porcentagem para futura utilização na campanha, forma como as negociações eram realizadas e, por fim, conivência de José Bernardo Ortiz, Presidente da Fundação, com os atos praticados por seu filho.

No tocante à ativa participação de Ortiz Júnior na rotina da Fundação, constam do acórdão trecho de memorando em que se registrou reunião ocorrida com sua presença em 26.3.2011 para aquisição de livros didáticos e, por outro lado, depoimento de Claudio Falotico, ex-Diretor Administrativo, no qual esclarece que o recorrente “exercia função de direção como se fosse ‘de carreira’” (fl. 2.999; vol. 15). Extraído do acórdão:

Como se depreende do memorando de fls. 1010, Ortiz Júnior passou a ter forte influência na direção dos trabalhos da FDE, participando de comissões, almoços com autoridades e outros eventos da referida fundação.

Oportuno reproduzir o item 2 do aludido documento:

“2) Reunião com ‘Jorginho Yunes’ (Editora IBEP): realizada em 26/03/11 com Ortiz Jr – Jorginho nos apresentou sua empresa e os

livros da 'Companhia Editora Nacional' (ex: Dicionário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras e a Gramática do Cegalla). Para efetuarmos qualquer compra necessitamos de um parecer e de um pedido da CENP/Secretaria".

(fl. 2.986; sem grifos no original)

Já o segundo, **Claudio Fanotico**, afirmou que exerceu o cargo de **Diretor Administrativo da FDE no período de 15/02 a 06/10/2011**, subordinado direto a José Bernardo Ortiz, indicado pelo filho dele, **Ortiz Júnior**, "que frequentava a presidência sem exercer cargo algum". Esclareceu, ainda, que **Ortiz Júnior exercia função de direção como se fosse "de carreira"**, solicitando relatórios de fornecedores de materiais. [...]

(fl. 2.999; sem grifos no original)

Em relação às negociações e também aos percentuais dos contratos que seriam direcionados à campanha de Ortiz Júnior, o relator procedeu à transcrição de depoimento de Djalma Santos, Diretor Comercial da empresa Diana Paolucci, uma das beneficiadas pelo esquema:

Nesse contexto, em março de 2011, Ortiz Júnior aproximou-se de **Djalma da Silva Santos**, à época Diretor Comercial da empresa fornecedora de produtos escolares Diana Paolucci, a quem solicitou auxílio para estreitar relação com as demais empresas que forneciam material escolar e mochilas para a FDE, visando à formação de cartel que propiciaria arrecadar recursos para sua campanha.

Segundo aqui foi apurado, **Djalma e Ortiz Júnior**, a partir de então, passaram a manipular editais de licitação dentro do órgão, em troca de comissão de 10% pelos negócios realizados.

[...]

O referido Djalma da Silva Santos afirmou com todas as letras, tanto em seu depoimento junto ao Ministério Público (fls. 54/61 – vol. 01), quanto em Juízo (fls. 2.218 – vol. 12), que participava das licitações para aquisição de material escolar, por meio da empresa Diana Paolucci S/A – Indústria e Comércio, e repassava parte do lucro, obtido com o superfaturamento, a Ortiz Júnior. Conforme demonstram as mensagens trocadas entre Djalma e demais envolvidos (fls. 1.046/1.052 – vol. 3), a referida empresa Diana Paolucci passou a integrar o cartel para as contratações da FDE, que contava ainda com as empresas Exxcell 3000, Mercosul Comércio e Indústria Ltda. E Capricórnio S/A.

Destaco, a propósito, os seguintes trechos do depoimento prestado por Djalma em juízo, mediante o crivo do contraditório:

JUIZ: qual era a atividade ou função, o trabalho que o senhor exercia para o Sr. [Ortiz] Júnior em 2011?

DEPOENTE: logo depois que o pai dele, o José Bernardo Ortiz, foi nomeado presidente da FDE, eu fui procurado pelo Ortiz Júnior, na verdade quem me ligou foi uma pessoa, foi o Fernando Gigli [...] que me ligou, falando que o Ortiz Júnior queria me encontrar. Aí eu aceitei o encontro. E no encontro ele perguntou se eu conhecia os empresários que forneciam material escolar.

JUIZ: o que ele perguntou?

DEPOENTE: se eu conhecia os empresários que forneciam para a FDE material escolar e mochilas. Eu falei que sim.

JUIZ: e daí o senhor começou a trabalhar para ele ou fez algum serviço para ele?

DEPOENTE: não, na verdade ele me pediu para que eu entrasse em contato com essas pessoas, que eu me relacionava e conhecia, para facilitar a licitação tanto de material escolar quanto de mochilas. Eu fiz o contato na frente dele, marquei o encontro com um dos empresários, e, basicamente, era para colocar ele com os empresários para arrecadação da campanha que estava por vir.

JUIZ: e isso foi falado às claras?

DEPOENTE: muito claro.

[...]

JUIZ: de que maneira [...] o senhor teria direcionado esses editais?

DEPOENTE: eu tinha informações privilegiadas vindas do Júnior, onde eu conseguia passar para as empresas que fizessem cotação e mudar uma especificação ou outra. Isso foi feito.

[...]

JUIZ: o Sr. Ortiz Júnior frequentava a FDE?

DEPOENTE: olha, por diversas vezes nós deixamos ele na rua de trás, onde ele entrava por trás, sem ser pela catraca, diversas vezes. Diversas vezes.

JUIZ: o senhor sabe o que ele ia fazer lá?

DEPOENTE: muitas dessas vezes era tratar dos nossos negócios. E era muitas outras vezes tratar de um monte de outros que eu sabia que ele tinha.

[...]

DEPOENTE: então, tinha que soltar o edital do material escolar, e tem que soltar com uma certa antecedência, se possível entregar no começo do ano letivo. E por se tratar de um novo presidente da FDE, e onde o Ortiz Júnior queria fazer uma arrecadação em cima do material fornecido para a FDE, foi marcada a reunião. E o Ortiz Júnior até pediu 10% e foi negado, eles deram só 5%, se comprometeram com 5%. A

reunião foi para acertar os detalhes. O que se colocaria no edital, o que dava para colocar, o que não dava para Ortiz mexer.

JUIZ: houve algum acerto por fora da contratação dessas mochilas? Do fornecimento dessas mochilas?

DEPOENTE: houve o combinado do acerto, eu não presenciei o acerto.

JUIZ: e o que foi combinado?

DEPOENTE: cinco por cento do valor faturado.

JUIZ: e esse valor, quanto seria?

DEPOENTE: R\$ 104 milhões.

JUIZ: 5% sobre R\$ 104 milhões?

DEPOENTE: R\$ 104 milhões.

JUIZ: e para quem iria esse dinheiro?

DEPOENTE: Ortiz Júnior, campanha do Ortiz Júnior.

JUIZ: foi pago em cheque, em dinheiro vivo?

DEPOENTE: não, não. Em dinheiro vivo.

JUIZ: em dinheiro vivo?

DEPOENTE: eu não presenciei o pagamento, mas é dinheiro vivo.

[...]

JUIZ: há um acordo por fora, cada um fatura o seu lote, o que é que é isso?

DEPOENTE: há um acordo por fora antes de acontecer o pregão, que depois é cumprido o acordo.

(fls. 2.986-2.996; sem grifos no original)

Do exame do testemunho, tem-se de forma clara e detalhada como foi montado o esquema, direcionamento dos editais, empresas beneficiadas, porcentagem que cabia aos seus organizadores – inclusive ao recorrente Ortiz Júnior – e também modalidade de pagamento.

Ainda quanto ao depoimento de Djalma Santos, ressalto que a tentativa dos recorrentes de retirar sua credibilidade – por se tratar do denunciante da fraude – não merece acolhida, seja porque não houve contradita, seja pelo fato de que em nenhuma passagem é possível extrair qualquer animosidade entre ele e Ortiz Júnior. Ao contrário, consignou o

depoente que “a gente tinha um bom relacionamento” e que “ele foi na festa do meu aniversário, eu tomei várias vezes café na casa dele” (fl. 2.992).

Consta também do acórdão que, ao firmarem acordo para fraudar licitações da Fundação, o recorrente Ortiz Júnior pediu a Djalma Santos adiantamento de R\$ 100.000,00, divididos em duas parcelas de R\$ 33.000,00 e uma de R\$ 34.000,00. Quanto a esta última, o TRE/SP afirmou que o pagamento ocorrera mediante cheque compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, “pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato” (fl. 2.997) e “marqueteiro da campanha do recorrido [ora recorrente]” (fl. 3.018), e que as justificativas apresentadas pelos candidatos não foram aptas a afastar essa conclusão. Transcrevo novamente o acórdão:

No andamento das negociações, Ortiz Júnior teria solicitado a Djalma um “adiantamento pelos negócios realizados”, que foi concretizado da seguinte forma: dois pagamentos no valor de R\$ 33.000,00 em dinheiro e um no valor de R\$ 34.000,00 em cheque que, posteriormente, foi compensado por Marcelo Tadeu Pimentel, tesoureiro da campanha eleitoral do representado.

[...]

É, ainda, incontroverso, que o cheque referente à [sic] uma das parcelas do “acordo”, no valor de R\$ 34.000,00 (fls. 1.044/1.045 – vol. 6), foi compensado na conta de Marcelo Pimentel.

Embora se tenha aqui alegado que Marcelo não era o responsável pela campanha de Ortiz Júnior, “mas sim um jornalista que trabalhava para ele”, isto em nada altera o panorama aqui verificado, restando incontroverso se tratar de pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato e à sua disputa no certame eleitoral.

Também se disse que o cheque foi recebido em pagamento a serviços prestados por Marcelo a Djalma, que teria se envolvido em outro “escândalo” de fornecimento de merendas (fl. 2.530 – vol. 13), afirmação que restou isolada e sem comprovação.

Destaco que o referido Marcelo Pimentel foi arrolado como testemunha no presente processo. Mas houve desistência de sua oitiva, que seria de fundamental importância para a comprovação da tese defensiva. Ato contínuo, **optaram os recorrentes por apresentar declaração firmada por Marcelo em Tabelionato de Notas (fl. 2.230 – vol. 12), que, por ser prova unilateral e desprovida do insubstituível contraditório, carece de maior valor probante.**

(fls. 2.987 e 2.997-2.998; sem grifos no original)

A Corte Regional ressaltou, ainda, que todo o esquema acima detalhado teve conivência do também recorrente José Bernardo Ortiz, que usou de seu cargo para permitir livre trânsito de seu filho, Ortiz Júnior, pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação. Confirmo (fls. 2.983-2.984):

Mas, no que se refere à improcedência do pedido em relação a José Bernardo Ortiz, a insurgência do MP é pertinente, razão pela qual tal tópico da r. sentença merece reforma.

Isto porque, na qualidade de pai do correpresentado José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, teve decisiva contribuição para a ocorrência dos fatos narrados na inicial e aqui comprovados, permitindo a indevida ingerência, na fundação pública por ele presidida (FDE), de seu filho-candidato, além de não ter tomado providências quanto às denúncias. [...]

[...]

De fato, segundo demonstrou o Ministério Público Eleitoral, tão logo José Bernardo Ortiz, pai do candidato supra citado, tomou posse como Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, passou a permitir que seu filho (o já referido José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior) instalasse no referido órgão, com o auxílio do Diretor Administrativo Claudio Francisco Falotico, um “esquema” organizado com o fim de arrecadar dinheiro para sua campanha eleitoral.

(fls. 2.983-2.984; sem grifos no original)

Por último, ainda quanto às provas, é irrelevante alegação de que o TJ/SP arquivou inquérito criminal instaurado contra Ortiz Júnior pelos crimes de cartel e de fraude em licitação. Além da independência entre esferas cível-eleitoral e criminal, observo que o arquivamento ocorreu unicamente porque “a consumação do crime de cartel de empresários é anterior aos certames licitatórios realizados” (fl. 3.035), circunstância que não exclui possibilidade de o recorrente ter de fato auferido os recursos ora tratados para financiar sua campanha eleitoral.

Diante desse contexto probatório, o TRE/SP concluiu que “não há como negar a estreita e promíscua relação que existiu entre Djalma e Ortiz Júnior, bem como a intenção de ambos de promover um esquema de fraudes em licitação, arrecadando recursos destinados ao proveito econômico do primeiro e o custeio da campanha eleitoral do segundo” (fl. 3.000). Assim, o acolhimento das alegações dos recorrentes em sentido contrário demanda

como regra, reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJ.

Por fim, o requisito da gravidade – previsto no inciso XVI do art. 22 da LC 64/90, acrescido pela LC 135/2010¹³ – está a meu ver devidamente configurado, em especial porque não há como considerar para sua aferição apenas os valores envolvidos, mas sim todas as circunstâncias em que praticado o ilícito. Nesse ínterim, a manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade.

Ademais, ao contrário do que aduzem os recorrentes, o cheque de R\$ 34.000,00 emitido por Djalma Santos e compensado por uma das principais pessoas que atuaram na campanha de Ortiz Júnior não constitui única prova do esquema orquestrado, conforme já esclarecido, motivo pelo qual não se pode limitar o exame das condutas em discussão a esse documento.

Em conclusão, os recursos especiais dos recorrentes não merecem prosperar.

II. Do recurso especial do Ministério Público Eleitoral.

Segundo o *Parquet*, os ilícitos cometidos por Ortiz Júnior, com conivência de seu genitor, também configuram condutas vedadas dos incisos I e II do art. 73 da Lei 9.504/97¹⁴ e, por essa razão, os recorrentes devem ser condenados de igual forma à sanção de multa.

¹³ Art. 22. [omissis]

[...]

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

¹⁴ 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:

I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de Convenção partidária;

II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; [...]

Todavia, há dois óbices de natureza processual ao conhecimento do recurso.

Em primeiro lugar, a conduta não foi examinada pela Corte Regional sob ótica dos dispositivos em comento, de forma que a Súmula 282/STF incide na espécie, por analogia, devido à ausência de prequestionamento: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Além disso, o Ministério Público Eleitoral, ao aduzir que “o abuso do poder político, concretizado por meio da utilização de servidores públicos [...], demonstra a efetiva prática de conduta vedada” (fl. 3.100-v), deveria ter apontado violação ao inciso III do art. 73¹⁵, dispositivo que trata de cessão de servidores públicos a campanhas eleitorais.

Não se conhece, portanto, do recurso especial interposto pelo *Parquet*.

III. Conclusão.

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos especiais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo e **não conheço** do recurso do Ministério Público Eleitoral. Por conseguinte, **julgo improcedente** o pedido na ação cautelar, revogando a liminar outrora deferida.

É como voto.

¹⁵ 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:

[...]

III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado; [...]

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:
Senhor Presidente, cumprimento a sustentação feita pelo advogado José Eduardo Rangel de Alckmin. Fiquei na dúvida em um ponto nesse caso.

Esses fatos são realmente gritantes, mas, pelo que consta do memorial e do acórdão regional e pelo que compreendi do voto de Sua Excelência, eles ocorreram em 2011 – fatos voltados a uma licitação ocorrida em 2011 –, quando foi feito o pagamento a alguém que, em 2012, veio a trabalhar na campanha do candidato.

Por conta disso, o ilícito está sendo apurado, não na área penal porque parece que o inquérito foi arquivado, ainda que por falta de provas – não sei –, mas há ação civil pública para examinar a improbidade.

Então, essa situação ocorrida um ano antes da eleição teria reflexo no pleito eleitoral. Essa é a hipótese?

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): A questão aqui é de nexo de causalidade: independentemente da época em que cometido o ilícito, ele pode ser apurado e punido pela Justiça Eleitoral caso repercuta nas eleições.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Essa é a minha dúvida.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): A vinculação está nos depoimentos. Isso está nos autos e eu não posso apreciar o que não está nos acórdãos do TRE/SP. O máximo que posso fazer é adentrar a tese jurídica em abstrato acerca desse aspecto que Vossa Excelência está levantando, que, no final das contas, tem relação com o nexo de causalidade, que é atemporal, não importa se foi ontem, ou antes.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Então, qualquer pessoa que cometer ilícito anterior a sua futura candidatura estará

sujeita a que presumiremos que o dinheiro daquele ilícito foi utilizado na campanha?

A minha dúvida é justamente quanto aonexo. O que associa isso à campanha?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Essa indagação, de qual é o nexode causalidade entre um fato e o resultado, é que o Ministro Herman Benjamin está abordando. O fato é incontroverso.

Então, o fato, sendo incontroverso e tendo havido representação, tem repercussão eleitoral. Analisar se há nexou não de causalidade é uma questão que não é sindicável – pelo que entendi do que o Ministro Herman Benjamin está dizendo.

Apenas no item subsequente, ele assenta que para ele a manipulação ilícita da licitação com desvio de recurso público é suficiente para caracterizar o ato que conduz à conclusão do seu voto.

Esse nexode causalidade que analisamos de maneira usual – no meu modo de ver, promíscua e irregular – constitui análise de matéria fática.

Então, ele não consegue analisar.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): A indagação de Vossa Excelência tem um componente jurídico – este sim analiso –, ou seja, o que temos de verificar é se o liame tem vinculação.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Mas é justamente esse liame que não estou entendendo qual é.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): O *plus* que Vossa Excelência quer que seja analisado só poderia ser feito se eu reavaliasse toda a prova, e não tenho condições de fazer isso.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Pelo que pude compreender do voto do Ministro Herman Benjamin e lendo o acórdão regional, parece-me claro que esse dinheiro, vindo em 2011 ou 2012, foi direcionado para a campanha:

Veja-se trecho do acórdão, fls. 27:

Como se vê, não há como negar a estreita e promíscua relação que existiu entre DJALMA e ORTIZ JÚNIOR, bem como a intenção de ambos de promover um esquema de fraudes em licitação, arrecadando recursos destinados ao proveito econômico do primeiro e o custeio da campanha eleitoral do segundo.

Então, da forma como está posto no acórdão regional, o *link* é direto.

PEDIDO DE VISTA



O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:
Senhor Presidente, peço vista dos autos, porque o acórdão também traz essa matéria a partir de um depoimento que afirma que foi pago em dinheiro. O depoente diz que não viu, mas sabe que foi pago.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 587-38.2012.6.26.0141/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrentes: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrente: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrida: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrido: Edson Aparecido de Oliveira (Advogados: Rodrigo Canineo Amador Bueno – OAB: 218148/SP e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usou da palavra, pelos recorrentes José Bernardo Ortiz e outro, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin.

Decisão: Após o voto do Ministro relator, desprovendo os recursos de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo, bem como não conhecendo do recurso do Ministério Público Eleitoral, pediu vista o Ministro Henrique Neves da Silva.

AC nº 22-30.2015.6.00.0000/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Autor: José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Após o voto do Ministro relator, julgando improcedente a ação cautelar e revogando a liminar nela deferida, pediu vista o Ministro Henrique Neves da Silva.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Herman Benjamin e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 10.12.2015.

VOTO-VISTA (vencido)

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:
Senhor Presidente, como apontado pelo eminente relator, trata-se na espécie de três recursos especiais eleitorais. O primeiro interposto pelo Ministério Público Eleitoral, o segundo por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz (respectivamente, Prefeito do Município de Taubaté/SP eleito em 2012 em segundo turno com 62,92% dos votos válidos e ex-Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE) e o terceiro pela Coligação Taubaté com Tudo de Novo (vinculada aos primeiros colocados).

Os recursos especiais foram interpostos contra os acórdãos proferidos pelo TRE/SP, cujas ementas são as seguintes (fls. 2.972-2.973, vol. 15; fl. 3.117, vol. 16):

RECURSO ELEITORAL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE RECURSOS – ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO – OBTENÇÃO DE RECURSOS PARA CAMPANHA ELEITORAL ADVINDOS DE FRAUDE EM LICITAÇÕES.

1. REPRESENTAÇÃO QUE FOI OFERTADA CONTRA QUATRO ACUSADOS, APONTANDO AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: A) CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE “APADRINHADOS POLÍTICOS” POR MEIO DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS; B) USO DE BENS MÓVEIS COM FINALIDADE ELEITORAL; E C) FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM O OBJETIVO DE OBTER RECURSOS FINANCEIROS PARA CAMPANHA ELEITORAL.

2. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO. REJEITOU A PRÁTICA DOS FATOS NARRADOS NOS ITENS “A” E “B”, POR FALTA DE PROVAS, MAS RECONHECEU O ILÍCITO DESCRITO NO ITEM “C”, QUE CONSTITUI A PRÁTICA DE ABUSO POLÍTICO E ECONÔMICO. CONDENAÇÃO SOMENTE DO SEGUNDO E DO TERCEIRO REPRESENTADOS, RESPECTIVAMENTE PREFEITO E VICE-PREFEITO ELEITOS.

3. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL NO SENTIDO DE SE RECONHECER, TAMBÉM, A PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO REPRESENTADO. ALMEJA, AINDA, SEJA APLICADA AO TERCEIRO REPRESENTADO, O VICE-PREFEITO, A SANÇÃO COMPLEMENTAR DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. POSTULA, ADEMAIS, A APLICAÇÃO DE MULTA A TODOS OS CONDENADOS.

4. RECURSOS DO SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO REPRESENTADOS, TODOS PUGNANDO PELA IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

5. QUESTÕES UNICAMENTE DE MÉRITO.

6. RECURSO DO MPE. ACOLHIDO EXCLUSIVAMENTE PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE DE JOSÉ BERNARDO ORTIZ, NOS TERMOS DO ART. 1º, INC. I, ALÍNEA "D", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. REJEITADO QUANTO À CONDUTA VEDADA, POIS A ALEGADA DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, COM FINS ELEITORAIS, NÃO RESTOU COMPROVADA, POSTO QUE FORAM OBJETO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO, TENDO COMO PERMISSONÁRIA ENTIDADE COM FINS SOCIAIS. INDEVIDA, VIA DE CONSEQUÊNCIA, A APLICAÇÃO DA MULTA. POR OUTRO LADO, EMBORA O MANDATO DO VICE SEJA ATRELADO AO DO PREFEITO, INCABÍVEL A EXTENSÃO DA INELEGIBILIDADE, DADO O CARÁTER PESSOAL DESTA SANÇÃO QUE, IMPOSTA A UM DOS CANDIDATOS, NÃO SE ALASTRA, OBRIGATÓRIA E AUTOMATICAMENTE, AO OUTRO COMPONENTE DA CHAPA MAJORITÁRIA, CONFORME PRECEITUAM O ART. 18 DA LC Nº 64/90 E OS PRECEDENTES DO TSE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, PORTANTO, PARCIALMENTE PROVIDO.

7. RECURSOS INTERPOSTOS PELOS DEMAIS RECORRENTES. DESPROVIDOS, MANTENDO-SE A R. SENTENÇA EM SEU DESFAVOR. CORRETAMENTE DECRETADAS A PERDA DOS MANDATOS ELETIVOS E A INELEGIBILIDADE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO CARACTERIZADO. ESQUEMA DE FRAUDE EM LICITAÇÃO COM A FINALIDADE DE FINANCIAR CAMPANHA ELEITORAL. SUFICIENTE O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO A ESTES VOLUMOSOS. DETALHADO E CONVINCENTE RELATO DE TESTEMUNHA QUE PARTICIPOU DIRETAMENTE DA PRÁTICA ILÍCITA, CONFESSANDO-A E DELATANDO OS PARTICIPES, O FAZENDO SEM SE EXIMIR DA SUA PRÓPRIA RESPONSABILIDADE NOS FATOS.

DOIS EMBARGOS DECLARATÓRIOS – MANIFESTA IMPROPRIEDADE DOS RECURSOS – DEVERIAM TER ELES COMO FUNÇÃO APRIMORAR O JULGADO E NÃO MODIFICÁ-LO – RECORRENTES QUE ALMEJAM, NA VERDADE, MODIFICAÇÃO DO JULGADO, ALGO A OUE NÃO SE PRESTAM, OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REJEIÇÃO DOS DOIS RECURSOS.

O Ministério Público Eleitoral sustenta violação aos artigos 73, I e II, e §§ 4º e 8º, da Lei 9.504/97, apontando dissídio jurisprudencial.

A Coligação e o candidato eleito sustentam, em suma, violação aos artigos 275, do Código Eleitoral, 105-A da Lei nº 9.504/97, 14, § 10, e 11 da Constituição Federal e 22, *caput* e incisos, da LC nº 64/90.

O eminente relator, na sessão de 10 de dezembro deste ano votou no sentido de negar provimento aos recursos especiais, em voto que recebeu a seguinte ementa:

RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. RECURSO DOS CANDIDATOS E DA COLIGAÇÃO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS EM AIJE. POSSIBILIDADE. ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDUTAS VEDADAS. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

Recursos especiais eleitorais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo.

1. O art. 105-A da Lei 9.504/97 – que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei 7.347/85 – deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/88, 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. Precedente: REspe 545-88/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8/9/2015.

2. O afastamento de prefeito e vice-prefeito é plenamente cabível em ação de investigação judicial eleitoral, ainda que julgada após diplomação de candidatos, sendo desnecessário ajuizar-se ação de impugnação de mandato eletivo para esse fim. Entendimento em sentido diverso contraria os princípios da celeridade e da economia processuais e também o art. 22, XIV, da LC 64/90.

3. Fatos ocorridos em período muito anterior à eleição podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser posteriormente empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos.

4. O TRE/SP entendeu que o esquema de fraude em licitações da Fundação para o Desenvolvimento da Educação, com uso a posteriori na campanha de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior de recursos ilícitamente auferidos, configurou abuso de poder político e econômico, assentando terem sido demonstradas ingerência do candidato no órgão estatal, forma de condução das negociações, finalidade da conduta e, ainda, conivência de seu pai, José Bernardo Ortiz (Presidente da Fundação). Conclusão em sentido diverso demanda, como regra, reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJ.

5. A manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa

eleitoral e influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados. Requisito do art. 22, XVI, da LC 64/90 preenchido.

Recurso especial do Ministério Público Eleitoral.

1. O TRE/SP não apreciou a conduta em discussão sob ótica dos incisos I e II do art. 73 da Lei 9.504/97, motivo pelo qual a Súmula 282/STF incide no caso, por analogia, por falta de prequestionamento. Além disso, ao apontar suposto uso de servidores da Fundação para fins eleitorais, o Parquet deveria ter indicado ofensa ao inciso III do art. 73.

Conclusão.

Recursos especiais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo desprovidos e recurso do Ministério Público Eleitoral não conhecido. Pedido na ação cautelar julgado improcedente, com revogação da liminar outrora deferida.

Após o voto do eminente relator e do debate travado, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria. Examinados, trago-os para continuidade de julgamento e, desde já, rogo as mais respeitosas vênias ao eminente relator para dele divergir no que tange ao conhecimento e mérito dos recursos especiais apresentados pelo candidato eleito e pela coligação.

Recordo, inicialmente, que a hipótese dos autos revela a cassação do mandato do Prefeito de Taubaté, eleito em segundo turno no pleito de 2012.

O fato de a eleição ter sido definida no segundo turno demonstra, por si, que se está diante de pleito para o qual a vontade de mais de duzentos mil eleitores foi aferida pela Justiça Eleitoral.

O recorrente foi eleito com 99.365 votos (62,92% dos votos válidos), com uma diferença de 40.805 votos para o segundo colocado.

Como já afirmei em outras oportunidades, a diferença numérica dos votos obtidos é desimportante para aferição da eventual prática de abusos cometidos na eleição, pois até em relação a quem não foi vitorioso é possível aferir a prática de eventuais ilícitos. Nesse sentido, entre vários, cito o REspe nº 26.054, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 25.8.2006.

Entretanto, conquanto o número de votos obtidos ou a diferença entre os primeiros colocados não seja relevante para a apuração do abuso, o tamanho da circunscrição em que se realiza o pleito deve ser considerado para efeito da análise do efetivo desequilíbrio da normalidade e legitimidade das eleições.

Com efeito, a repercussão que determinado fato ou omissão gera somente pode ser aferida pelo universo em que ela está inserida. Em outras palavras, nos pequenos municípios, determinado fato pode alcançar a totalidade do eleitorado, enquanto que o mesmo fato praticado em município maior não ultrapassará algumas quadras, nem refletirá sobre parcela significativa dos eleitores aptos.

Nessa linha, para que determinado fato possa levar à cassação da vontade popular, é necessário que ele – por si ou em conjunto com outros – possa causar a quebra da liberdade do voto, da igualdade, do equilíbrio, da normalidade e da legitimidade das eleições, ou seja, que seja capaz de afrontar os princípios contidos no art. 14, *caput* e § 9º, da Constituição da República, os quais devem ser sempre lembrados na interpretação da legislação eleitoral.

Aliás, toda e qualquer regra – assim como a própria atividade jurisdicional – está vinculada e deve seguir os parâmetros previstos na Constituição da República.

Dessa forma, ao discorrer sobre o princípio da interpretação conforme a Constituição, Konrad Hesse ensina que *“segundo esse princípio uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição. Esta “consonância” não existe apenas onde a lei, sem que recorra a pontos de vista jurídicos-constitucionais, comporta uma interpretação compatível com a Constituição, pode ter lugar, também, quando um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei se torna preciso graças aos conteúdos da Constituição. Assim, portanto, no âmbito da interpretação conforme, as normas constitucionais não são apenas “normas-parâmetros”*

(Prüfungsnormen), mas também normas de conteúdo (Sachnormen) na determinação do conteúdo das leis ordinárias”¹⁶.

Da mesma forma, Karl Larenz registra a necessidade de uma *“interação recíproca, no sentido de que as ‘leis gerais’, na verdade impõem, segundo o teor literal, barreiras ao direito fundamental; mas elas, por seu lado, têm que ser interpretadas com base no conhecimento do significado da estatuição valorativa desse direito fundamental do Estado liberal democrático, sendo assim também elas restringidas na sua acção delimitadora do direito fundamental”¹⁷.*

Tais balizas têm sido observadas por este Tribunal, ao afirmar que *“para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral verificar, com base na compreensão da reserva legal proporcional e em provas lícitas e robustas, a existência de abuso de poder e de conduta vedada graves, suficientes para ensejar a severa sanção da cassação de diploma – compreensão jurídica que, com a edição da LC nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos desta Justiça especializada, pois o reconhecimento desses ilícitos, além de ensejar a sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 10, inciso I, alíneas d e j, da LC nº 64/1990), o que pode representar sua exclusão de disputas eleitorais”.*

Em face desses princípios, é que este Tribunal tem reiteradamente afirmado que, *“para que se possa chegar à cassação do registro, do diploma ou do mandato eletivo, é necessário que haja a demonstração cabal de quebra da isonomia, da legitimidade e da normalidade das eleições, não sendo suficientes meras presunções relativas aos eventuais efeitos que os atos tidos como irregulares poderiam causar”* (REspe nº 397-92, da minha relatoria, DJE 20.10.2015)¹⁸.

¹⁶ A Interpretação Constitucional, § 80 (tradução de Inocêncio Mártires Coelho) in Temas Fundamentais do Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2009, p. 119.

¹⁷ Metodologia da Ciência do Direito, tradução de José Lamego, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 484.

¹⁸ No mesmo sentido: *“Para a configuração de abuso de poder, é necessário que se demonstre que os fatos praticados pelo agente público comprometem a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito”* (AgR-REspe nº 9703-72, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 30.11.2012). E, sobre a inadmissibilidade da condenação por presunção, recorde-se que: *“Não se admite condenação a partir de meras presunções e ilações, sob pena de responsabilização objetiva”* (RESPE nº 1323-32, rel. Min. João Otávio, DJE de 10.4.2015). Igualmente: *“[...] o quadro*

Esse entendimento, aliás, não é novo¹⁹, como recordou o eminente Ministro Gilmar Mendes, na ementa do Recurso Especial nº 682-54, DJE de 23.2.2015: *“Para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional, verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave abuso de poder e conduta vedada, suficientes para ensejar a severa sanção da cassação de diploma. Para o Ministro Celso de Mello, ‘meras conjecturas (que sequer podem conferir suporte material a qualquer imputação) ou simples elementos indiciários desvestidos de maior consistência probatória não se revestem, em sede judicial, de idoneidade jurídica. Não se pode tendo-se presente o postulado constitucional da não-culpabilidade atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto de cassação do diploma’ (REspe nº 21.264/AP, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 27.4.2004)”*.

Afinal, *“nem toda conduta vedada e nem todo abuso do poder político acarretam a automática cassação de registro ou de diploma, competindo à Justiça Eleitoral exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta”* (REspe nº 336-45, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 17.4.2015).

Na mesma linha, vale recordar que *“a aferição da gravidade, para fins da caracterização do abuso de poder, deve levar em conta as circunstâncias do fato em si, não se prendendo a eventuais implicações no pleito, muito embora tais implicações, quando existentes, reforcem a natureza grave do ato”* (REspe nº 198-47, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 4.3.2015).

fático delineado no acórdão recorrido aponta para a mera presunção de ocorrência da conduta vedada do art. 73, III, da Lei nº 9.504/97 e abuso de poder, o que não se admite de acordo com a mais abalizada jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. [...]” (AgR-REspe 618-63, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE 5.2.2015).

¹⁹ De igual forma, asseverou o eminente Ministro Félix Fischer que *“em diversos julgados, esta Corte já entendeu que não ficam configurados o abuso de poder econômico e o abuso de poder político em não havendo comprovação de que dos fatos narrados resultou benefício à candidatura de determinado concorrente (RCED 630/PB, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.6.2007; RO 1.439/RS, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 25.3.2009). Portanto, in casu, não foi demonstrada a ocorrência de abuso de poder político e o abuso de poder econômico a ele relacionado. (RO nº 23-46, rel. Min. Felix Fischer, DJE de 18.9.2009).*

Estabelecidas essas premissas, passo ao exame dos recursos especiais interpostos pelo candidato e pela coligação que se voltam contra o acórdão regional, o qual manteve a cassação dos candidatos eleitos porque, em suma, *“segundo demonstrou o Ministério Público Eleitoral, tão logo José Bernardo Ortiz, pai do candidato supra citado, tomou posse como Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, passou a permitir que seu filho (o já referido José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior) instalasse no referido órgão, com o auxílio do Diretor Administrativo Claudio Francisco Falotico, um “esquema” organizado com o fim de arrecadar dinheiro para sua campanha eleitoral”* (fl. 2.984).

Analiso, inicialmente, as preliminares arguidas nos recursos especiais e questões que poderiam prejudicar a análise do seu mérito.

Violação ao art. 275

Os recorrentes – candidato eleito e coligação – sustentam que a Corte de origem não teria se desincumbido de afastar os vícios apontados nos embargos de declaração opostos na origem, nos quais foi pontuada a existência de omissões no julgado.

Nos embargos de declaração opostos, o candidato alegou que a Corte de origem teria sido omissa sobre a incidência, no caso, dos arts. 14, §§ 10 e 11, argumentando que a ação de investigação judicial Eleitoral não poderia subsistir em face da ausência de sua ratificação por meio da ação de impugnação de mandato eletivo (fls. 3.057-3.059).

No acórdão que apreciou os embargos de declaração consta (fl. 3.123):

Prosseguindo, não há exigência legal para que os fatos alegados em ação de investigação judicial eleitoral sejam ratificados, após a diplomação, em ação de impugnação de mandato eletivo.

Em seguida, alegou-se a existência de erro material por ter constado do acórdão embargado a simultaneidade entre o inquérito civil público e a investigação eleitoral.

No acórdão que apreciou os embargos de declaração foi dito que o erro material não existiria, pois, *“inequivocamente, a investigação prévia do Ministério Público, na Capital, deu origem a dois procedimentos simultâneos no município dos fatos: um civil e outro eleitoral, este para apurar matéria que compete à justiça especializada e aquele nos assuntos afetos à justiça comum”* (fl. 3.123).

No terceiro vício alegado na origem, o candidato eleito afirmou (fls. 3061-3062):

[...] consta dos autos (cf. fls. 249) que o cheque foi emitido e compensado mais de um ano antes da eleição, em 23 de agosto de 2011, não havendo o mínimo amparo fático para a afirmação feita de que Marcelo Pimentel seria “tesoureiro” da campanha eleitoral do representado.

Para começar, em 23 de agosto de 2011 não havia campanha eleitoral alguma e se estava a um ano antes do começo da futura. Não existia, pois, tesoureiro algum de campanha inexistente. Cumpre ressaltar que o próprio Ministério Público Eleitoral a fls. 279, reconheceu que a “MP Marketing Político é de Marcelo Pimentel e é bem pequena e ao que consta não cuidou da propaganda no rádio e na TV.

Tal informação partida do próprio autor da ação é relevante e revela erro material do v. acórdão, que qualifica Marcelo Pimentel como “tesoureiro da campanha”.

Ademais, existe omissão do v. acórdão a ser sanada, data venia, pois se deixou de analisar que o cheque foi emitido e compensado no mês de agosto de 2011, mais de um ano antes da eleição, quando ainda não havia marqueteiro e nem mesmo tesoureiro de campanha.

Ao enfrentar a alegação de omissão, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo consignou que:

Como bem foi anotado no v. acórdão recorrido, segundo apurado, DJALMA e ORTIZ JÚNIOR passaram a manipular editais de licitação dentro da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), em troca de comissão de 10% pelos negócios realizados. Nesse cenário, o cheque de R\$ 34.000,00 representou a segunda parcela do acordo, que posteriormente foi compensado por MARCELO TADEU PIMENTEL, um dos responsáveis pela campanha eleitoral do representado. Nesse sentido, perde relevância a discussão do “momento exato em que o título foi emitido.

Nesse passo, cabe destacar que foi a testemunha DJALMA quem afirmou que conheceu MARCELO TADEU PIMENTEL como coordenador da "pré-campanha" de Ortiz Junior (fls. 2218 – vol. 12).

No quarto ponto apresentado nos embargos de declaração opostos perante o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, afirmou-se que houve omissão no enfrentamento da questão relacionada com o arquivamento do inquérito policial aberto para apuração da formação de cartel e fraude em licitação (fls. 3062-3.063).

No acórdão dos embargos, respondeu-se que, *"conquanto o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo tenha arquivado o inquérito policial em relação ao embargante ORTIZ JUNIOR, não há impedimento da apuração dos fatos na esfera eleitoral, pois, como é cediço, tais esferas jurídicas são independentes"* (fl. 3.124).

E, por fim, apontou-se, nos embargos de declaração a omissão na análise de que os documentos de fls. 1.010 e 1.011 teriam sido fornecidos por mera informante, em face de reconhecida suspeição.

Em relação a este último ponto, foi dito no acórdão dos embargos que *"os documentos foram apresentados em juízo, sobre eles puderam se manifestar a parte contrária, havendo obediência ao contraditório e a ampla defesa. Além disso, é cediço que, ao julgador é facultado atribuir às provas "o valor que possam merecer"* (art. 405, § 4º, do CPC)" (fl. 3.125).

Do mesmo modo, em relação aos embargos de declaração opostos pela Coligação (fls. 3.073-3.094), verifica-se que as matérias apontadas como omissas – falta de simultaneidade entre o ajuizamento da presente AIJE e a instauração do Inquérito Civil que a instrui; declarações prestadas por Gladiwa de Almeida Ribeiro, na qualidade de mera informante; equivocada qualificação atribuída a Marcelo Tadeu Pimentel; arquivamento de investigação criminal; e inadequação da via eleita – são semelhantes àquelas apresentadas pelo candidato eleito e, como já demonstrado, foram objeto de análise pela Corte Regional.

Em conclusão, verifica-se que as matérias postas pelos recorrentes foram enfrentadas, ainda que em sentido contrário ao por eles

pretendido, razão pela qual não procede a alegação de violação do art. 275 do Código Eleitoral, contida no recurso especial.

Violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97

Os recorrentes apontam violação ao art. 105-A da Lei das Eleições²⁰.

Como registrado pelo eminente relator, este tema foi objeto de amplo debate nesta Corte, no julgamento do REspe 545-88, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.9.2015.

Nesse precedente, recorde que me manifestei no sentido de, em suma, considerar que o art. 105-A da Lei nº 9.504/97 não é inconstitucional, pois a instauração do inquérito civil público somente pode ser realizada de acordo e para as finalidades previstas no texto constitucional (art. 129, III) e nas leis vigentes (Lei nº 7.347/85, arts. 7º e 8º; Lei Complementar nº 75, art. 6º, VII), além do que nenhuma delas contempla ou autoriza a sua instauração para apuração de ilícitos eleitorais ou, como tratado no caso, de abuso de poder.

Isto, contudo, não significa – como afirmei naquela oportunidade – que as provas colhidas em inquérito civil público instaurado com o propósito legítimo de apurar ilícitos administrativos e improbidades não possam ser utilizadas em ações eleitorais, quando presente a necessária correlação com o pleito eleitoral.

Da mesma forma, nada impede – aliás, tudo recomenda – que o Ministério Público Eleitoral utilize os instrumentos procedimentais prévios que estão ao seu alcance para apurar os fatos eleitorais e permitir o ajuizamento de ações eleitorais embasadas em uma análise preparatória dos fatos e da matéria.

Conforme registrado nos acórdãos regionais, esse foi o comportamento adotado nos autos. A partir de inquérito civil público antigo,

²⁰ Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985.

iniciado no ano de 2012, formaram-se dois outros procedimentos, um de natureza civil e outro para apuração eleitoral. Confira-se a propósito, além do trecho do acórdão dos embargos de declaração já reproduzido acima, o que consta do seguinte trecho do acórdão do julgamento do recurso eleitoral, inclusive em relação à nota de rodapé nº 4 (fl. 2.987-2.988):

Cabe esclarecer que esses fatos começaram a ser 'conhecidos a partir de investigação realizada pelo Ministério Público Eleitoral'⁴, com as informações prestadas pelo próprio envolvido DJALMA DA SILVA SANTOS, que, sentindo-se traído por não ter recebido o pagamento a que fazia jus, pela participação no esquema fraudulento de licitações, decidiu denunciá-lo.

⁴ Inquérito civil nº 14.0678.0005472/2012-5- fls. 45/392 — vol. 01/05, sucedido pela Ação Civil Pública ainda em andamento na Justiça Estadual (processo nº 00445527-93.2012.8.26.00053 – fls. 268/308 – vol. 02).

Assim, tendo sido o inquérito civil público instaurado muito antes da apuração do alegado abuso de poder e servindo ele, inclusive, para a propositura de ação civil pública, não há nada que impeça que as provas contidas nesse inquérito ou naquele que dele derivou, sejam apresentadas e examinadas em ações eleitorais.

Rejeito, pois, a alegação de violação do art. 105-A da Lei nº 9.504/97, que na espécie não está confirmada.

Inaplicabilidade da via eleita

Os recorrentes sustentam ofensa aos parágrafos 10 e 11 do art. 14 da Constituição da República, sob o argumento de que para que se pudesse chegar ao afastamento de candidatos eleitos, seria necessário o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo, ratificando-se, assim, as ações de investigação judicial em curso.

Antigamente era assim. O Código Eleitoral de 1950, por exemplo, previa, no seu art. 169, que os recursos parciais – aqueles em que se discutiam as nulidades verificadas na eleição – seriam reunidos, após as eleições, no âmbito do recurso conta a expedição do diploma. E se este não fosse interposto, aqueles ficavam prejudicados.

Entretanto, com a edição do Código Eleitoral de 1965 – ainda em vigor, apesar da sua evidente defasagem –, tal modelo foi abandonado. Os recursos passaram a ser julgados na medida em que recebidos, nos termos do art. 261²¹ da Lei 4.734/1965.

Da regra anterior, sobrou apenas e de forma indireta a reunião dos processos em face da prevenção do relator para os recursos provenientes de um mesmo município, de acordo com o disposto no art. 260 do Código Eleitoral.

Não há dúvidas de que a reunião de todos os processos, inclusive mediante a ratificação de todas as ações em curso em um único procedimento, contribuiria, em muito, para a prestação jurisdicional e, sobretudo, para a segurança jurídica das decisões judiciais.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar que a sorte das candidaturas não pode ficar na dependência da composição dos quóruns das Cortes Eleitorais, que seja em razão das substituições eventuais, seja em razão dos términos dos respectivos mandatos, são sempre alterados.

A reunião de todos os feitos em um único processo, por certo, contribuiria para minimizar a possibilidade dos mesmos fatos serem enfrentados e decididos de forma diversa.

Nesse sentido, parece ser também a preocupação do Congresso Nacional que recentemente, ao editar a Lei nº 13.165/2015,

²¹ Art. 261. Os recursos parciais, entre os quais não se incluem os que versarem matéria referente ao registro de candidatos, interpostos para os Tribunais Regionais no caso de eleições municipais, e para o Tribunal Superior no caso de eleições estaduais ou federais, serão julgados à medida que derem entrada nas respectivas Secretarias.

§ 1º Havendo dois ou mais recursos parciais de um mesmo município ou Estado, ou se todos, inclusive os de diplomação já estiverem no Tribunal Regional ou no Tribunal Superior, serão eles julgados seguidamente, em uma ou mais sessões.

§ 2º As decisões com os esclarecimentos necessários ao cumprimento, serão comunicadas de uma só vez ao juiz eleitoral ou ao presidente do Tribunal Regional.

§ 3º Se os recursos de um mesmo município ou Estado deram entrada em datas diversas, sendo julgados separadamente, o juiz eleitoral ou o presidente do Tribunal Regional, aguardará a comunicação de todas as decisões para cumpri-las, salvo se o julgamento dos demais importar em alteração do resultado do pleito que não tenha relação com o recurso já julgado.

§ 4º Em todos os recursos, no despacho que determinar a remessa dos autos à instância superior, o juízo "a quo" esclarecerá quais os ainda em fase de processamento e, no último, quais os anteriormente remetidos.

§ 5º Ao se realizar a diplomação, se ainda houver recurso pendente de decisão em outra instância, será consignado que os resultados poderão sofrer alterações decorrentes desse julgamento.

§ 6º Realizada a diplomação, e decorrido o prazo para recurso, o juiz ou presidente do Tribunal Regional comunicará à instância superior se foi ou não interposto recurso.

contemplou a necessidade de a litispendência e a conexão serem observadas no processamento dos feitos eleitorais.

Certo, porém, é que aquela antiga regra que determinava a reunião dos processos e a prejudicialidade na hipótese da não interposição do recurso contra a expedição de diploma não consta mais do ordenamento jurídico brasileiro.

Os recorrentes alegam, entretanto, que de acordo com o texto constitucional, somente a ação de impugnação de mandato eletivo seria o meio apto à desconstituição do mandato.

A Constituição da República, realmente, dedicou especial atenção à ação de impugnação de mandato eletivo nos casos em que este é obtido por meio de fraude, corrupção ou abuso do poder econômico, prevendo a possibilidade de seu ajuizamento no prazo de 15 dias contados da diplomação.

Isto, contudo, não quer dizer, nem pode impedir que os princípios relativos à proteção 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”*, previstos no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, somente possam ser invocados após a diplomação, neste tipo de ação.

A Lei Complementar nº 64/90, atendendo o comando constitucional, estabeleceu hipóteses de inelegibilidade, mas também previu nos seus arts. 19 e 22 a ação de investigação judicial eleitoral como meio de prevenir, apurar e, se for o caso, sancionar os candidatos que, por meio de ações ou omissões próprias ou de terceiros, desequilibram a disputa eleitoral.

Em relação a tais ações, em um primeiro momento, apontava-se que elas somente poderiam chegar à cassação dos registros dos candidatos quando julgadas antes das eleições. Posteriormente, passou-se a admitir a cassação do registro após a realização do pleito até o momento da diplomação.

Em sequência, o Congresso Nacional modificou a redação do inciso XXIV²² do art. 22 da Lei das Inelegibilidades para contemplar, expressamente, a possibilidade de cassação do diploma dos candidatos eleitos, o que reflete a possibilidade de essa sanção ser aplicada quando a ação é julgada após a diplomação.

A situação da ação de investigação judicial eleitoral não se assemelha à antiga hipótese de cabimento do recurso contra a expedição de diploma contida no inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral, já revogado, após ter sido declarado inconstitucional por este Tribunal.

Com efeito, de acordo com a interpretação que passou a ser dada ao RCED, especialmente no que diz respeito à possibilidade de produção de provas nesse tipo ação, a similitude com o procedimento previsto na Constituição Federal era evidente e a possibilidade de ajuizamento de ambos partiam exatamente do mesmo limite temporal, a diplomação.

No caso da AIJE, além de contempladas outras hipóteses que podem desequilibrar o pleito, como, por exemplo, o uso indevido dos meios de comunicação social, o seu ajuizamento é admitido a partir do registro das candidaturas, o que reforça a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, ainda que o mandato possa ser impugnado pela via da ação prevista no art. 14, § 10, da Constituição da República, os desvios e abusos cometidos no curso da eleição podem ser apurados por meio da ação de investigação judicial eleitoral e, se confirmados, podem levar à cassação do registro ou do diploma, ainda que decididos após a realização das eleições ou da diplomação dos eleitos.

Por essas razões, sem prejuízo de se continuar refletindo sobre o tema, rejeito as alegações relativas à inadequação da via eleita

²² 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;

apresentadas pelos recorrentes, entendendo como não violado os §§ 10 e 11 do art. 14 da Constituição da República.

Mérito

O eminente Ministro Herman Benjamin, pelo que pude compreender do voto de Sua Excelência, entendeu, em suma, que os fatos anteriores ao registro de candidatura podem ser apurados pela Justiça Eleitoral para efeito da verificação da prática de abuso do poder econômico, e que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, no presente caso, teria reconhecido o abuso dos poderes político e econômico por entender configurada a hipótese de fraude em licitações, com a indicação da obtenção indevida de vantagem para futura utilização em campanha eleitoral.

Após referências e transcrições do acórdão regional, o eminente relator considerou que os fatos não poderiam ser revistos por esta Corte, em virtude do que dispõem as Súmulas 7/STJ e 279/STF.

Em relação à gravidade, assentou ser ela evidente por não ser possível verificar apenas os valores envolvidos, mas, sim, todas as circunstâncias verificadas.

Rogando todas as vênias devidas ao eminente relator, ousou divergir.

A hipótese dos autos, na minha compreensão, se enquadra a reiterada e pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de não se admitir condenação por presunção e exigir que na aferição do abuso de poder haja uma correlação evidente dos fatos apurados com os pleitos eleitorais.

Em relação à possibilidade de serem examinados os fatos contidos no acordo regional, recorro que *“é possível, como já entendeu esta eg. Corte, em recurso especial, conferir nova qualificação jurídica dos fatos reconhecidos pelo Tribunal a quo, de modo que incida a regra jurídica adequada”* (REspe nº 669-12, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 10.11.2015).

No mesmo sentido: RESPE nº 316-66, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJE* 21.10.2015; RESPE nº 399-48, da minha relatoria, *DJE* 23.10.2015; AgR-RESpe nº 4400-03, rel. Min. Otávio de Noronha, *DJE* de 20.5.2015; RESPE nº 933-89, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJE* de 27.2.2015; RESPE nº 284-28, red. para o acórdão Min. Dias Toffoli, *DJE* 25.2.2015; AgR-AI nº 190-69, red. para o acórdão Min. Dias Toffoli, *DJE* 25.2.2015; AgR-RESPE nº 3348-09, rel. Min. Luiz Fux, PSESS 6.11.2014; AgR-RESPE nº 64-02, rel. Min. Dias Toffoli, *DJE* de 20.5.2014; AgR-RESPE nº 9494826-22, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJE* de 1º.2.2011; AgR-RESpe nº 29.202, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 14.4.2010; AREspe nº 26.1351, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 3.11.2009; AAG nº 7.501, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 20.4.2007.

Afinal, como bem explicitado pelo eminente Ministro Luiz Fux: *“O reexame de provas implica a fortiori a formação de nova convicção, por parte do magistrado, acerca dos fatos narrados. Com a vedação ao reexame, interdita-se que a instância judicial ad quem analise se houve (ou não) a adequada apreciação da prova pelos órgãos jurisdicionais inferiores. 2. O mesmo não ocorre, entretanto, quando se procede à redefinição da qualificação dos fatos (i.e., ao seu reenquadramento jurídico), a qual se materializa em momento ulterior à análise da relação entre a prova e o fato, partindo-se da premissa de que o último está devidamente provado. Trata-se, à evidência, de quaestio juris, que pode, ao menos em tese, ser objeto dos recursos excepcionais – extraordinário e especial”* (AgR-RESPE nº 714-40, rel. Min. Luiz Fux, *DJE* de 16.10.2015).

No presente caso, a partir do que consta do acórdão recorrido é possível verificar que o quadro fático delineado pela Corte Regional teve como certo, entre outras, as seguintes circunstâncias:

1. A principal, senão única, testemunha considerada pelo acórdão regional denunciou o esquema de fraude em licitação por se sentir traída²³;

²³ Fls. 2987-2988 – Voto condutor do acórdão: Cabe esclarecer que esses fatos começaram a ser 'conhecidos a partir de investigação realizada pelo Ministério Público Eleitoral, com as informações prestadas pelo próprio envolvido

2. Houve a formação do que se chamou de “esquema” para fraudar licitações²⁴;
3. Os fatos apurados tiveram início em maio de 2011, com a aproximação entre a testemunha Djalma e o recorrente Ortiz Junior, ocorrendo, em seguida, o pagamento de uma quantia de cem mil reais, sendo sessenta e seis mil em dinheiro e trinta e quatro mil em cheque²⁵;
4. A testemunha ouvida em juízo negou ter agido como arrecadador de recursos para campanha eleitoral²⁶ e, em relação à alegada propina decorrente da fraude de licitação, afirmou saber que foi combinado um acerto, mas ele não o presenciou, e que ela foi paga em dinheiro, o que também não foi presenciado pelo depoente²⁷.

DJALMA DA SILVA SANTOS, que, sentindo-se traído por não ter recebido o pagamento a que fazia jus, pela participação no esquema fraudulento de licitações, decidiu denunciá-lo.

²⁴ Fl. 2985 – Voto Condutor: Prosseguindo, consigno que, após análise da prova documental e depoimentos restados em Juízo, é forçoso concluir que houve mesmo o conluio visando fraudar o 'Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR, então candidato ao cargo de Prefeito do Município de Taubaté, com o intuito de angariar recursos para sua campanha eleitoral.

²⁵ Fl. 2986-2987. Voto condutor: Como se depreende do memorando de fls. 1010, ORTIZ JÚNIOR passou a ter forte influência na direção dos trabalhos da FDE, participando de comissões, almoços com autoridades e outros eventos da referida fundação.

Oportuno reproduzir o item 2 do aludido documento:

“2) Reunião com “Jorginho Yunes (Editora IBEP): Realizada em 26/03/11 com Ortiz Jr — Jorginho nos apresentou sua empresa e os livros da “Companhia Editora Nacional” (ex: Dicionário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras e a Gramática do Cegalla). Para efetuarmos qualquer compra necessitamos de um parecer e de um pedido da CENP/Secretaria”.

Já a fls. 1011/1014, consta “orçamento Prova de Cor da 1ª Capa”, plotter das paginas e proposta para produção do jornal “PAPO 45” que se destinaria à campanha de ORTIZ JR, encaminhados a CHRIS ANTONIO PORTO DE SIQUEIRA VIEIRA, assessor da FDE, o que demonstra a utilização do órgão para fins eleitorais.

Nesse contexto, em março de 2011, ORTIZ JÚNIOR aproximou-se de DJALMA DA SILVA SANTOS, à época Diretor Comercial da empresa fornecedora de produtos escolares DIANA PAOLUCCI, a quem solicitou auxílio para estreitar relação com as demais empresas que forneciam material, escolar e mochilas para a FDE, visando a formação de cartel que propiciaria arrecadar recursos para sua campanha.

Segundo foi aqui apurado, DJALMA e ORTIZ JÚNIOR, a partir de então, passaram a manipular editais de licitação dentro do órgão, em troca de comissão de 10% pelos negócios realizados.

No andamento das negociações, ORTIZ JÚNIOR teria solicitado a DJALMA um “adiantamento pelos negócios realizados”, que foi concretizado da seguinte forma: dois pagamentos no valor de R\$ 33.000,00 em dinheiro e um no valor de R\$ 34.000,00 em cheque, que posteriormente, foi compensado por MARCELO TADEU PIMENTEL tesoureiro da campanha eleitoral do representado.

²⁶ Trecho do depoimento transcrito no voto condutor (fl. 2.990):

JUIZ: O senhor trabalhou como arrecadador da campanha eleitoral do, Sr. Júnior?

DEPOENTE: Não, não. Eu não trabalhei como arrecadador, eu apresentei ele para as empresas que já trabalhava na FDE, e ajudei a direcionar o edital e facilitar a entrada dessas empresas na FDE.

²⁷ Trecho do depoimento transcrito no voto condutor (fl. 2.992-2.993):

MP(?): Se ele pode informar se houve o acerto então por parte dela(E).

O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, ao tratar da licitação realizada, também considerou que *“eventual aprovação pelo Tribunal de Contas não altera esta realidade, sendo impossível se aceitar que uma licitação “dirigida” não cause prejuízo ao erário”* (fl. 3003).

E, no que tange ao arquivamento do inquérito criminal instaurado para a apuração dos fatos, o acórdão regional consigna, no voto vencido²⁸, proferido pelo Juiz Alberto Zacharias Toron, que (fls. 3035-3036):

Deixando de lado a crítica que se possa fazer ao depoimento de DJALMA, impressiona a facilidade com que ele fala disso e de outras coisas. Sem embargo, ouçamos o que o Ministério Público do Estado de São Paulo disse sobre a participação do Prefeito de Taubaté (15º vol., fl. 2908):

2. Com relação ao crime de cartel, não se, verifica a existência de indícios suficientes da participação do atual Prefeito de Taubaté JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JUNIOR.

Isso porque os elementos de informação amealhados nos procedimentos ‘investigatórios instaurados pelo Grupo Especial de Delitos Econômicos - GEDEC (procedimentos n. 9/2012 e 10/2012) evidenciam que a consumação do delito de formação do cartel de empresários é anterior aos certames licitatórios realizados a Fundo Para o Desenvolvimento da Educação - FDE.

Restou demonstrado que os empresários haviam ajustado entre si a redução de supressão da concorrência em licitações voltadas ao fornecimento de material e uniforme escolares muito antes de manterem contato com o atual Prefeito de Taubaté, consoante se depreende do material probatório relacionado ao Pregão Presencial n. 101/ SME/2008,

JUIZ: Houve algum acerto por fora da contratação dessas mochilas? Do fornecimento dessas mochilas?

DEPOENTE: Houve o combinado do acerto, eu não presenciei o acerto.

JUIZ: E o que foi combinado?

DEPOENTE: Cinco por cento do valor faturado.

JUIZ: Esse valor sabe quanto seria?

DEPOENTE: R\$ 104 milhões.

JUIZ: 5% sobre R\$ 104 milhões?

DEPOENTE: R\$ 104 milhões.

JUIZ: E para quem iria esse dinheiro?

DEPOENTE: Ortiz Junior, campanha do Ortiz Junior.

JUIZ: Foi pago em cheque, em dinheiro vivo?

DEPOENTE: Não, não. Em dinheiro vivo.

JUIZ: Em dinheiro vivo?

DEPOENTE: Eu não presenciei o pagamento; mas é dinheiro vivo.

JUIZ: Quem pagou, você sabe?

DEPOENTE: A Excel.

[...]

²⁸ Sobre a possibilidade de serem considerados os fatos incontroversos mencionados no voto vencido, este Tribunal já assentou que [...] 1. A reavaliação jurídica dos fatos é possível. A moldura fática do acórdão regional é igualmente composta pelo voto vencido, quando este não colidir com a descrição constante do voto condutor. (RESPE nº 933-89, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 27.2.2015). No mesmo sentido: AgRESPE nº 1789-57, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 9.10.2015; RESPE nº 1-84/RS, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 11.6.2014 e STJ RESPE nº 1.306.668, rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 26.2.2013.

promovido pela Prefeitura de São Paulo por intermédio da Secretaria de Educação no ano de 2008.

A formação do cartel; portanto, já estava consumada quando, de acordo com as informações prestadas pelo delator 'DJALMA DA SILVA SANTOS, os empresários integrantes do cartel de empresas foram apresentadas ao Prefeito de Taubaté.'

Os elementos de informação coligidos na investigação levada a efeito pelo Grupo Especial de Delitos Econômicos também 'evidenciam a atuação do cartel - de empresários em outros municípios' localizados no Estado de São Paulo, o que reforça a certeza de atuação dos empresários cartelizados de maneira autônoma e independentemente do concurso do atual Prefeito de Taubaté.

Depois, com relação aos crimes de fraude à licitação exatamente do que aqui se cuida - foi asserido o seguinte:

Idêntico raciocínio é aplicável aos crimes de fraude à licitação perpetrados pelos empresários participantes das licitações municipais que contaram com a atuação do cartel, isto é, as fraudes perpetradas nas licitações municipais em decorrência da atuação carteliza da dos empresários conluiados.

E, no que interessa a ORTIZ JÚNIOR, enfaticamente se sustentou que ele não teve participação nessas fraudes, verbis (f. 908):

Em nenhuma dessas hipóteses houve participação do atual Prefeito de Taubaté, de maneira que não há justificativa para a investigação pertinente a tais delitos, a saber, formação de cartel e fraude à licitação em segundo grau.

Não é por outra razão, que o em. Des. GUILHERME STRENGER, (TJSP) determinou a baixa dos autos para a primeira instância no que concerne à apuração destes crimes (f. 456).

É certo, como registrado no voto proferido pelo Juiz Alberto Zacharias Toron, que o Promotor de Primeira instância acabou por considerar que haveria a prática do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral, tendo em vista a intenção de arrecadação de recursos para campanha eleitoral, assim como ter sido afirmado em algumas outras passagens do voto condutor do acórdão recorrido que a intenção do recorrente era a de captar recursos para sua campanha eleitoral futura.

Por outro lado, o referido voto após exauriente análise do processo de prestação de contas do candidato eleito é peremptório ao afirmar que não há provas "de que houve o emprego de tais quantias, seja do cheque

de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais) ou mesmo de outro valor obtido ilegalmente, na campanha de José Bernardo Ortiz Júnior" (fl. 3.044).

A douta maioria, por sua vez, não sustenta de forma diversa, pois não precisou de forma indubitável que tais valores tenham sido efetivamente utilizados na campanha eleitoral. A compreensão da maioria partiu do entendimento de que as alegações formuladas pela defesa sobre a razão e destinação do valor de trinta e quatro mil reais não seriam sólidas.

Há, neste ponto, evidente inversão do princípio que rege a produção de provas, pois, se o autor alega que existiu abuso do poder econômico, a ele cabe demonstrar e comprovar a sua existência.

A partir do quadro fático delineado pelo acórdão recorrido, não verifico que se possa, com a certeza necessária, afirmar a presença da figura do abuso do poder econômico que tenha sido suficiente para influenciar a normalidade e a legitimidade das Eleições de Taubaté no ano de 2012.

Isso porque, se, de um lado, é certo que todas as práticas nefastas devem ser apuradas e sancionadas pelas instâncias competentes, de outro, é pacífico que a atuação da Justiça Eleitoral somente tem espaço quando há prova suficiente da prática de ação ou omissão relacionada com o Pleito Eleitoral.

Confira-se, por exemplo, o art. 237 do Código Eleitoral²⁹, ao prever que a interferência do poder econômico ou o desvio ou o abuso de autoridade não cuidam de qualquer tipo de abuso, mas, sim, daquele praticado **em detrimento à liberdade do voto.**

Nesse aspecto, não há dúvidas, como assentou o eminente relator, de que os fatos anteriores ao registro da candidatura podem ser examinados pela Justiça Eleitoral para a aferição de eventual prática de abuso que tenha reflexo no processo eleitoral.

A prova desse reflexo, porém, é essencial para que a Justiça Eleitoral possa exercer a sua competência. Conforme afirmou o eminente

²⁹ Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

Ministro João Otávio, ao proferir o voto condutor no julgamento do AgR-AI nº 514-75, rel. Min. Maria Thereza, DJE de 2.6.2015:

[...] inexistente, de fato, óbice a que o abuso de poder seja reconhecido com base em condutas praticadas ainda antes do pedido de registro de candidatura ou do início do período eleitoral, a teor dos inúmeros precedentes colacionados na decisão monocrática ora agravada.

Todavia, a jurisprudência citada – com a qual coaduno – não permite concluir que qualquer conduta anterior ao período eleitoral venha a configurar o abuso de poder, sendo necessário que o ilícito efetivamente afete a normalidade e a legitimidade da eleição, conforme preconiza o art. 14, § 9º, da CF/88, que deu origem à Lei Complementar 64/90.

Nesse sentido, também recorro que, “para que se possa chegar à cassação do registro, do diploma ou do mandato eletivo é necessário que haja a demonstração cabal de quebra da isonomia, da legitimidade e da normalidade das eleições, não sendo suficientes meras presunções relativas aos eventuais efeitos que os atos tidos como irregulares poderiam causar” (REspe nº 397-92, da minha relatoria, DJE de 20.10.2015).

Igualmente:

[...] 3. Para que se chegue à cassação do diploma no âmbito da ação de investigação judicial eleitoral ou à perda do mandato na via da ação de impugnação de mandato eletivo, não basta que se verifique a prática de ilícitos penais ou administrativos, sendo necessário que tais fatos tenham a mínima correlação, um liame, com o pleito eleitoral. Precedentes: RO nº 9-80 e RO nº 3230- 08, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 12.5.2014 e DJe de 9.5.2014, respectivamente; e RO nº 17172-31, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 6.6.2012.

[...] (AgR-RESPE nº 1466-16, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 28.10.2015.)

No presente caso, renovando as vênias devidas ao eminente relator, não vislumbro que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo tenha apontado qualquer liame real entre os atos praticados em março de 2011 e o pleito eleitoral.

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, “o ilícito de abuso do poder econômico ocorre quando determinada candidatura é impulsionada pelos meios econômicos de forma a comprometer a igualdade da disputa

eleitoral e a própria legitimidade do pleito" (AgR-AI nº 1-98, rel. Min. Luiz Fux, DJE 25.9.2015).

Desta precisa definição, deflui que é necessário que se demonstre, com provas contundentes, que determinada candidatura foi efetivamente impulsionada para se considerar a existência da prática de abuso do poder econômico.

Em outras palavras, para a caracterização do abuso do poder econômico, não é suficiente demonstrar que, em algum momento antes do período eleitoral, alguém se locupletou indevidamente ou praticou crime que lhe trouxe vantagem econômica.

É necessário que se indique, com fundamento em evidências claras e provas robustas, que o produto do ilícito veio a ser efetivamente utilizado na campanha eleitoral, causando o desequilíbrio entre os candidatos.

A prática de crimes ou de improbidade administrativa deve ser investigada, coibida e sancionada pelas instâncias competentes, como parece estar sendo investigado no presente caso, a partir da ação cível pública em curso.

Seria, com a devida vênia, precipitado considerar a existência de improbidade e irregularidade quando a instância própria nem sequer chegou a uma conclusão a respeito.

Vale ressaltar que, neste aspecto, divergindo do relator, entendo que o arquivamento do inquérito criminal em relação ao candidato, na forma em que foi descrito acima, não pode ser considerado mero arquivamento por falta de provas. O que o Ministério Público afirmou foi que ficou apurado que o prefeito não participou das hipóteses penais investigadas.

Por outro lado, o acórdão recorrido deu excepcional valor ao depoimento da testemunha que teria participado do esquema de fraude, mas que, por desavença, decidiu delatar os fatos.

Sobre o ponto, relembro que, para a prova testemunhal poder ser considerada robusta e apta a fundamentar sentença condenatória, é

necessário que ela seja corroborada por outros elementos de prova – testemunhais ou documentais – que afastem qualquer dúvida razoável sobre a caracterização do ilícito (Neste sentido: REspe nº 238-30, da minha relatoria, DJE de 22.10.2015).

No presente caso, com a devida vênia, as afirmações do depoente contidas no acórdão regional no sentido de que houve acerto, mas ele não o presenciou, e que existiu pagamento, ao qual não assistiu, não pode ser enquadrada no conceito de prova robusta, que é exigido pela jurisprudência deste Tribunal, como se vê de recente julgado:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. AFASTAMENTO DAS QUESTÕES PRELIMINARES. MÉRITO. PROVIMENTO. REENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS. PRESUNÇÃO. DEBILIDADE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PROPÓSITO ELEITOREIRO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *O abuso do poder econômico não pode ser presumido, reclamando, para sua configuração, a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de forma a macular a lisura da disputa eleitoral, nos termos do art. 22, XVI, da LC nº 64/90 (AgR-REspe nº 349-15/TO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27.3.2014 e REspe nº 130-68/RS, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 4.9.2013).*

2. *A prática de condutas de cariz assistencialista por parte de candidatos ao pleito vingueiro (no caso, atendimento médico), quando desvinculada de finalidade eleitoreira, não tem o condão de caracterizar o abuso do poder econômico.*

3. *A aplicação das pretendidas sanções previstas no art. 22 da Lei de Inelegibilidades impõe a existência ex ante de prova inconteste e contundente da ocorrência do abuso, não podendo, bem por isso, estar ancorada em conjecturas e presunções, sob pena de, no limite, malferir o direito político jusfundamental da capacidade eleitoral passiva.*

4. *O reenquadramento jurídico dos fatos, por tratar-se de quaestio iuris, revela-se cognoscível na via processual do recurso especial.*

a) *In casu, as conclusões a que chegou o Tribunal Regional encontram lastro apenas e tão somente em ilações e presunções acerca do cunho eleitoral do serviço médico prestado gratuitamente, premissas, reconheça-se, extremamente débeis e não contundentes, tais como a utilização de receituário com os dados do Município e a impossibilidade de a população carente distinguir a finalidade do benefício (atuação profissional ou eleitoral).*

5. *As circunstâncias necessárias ao deslinde da questão, quando exaustivamente examinadas pelo Tribunal a quo, não configuram a omissão capaz de ensejar a nulidade do julgado.*

6. *Recurso especial provido.*

(RESPE nº 329-44, rel. Min. Luiz Fux, DJE de 27.10.2015)

Por fim, para completar a análise do quanto é possível depreender do acórdão regional, também há que se verificar que – ao fim e ao cabo – a única quantia cujo pagamento teria sido identificado seria a de R\$ 34.000,00 paga por meio de cheque um ano antes das eleições a terceiro que, segundo o acórdão regional, seria *pessoa intrinsecamente ligada ao referido candidato*.

Não ficou, contudo, demonstrada a aplicação de tais recursos em campanha eleitoral.

Por fim, retornando ao início deste voto, o caso cuida de eleição para prefeito em município de grande eleitorado. Ainda que fosse possível presumir que o pagamento realizado no ano anterior ao da eleição fosse destinado à campanha eleitoral, ainda assim, o fato – único efetivamente identificado – seria isolado e não teria o condão de acarretar a quebra da normalidade e da legitimidade do pleito eleitoral.

Afinal, como já disse o saudoso Ministro Peçanha Martins, há mais de uma década: *“Fato isolado que não possui potencialidade para desigualar os candidatos a cargo público não se presta para caracterizar a violação do art. 22, XIV, LC nº 64/90”*. (RO nº 717, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 14.11.2003).

O entendimento atual deste Tribunal também é nesse sentido:

ELEIÇÕES 2012, AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PREFEITO. VICE-PREFEITO. VEREADOR. SUPLENTE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA E ABUSO DE PODER. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral verificar, com base na compreensão da reserva legal proporcional e em provas lícitas e robustas, a existência de abuso de poder e de conduta vedada graves, suficientes para ensejar a severa sanção da cassação de diploma - compreensão jurídica que, com a edição da LC

nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos desta Justiça especializada, pois o reconhecimento desses ilícitos, além de ensejar a sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 10, inciso 1 alíneas d e j, da LC nº 64/1990), o que pode representar sua exclusão de disputas eleitorais.

2. A decisão agravada não reexaminou as provas dos autos, simplesmente reenquadrou juridicamente os fatos delineados no acórdão regional. Na linha da jurisprudência do TSE, "*a alteração das conclusões do aresto recorrido com fundamento nos fatos nele delineados não implica reexame de fatos e provas*" (AgR-REspe nº 409-90/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 16.9.2014).

[...]

5. A conduta indicada no acórdão regional não foi suficientemente grave para ensejar a aplicação das sanções de cassação de diploma e de declaração de inelegibilidade, somente a de multa, sendo certo que a agravante não demonstrou concretamente elementos que revelassem que o ato praticado ensejava as graves sanções de cassação e de declaração de inelegibilidade, considerados dados concretos da proporção do evento, mas apenas presumiu em decorrência da participação do prefeito e do seu sobrinho no referido evento.

6. O reconhecimento do abuso de poder e, conseqüentemente, a aplicação da sanção de cassação de diploma exigem do magistrado um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a necessidade de se aplicar essa grave pena, o que não se justifica no caso dos autos. Precedentes. (AgR-RESPE nº 435-75, rel. Min. Gilmar Mendes, sessão de 30.4.2015).

Por essas razões, reiterando o pedido de vênias ao eminente relator, voto no sentido de dar provimento aos recursos especiais interpostos por José Bernardo Ortiz e outro e pela Coligação Taubaté com Tudo de Novo para julgar improcedente a ação de investigação judicial eleitoral.

Em sequência, acompanho o eminente relator para negar provimento ao recurso especial do Ministério Público Eleitoral, em face da patente falta de prequestionamento da matéria nele versada e da incorreta identificação do dispositivo legal apontado como violado.

E, como consequência e pelas razões acima deduzidas, voto no sentido de julgar procedente a ação cautelar, confirmando a liminar deferida pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA (regimental)

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, li com muita atenção e ouvi o voto do eminente Ministro Henrique Neves e quero já registrar o agradecimento.

Fiz um apelo a Sua Excelência para que pudéssemos julgar este processo antes do encerramento desse período, que seria amanhã, e sei muito bem do esforço pessoal de Sua Excelência no sentido de viabilizar a conclusão do julgamento hoje ou amanhã.

Neste processo, temos um caso de corrupção gravíssimo, porque envolve educação e sabemos que, embora digam por aí que corrupção é tudo igual, não o é nos efeitos, porque o efeito desse ato pode tirar a educação e prejudicar uma geração, como pode tirar o prato de comida de alguém e, com isso, enfraquecer a própria saúde das pessoas.

Então, há atos de corrupção e de corrupção. Esse é um ato de corrupção com recursos da educação. E, ao contrário do que disse o eminente Ministro Henrique Neves, que se baseou em voto divergente, mas não leu nenhum trecho do voto do vogal que acompanhou...

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Posso ler se Vossa Excelência quiser. Estão todos transcritos.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Não, os pontos principais do acórdão que lerei agora Vossa Excelência não incluiu. Não estou dizendo que o fez para enfraquecer, no plano retórico, sua linha de argumentação, não foi isso.

Eu lerei, embora adiante, Senhor Presidente, pedirei vista regimental – havia indicado a Vossa Excelência –, para poder responder tecnicamente, mas, neste momento, quero responder é com as provas indicadas no acórdão, e não em voto vencido. Até porque há o impedimento de

uma súmula por todos nós conhecida no sentido de buscar incorporar o voto vencido como se fosse voto vencedor.

Lerei duas ou três passagens que estão no acórdão, muito mais para fixar exatamente qual foi a fundamentação desse acórdão. É um acórdão longo, não é um daqueles acórdãos que fazemos assoberbados, de duas ou três páginas, fazendo referências genéricas.

O acórdão afirma o seguinte:

Consigno que, após análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo...

Portanto, não é só a prova testemunhal, é a documental. E indago: vamos reavaliar a prova documental aqui? Eu não reavalio.

Continuo:

Prosseguindo, consigno que, após análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo, é forçoso concluir que houve mesmo o conluio visando fraudar o 'Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR, então candidato ao cargo de Prefeito do Município de Taubaté, com o intuito de angariar recursos para sua campanha eleitoral.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Se Vossa Excelência me permite, esse trecho está transcrito na nota nove às folhas 21 do meu voto.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Não estou dizendo que Vossa Excelência não transcreveu trechos, digo que não transcreveu, a meu juízo – e Vossa Excelência há que respeitar, como respeito o seu voto –, os pontos mais importantes, mas transcreveu trechos, até porque não poderia ignorar completamente o acórdão.

Continuo:

No andamento das negociações, ORTIZ JÚNIOR teria solicitado a DJALMA um adiantamento pelos negócios realizados”, que foi concretizado da seguinte forma: dois pagamentos no valor de

R\$ 33.000,00 em dinheiro e um no valor de R\$ 34.000,00 em cheque, que posteriormente, foi compensado por MARCELO TADEU PIMENTEL tesoureiro da campanha eleitoral do representado. (fls. 2.987)

Ninguém contesta esse fato.

Vamos continuar:

É, ainda, incontroverso, que o cheque referente a uma das parcelas do “acordo”, [entenda-se da corrupção] no valor de R\$ 34.000,00 (fls. 1044/1045 — vol. 6), foi compensado na conta de MARCELO PIMENTEL.

Embora se tenha aqui alegado que MARCELO não era o responsável pela campanha de ORTIZ JÚNIOR, “mas sim um jornalista que trabalhava para ele”, isto em nada altera o panorama aqui verificado, restando incontroverso se tratar de pessoa intrinsecamente ligada ao referido candidato e à sua disputa no certame eleitoral. (fls. 2.997)

Continua na mesma página:

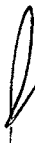
Também, se disse que o cheque foi recebido em pagamento a serviços prestados por MARCELO a DJALMA, que teria se envolvido em outro “escândalo” de fornecimento de merendas (fl. 2530-vol. 13), afirmação que restou isolada e sem comprovação.

Destaco que o referido MARCELO PIMENTEL [chamo atenção para esse fato] foi arrolado como testemunha no presente processo. Mas houve desistência de sua oitiva, que seria de fundamental importância para a comprovação da tese defensiva. Ato contínuo, optaram os recorrentes por apresentar declaração firmada por MARCELO em Tabelionato de Notas [...]

Nós conhecemos a técnica: não leva a testemunha, para não passar pelo crivo do contraditório, e apresenta uma declaração seca. Era essa pessoa que poderia de viva voz, olhando para o juiz e para o representante do Ministério Público, afirmar que nada disso aconteceu. Mas não; há desistência da principal testemunha, que poderia isentar o prefeito das imputações que lhe foram feitas, desistiu e apresentou uma declaração, e nós sabemos como essas declarações são feitas e utilizadas no nosso país.

Acrescenta o acórdão:

[...] que, por ser prova unilateral e desprovida do insubstituível contraditório, carece de maior valor probante.



Há mais. (fls. 2.998)

[...]

Já o segundo, CLAUDIO FALOTICO, afirmou que exerceu o cargo de diretor Administrativo na FDE no período de 15/02 a 06/10/2011, subordinado direto a JOSÉ BERNARDO ORTIZ, indicado pelo filho dele, ORTIZ JÚNIOR "que frequentava a presidência sem exercer cargo algum". [ou seja, o prefeito vivia lá dentro] Esclareceu, ainda, que ORTIZ JÚNIOR exercia função de direção como se fosse "de carreira", solicitando relatórios de fornecedores de Materiais. Esclareceu, mais, que ORTIZ JÚNIOR solicitou certa vez que lhe desse carona até o Restaurante Família Mancini, [...]

[...] (fls. 2.999)

Aliás, Ministro Dias Toffoli e Ministra Maria Thereza, conhecemos bem o histórico da Família Mancini, quando juntávamos um pouquinho mais de dinheiro e íamos lá, na Rua Avanhadava, um excelente restaurante, que dá para servidor público honesto frequentar e, de certa maneira, aproveitar um pouco a culinária italiana.

Então, o fato de esse prefeito ter ido lá não serve para desaboná-lo, não é isso.

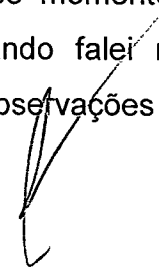
Pois bem, continua em outra página:

Como se vê, não há como negar a estreita e promíscua relação que existiu ente DJALMA e ORTIZ JÚNIOR, bem como a intenção de ambos de promover um esquema de fraudes em licitação, arrecadando recursos destinados ao proveito econômico do primeiro e o custeio da campanha eleitoral do segundo. (fls. 3000)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Falando do Restaurante Família Mancini...

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Não, com certeza não foi.

Se eu tivesse o intuito de contar com a caridade dos meus pares para fazer mais duas ou três leituras de trecho do acórdão, mencionar a Família Mancini nesse momento não foi o melhor. O próprio advogado, o Doutor Alckmin, quando falei na Família Mancini, abriu um sorriso, não obstante as minhas observações duras acerca do seu cliente.



Então, temos um voto-vista que apoia a fundamentação do acórdão e um voto-vista que discorda dessa fundamentação.

Então, não vejo, com as homenagens que merece, evidentemente, o Ministro Henrique Neves, como possamos passar por cima dessas aberrações que estão narradas aqui. Educação... E quem subtrai da educação, vou repetir, não subtrai apenas do presente, subtrai do futuro. E não podemos deixar Taubaté com essa pecha, de que um candidato que se utiliza de fraude, de corrupção em contratos de educação pode brandir decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que desestrutura toda a matéria fática e documental trazida pelas instâncias ordinárias.

Sabemos que Taubaté é uma cidade que merece resposta positiva, com nossas responsabilidades assumidas, para não deixar que alteremos uma fundamentação com base em fatos de juízes que, convenhamos, também são muito sérios e chegaram a essas conclusões.

Então, amanhã trago meu voto regimental, analisando as questões técnicas e outras que Vossa Excelência aponta.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:
Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite apenas para fazer um esclarecimento, porque isso me preocupa.

Eu tentei traduzir no acórdão não só o que consta do voto vencedor, mas no divergente, pois a jurisprudência desta Casa, que dispõe que a valoração jurídica dos fatos, diz que “a moldura fática do acórdão regional é igualmente composta pelo voto vencido, quando este não colidir com a descrição constante do voto condutor” – REspe nº 93389, no mesmo sentido os RESpes nº 1789 e nº 184 e o REspe do STJ nº 1306668. Isso é reconhecidamente aqui aceito.

Tanto o voto divergente – e nessa parte é que eu faço menção ao voto divergente – quanto o voto do relator no TRE reconhece que o inquérito para apuração de crime foi arquivado.

Então, não acho correto, a princípio, dizer que o recorrente cometeu um crime, porque o titular da ação penal determinou o arquivamento em relação ao recorrente.

Os textos que Vossa Excelência citou, com a devida vênia, estão transcritos no meu voto, nas notas 8, 9, 10, 34, e transcrevo outros trechos que não estão transcritos no voto de Vossa Excelência, mas isso é questão pessoal, cada um destacou trecho do acórdão que é importante para si.

Como, por exemplo, quando o depoente perguntou: “Houve o combinado do acerto? Eu não presenciei o acerto” – ele diz.

E também outra resposta: “Eu não presenciei o pagamento, mas é dinheiro vivo.”

Ou seja: ele depôs por ouvir dizer. É uma testemunha que diz que houve fraude.

Todos esses fatos são gravíssimos – e estão no meu voto. Eles devem e têm de ser apurados. Na verdade, já estão sendo apurados em ação civil pública, que corre no Estado de São Paulo.

Então, penso que a Justiça Eleitoral precipita-se em dizer que se cometeu ato de improbidade, com base em um testemunho. E a prova documental é um cheque, dois panfletos e a prova trazida por uma testemunha informante, cujo nome com “w” é difícil de pronunciar. Essa é a prova documental.

Com base nisso, assentar que houve improbidade?... Este é o sentido do meu voto: se tiver ocorrido improbidade, qual é a relação dela – uma licitação ocorrida um ano e meio antes – com as eleições? Deve ser punida? Deve. Qualquer lesão ao patrimônio público deve ser apurada. Mas qual a relação desse fato com as eleições?

Com a devida vênia, entendo o voto de Vossa Excelência, mas não estou modificando absolutamente nada do que decidiu o Tribunal Regional Eleitoral, apenas mostro o que o TRE não assentou.

Ele inverteu o ônus da prova, por exemplo, quando Vossa Excelência diz – o que consta do meu voto – que a única testemunha que poderia esclarecer se esse dinheiro era ou não era para a campanha não foi ouvida.

O ônus é da acusação, que deve provar quais os recursos foram utilizados e que a campanha do candidato foi impulsionada por recursos públicos, ou particulares, como forma de desequilibrar o peito.

A prova desse impulso – a utilização do recurso na campanha – é o que o acórdão não traz.

Então, como dizer que a normalidade e a legitimidade foram comprometidas?

Pode-se condenar civilmente, em várias instâncias – até, eventualmente, o Ministério Público de primeira instância pode entender que a prática do artigo 299 teria sido também configurada –, pode-se condenar a vários anos de cadeia, mas não se pode, na Justiça Eleitoral, considerar-se que a eleição inteira foi contaminada por algo que ocorreu um ano e meio antes, em que a única prova seria os R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), que não foram para o candidato, foram para uma pessoa – que também consta do meu voto, como disse Vossa Excelência – intrinsecamente ligada ao candidato.

E esse dinheiro seria suficiente para quebrar a normalidade e a legitimidade das eleições? Esse é o aspecto. Não julgo se houve fraude em licitação ou não. Essa é a matéria que a Justiça Comum julgará. Julgo se essa matéria tem algum reflexo nas eleições, e esse reflexo, com a devida vênia, não consegui localizá-lo.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Se me permite, Ministro Henrique Neves, a primeira observação de Vossa Excelência foi a de que fiz referência a crime, mas, na verdade, fiz referência a ilícitos.

O fato de um inquérito policial ter sido arquivado – se for essa a jurisprudência do TSE – encerra a questão? Parece-me que esse não é o entendimento deste Tribunal.

A segunda observação de Vossa Excelência concentrou-se nos testemunhos, no que disseram as testemunhas.

Li o acórdão, que assenta: “baseado em documentos e testemunhos”. Então, Vossa Excelência, em nenhum momento, afirma quais documentos constantes do acórdão serão reavaliados.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Citei o cheque e o depoimento.

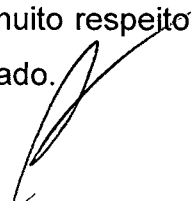
O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): No terceiro ponto, Vossa Excelência faz menção a esse fato, que teria acontecido antes, bem antes das eleições.

Fui estudar a jurisprudência do TSE – sou disciplinado, especialmente para aquilo que não sei, quero saber – e verifiquei que a jurisprudência deste Tribunal não afirma o que Vossa Excelência alega, ou pelo menos não o faz com as consequências que Vossa Excelência atribui.

Não exclui essa jurisprudência a possibilidade de o fato ter ocorrido bem antes, mas de os benefícios do fato serem aplicados no processo eleitoral, que foi a hipótese dos autos.

A fraude foi antes, mas a aplicação dos recursos decorrentes dessa prática foi depois.

Por essas razões e com muito respeito, trarei, amanhã, o meu voto-vista regimental, tecnicamente articulado.



VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, com esse embate que aqui se trava e com essas tertúlias não

exclusivamente acadêmicas, a mim me parece, com todas as vênias ao Ministro Herman Benjamin, que o Ministro Henrique Neves traz em seu voto é a não caracterização do abuso, tendo em vista a análise dos fatos ocorridos, inclusive citando o voto do Juiz Alberto Zacharias Toron do TRE e retirando a base da investigação criminal.

Então, penso que esse é o núcleo do debate – a avaliação sobre se essas práticas poderiam ser imputadas e se seriam suficientes para justificar a cassação imposta.

E, com todas as vênias – todos sabem que sou fã de carteirinha do Ministro Herman Benjamin, sou um entusiasta, um fã-clubê –, Sua Excelência não me conseguiu convencer.

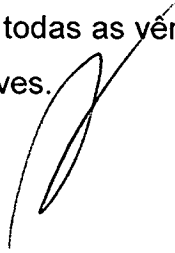
Também fico muito triste com esses casos de corrupção generalizada na saúde, na educação. E com esse episódio da transposição do Rio São Francisco, levando água para os pobres no Nordeste.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator):
Levando sonhos, pois a água não chegou ainda.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: A água não, mas o dinheiro já chegou em alguns lugares.

Até comentei com o Ministro Henrique Neves que ainda bem que não se discutiu sobre obras de meio ambiente, porque senão o Ministro Herman Benjamin ficaria ainda mais entusiasmado.

Peço todas as vênias e voto no sentido do que foi exposto pelo Ministro Henrique Neves.



EXTRATO DA ATA

REspe nº 587-38.2012.6.26.0141/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrentes: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrente: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrida: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrido: Edson Aparecido de Oliveira (Advogados: Rodrigo Canineo Amador Bueno – OAB: 218148/SP e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Ministros Henrique Neves da Silva e Gilmar Mendes, provendo os recursos de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo, bem como não conhecendo do recurso do Ministério Público Eleitoral, foi indicado adiamento pelo Ministro relator.

AC nº 22-30.2015.6.00.0000/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin Autor: José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Ministros Henrique Neves da Silva e Gilmar Mendes, julgando procedente a ação cautelar, foi indicado adiamento pelo Ministro relator.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Rosa Weber, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Herman Benjamin e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

SESSÃO DE 17.12.2015.

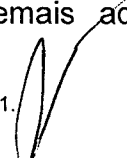
VOTO (ratificação)

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, na sessão de 10.12.2015, proferi voto no sentido de negar provimento aos recursos especiais interpostos por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz (respectivamente, Prefeito do Município de Taubaté/SP eleito em 2012 em segundo turno com 62,92% dos votos válidos³⁰ e ex-Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE) e pela Coligação Taubaté com Tudo de Novo (vinculada aos primeiros colocados).

Assentei na ocasião, em suma, o seguinte:

- a) fatos ocorridos em período muito anterior ao pleito podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos;
- b) o esquema de fraude em licitações da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), com uso *a posteriori* na campanha de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior de recursos ilicitamente auferidos, configurou abuso de poder político e econômico, demonstrando-se ingerência do candidato no órgão estatal, forma de condução das negociações, finalidade da conduta e, ainda, conivência de seu pai, José Bernardo Ortiz (Presidente da Fundação). Conclusão em sentido diverso demanda, como regra, reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJF;
- c) a manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da

³⁰ Equivalente a 99.365 votos em universo de 215.151.



disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados.

Por sua vez, o e. Ministro Henrique Neves, em voto-vista prolatado na sessão de 17.12.2015, divergiu quanto aos fundamentos contidos em meu voto e, por conseguinte, proveu os recursos para julgar improcedentes os pedidos na ação de investigação judicial eleitoral (AIJE).

Diante da argumentação apresentada, entendo pertinente trazer considerações complementares ao voto inicial.

De início, de acordo com o e. Ministro Henrique Neves, houve arquivamento de inquérito criminal instaurado contra Ortiz Júnior pelos crimes de cartel e de fraude em licitação, o que constitui elemento para se afastar os ilícitos ora em discussão.

Todavia, consoante ressaltei em meu voto à folha 25, esse arquivamento correu unicamente porque “a consumação do crime de cartel de empresários é anterior aos certames licitatórios realizados” (fl. 3.035), circunstância que não exclui possibilidade de o recorrente ter de fato auferido recursos para financiar sua campanha eleitoral.

Ademais, tal fato – e desconheço precedentes desta Corte em sentido contrário – é insuficiente para afastar ilicitude de conduta sob viés eleitoral, mesmo porque há possibilidade de reabertura na hipótese de obtenção de novas provas, conforme disposto na Súmula 524/STF, *in verbis*: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, **sem novas provas**”.

De outra parte, consigna o e. Ministro que “a compreensão da maioria [dos membros do TRE/SP] partiu do entendimento de que as alegações formuladas pela defesa sobre a razão e destinação do valor de trinta e quatro mil reais não seriam sólidas” (fl. 24), motivo pelo qual haveria na espécie notória inversão do ônus da prova.

No entanto, o que se tem na moldura fática do acórdão regional é que o cheque de R\$ 34.000,00 foi compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, “pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato” (fl. 2.997) e “marqueteiro da campanha do recorrido [ora recorrente]”.

Mais do que isso, também consta do acórdão que simplesmente houve desistência de oitiva de Marcelo Pimentel, a qual seria esclarecedora para tese de defesa (a de que referida pessoa teria recebido o valor de outro esquema, sem relação com os recorrentes), e posterior declaração por ele firmada em Tabelionato de Notas, que, a toda evidência e a teor de reiterados precedentes desta Corte Superior³¹, não possui qualquer valor probante. Confira-se trecho do *decisum* regional (fls. 2997-2998):

Também se disse que o cheque foi recebido em pagamento a serviços prestados por Marcelo a Djalma, que teria se envolvido em outro “escândalo” de fornecimento de merendas (fl. 2.530 – vol. 13), afirmação que restou isolada e sem comprovação.

Destaco que o referido Marcelo Pimentel foi arrolado como testemunha no presente processo. Mas houve desistência de sua oitiva, que seria de fundamental importância para a comprovação da tese defensiva. Ato contínuo, optaram os recorrentes por apresentar declaração firmada por Marcelo em Tabelionato de Notas (fl. 2.230 – vol. 12), que, por ser prova unilateral e desprovida do insubstituível contraditório, carece de maior valor probante.

(sem grifos no original)

O e. Ministro assenta, ainda, que não haveria “liame real” (fl. 26) entre a fraude perpetrada em março de 2011 e as Eleições 2012.

Todavia, novamente com as devidas vênias, o conjunto probatório contido no acórdão demonstra, a meu ver, exatamente o oposto.

Consoante raciocínio a partir da folha 19 de meu voto, o TRE/SP reconheceu abuso de poder político e econômico por entender configurada fraude em licitações, cujas circunstâncias se confirmam no acórdão pelas seguintes provas:

³¹ REspe 603-69/MS, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 15.8.2014; RO 1946-25/AC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 4.2.2013.

a) memorando em que se registrou reunião ocorrida com presença de Ortiz Júnior em 26.3.2011 para aquisição de livros didáticos (fl. 2.986; vol. 15) e depoimento de Claudio Falotico, ex-Diretor Administrativo, no qual esclarece que o recorrente “exercia função de direção como se fosse ‘de carreira’” (fl. 2.999; vol. 15), com menção à folha 19 do voto;

b) testemunho de Djalma Santos, inteiramente transcrito no acórdão, sem contradita por parte dos recorrentes e bastante detalhado, em que esclarece negociações e percentuais dos contratos que seriam direcionados à campanha de Ortiz Júnior, mencionado à folha 20;

c) cheque de R\$ 34.000,00, compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, “pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato” (fl. 2.997) e “marqueteiro da campanha do recorrido [ora recorrente]”, consistente em uma das três parcelas de adiantamento de R\$ 100.000,00 reais pedido por Ortiz Júnior a Djalma Santos como parte do acordo de fraude.

Ressalto que esse conjunto é consistente e que, ademais, a teor do art. 23 da LC 64/90, “**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**”.

Ademais, ainda que, como dito por Sua Excelência, o depoente Djalma Santos não tenha presenciado pagamentos de comissões, remanesce comprovação no tocante ao cheque de R\$ 34.000,00, inexistindo no meu entender controvérsia a esse respeito.

Ainda segundo o e. Ministro Henrique Neves, na espécie seria desnecessário reexame de provas e, para se chegar a conclusão diversa da adotada pelo TRE/SP, bastaria reavaliação jurídica.

Contudo, mais uma vez rogando vênias, não vejo como afastar esse entendimento, notadamente diante de trecho do acórdão em que a Corte Regional assenta que “após análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo, é forçoso concluir que houve mesmo o conluio visando fraudar o Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela [...] FDE para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, [...] com o intuito de angariar recursos para sua campanha eleitoral” (fl. 2.985).

Por fim, consigna Sua Excelência que (fl. 27):

Em outras palavras, para a caracterização do abuso de poder econômico não é suficiente demonstrar que em algum momento, antes do período eleitoral, alguém se locupletou indevidamente ou praticou crime que lhe trouxe vantagem econômica.

É necessário que se indique, com o lastro em evidências claras e provas robustas, que o produto do ilícito veio a ser efetivamente utilizado na campanha eleitoral, causando o desequilíbrio entre os candidatos.

Todavia, o art. 22, XVI, da LC 64/90, acrescido pela LC 135/2010, estabelece que a configuração de abuso de poder requer seja demonstrada **gravidade** das circunstâncias que o caracterizam. Confira-se redação do mencionado dispositivo:

Art. 22. [omissis]

[...]

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

(sem grifos no original)

E, conforme já assentado em meu voto, não há como considerar apenas os valores monetários envolvidos, mas sim todo o contexto do ilícito.

Nesse íterim, a manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e

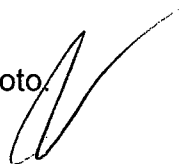
influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade.

Acrescento, também, que, embora toda espécie de corrupção seja reprovável, o desvio de recursos da educação revela-se ainda mais gravoso por se tratar de direito assegurado art. 6º da CF/88³².

Com todas essas considerações, aliadas à exaustiva abordagem do conjunto probatório pelo TRE/SP, que ao fim de 70 laudas manteve a cassação dos candidatos, com destaques para os minuciosos votos dos Juízes Roberto Maia (Relator) e Silmar Fernandes, considero inequívoca a prática de abuso de poder econômico e político.

Ante o exposto, **reafirmo** voto proferido na sessão de 10.12.2015 e **nego provimento** aos recursos especiais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo.

É como voto.



PEDIDO DE VISTA

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

³² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 587-38.2012.6.26.0141/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrentes: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrente: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrida: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrido: Edson Aparecido de Oliveira (Advogados: Rodrigo Canineo Amador Bueno – OAB: 218148/SP e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do relator, complementando o anteriormente proferido e ratificando seu posicionamento, pediu vista o Ministro Luiz Fux.

AC nº 22-30.2015.6.00.0000/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin Autor: José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do relator, complementando o anteriormente proferido e ratificando seu posicionamento, pediu vista o Ministro Luiz Fux.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Teori Zavascki, Herman Benjamin e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.


SESSÃO DE 18.12.2015.

VOTO-VISTA (vencido)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, cuida-se de três recursos especiais eleitorais interpostos, o **primeiro**, pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 3.098-3.103), o **segundo**, por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz (fls. 3.135-3.157), e o **terceiro**, pela Coligação Taubaté com Tudo de Novo (fls. 3.159-3.207), em face do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que assentou a ocorrência de abuso dos poderes político e econômico decorrente da fraude em licitações realizadas com o intuito de angariar recursos para campanha eleitoral do Recorrente José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior. Eis a ementa do aresto regional (fls. 2.972-2.973):

RECURSO ELEITORAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE RECURSOS - ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO - OBTENÇÃO DE RECURSOS PARA CAMPANHA ELEITORAL ADVINDOS DE FRAUDE EM LICITAÇÕES.

1. REPRESENTAÇÃO QUE FOI OFERTADA CONTRA QUATRO ACUSADOS, APONTANDO AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: A) CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE "APADRINHADOS POLÍTICOS" POR MEIO DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS; B) USO DE BENS MÓVEIS COM FINALIDADE ELEITORAL; E C) FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM O OBJETIVO DE OBTER RECURSOS FINANCEIROS PARA CAMPANHA ELEITORAL.

2. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO. REJEITOU A PRÁTICA DOS FATOS NARRADOS NOS ITENS "A" E "B", POR FALTA DE PROVAS, MAS RECONHECEU O ILÍCITO DESCRITO NO ITEM "C", QUE CONSTITUI A PRÁTICA DE ABUSO POLÍTICO E ECONÔMICO. CONDENAÇÃO SOMENTE DO SEGUNDO E DO TERCEIRO REPRESENTADOS, RESPECTIVAMENTE PREFEITO E VICE PREFEITO ELEITOS.

3. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL NO SENTIDO DE SE RECONHECER, TAMBÉM, A PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO REPRESENTADO. ALMEJA, AINDA, SEJA APLICADA AO TERCEIRO REPRESENTADO, O VICE-PREFEITO, A SANÇÃO COMPLEMENTAR DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. POSTULA, ADEMAIS, A APLICAÇÃO DE MULTA A TODOS OS CONDENADOS.

4. RECURSOS DO SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO REPRESENTADOS, TODOS PUGNANDO PELA IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

5. QUESTÕES UNICAMENTE DE MÉRITO.

6. RECURSO DO MPE. ACOLHIDO EXCLUSIVAMENTE PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE DE JOSÉ BERNARDO ORTIZ, NOS TERMOS DO ART. 1º, INC. I, ALÍNEA "D", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. REJEITADO QUANTO À CONDUTA VEDADA, POIS A ALEGADA DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, COM FINS ELEITORAIS, NÃO RESTOU COMPROVADA, POSTO QUE FORAM OBJETO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO, TENDO COMO PERMISSONÁRIA ENTIDADE COM FINS SOCIAIS. INDEVIDA, VIA DE CONSEQUÊNCIA, A APLICAÇÃO DA MULTA. POR OUTRO LADO, EMBORA O MANDATO DO VICE SEJA ATRELADO AO DO PREFEITO, INCABÍVEL A EXTENSÃO DA INELEGIBILIDADE, DADO O CARÁTER PESSOAL DESTA SANÇÃO QUE, IMPOSTA A UM DOS CANDIDATOS, NÃO SE ALASTRA, OBRIGATÓRIA E AUTOMATICAMENTE, AO OUTRO COMPONENTE DA CHAPA MAJORITÁRIA, CONFORME PRECEITUAM O ART. 18 DA LC Nº 64/90 E OS PRECEDENTES DO TSE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, PORTANTO, PARCIALMENTE PROVIDO.

7. RECURSOS INTERPOSTOS PELOS DEMAIS RECORRENTES. DESPROVIDOS, MANTENDO-SE A R. SENTENÇA EM SEU DESFAVOR. CORRETAMENTE DECRETADAS A PERDA DOS MANDATOS ELETIVOS E A INELEGIBILIDADE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO CARACTERIZADO. ESQUEMA DE FRAUDE EM LICITAÇÃO COM A FINALIDADE DE FINANCIAR CAMPANHA ELEITORAL. SUFICIENTE O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO A ESTES VOLUMOSOS. DETALHADO E CONVINCENTE RELATO DE TESTEMUNHA QUE PARTICIPOU DIRETAMENTE DA PRÁTICA ILÍCITA, CONFESSANDO-A E DELATANDO OS PARTÍCIPES, O FAZENDO SEM SE EXIMIR DA SUA PRÓPRIA RESPONSABILIDADE NOS FATOS.

Na origem, o Ministério Público Eleitoral ajuizou ação judicial eleitoral (AIJE) em face de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e Edson de Aparecido de Oliveira – respectivamente candidatos eleitos aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito do Município de Taubaté/SP no pleito de 2012 –, José Bernardo Ortiz e Coligação Taubaté com Tudo de Novo, com fundamento na prática das seguintes irregularidades: (i) contratação irregular de apadrinhados políticos por meio de empresas terceirizadas; (ii) uso de bens móveis com finalidade eleitoral e (iii) fraude em procedimento licitatório com o objetivo de obter recursos financeiros para campanha eleitoral.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na inicial, a fim de reconhecer somente a prática de abuso

dos poderes político e econômico consistente na fraude em licitações com o fito de obter recursos financeiros para campanha eleitoral, determinando a cassação dos mandatos eletivos de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e de Edson de Aparecido de Oliveira e declarando a inelegibilidade do primeiro (José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior) nos termos do art. 1º, I, d, da LC nº 135/2010.

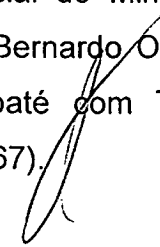
O Ministério Público Eleitoral e os investigados interpuseram recursos eleitorais. O TRE/SP deu parcial provimento ao recurso manejado pelo órgão ministerial para declarar a inelegibilidade de José Bernardo Ortiz e, por outro lado, negou provimento aos recursos de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo.

Em seu recurso especial, o *Parquet* Eleitoral aponta ofensa ao art. 73, I e II, e §§ 4º e 8º, da Lei nº 9.504/97 e ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Por sua vez, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz Monteiro e a Coligação Taubaté com Tudo de Novo apresentam fundamentação semelhante no sentido da violação ao art. 275 do Código Eleitoral; art. 105-A da Lei nº 9.504/97; art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República; e art. 22 da LC nº 64/90.

O Presidente do Tribunal *a quo* não admitiu os recursos especiais (fls. 3.219). Daí terem José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz Monteiro, a Coligação Taubaté com Tudo de Novo, e o Ministério Público Eleitoral interposto agravos nos próprios autos, aos quais o Relator, à época, Ministro João Otávio de Noronha, deu provimento para admitir os recursos especiais (fls. 3.369).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento dos agravos e do recurso especial do Ministério Público Eleitoral. Quanto aos recursos especiais de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo, manifestou-se pelo desprovimento (fls. 3.353-3.367).



José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz e o Ministério Público Eleitoral apresentaram contrarrazões ao recurso especial a fls. 3.383-3.390 e 3.394-3.401 respectivamente.

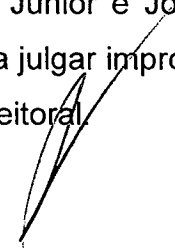
Na sessão jurisdicional nº 118/2015, de 10.12.2015, o Ministro Relator Herman Benjamin negou provimento aos recursos eleitorais de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo, bem como não conheceu do apelo nobre manejado pelo *Parquet* Eleitoral.

No que tange ao recurso do órgão ministerial, o eminente Relator consignou, em síntese, que o TRE/SP não apreciou a conduta em discussão sob a ótica dos incisos I e II do art. 73 da Lei nº 9.504/97, razão pela qual a tese recursal padece do indispensável prequestionamento.

Quanto aos recursos dos demais Recorrentes, assentou, em linhas gerais, que o Tribunal *a quo* entendeu que o esquema de fraude em licitações da Fundação para o Desenvolvimento da Educação, com uso, *a posteriori*, na campanha de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, de recursos ilícitamente auferidos, configurou abuso dos poderes político e econômico, assentando terem sido demonstradas ingerência do candidato no órgão estatal, forma de condução das negociações, finalidade da conduta e, ainda, conivência de seu pai, José Bernardo Ortiz (Presidente da Fundação). Portanto, a conclusão em sentido diverso demandaria reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor das Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF.

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Henrique Neves e proferiu seu voto-vista na sessão jurisdicional nº 122/2015, realizada em 17.12.2015.

Inaugurando a divergência, o eminente Ministro proveu os recursos eleitorais de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo, para julgar improcedentes os pedidos veiculados na ação de investigação judicial eleitoral.



Consignou, preliminarmente, a improcedência da alegação de ultraje ao art. 275 do Código Eleitoral, ante a ausência das omissões suscitadas. Ainda em sede preliminar, rejeitou a tese de violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97, registrando que não há empecilho quanto à utilização em ações eleitorais das provas contidas no inquérito civil público instaurado antes da apuração do alegado abuso de poder.

Além disso, rechçou a tese relativa à inaplicabilidade da via eleita, assentando que, além da via prevista no art. 14, § 10, da Constituição da República, os desvios e abusos cometidos no curso da eleição podem ser apurados por meio da ação de investigação judicial eleitoral, consoante previsão do art. 22, XXIV, da LC nº 64/90 e em atenção à garantia constitucional de acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Quanto à questão de fundo, concluiu que a hipótese dos autos admite nova qualificação jurídica dos fatos reconhecidos pela Corte de origem e se enquadra na remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que não é possível a condenação por presunção na aferição do ilícito de abuso de poder, exigindo-se prova evidente e robusta da correlação dos fatos com o pleito eleitoral e da sua gravidade.

Na sequência, após o voto complementar do Relator proferido na sessão jurisdicional nº 124/2015, de 18.12.2015, pedi vista dos autos para melhor exame do caso.

Amadurecidas minhas reflexões, passo à análise da controvérsia.

Recurso interposto pelo Parquet eleitoral

Ab initio, em relação ao recurso manejado pelo Ministério Público Eleitoral, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, tendo em vista a ausência de prequestionamento da matéria nele versada: o TRE/SP

não apreciou a suposta prática de abuso à luz das condutas vedadas pelos incisos I e II do art. 73 da Lei nº 9.504/97³³:

Recursos interpostos por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo

Em sede preliminar, o conjunto de alegações suscitadas aponta o ultraje ao art. 275, I e II, do Código Eleitoral, ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97 e ao art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República (de inidoneidade da via processual eleita).

De início, rejeito a vulneração do art. 275 do Código Eleitoral, porquanto os temas supostamente omissos foram devidamente analisados pelo Tribunal Regional.

Na sequência, não prospera a tese de que houvera omissão acerca da incidência, no caso, dos arts. 14, §§ 10 e 11, da CRFB/88. Para os Recorrentes, a ação de investigação judicial eleitoral não poderia subsistir, autonomamente, em face da ausência de sua ratificação por meio da ação de impugnação de mandato eletivo. Sucede que o ponto restou devidamente enfrentado no acórdão integrativo, ao assentar que *“não há exigência legal para que os fatos alegados em ação de investigação judicial eleitoral sejam ratificados, após a diplomação, em ação de impugnação de mandato eletivo”* (fls. 3.123).

De igual modo, não prospera a alegada omissão acerca da ordem cronológica do inquérito civil e da investigação eleitoral. É que a Corte *a quo* também se manifestou sobre tema no aresto integrativo, ao dispor que, *“inequivocamente, a investigação prévia do Ministério Público, na Capital, deu origem a dois procedimentos simultâneos no município dos fatos: um civil e*

³³ 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:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

outro eleitoral, este para apurar matéria que compete à justiça especializada e aquele nos assuntos afetos à justiça comum” (fls. 3.123).

Demais disso, não vislumbro a aduzida omissão no enfrentamento da questão relacionada ao arquivamento do inquérito policial aberto para apuração da formação de cartel e fraude em licitação e à análise dos documentos novos trazidos aos autos a fls. 2.889-2.914. É que, no acórdão dos embargos, o Tribunal *a quo* afirmou que, “*conquanto o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo tenha arquivado o inquérito policial em relação ao embargante ORTIZ JÚNIOR, não há impedimento da apuração dos fatos na esfera eleitoral, pois, como é cediço, tais esferas jurídicas são independentes*” (fls. 3.124).

Deveras, o acórdão fustigado manifestou-se suficientemente sobre os pontos questionados pelos Recorrentes, de modo que eventual inconformismo quanto às matérias não dá azo às suscitadas omissões.

Relativamente à tese de ofensa ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97, convém registrar que este Tribunal Superior, no recente julgamento do REspe nº 545-88/MG, debateu sobre a norma contida no referido dispositivo. Em meio à diversidade de fundamentos adotados, todos, porém, convergiram no sentido de que a redação do art. 105-A da Lei das Eleições não permite inferir que as provas produzidas em inquérito civil público seriam ilícitas. Um dos fundamentos perfilhados consistiu no fato de que o inquérito civil público não se restringe à ação civil pública, sendo procedimento administrativo de que se vale o Ministério Público para embasar o ajuizamento de ações judiciais em geral. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS. ART. 73, § 10, DA LEI 9.504/97. PRELIMINARES REJEITADAS. ART. 105-A DA LEI 9.504/97. APLICABILIDADE ÀS AÇÕES ELEITORAIS. MÉRITO. PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI PRÉVIA. MULTA. DESPROVIMENTO.

[...]

2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/97 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 9.504/97, 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).

[...]

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).

Nessa assentada, o relator do feito ressaltou que entendimento diverso desvirtuaria o sistema de ilicitude das provas, o qual tem supedâneo no desrespeito de direitos e garantias fundamentais, *verbis*: “*incontroverso que o nosso sistema probatório relaciona a ilicitude da prova com sua produção em desacordo com as garantias de liberdade contra o Estado (regras da inviolabilidade domiciliar, do respeito à garantia de intimidade e privacidade, etc.) e, portanto, sua configuração está atrelada à sua obtenção em desrespeito aos direitos fundamentais de segunda geração, inclusive em sua eficácia horizontal. Assim, nesse contexto, não há como imputar ilicitude a uma prova apenas porque obtida em sua origem em procedimento instaurado pelo Ministério Público Eleitoral; não há como reclamar, em investigações preliminares, administrativas ou anteriores à propositura de ação judicial, as garantias correlatas ao contraditório e à ampla defesa*”.

Decerto, tal como no presente caso, consignei que a possibilidade de o *Parquet* Eleitoral requisitar informações não se limita ao contido na Lei nº 7.347/1985, mas, para além disso, a própria Lei Complementar nº 75/1993 franqueia, em seu art. 81, a prerrogativa de requisitar informações e documentos para o exercício das suas atribuições constitucionalmente asseguradas.

Demais disso, reputo que a proscrição legislativa encartada no art. 105-A da Lei das Eleições se afigura manifestamente inconstitucional. De fato, o constituinte de 1988 expressamente atribuiu ao *Parquet* a prerrogativa de tutela da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, *ex vi* de seu art. 127, *caput*.

Nesta toada, é inobjetével 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.

Ao restringir o exercício de funções institucionais do Ministério Público, o art. 105-A da Lei nº 9.504/97 acabou por violar o preconizado no art. 129, III, da Constituição da República. Explico.

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. Embora 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 (STF, RE nº 464.893/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 1º.8.2008) ou mesmo eleitoral.

Assim, tal restrição acaba por vulnerar também os princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso dos poderes político e econômico.

Ademais, 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.

Certamente, não merece prosperar a tese referente à inexistência de violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97.

Melhor sorte não acode aos Recorrentes quanto à tese de ofensa ao art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República, sob o argumento de que, para que se pudesse chegar ao afastamento de candidatos eleitos, seria necessário o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo, ratificando-se, assim, as ações de investigação judicial em curso.

Em seu art. 14, §§ 10 e 11, a Constituição da República prevê a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), cuja finalidade é desconstituir o mandato eletivo obtido ilicitamente pelo candidato eleito, em garantia da normalidade e legitimidade do exercício do poder de sufrágio popular contra a prática de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude durante o processo eleitoral.

Amparado no art. 14, § 9º, do texto constitucional, o art. 22 da LC nº 64/90 regulamenta a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), que tem por escopo apurar as condutas realizadas com abuso de poder que influenciem a normalidade e a legitimidade das eleições.

Essa ação pode ser ajuizada do início do processo eleitoral até a data da diplomação e, caso julgada procedente, ainda que após a proclamação dos eleitos, acarreta a declaração de inelegibilidade e a cassação de diploma/registro, consoante previsto na legislação regente, com as alterações promovidas pela LC nº 135/2010.

Realço que, anteriormente à edição da referida lei complementar, a ação de investigação judicial eleitoral admitia apenas a cassação do registro do candidato condenado. Após a modificação do art. 22, XIV, da LC nº 64/90³⁴, entretanto, tornou-se possível a cassação do

³⁴ Art. 22, 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;

diploma/mandato do candidato eleito, *i.e.*, permitiu-se a incidência da sanção de cassação mesmo após a diplomação.

Portanto, diversamente do que sustentam os Recorrentes, vê-se que, além da ação prevista no art. 14, § 10, da Constituição da República, a ação de investigação judicial eleitoral constitui um meio pelo qual é possível imputar a sanção de cassação do mandato/diploma ao candidato condenado por abuso de poder após a realização das eleições ou da diplomação dos eleitos.

Diante disso, rejeito a tese dos Recorrentes relativa à inadequação da via eleita, não havendo que se falar em violação ao art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República.

Com base nos fundamentos supra, acompanho, portanto, o voto do Ministro Henrique Neves no sentido de rejeitar as alegações preliminares dos Recorrentes.

Passo ao exame da questão de fundo.

In casu, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo entendeu configurado o abuso dos poderes político e econômico decorrente da fraude em licitações realizadas com o intuito de angariar recursos para campanha eleitoral do Recorrente José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior.

Da leitura do aresto regional, rogando vênias ao eminente relator, percebo que o equacionamento da controvérsia não diz respeito ao reexame do complexo fático-probatório acostado aos autos (o que reclamaria a formação de nova convicção acerca dos fatos narrados), mas a eventual reenquadramento jurídico dos fatos, providência que, aí sim, se coaduna com a cognição realizada nesta sede processual. Noutros termos, a requalificação jurídica ocorre em momento ulterior ao exame da relação entre a prova e o fato, partindo da premissa de que o fato está devidamente provado.

Captando com (comum) felicidade a distinção supra entre reenquadramento jurídico e o reexame de provas, Luiz Guilherme Marinoni preleciona que *"a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado."*

*Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato. A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade acontece quando a discussão recai somente na sua qualidade jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”. In: *Revista Genesis de Direito Processual Civil*. Curitiba, núm 35, p. 128-145). Trata-se, à evidência, de *quaestio juris*, que pode, ao menos em linha de princípio, ser objeto dos recursos excepcionais – extraordinário e especial.*

Sopesando os fatos constantes do aresto regional, penso não estar comprovado no caso vertente o alegado abuso dos poderes econômico e político.

Na realidade, é preciso prudência quando do ajuizamento das ações eleitorais, e na aplicação das sanções nelas previstas, sob pena de amesquinhar a higidez do processo democrático, máxime porque se pode perpetuar um indesejável cenário de insegurança jurídica. De fato, as inúmeras ações eleitorais não devem ser manejadas com o propósito de macular as escolhas legítimas do eleitor, mas, ao revés, para garanti-las, assegurando, por consequência, a liberdade de voto e, no limite, a legitimidade do processo democrático. Em lapidar lição, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, vaticina:

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

[...]

A preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.

Assim, a própria ordem constitucional estabelece a ação de impugnação de mandato [...]. E a legislação eleitoral estabelece uma série de proibições que podem acarretar a cassação do registro do candidato ou do diploma [...].

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 704-705).

Neste *iter*, antes da aplicação das pretendidas sanções por abuso de poder previstas no art. 22 da Lei de Inelegibilidades, impõe-se perquirir a existência *ex ante* de prova contundente e inconteste da conduta, sob pena de malferir o direito jufundamental da capacidade eleitoral passiva.

Consoante a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, o ilícito eleitoral consistente no abuso de poder não pode estar ancorado em conjecturas e presunções (AgR-REspe nº 258-20/CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 2.9.2014), fazendo-se necessária, para sua configuração, a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de modo a macular a lisura da disputa eleitoral, nos termos do art. 22, XVI, da LC nº 64/90 (AgR-REspe nº 349-15/TO, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 27.3.2014 e REspe nº 130-68/RS, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 4.9.2013).

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona em exigir provas robustas e incontestes para comprovação da gravidade do ato abusivo, não podendo, bem por isso, a conclusão acerca do ilícito estar baseada em meras presunções. Confirmam-se alguns precedentes:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO. NÃO

CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO.

1. O abuso de poder demanda a existência de prova robusta para ficar configurado, sendo vedada a imposição de penalidades com base em presunção.

[...]

(REspe nº 285-88/SC, Rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 21.3.2016);

ELEIÇÕES 2012. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PREFEITO E VICE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

[...]

3. A caracterização do abuso do poder econômico não pode ser fundamentada em meras presunções e deve ser demonstrada, acima de qualquer dúvida razoável, por meio de provas robustas que demonstrem a gravidade dos fatos. Precedentes.

[...]

(REspe nº 518-96/SP, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 9.11.2015);
e

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VEREADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO. DESPROVIMENTO.

[...]

4. A condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio ou de abuso do poder econômico requer provas robustas e incontestes, não podendo se fundar em meras presunções. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 924-40/RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 21.10.2014).

No caso *sub examine*, verifico que as principais provas em que se fundamenta o aresto regional são a testemunha Djalma da Silva Santos, que denunciou a existência de um esquema de fraude em licitação para arrecadar recursos financeiros para campanha de Ortiz Júnior por se sentir traído pelo candidato Recorrente, e o cheque no valor de R\$ 34.000,00, que foi compensado por Marcelo Tadeu Pimentel, tesoureiro da campanha do Representado.

Em seu depoimento transcrito no aresto regional, a testemunha Djalma da Silva Santos, ao revelar o funcionamento do esquema para fraudar licitações, negou ter agido como arrecadador de recursos para campanha eleitoral do candidato (fls. 2.990), e, quando inquirido sobre a alegada propina decorrente da fraude em licitação, afirmou não ter presenciado o acerto do valor combinado que seria pago em dinheiro (fls. 2.992-2.993). Esses pontos, a meu sentir, fragilizam a comprovação do ilícito eleitoral por meio da prova testemunhal.

Além disso, observo não constar do acórdão regional provas indenes de dúvidas acerca de que o cheque de R\$ 34.000,00 ou outro valor obtido ilegalmente por meio das fraudes à licitação tenham sido efetivamente empregados na campanha eleitoral de José Bernardo Ortiz Júnior.

Se, por um lado, a Corte *a quo* desqualificou os argumentos veiculados por Ortiz Júnior e José Bernardo Ortiz relativos à destinação e

finalidade de pagamento no valor de R\$ 34.000,00 (*i.e.* pagamento a Marcelo Pimentel, jornalista que trabalhava para o candidato, em contraprestação ao serviço por ele prestado a Djalma, que teria se envolvido em outro escândalo de fornecimento de merendas), assentando que as alegações não estavam devidamente comprovadas (fls. 2.997-2.999), por outro lado, não fundamentou sua conclusão acerca da quebra da isonomia e legitimidade do pleito eleitoral e, por conseguinte, da caracterização do abuso em provas cabais.

Nesse contexto, destaco o entendimento jurisprudencial fixado por esta Corte no sentido de que, para que a prova testemunhal possa ser considerada robusta e apta para fundamentar a condenação, é imperioso que ela seja corroborada por outros elementos de prova (testemunhais ou documentais) que afastem qualquer dúvida razoável sobre a configuração do ilícito eleitoral (REspe nº 531-25/PA, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 2.5.2016), hipótese que entendo não ser a dos autos.

Deveras, não vislumbro no aresto regional evidências de que a conclusão da Corte tenha se firmado com base em provas hialinas e robustas acerca da ocorrência do ilícito. Pelo contrário: extraio dos fundamentos do *decisum* que a conclusão referente à configuração do abuso dos poderes econômico e político apoiou-se em ilações, mormente quanto à destinação, para a campanha do candidato, dos recursos obtidos no esquema de fraude a licitações.

Com isso, não pretendo advogar a desconsideração dos indícios e presunções na busca da configuração da prática ilícita, mas, sim, que tais elementos – suficientes para a deflagração da presente ação – precisam ser cabalmente comprovados ao longo do processo, o que não ocorreu no caso em tela, ao menos no que diz respeito ao ilícito eleitoral em debate.

Ex positis, com a devida vênia, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Henrique Neves para assentar a possibilidade de reenquadramento jurídico dos fatos e dar provimento aos recursos especiais interpostos por José Bernardo Ortiz Júnior e outro e pela

Coligação Taubaté com Tudo de Novo, afastando as sanções impostas aos Recorrentes na instância *a quo*.

Por conseguinte, voto, ainda, no sentido de julgar procedente a Ação Cautelar nº 22-30 vinculada a estes autos, a fim de confirmar a liminar deferida pelo Ministro João Otávio de Noronha.

VOTO (complementação)

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, na sessão de 10.12.2015, proferi voto no sentido de negar provimento aos recursos especiais interpostos por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e José Bernardo Ortiz (respectivamente, Prefeito do Município de Taubaté/SP eleito em 2012 em segundo turno com 62,92% dos votos válidos³⁵ e ex-Presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE) e pela Coligação Taubaté com Tudo de Novo (vinculada aos primeiros colocados).

Assentei na ocasião, em suma, o seguinte:

d) fatos ocorridos em período muito anterior ao pleito podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos;

e) o esquema de fraude em licitações da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), com uso *a posteriori* na campanha de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior de recursos ilicitamente auferidos, configurou abuso de poder político e econômico, demonstrando-se ingerência do candidato no órgão estatal, forma de condução das negociações, finalidade

³⁵ Equivalente a 99.365 votos em universo de 215.151.

da conduta e, ainda, conivência de seu pai, José Bernardo Ortiz (Presidente da Fundação). Conclusão em sentido diverso demanda, como regra, reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJF;

f) a manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados.

Por sua vez, o e. Ministro Henrique Neves, em voto-vista prolatado na sessão de 17.12.2015, divergiu quanto aos fundamentos contidos em meu voto e, por conseguinte, proveu os recursos para julgar improcedentes os pedidos na ação de investigação judicial eleitoral (AIJE).

Diante da argumentação apresentada, entendo pertinente trazer considerações complementares ao voto inicial.

De início, de acordo com o e. Ministro Henrique Neves, houve arquivamento de inquérito criminal instaurado contra Ortiz Júnior pelos crimes de cartel e de fraude em licitação, o que constitui elemento para se afastar os ilícitos ora em discussão.

Todavia, consoante ressaltei em meu voto à folha 25, esse arquivamento correu unicamente porque “a consumação do crime de cartel de empresários é anterior aos certames licitatórios realizados” (fl. 3.035), circunstância que não exclui possibilidade de o recorrente ter de fato auferido recursos para financiar sua campanha eleitoral.

Ademais, tal fato – e desconheço precedentes desta Corte em sentido contrário – é insuficiente para afastar ilicitude de conduta sob viés eleitoral, mesmo porque há possibilidade de reabertura na hipótese de obtenção de novas provas, conforme disposto na Súmula 524/STF, *in verbis*:

“arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

De outra parte, consigna o e. Ministro que “a compreensão da maioria [dos membros do TRE/SP] partiu do entendimento de que as alegações formuladas pela defesa sobre a razão e destinação do valor de trinta e quatro mil reais não seriam sólidas” (fl. 24), motivo pelo qual haveria na espécie notória inversão do ônus da prova.

No entanto, o que se tem na moldura fática do acórdão regional é que o cheque de R\$ 34.000,00 foi compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, “pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato” (fl. 2.997) e “marqueteiro da campanha do recorrido [ora recorrente]”.

Mais do que isso, também consta do acórdão que simplesmente houve desistência de oitiva de Marcelo Pimentel, a qual seria esclarecedora para tese de defesa (a de que referida pessoa teria recebido o valor de outro esquema, sem relação com os recorrentes), e posterior declaração por ele firmada em Tabelionato de Notas, que, a toda evidência e a teor de reiterados precedentes desta Corte Superior³⁶, não possui qualquer valor probante. Confira-se trecho do *decisum* regional (fls. 2997-2998):

Também se disse que o cheque foi recebido em pagamento a serviços prestados por Marcelo a Djalma, que teria se envolvido em outro “escândalo” de fornecimento de merendas (fl. 2.530 – vol. 13), afirmação que restou isolada e sem comprovação.

Destaco que o referido Marcelo Pimentel foi arrolado como testemunha no presente processo. Mas houve desistência de sua oitiva, que seria de fundamental importância para a comprovação da tese defensiva. Ato contínuo, optaram os recorrentes por apresentar declaração firmada por Marcelo em Tabelionato de Notas (fl. 2.230 – vol. 12), que, por ser prova unilateral e desprovida do insubstituível contraditório, carece de maior valor probante.

(sem grifos no original)

O e. Ministro assenta, ainda, que não haveria “liame real” (fl. 26) entre a fraude perpetrada em março de 2011 e as Eleições 2012.

³⁶ REspe 603-69/MS, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 15.8.2014; RO 1946-25/AC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 4.2.2013.

Todavia, novamente com as devidas vênias, o conjunto probatório contido no acórdão demonstra, a meu ver, exatamente o oposto.

Consoante raciocínio a partir da folha 19 de meu voto, o TRE/SP reconheceu abuso de poder político e econômico por entender configurada fraude em licitações, cujas circunstâncias se confirmam no acórdão pelas seguintes provas:

d) memorando em que se registrou reunião ocorrida com presença de Ortiz Júnior em 26.3.2011 para aquisição de livros didáticos (fl. 2.986; vol. 15) e depoimento de Claudio Falotico, ex-Diretor Administrativo, no qual esclarece que o recorrente “exercia função de direção como se fosse ‘de carreira’” (fl. 2.999; vol. 15), com menção à folha 19 do voto;

e) testemunho de Djalma Santos, inteiramente transcrito no acórdão, sem contradita por parte dos recorrentes e bastante detalhado, em que esclarece negociações e percentuais dos contratos que seriam direcionados à campanha de Ortiz Júnior, mencionado à folha 20;

f) cheque de R\$ 34.000,00, compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, “pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato” (fl. 2.997) e “marqueteiro da campanha do recorrido [ora recorrente]”, consistente em uma das três parcelas de adiantamento de R\$ 100.000,00 reais pedido por Ortiz Júnior a Djalma Santos como parte do acordo de fraude.

Ressalto que esse conjunto é consistente e que, ademais, a teor do art. 23 da LC 64/90, **“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”**.

Ademais, ainda que, como dito por Sua Excelência, o depoente Djalma Santos não tenha presenciado pagamentos de comissões, remanesce

comprovação no tocante ao cheque de R\$ 34.000,00, inexistindo no meu entender controvérsia a esse respeito.

Ainda segundo o e. Ministro Henrique Neves, na espécie seria desnecessário reexame de provas e, para se chegar a conclusão diversa da adotada pelo TRE/SP, bastaria reavaliação jurídica.

Contudo, mais uma vez rogando vênias, não vejo como afastar esse entendimento, notadamente diante de trecho do acórdão em que a Corte Regional assenta que “após análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo, é forçoso concluir que houve mesmo o conluio visando fraudar o Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela [...] FDE para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, [...] com o intuito de angariar recursos para sua campanha eleitoral” (fl. 2.985).

Por fim, consigna Sua Excelência que (fl. 27):

Em outras palavras, para a caracterização do abuso de poder econômico não é suficiente demonstrar que em algum momento, antes do período eleitoral, alguém se locupletou indevidamente ou praticou crime que lhe trouxe vantagem econômica.

É necessário que se indique, com o lastro em evidências claras e provas robustas, que o produto do ilícito veio a ser efetivamente utilizado na campanha eleitoral, causando o desequilíbrio entre os candidatos.

Todavia, o art. 22, XVI, da LC 64/90, acrescido pela LC 135/2010, estabelece que a configuração de abuso de poder requer seja demonstrada **gravidade** das circunstâncias que o caracterizam. Confira-se redação do mencionado dispositivo:

Art. 22. [omissis]

[...]

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

(sem grifos no original)

E, conforme já assentado em meu voto, não há como considerar apenas os valores monetários envolvidos, mas sim todo o contexto do ilícito.

Nesse ínterim, a manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade.

Acrescento, também, que, embora toda espécie de corrupção seja reprovável, o desvio de recursos da educação revela-se ainda mais gravoso por se tratar de direito assegurado art. 6º da CF/88³⁷.

Com todas essas considerações, aliadas à exaustiva abordagem do conjunto probatório pelo TRE/SP, que ao fim de 70 laudas manteve a cassação dos candidatos, com destaques para os minuciosos votos dos Juízes Roberto Maia (Relator) e Silmar Fernandes, considero inequívoca a prática de abuso de poder econômico e político.

Ante o exposto, **reafirmo** voto proferido na sessão de 10.12.2015 e **nego provimento** aos recursos especiais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté com Tudo de Novo.

É como voto.



VOTO (ratificação – vencido)

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:
Senhor Presidente, louvo o empenho do Ministro Herman Benjamin e sua dedicação ao estudo do processo. Por isso nós somos um colegiado, cada um

³⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

examina o processo e tem interpretação diversa. Eu acredito que o Ministro Luiz Fux e eu, quando tivemos acesso aos autos, entendemos que essa prova não era suficiente a levar à cassação. Por quê? O fato ocorreu em março de 2011 – a suposta violação à licitação, a fraude à licitação, que é objeto (colho do acórdão regional) da Ação Civil Pública nº 04552793/2012, em trâmite na 14ª Vara da Fazenda Pública.

Acompanho integralmente as preocupações do Ministro Herman Benjamin em relação ao bom trato do dinheiro público, principalmente aquele voltado à tão carente educação no Brasil. Se houve fraude, se houve desvio de dinheiro da educação, da merenda, seja o que for, a Justiça Comum deve, com todas as preocupações e empenho possíveis, apurar precisamente os fatos e punir severamente, se houver culpa das pessoas envolvidas.

Mas não consegui verificar, com toda vênia ao eminente Ministro Hernan Benjamin, que os fatos registrados no acórdão regional deixam claro que isso ocorreu em março de 2011, porém não consigo verificar como esse dinheiro teria sido aportado na campanha do candidato em 2012. O que se põe, única e exclusivamente, é que a pessoa que teria recebido R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais) um ano e meio antes da eleição teria trabalhado na campanha do candidato no ano seguinte.

De forma alguma eu digo que não houve ilícito, apenas digo que esse ilícito tem de ser apurado na Justiça Comum. No TSE temos de apurar se esse fato foi suficiente a quebrar a normalidade e a legitimidade das eleições. Se não tenho comprovação de que esse dinheiro, que foi pago a alguém que talvez tenha prestado serviço à campanha em 2011, não tenho como entender que houve quebra da normalidade e legitimidade das eleições.

Aprendi com o Ministro Marco Aurélio que o colegiado é composto por posições divergentes e que ninguém ensina a ninguém. Assim, eu, simplesmente, cumprimento o Ministro Herman Benjamin pelo seu voto, mas reitero integralmente a manifestação feita anteriormente.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Peço vênia para destacar a tese que estamos votando. Ao se admitir a tese proposta

pelo eminente Ministro Henrique Neves, de que se houvesse desconexão temporal entre a prática do ilícito causa e do ilícito consequência, cuja consequência seria o eleitoral, não há o ilícito eleitoral.

Na operação Lava Jato, se os contratos firmados foram lá atrás – e não estou a fazer nenhum juízo de valor sobre a Lava Jato, quero apenas lembrar as consequências de teses que aprovamos aqui. Se o contrato foi firmado até numa administração anterior, seja de governador, prefeito ou presidente da República, e, depois, a doação mesmo que “legalizada” pelas formas normais de contribuição empresarial às campanhas eleitorais. Se houver esse lapso temporal, não podemos identificar o ilícito eleitoral. Isso é um precedente gravíssimo que estaremos, com todo o respeito, no TSE, inaugurando hoje.

O lapso temporal é irrelevante.


O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente):
Ministro Herman Benjamin, sem querer polemizar, *data venia*, isso nada tem a ver com a questão da Lava Jato. Recentemente, houve depoimento dizendo que algumas doações foram feitas a partir de uma intimação, por exemplo, que o Senhor ex-Ministro Berzoini exigia que 1% dos contratos fosse repassado para o partido.

O que se criou no Brasil, e não podemos escamotear, foi um tipo de capitalismo de partido. Na verdade, essa gente não fez a abjuração do compromisso com o comunismo. O que era o comunismo, na verdade?

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Senhor Presidente, eu não fui tão profundo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Era, na verdade, um tipo de capitalismo de Estado, em que alguns se beneficiavam disso. Aqueles que estavam bem aboletados na máquina do Estado.

E os nossos comunistas hoje são também um pouco isso, pessoas que tomam champanhe e falam que estão defendendo os pobres e coisas do tipo. Inclusive, na Justiça do Trabalho tem esses campeões, não é, Ministra Rosa Weber?



A rigor, é esse o quadro. Agora eles passam a dizer que é para o partido. Por quê? Porque, na concepção marxista, o partido representa o Estado. Tanto é que, curioso, vários parlamentares...

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Fiquei tão cauteloso em usar a expressão Lava Jato, porque sabia que Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Veja Vossa Excelência que, para não cometer equívocos, há contratos, nos depoimentos que já chegaram aqui, em que se diz claramente que se está fazendo doação porque uma dada liberação de pagamento foi feita. Portanto, os fatos são imediatos.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Mas eu não fiz menção aos fatos imediatos, fiz menção...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Veja, se este caso de R\$30 mil impressiona Vossa Excelência, imagine os milhões que foram depositados.

Vossa Excelência chamou esse marqueteiro, pobre diabo, comparando-o com João Santana. Veja que João Santana, somente perante a Justiça Eleitoral, recebeu R\$80 milhões. E se estima que ele tenha recebido outros R\$60 milhões. E Vossa Excelência é tão severo...

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Eu fiz a comparação na função. Ministro, Vossa Excelência não tenha dúvida sobre minha severidade. Em nenhuma circunstância. Vossa Excelência me conhece muito bem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Em nenhuma circunstância. Imagine como Vossa Excelência julgará...

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): O mesmo pau que comigo bate em Francisco, bate em Chico.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Eu penso que seja assim. Mas, veja, não se pode comparar, porque a imediatividade dos fatos...

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Mas, aqui, não podemos negar o fato de que o argumento jurídico, a tese, envolve alguns dos procedimentos, ou dos ilícitos, que se alegam praticados na Lava Jato. Eu não sou especialista, mas, na Lava Jato, até onde eu sei, há um verdadeiro repertório de modalidades de ilícitos praticados. Alguns são doações ilícitas, pela origem, mas decorrentes de contratos firmados dois, três anos antes e, pasmem, de contratos celebrados em gestão anterior.

Eu chamo a atenção para o fato de que, nessas hipóteses, a tese do lapso temporal que o Ministro Henrique Neves inaugura aqui, da desconexão, influencia na caracterização do ilícito eleitoral. E a minha tese é no sentido de que o lapso temporal é irrelevante. Se comprovado – e o Tribunal afirma que houve essa comprovação, mas não quero ir contra essa observação do Tribunal –, se aqueles valores, mesmo que de três anos atrás, cinco anos atrás, de um contrato celebrado anteriormente, forem vinculados a uma campanha eleitoral.

Eu não estou, em nenhum momento, retirando a multiplicidade e a criatividade das contribuições ilícitas que vêm no bojo da Lava Jato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É claro. Eu fico até emocionado com as colocações de Vossa Excelência. Estive há alguns dias em Curitiba e fiz uma palestra, quando tive de relatar todos esses episódios de corrupção que marcam a nossa vida institucional mais recente. E lembrava do episódio dos Anões do Orçamento; e lembrava, depois, do Caso PC Farias-Collor, que também chocou e determinou toda uma mudança na legislação eleitoral.

Se formos olhar somente os números que foram lá explicitados e os que estão sendo explicitados agora, aqueles casos seriam julgados pelo princípio da insignificância. Nem no juizado de pequenas causas poderiam ser julgados.



Vejam que criamos uma nova modalidade agora. Um Barusco, Douto Procurador, significa US\$100 milhões. Nós acabamos de descobrir, isso foi publicado no *The Guardian*, que um desses beneficiados da Transpetro e que acaba de fazer um acordo magnânimo com a Procuradoria da República comprou nas cercanias de Londres imóveis no valor de £50 milhões.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Os patamares, realmente... mas eu não quis discutir isso aqui. Eu penso que Vossa Excelência concordaria comigo, Ministro Gilmar Mendes...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É uma coisa que, falando sério, é de envergonhar e de corar frade de pedra. É algo tão estapafúrdio, essa gente delirou tanto que, realmente, é difícil imaginar.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN (relator): Vossa Excelência haverá de concordar comigo, eu não tenho dúvida, que o fato de termos ladrões de R\$ 100 milhões, ou de US\$ 100 milhões, não cria uma espécie de modulação financeira para fecharmos os olhos àquele que, numa campanha eleitoral, tirando, literalmente, das criancinhas, faz uso de R\$ 35 mil.


Mas agradeço pelo debate.



VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, ouvi atentamente todos os votos proferidos, estudei todos os acórdãos e recebi os nobres advogados e seus memoriais. E, enquanto Vossas Excelências liam o voto, eu refrescava minha memória, até por ser esta a primeira sessão de retorno dos trabalhos da Corte, relembrando o caso.

Qual o acórdão que temos, na hipótese? Temos um acórdão de quase 60 laudas, do tribunal regional eleitoral, mantendo a sentença condenatória. Ou seja, a sentença reconheceu os ilícitos e o tribunal regional eleitoral manteve a sentença, por maioria – foram dois votos divergentes.



Reli as notas orais de outra assentada, na qual já havia adiantado um pouco o meu posicionamento. Assim, rogo as mais respeitosas vênias aos Ministros Henrique Neves da Silva, Luiz Fux e Gilmar Mendes para acompanhar o relator, convicta de que o tribunal regional e o juiz de primeira instância, ao analisarem o arcabouço probatório, entenderam que:

Prosseguindo, consigno que, após análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo, é forçoso concluir que houve mesmo conluio visando fraudar o Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente, JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR, então candidato ao cargo de Prefeito do Município de Taubaté, com o intuito de angariar recursos para a sua campanha eleitoral. (fls. 2.985)

Ou seja, neste trecho, há o vínculo com a campanha eleitoral.

Mais à frente, nas fls. 2997 do acórdão, da mesma forma se lê:

Como se vê, o depoimento de DJALMA detalha em minúcias o modo fraudulento pelo qual foram realizadas as aquisições de material escolar e como se deu o pagamento das "comissões", citando ainda a sua destinação à campanha eleitoral de ORTIZ JÚNIOR. (fls. 2.997)

Mais à frente,

Embora se tenha aqui alegado que MARCELO não era responsável pela campanha de ORTIZ JÚNIOR, "mas sim o jornalista que trabalhava para ele", isto em nada altera o panorama aqui verificado, restando incontroverso se tratar de pessoa intrinsecamente ligada ao referido candidato e a sua disputa no certame eleitoral. (fls. 2.997)

Penso que alterar a conclusão do acórdão regional, para chegarmos a outra conclusão, não seria possível. De modo que fico com a conclusão do regional e nego provimento para acompanhar o relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, peço vênia aos eminentes Ministros Henrique Neves, Luiz Fux e a Vossa Excelência, para acompanhar na íntegra o voto do eminente relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o voto do eminente relator.

Apenas faço uma consideração. O fundamento, na minha opinião, é que o acórdão deu como provado o fato e a ligação com a eleição. Não tenho como desconstituir essa afirmativa, se não examinando prova. Para mim, esse é o fundamento principal para acompanhar o eminente relator.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 587-38.2012.6.26.0141/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrentes: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrente: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: José Bernardo Ortiz e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrida: Coligação Taubaté com Tudo de Novo (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva – OAB: 151889/SP e outras). Recorrido: Edson Aparecido de Oliveira (Advogados: Rodrigo Canineo Amador Bueno – OAB: 218148/SP e outro). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento aos recursos especiais eleitorais de José Bernardo Ortiz, José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e da Coligação Taubaté Com Tudo de Novo e não conheceu do recurso do Ministério Público Eleitoral, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Henrique Neves da Silva, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

AC nº 22-30.2015.6.00.0000/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Autor: José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior e outro (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Réu: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação cautelar, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Henrique Neves da Silva, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

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

SESSÃO DE 1º.8.2016.*

* Sem revisão das notas de julgamento do Ministro Luiz Fux e da Ministra Luciana Lóssio.